

Algunas reflexiones en torno al delito de insolvencia fraudulenta*

Some reflections about the crime of fraudulent insolvency

Nayla López Arienti **
ORCID: 0000-0002-7924-9321

Resumen: Por medio del presente artículo se pretende efectuar un análisis detallado de los elementos típicos que componen el delito de insolvencia fraudulenta, sus notas características y particularidades, a fin de obtener una noción general sobre su funcionamiento en la práctica.

A tal fin, se ha estimado útil exponer algunas cuestiones que han revestido importancia y continúan siendo relevantes para la doctrina penal, en cuanto se refieren a temas que, desde larga data, han causado discrepancias entre los estudiosos del Derecho que se han ocupado de este delito, como, por ejemplo, la relativa a la determinación del bien jurídico protegido, cuál es la acción típica del delito, o si resulta necesario que la sentencia condenatoria se encuentre firme, entre otros temas.

Finalmente, las conclusiones del presente artículo tienen por finalidad delinear una opinión personal sobre las diversas cuestiones abordadas en torno a dicha figura, con una especial reflexión en relación a delitos de corrupción, actualmente con tanta relevancia en nuestro país y que no resultan abarcados por la protección del precepto legal que regula la figura en cuestión.

Palabras clave: Patrimonio, Insolvencia fraudulenta, Deudor, Frustrar, Obligación civil.

*Recibido el 20/04/2018. Aprobado definitivamente para su publicación el 17/05/2019

**Poder Judicial de Córdoba. E-mail: naylalopeza@gmail.com

Abstract: Through this article, I intend to make a detailed analysis of the typical elements that define the crime of fraudulent insolvency, its characteristic notes and particularities, in order to obtain a general notion about how it works in practice.

For that reason, it has been considered useful to expose some aspects that have been important and continue to be relevant to criminal doctrine, as they refer to issues that have caused discrepancies among crime jurists who have analyzed this crime, such as, the one related to the determination of the object of legal protection, which the typical action of the crime is, or, if it is necessary for the final judgment to be firm, among other issues.

Finally, the conclusions of this article are intended to offer a personal opinion about the issues analyzed regarding this crime and in addition a special reflection on corruption offenses, currently, with such relevance in our country, which are not covered by the protection of the legal precept that regulates the crime of fraudulent insolvency.

Keywords: Patrimony, Fraudulent insolvency, Debtor, to Frustrate, Civil obligation.

Introducción

El delito de insolvencia fraudulenta previsto en el Art. 179, 2° párrafo del Código Penal, es una figura que suele ser tratada ligeramente en la literatura penal, en comparación con otros delitos.

Del referido precepto legal surge que será punible la conducta del deudor que durante el curso de un proceso judicial o después del dictado de sentencia que condene al cumplimiento de la correspondiente obligación, llevare a cabo de forma maliciosa o fraudulentamente alguna de las conductas enunciadas en la referida disposición legal - Art. 179, 2° párrafo del Código Penal -, frustrando el legítimo derecho del acreedor al cobro de su crédito.

Dicha figura, tal como se encuentra prevista en la actualidad, fue introducida al ordenamiento penal argentino por medio de Decreto Ley 17567 del año 1968, con la finalidad de realzar la protección de la incolumidad del patrimonio como prenda común de los acreedores, que en un proceso judicial ven frustrado su legítimo derecho a cobrar sus acreencias, con motivo de la situación de insolvencia procurada de forma maliciosa por el deudor demandado.

La comisión redactora originaria estuvo integrada por Soler, Fontan Balestra y Aguirre Obarrio, quienes en la exposición de motivos explicaron que con la nueva figura se pretende cubrir un vacío legal, toda vez que se tipifica una forma gravísima de inconducta que ciertamente rebasa los límites de una mera deslealtad procesal, para asumir verdaderos caracteres de fraude, pues consiste en disminuir maliciosamente o en hacer aparecer como

disminuido un patrimonio, frustrando así, el cumplimiento de una obligación demandada o en vías de ejecución. (Favarotto, 2012, p. 191).

Se trata de una figura en donde la acción típica asume verdaderos caracteres de fraude, al requerir una conducta maliciosa del deudor encaminada a frustrar el cumplimiento de una obligación que ha sido demandada.

En este contexto, Buompadre define al delito como:

(...) la frustración del cumplimiento de una obligación civil, libremente contraída, realizada durante el curso de un proceso o después de una sentencia condenatoria, mediante la realización de actos materiales o defraudatorios sobre los propios bienes, de manera que se tornan ineficaces los derechos de los acreedores sobre tales bienes. (Buompadre, 2002, p. 26).

Regulación legal

En el esquema nacional de ordenamiento penal, la insolvencia fraudulenta se encuentra regulada como un delito contra la propiedad en el art. 179, 2º párrafo del Código Penal.

Dicha figura fue introducida en el derecho vigente, por medio de Ley 17567 del año 1968 (mantenida por las Leyes 20509, 21338 y 23077) y regulada, específicamente, en el capítulo V, relativo a los quebrados y otros deudores punibles, dentro del Título VI, entre los delitos contra la propiedad.

La citada norma se compone de dos partes: una, que reprime al concurso civil fraudulento y otra, que castiga a quien se insolvente fraudulentamente.

En relación a la figura objeto de análisis, el Art. 179 del Código Penal, dispone en su segundo párrafo:

Será reprimido con prisión de tres meses a seis años, el que durante el curso de un proceso o después de una sentencia condenaría, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles.

El bien jurídico protegido

Resulta importante destacar que, en general, los delitos comprendidos en el capítulo “Quebrados y otros deudores punibles del Código penal”, tienen por propósito proteger la incolumidad del patrimonio del deudor como prenda común de los acreedores, a fin de que éstos puedan cobrar sus deudas ejecutando los bienes que lo componen.

Teniendo en cuenta su ubicación en el ordenamiento penal, surge con evidencia que lo que el Art. 179, 2º párrafo del Código Penal tutela, es la futura propiedad de los

acreedores con ostensible derecho a cobrar sus acreencias. Al respecto, señala Alliaud (2009) que:

(...) el bien jurídico al que protege la norma, es la propiedad ajena, más exactamente la propiedad del acreedor, es decir, su justa pretensión a percibir su crédito mediante el castigo de determinados actos que tienden a burlarlo, y específicamente resguarda los bienes que integran el patrimonio del deudor y que están afectados a la función de garantía que el mismo cumple respecto de los créditos. (Alliaud, 2009, p. 24).

Concretamente, en lo que concierne a su dinámica comisiva, la singularidad o particularidad que presenta esta figura se basa en que, a diferencia de lo que sucede en los delitos patrimoniales tradicionales, aquí existe un ataque hacia los propios bienes (realización de conductas materiales o fraudulentas sobre el propio patrimonio), es decir, hacia el patrimonio del sujeto activo (deudor demandado), quien busca colocarse en una situación de insolvencia real o aparente frente a los acreedores para frustrar sus créditos.

No obstante, pese a existir acuerdo general en torno al bien jurídico como protector de este delito, es la propiedad de los acreedores y sus derechos los que se ven afectados por la conducta maliciosa del deudor. Se ha considerado que la insolvencia fraudulenta protege igualmente la administración de justicia y la autoridad de las decisiones judiciales, lo que la convertiría en un delito pluriofensivo al abarcar la protección de diversos intereses. Así lo entiende Donna al señalar que “se trata de un delito que viola más de un bien jurídico” (2003, p. 698).

Sujetos y características del delito

Por sujeto pasivo de esta figura se entiende al acreedor titular de la obligación civil cuyo cobro se reclama judicialmente porque con anterioridad no pudo cobrar su acreencia; en tanto que sujeto activo, es el deudor demandado y propietario de los bienes que constituyen el objeto material del delito y reviste tal condición, asimismo, el fiador, garante y codeudor solidario.

En principio, el sujeto activo del delito es el deudor demandado, ya sea por obligaciones derivadas de responsabilidad contractual, extracontractual o por actos ilícitos, aunque también podrían serlo el fiador, el garante, el asegurador y el tercero civilmente obligado, en tanto sean citados al proceso. (Favarotto, Ob. Cit., p.193).

Por otro lado, en lo que respecta a sus características, la insolvencia fraudulenta es un delito especial, por cuanto requiere para poder ser autor, una específica cualificación en el agente y en este caso, solo reúne tal condición el titular del patrimonio demandado en el proceso, es decir el deudor de la obligación. A su vez, es un delito de lesión, porque tiene por resultado la frustración total o parcial del cumplimiento de la obligación civil reclamada al deudor en el proceso iniciado por el acreedor en su contra. También, es de daño efectivo, ya que los actos frustratorios representan un perjuicio real para el patrimonio del acreedor. Asimismo, es un delito de resultado material, por cuanto se perfecciona con la causación de un perjuicio económico en el patrimonio del

acreedor. Por último, se trata de un delito instantáneo, pues la acción del agente se perpetra en un solo momento que coincide con el de la consumación.

Tipo objetivo

La acción típica

En lo que respecta a la estructura del tipo objetivo, no existe completo acuerdo en la doctrina. Si bien, hay quienes consideran que la acción típica en este delito consiste en insolventarse¹, para la mayoría de los autores en la doctrina la acción típica, es decir, la conducta punible consiste en frustrar (es decir, fracasar, malograr) total o parcialmente, el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles por los medios enunciados en el tipo. Tal, es el pensamiento de Fontan Balestra (2002) al sostener que: “La acción consiste en frustrar en todo o en parte el cumplimiento de obligaciones civiles, en determinado momento, por los medios fraudulentos que la disposición indica” (2002, p. 577).

En igual sentido se expide Buompadre al expresar que:

...el sujeto activo puede insolventarse por cualquiera de los medios típicos previstos en el artículo; puede dañar su patrimonio o hacerlo desaparecer; pero si no frustra el cumplimiento de una obligación civil, no se daría el delito de insolvencia fraudulenta. De manera, entonces, que nunca podría ser la acción típica la de insolventarse, aunque ella sea el modo más frecuente de afectar el propio patrimonio. (Buompadre, 2002, p. 23).

Medios comisivos

Los medios comisivos o frustratorios se encuentran enumerados en la norma de forma taxativa y consisten en destruir, que es una pérdida grave e irreparable, es decir dañar totalmente, como por ejemplo: demoler una casa, quemar un vehículo; inutilizar, que significa deteriorar; dañar, que quiere decir menoscabar o perjudicar parcialmente; ocultar, que consiste en esconder (en este caso, sería impedir a los acreedores que adviertan la existencia de bienes del deudor) o hacer desaparecer, entendido como eliminar bienes del patrimonio del deudor tal es el caso de vender un automóvil cuyo remate ya se había dispuesto, o vender bienes en general.

En todos los casos, se trata de actos materiales de disposición sobre los bienes propios que provocan una disminución del patrimonio del deudor. Además, en relación a dichas conductas, se ha señalado que deben consistir en una actividad maliciosa, lo que responde a la finalidad de perjudicar el crédito del acreedor, esto es, al propósito de dañarlo en sus intereses patrimoniales. A su vez, el otro medio frustratorio previsto en la norma consiste en disminuir fraudulentamente el valor de dichos bienes.

En relación a la exigencia de que se obre fraudulentamente, ésta, se refiere específicamente al propósito del autor de causar perjuicio a través de una maniobra habilidosa. Se ha señalado que “...representa un verdadero acto de fraude en perjuicio

¹ Al respecto, se ha señalado que la insolvencia “...es la carencia de suficiente patrimonio para respaldar las obligaciones contraídas” (Gavier, 2011, p. 116).

del acreedor, esto es, un engaño o simulación acerca de la situación jurídica del bien, por ejemplo, transfiriendo ficticiamente la cosa a un tercero, constituyendo simuladamente un gravamen sobre ella, etcétera” (Buompadre, 2002, p. 34).

Tales actos presentan como característica, el hecho de que el valor del bien no desaparece en su totalidad, como sería, por ejemplo, el caso de que se simule una venta. Se trata de acciones simuladoras de la insolvencia, pero nada obsta a que queden comprendidas, además, acciones ciertamente creadoras de insolvencia, de modo que en esta disposición quedan abarcadas: la enajenación fraudulenta y la simulada.

Elemento circunstancial

El tipo penal contempla un elemento circunstancial de carácter temporal: la acción típica o conducta punible debe tener lugar durante el curso de un proceso (que tenga por objeto el cumplimiento de la obligación civil que el deudor no ha realizado voluntariamente) o después del dictado de una sentencia condenatoria (que reconoce la existencia de una obligación disponiendo su cumplimiento).

Estas son las dos situaciones procesales en las que puede tener lugar la realización delictiva. De modo que, para ser típicos los actos del sujeto activo deben ser llevados a cabo en el lapso que va desde inicio del proceso hasta que la sentencia se cumple², existiendo al respecto diversas interpretaciones en la doctrina en relación al momento en que debe entenderse que el proceso judicial está en curso. En este contexto, resulta preciso distinguir entre: el proceso civil y el proceso penal en el cual sea ejercida una acción civil.

La mayor parte de la doctrina ha sostenido que tratándose de obligaciones civiles, es decir aquellas derivadas de relaciones de derecho privado de naturaleza propiamente civil o comercial³, el proceso está en curso para el deudor desde el momento en que la demanda le ha sido notificada, puesto que esta es la forma en que el deudor toma conocimiento de que se ha iniciado una acción civil en su contra, no bastando, por lo tanto, que la demanda sea admitida jurisdiccionalmente. Así: “Para Soler, en el caso de la demanda civil, hay proceso en curso cuando la demanda ha sido notificada” (Donna, Ob. Cit., p.701).

De modo que, debe existir una demanda, siendo necesario que haya sido fehacientemente notificada al demandado; se considera que es por medio de la respectiva notificación que se acredita el conocimiento de la reclamación del acreedor por el deudor. Así, es que habiendo sido cumplimentada tal notificación “...los actos maliciosos descritos en el tipo, realizados por el deudor con el fin manifiesto de frustrar el cumplimiento de sus obligaciones, se podrán considerar delictivos” (Favarotto, Ob. Cit., p. 194).

Por otro lado, en lo que respecta a los casos en que se realizan medidas preparatorias, la generalidad de la doctrina entiende que las mismas no ponen en curso un proceso en sentido estricto como lo preceptúa la norma en tratamiento. “Como bien subraya Creus, en la promoción de una medida previa, no se demanda el cumplimiento de la obligación civil, sino sólo la preparación del proceso correspondiente” (Buompadre, 2002, p. 45).

² Por el contrario, los actos que tengan lugar con anterioridad al inicio del proceso judicial son atípicos.

³ En este contexto, se entiende que también podrían quedar comprendidas las de naturaleza laboral, porque la obligación indemnizatoria se rige por normas que pertenecen al campo del derecho privado.

Ahora bien, en materia penal, es decir, tratándose de obligaciones civiles nacidas de hechos ilícitos de carácter penal, la doctrina tampoco es unánime. “Para Soler, en los delitos de acción pública el proceso está en curso desde la comisión del hecho, pues del hecho nace la acción penal pública...” (Buompadre, 2002, p. 46).

No obstante, las opiniones que disienten de esta hipótesis - es decir, cuando se trata de obligaciones civiles emergentes de un delito penal -, la solución no varía frente a la que representa la postura mayoritaria en el caso anterior: debe haberse iniciado el proceso judicial y debe haber sido notificado al deudor; concretamente, debe mediar la notificación pertinente de la reclamación civil en sede penal.

Creus y Buompadre señalan que “...es indispensable, por tanto, la notificación de la reclamación civil que se haya introducido en el proceso penal - si ello ha ocurrido - por cualquiera de los medios procesalmente admisibles en las distintas reglamentaciones” (2007, p. 606).

A partir de esta línea de pensamiento se ha señalado que:

...cuando las obligaciones civiles nacen de ilícitos penales no sólo es una demasía flexibilizar los límites de la tipicidad de la insolvencia fraudulenta a la fecha del hecho delictivo, sino también a la de la iniciación del proceso en el fuero represivo porque ni en una ni en otra hipótesis hay seguridades de que vaya a existir una demanda civil de la víctima, o de sus derechohabientes, en contra del imputado. Entonces, cabría preguntarse ¿Por qué restringirle tan prematuramente, el derecho constitucional a la libre disponibilidad de su patrimonio? Con otras palabras, recién cuando la reclamación económica es oficializada, y de su contenido se notifica personalmente al demandado, puede tener lugar la infracción punible en análisis, si es que el accionado realiza el tipo objetivo (frustrando el cumplimiento de la obligación civil, a través de su insolvencia real o aparente), con los especiales requerimientos del tipo subjetivo (en forma intencional o maliciosa). (Favarotto, Ob. Cit., p.195).

Por otro lado, en lo que respecta al segundo de los componentes circunstanciales del delito, es decir, a la expresión “después de una sentencia condenatoria”, las discusiones en general, han girado en torno a determinar si resulta necesario o no, que la misma revista el carácter de cosa juzgada. La casi totalidad de la doctrina coincide en torno a que el dictado de la sentencia condenatoria civil (que reconozca la deuda como tal) constituye un requisito necesario para la configuración del delito, lo cual encuentra fundamento en el hecho de que si dicha sentencia llegase a rechazar el reclamo, no habría una obligación que frustrar.

A propósito, se ha señalado que:

...si se admitiera que se puede dictar condena penal sin el previo dictado y firmeza de la sentencia civil nos encontraríamos con el absurdo que el presunto deudor será condenado por insolventarse para eludir el cumplimiento

de algo que no tiene que cumplir. Vale decir que por razones que se fundan más en lógica y sentido común que en el texto legal, se debe diferir el dictado de la sentencia penal para supeditarla a la sentencia civil, porque si ella no fuere condenatoria, la insolvencia fraudulenta deberá quedar impune, porque no afecta al patrimonio del actor en el juicio civil, que es el bien jurídicamente protegido. (Navarro, 1994, p. 73).

Otro autor que también suscribe a tal postura, ha señalado que:

...para poder imputar el hecho de insolventarse, frente a una obligación, el sujeto debe saber ciertamente que hay un acreedor, que lo ha demandado, tanto en lo civil como en lo penal; luego, la única forma de hacerlo es cuando en ambos casos conoce la demanda y el monto de ella, y entonces se insolventa a los efectos de frustrar el pago de esa deuda. Esas acciones pueden comenzar durante el curso de un proceso, pero está claro que el delito no existe hasta que exista sentencia firme que reconozca de la deuda como tal. (Donna, Ob. Cit., p.703).

Por otro lado, entre quienes disienten cabe ponderar lo señalado por Hendler al exponer que:

Deducida una acción criminal por infracción al art. 179, 2º párrafo, del Código, y existiendo un proceso en trámite reclamando el cumplimiento de una obligación, la existencia y validez de ésta última tendrá que ser comprobada por el juez en lo penal como uno más de los extremos que interesan a la configuración del hecho, pero sin que ello implique deferir a la decisión de otro tribunal la comprobación de dicho extremo. (Hendler, 1978, p. 777).

Está claro que, para dicho autor, la sentencia que reconozca la existencia de la obligación, lejos se encuentra de ser una condición necesaria para la configuración del delito. No obstante, tal como fue señalado, la postura mayoritaria considera que la sentencia civil se erige un requisito indispensable para la configuración de ésta figura, a lo que se añade además que debe tratarse de una sentencia condenatoria firme.

Sobre esta última exigencia hay quienes se pronuncian en contra.

No creemos que la sentencia condenatoria firme constituya un presupuesto del delito (Creus) o una condición objetiva de punibilidad (Bacigalupo), sino un elemento alternativo del tipo objetivo que debe quedar abarcado por la culpabilidad del autor y que indica claramente que el delito puede cometerse, además, en esa etapa temporal legalmente delimitada. (Buompadre, 2002, p. 53).

Si bien, no hay unanimidad en la doctrina respecto a esta última exigencia, un amplio sector de ella entiende que la existencia de una sentencia condenatoria firme que reconozca la deuda como tal, resulta un requisito ineludible para determinar la existencia y exigibilidad de la obligación civil, puesto que, con anterioridad a ella, el acreedor solo tendrá una expectativa sobre los bienes del deudor.

...antes de la sentencia condenatoria firme el actor civil sólo tendrá una expectativa jurídica, más o menos fundada, sobre los bienes del deudor. Recién a partir del fallo judicial ejecutoriado esa expectativa se solidifica jurídicamente y los actos maliciosos del demandado que frustren el cumplimiento del decisorio jurisdiccional son alcanzados por el delito previsto en la segunda parte del art. 179 del Cód. Penal”. (Favarotto, Ob. Cit., 196).

De lo expuesto, se advierte que, al requisito de la sentencia condenatoria firme hay quienes añaden la exigencia del procedimiento de la ejecución de sentencia, por entender que recién a partir de allí, se podrá llegar a determinar en qué medida el estado de insolvencia (parcial o total) del deudor afecta el crédito del acreedor.

Naturaleza de la obligación

Luego de hacer alusión al elemento temporal, es preciso destacar que el tipo penal del art. 179, 2º párrafo del Código Penal exige la frustración del cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles.

La locución “las correspondientes obligaciones civiles” como objeto de la frustración indica claramente que el proceso debe contener la petición de que alguien sea condenado a cumplir una obligación civil. De modo que el objeto de la conducta incriminada son obligaciones civiles. Éstas se caracterizan, en contrapartida a las obligaciones naturales⁴, por tener la particularidad de conferir a su titular, el derecho a exigir su cumplimiento; a su vez, y en lo que respecta al tipo penal objeto de análisis, puede tratarse de cualquier obligación civil procedente de relaciones de derecho privado de naturaleza propiamente civil o comercial, como aquellas emanadas de hechos ilícitos generadores de responsabilidad civil.

En relación a esto:

(...) la fórmula legal hace referencia a la frustración de una obligación civil, que es aquella que nace del derecho privado, no del derecho público por lo tanto, con arreglo al texto legal quedan fuera del ámbito de protección penal, las obligaciones nacidas de las relaciones del ciudadano con el Estado (salvo que actúe como sujeto de relaciones privadas), en especial los procedimientos en los que se deba aplicar una sanción pecuniaria (falta) o penal (delito),

⁴ Por tales obligaciones se entiende, en términos generales, a aquellas que no confieren ningún derecho para exigir su cumplimiento pero que, en caso de ser cumplidas voluntariamente, autorizan para retener lo que se ha pagado por ellas.

dispuesta por la administración o jurisdicción. Quedan descartadas también como objeto de protección, las deudas provenientes de obligaciones tributarias y las relativas a la seguridad social, o las que tengan su fuente en el régimen alimentario, por cuanto estas obligaciones tienen un régimen específico de regulación (...). (Buompadre, 2002, p. 30).

Si bien, tal como fue expuesto la fórmula legal hace referencia a la frustración de una obligación civil, resulta preciso destacar que no toda obligación civil puede dar lugar al tipo penal de análisis.

Sobre el alcance de tales obligaciones, la doctrina mayoritaria entiende que por obligaciones civiles deben entenderse solamente las obligaciones de dar, ya que las obligaciones de hacer como asimismo las de no hacer, no son susceptibles de ser burladas por los medios frustratorios a que se refiere la norma. Es decir que, el delito sólo puede recaer sobre una obligación de dar. Por ejemplo, quedarían comprendidas dentro de esta categoría, la obligación de dar una cierta suma de dinero, o la obligación de entregar un bien determinado, entre otras.

Por otro lado, "...las obligaciones de hacer no pueden frustrarse por los medios indicados en la figura, salvo los supuestos de indemnización de daños y perjuicios causados por el delito, que sí quedan dentro de la incriminación" (Buompadre, 2002, p. 30-31).

En lo que concierne al alcance de las obligaciones civiles no hay grandes desacuerdos en la doctrina. Ahora bien, en lo que respecta a las obligaciones procedentes de deudas impositivas y las que tienen su fuente en el régimen alimentario, cabe destacar que las mismas quedan excluidas de la protección penal, por ser objeto de una legislación especial⁵.

Finalmente, otra cuestión que se presta a la discusión es la vinculada con la potencialidad del pago efectuado por el deudor para excluir el delito, luego de haber perpetrado los actos comisivos (o de insolvencia). Si bien, algunos autores consideran que el pago - posterior a los actos de insolvencia - carece de virtualidad desincriminante, y que "una vez cumplidos los recaudos de la descripción típica, el pago posterior equivale a la indemnización del perjuicio causado por el delito" (Hendler, Ob. Cit., p. 779), gran parte de la doctrina considera que el pago efectuado por el deudor determina la atipicidad de la conducta:

(...) si el deudor paga o el acreedor consigue cautelar sus bienes y, de tal manera, garantizar su crédito, su derecho no se ve frustrado, ya que o ha percibido el monto de lo reclamado o cobrará posteriormente con la subasta del bien embargado. Por lo tanto, según este criterio, ningún derecho queda perjudicado. (Buompadre, 2002, p. 35).

⁵ Se trata de tipos de insolvencia fraudulenta previstos por leyes sancionadas con posterioridad a la incorporación del art. 179 del Código Penal, las cuales, por aplicación del principio de especialidad quedan descartadas como objeto de protección del tipo penal analizado.

En virtud de lo expuesto, si el acreedor cobra su crédito por obra o por cuenta del deudor el delito queda descartado. Así, por ejemplo, si acontece que el deudor paga (es decir si satisface la obligación) o si el acreedor consigue una medida cautelar en sus bienes logrando de este modo garantizar su crédito, el derecho del acreedor no se ve frustrado.

Además, teniendo en cuenta que la finalidad que persigue la norma es la protección de los derechos del acreedor (bien jurídico protegido), el delito de insolvencia fraudulenta quedaría excluido por cuanto sus intereses no resultan perjudicados.

Según la opinión de Soler, en esta figura se tutelan los legítimos derechos del acreedor; de tal modo que no debe llevarse la protección más allá de ese interés. Es la razón para establecer un texto del cual resulte descartado el delito cuando, a pesar de todo, el acreedor cobre su crédito por obra o por cuenta del deudor ejecutado. (Buompadre, 2002, p. 35).

Consumación

Resulta importante, además, hacer alusión al momento consumativo del tipo penal objeto de análisis. El delito de insolvencia fraudulenta se perfecciona cuando efectivamente se ha frustrado el cumplimiento de la obligación totalmente o de manera parcial, es decir, al no cumplir el deudor la correspondiente obligación o no cumplirla en su totalidad, siendo una cuestión que no ha presentado grandes discrepancias en la doctrina.

Tratándose de un delito de lesión (tal como fue señalado oportunamente al caracterizar la figura) no es suficiente para su consumación, la mera provocación de la propia situación de insolvencia del deudor (o que éste se haya incapacitado para atender a la obligación) si de ello no se deriva la frustración del cumplimiento de una obligación civil.

(...) el delito no se consuma por la utilización de uno o todos de los medios descriptos por la ley como destinados a lograr la frustración, sino cuando realmente se cercena la posibilidad del cumplimiento forzado que nacerá con la firmeza de la sentencia condenatoria civil. (Navarro, 1994, p 74).

Puede afirmarse que, en general, existe acuerdo respecto a qué tipo delictivo se consuma con el perjuicio patrimonial del acreedor de no poder realizar su crédito, con motivo del incumplimiento de las obligaciones respectivas frente a las cuales el deudor realiza las conductas típicas.

Tipo subjetivo

La conducta descrita por el tipo penal debe ser ejecutada con dolo. Así, el aspecto subjetivo consiste en una acción dolosa específica, es decir llevada a cabo con conocimiento y voluntad de realizar los componentes objetivos del tipo penal.

A su vez, tanto la doctrina como jurisprudencia han entendido que la insolvencia fraudulenta sólo es compatible con dolo directo y específico.

Al respecto, señalan Creus y Buompadre que: “La ley no castiga el incumplimiento doloso de la obligación sino la dolosa frustración de su cumplimiento forzado por los medios enunciados en el tipo” (Creus y Buompadre, 2007, p. 604). Sin embargo, se ha señalado que el dolo directo no basta para satisfacer las exigencias del tipo subjetivo. El que se completa con un elemento que se le añade: la exigencia de que se obre maliciosamente.

La malicia se refiere específicamente al propósito del deudor de dañar al acreedor en sus intereses patrimoniales.

Pero tiene que tratarse de una actividad maliciosa; la malicia no responde aquí necesariamente a una finalidad de lucro en el agente, sino a la de perjudicar el crédito del acreedor, tornando imposible su efectivización; o sea, debe tratarse de una acción realizada con la intención de que la deuda resulte inejecutable. (Creus y Buompadre, 2007, p. 604).

Por otra parte, cuando se trata de la disminución del valor de los bienes, el tipo subjetivo exige además que el sujeto activo obre fraudulentamente, es decir, con el propósito de causar perjuicio por medio de una maniobra habilidosa.

Propuesta de reforma legislativa

Se entiende que la insolvencia fraudulenta regulada en el art. 179, 2° párrafo del Código Penal, debería incluir el caso de aquellos hechos en que, iniciado el proceso judicial, el sujeto empieza a realizar actos de insolvencia para eludir obligaciones emergentes de hechos ilícitos; de esta manera se daría una tutela más adecuada en cuanto a la posibilidad de que en los hechos de corrupción, el Estado logre recuperar los perjuicios patrimoniales infringidos por las conductas corruptas de los supuestos autores, a la vez que se contemplarían más apropiadamente las disposiciones previstas en la Convención Interamericana contra la Anticorrupción⁶.

Conclusiones

A modo de cierre, de las cuestiones abordadas a lo largo del presente artículo, surgen las siguientes reflexiones. El delito de insolvencia fraudulenta, regulado en el art. 179, 2° párrafo del Código Penal, ha generado diversos interrogantes en torno a la interpretación del precepto legal. Se trata, de cuestiones que han sido objeto de discusión entre los estudiosos del Derecho, las que no han sido abordadas o esclarecidas por parte de la jurisprudencia nacional. En consecuencia, se entiende que los aportes efectuados desde la doctrina, por parte de quienes se han ocupado de este delito,

⁶ Al respecto, dicha Convención dispone entre sus propósitos “...2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes, a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar, y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio”.

revisten gran utilidad y relevancia a modo de orientación a los fines de una mayor comprensión del funcionamiento de dicha figura delictiva en la práctica.

En lo que concierne a la conducta punible, se considera acertada la postura doctrinaria que consiste en frustrar total o parcialmente el cumplimiento de la correspondiente obligación civil por los medios enunciados en el tipo y no, por el contrario, aquella que entiende que la acción consiste en insolventarse por medio de las conductas previstas en la norma, siendo la frustración una consecuencia de la acción.

Por otra parte, en lo que respecta la exigencia del dictado de la sentencia - que reconozca la obligación - como condición para la configuración del delito en cuestión, lo que constituye la postura compartida por la mayoría de los autores en la doctrina. Se entiende que, a nivel doctrinal, sería una apreciación errónea del precepto legal, por cuanto de la redacción del texto surge de forma clara que esta figura penal es susceptible de comisión desde antes del dictado de la sentencia civil - concretamente durante el curso del proceso judicial -, de modo que la exigencia de que el delito solo puede quedar configurado recién cuando la sentencia haya recaído no encuentra sustento normativo alguno.

Concretamente, la sentencia que reconoce la obligación no puede ser concebida como un elemento integrador de la figura.

Por otro lado, y a modo de cierre, cabría preguntarse si por sentencia condenatoria, a los fines de este delito, debería considerarse sólo la sentencia condenatoria desde el punto de vista patrimonial o, si, además, podría comprender o referirse a sentencias penales que puedan convertirse en la fuente generadora de la obligación de resarcir derivada de un delito.

Una mención especial cabría, también, en casos de delitos de corrupción - actualmente en auge en nuestro país⁷ - con desapoderamiento de dinero del erario público o del fisco, ya que en estos casos podría configurarse la insolvencia fraudulenta, solo cuando se hubiere iniciado un proceso y existiere un mérito incriminador antes del dictado de la sentencia, lo que casi nunca ocurre por el fenómeno expansivo de la corrupción⁸. Ello, determina que, en casi la totalidad de los casos de corrupción, no se logren recuperar los dineros o fondos públicos ilícitamente desapoderados.

Tal interrogante podría constituir el punto de partida de una investigación de índole jurídico penal que, eventualmente, lleve a replantearse la necesidad de una modificación o reforma al precepto legal que regula el tipo penal en cuestión para adecuarlo a cuestiones que no han sido comprendidas en el mismo, máxime, cuando con todo énfasis el art. 36 de la Constitución Nacional, en su quinto párrafo reza: “Atentará contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos”.

⁷ Conforme datos publicados a través de la página web de “Transparency International - Argentina”, nuestro país ocupa actualmente, el puesto N° 85 en el índice de corrupción internacional de un ranking mundial de 180 países.

⁸ Nótese que los hechos de corrupción son investigados y perseguidos, generalmente, mucho después de que se hayan materializado; esta tardanza indebida genera un acto de corrupción (consultado en <https://www.transparency.org/country/ARG>).

Bibliografía

- Alliaud, A.M (2009). La insolvencia fraudulenta y su presupuesto circunstancial. En *El derecho penal. Doctrina y jurisprudencia*. Vol. 6. Buenos Aires: El derecho.
- Buompadre, J. E. (2002). *Insolvencia fraudulenta. Patrimonial. Tributaria. Alimentaria*. Buenos Aires: Astrea.
- Creus, C. y Buompadre, J. E. (2007). *Derecho Penal. Parte Especial*. 7° Ed. Actualizada y ampliada. Buenos Aires: Astrea.
- Donna, E. A. (2007). *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo II. B. 2° Ed. Actualizada. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Favarotto, R. S. (2012). El delito de insolvencia fraudulenta. En *Revista de derecho penal y criminología*. Año 2, N° 8. Buenos Aires: La Ley.
- Fontan Balestra, C. (2002). *Derecho Penal. Parte especial*. Actualizado por Ledesma, G. A. Decimosexta Ed. Actualizada. Buenos Aires: Lexis Nexis. Abeledo-Perrot.
- Gavier, J. G. (2011). Delitos contra la propiedad consistentes en defraudaciones, abusos de la situación, apoderamiento de inmuebles o daños. En Balcarce F. I (Dir.). *Derecho Penal parte especial*. Tomo II, 3° ed. Córdoba: Astrea.
- Hendler, E. S. (1978). El delito de insolvencia fraudulenta. En Núñez, R. C. (Dir.). *Doctrina Penal. Teoría y práctica en las ciencias penales*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Navarro, G. R. (1994). *Fraudes. Quiebra fraudulenta y culpable. Insolvencia fraudulenta. Administración fraudulenta o infiel. Concurrencia desleal*. Buenos Aires: Nuevo Pensamiento Judicial Editora.

Referencias normativas

- Código Penal de la Nación Argentina. Ley N° 11179. (Vigente en Argentina desde el año 1922).
- Constitución de la Nación Argentina. Ley 24430. (Vigente en Argentina desde el año 1853).
- Convención interamericana contra la corrupción. Ley 24759. Sancionada en 1996. Promulgada en 1997.

