

NAVAS, Iván: “La política criminal en el nuevo derecho penal de la insolvencia chileno a la luz del derecho penal de los EE. UU., alemán y español”.  
*Polít. Crim.* Vol. 17 N° 35 (Julio 2023), Art. 11, pp. 314-351.  
[<http://politicrim.com/wp-content/uploads/2023/07/Vol17N35A11>]

**La política criminal en el nuevo derecho penal de la insolvencia chileno a la luz del derecho penal de los EE. UU., alemán y español\***

**The Criminal Policy of the New Chilean Insolvency Criminal Law in Consideration of the US, German and Spanish Criminal Law**

**Kriminalpolitik im neuen chilenischen Insolvenzstrafrecht im Rahmen des amerikanischen, deutschen und spanischen Strafrechts**

Iván Navas

Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Penal  
Universidad San Sebastián, Santiago de Chile.

[ivan.navas@uss.cl](mailto:ivan.navas@uss.cl)

<https://orcid.org/0000-0003-4016-4088>

Fecha de recepción: 28/09/2022.

Fecha de aceptación: 23/11/2023.

**Resumen**

El presente trabajo presenta un estudio comparado en materia de delitos de insolvencia punible chileno a la luz de la legislación penal de la insolvencia en los EE. UU., Alemania y España. El objetivo del presente artículo es determinar la política criminal chilena detrás de la reforma de los delitos tipificados entre los artículos 463 y 466 del código penal chileno y analizar algunos de los principales cambios en la materia y las repercusiones que tendrá en materia de persecución penal. Para ello, se recurre a un análisis cualitativo y cuantitativo utilizando una metodología dogmática junto con un conjunto de antecedentes gráficos a fin de tener una visión de la realidad numérica de los concursos de personas y de empresas en los países señalados. Esta información permitirá tener elementos a valorar para analizar la regulación y la respuesta penal del legislador con especial énfasis de la nueva regulación jurídico-penal chilena respecto a las reformas de 2014 y respecto al proyecto de delitos económicos de 2023

**Palabras claves:** insolvencia fraudulenta, delitos, bancarrota, acreedor, deudor, sistema económico

**Abstract**

This paper presents a comparative study on Chilean insolvency offenses in light of criminal insolvency legislation in the US, Germany, and Spain. The objective of this article is to determine the Chilean criminal policy behind the reform of the crimes defined between articles 463 and 466 of the Chilean penal code and to analyze some of the main changes in the matter and the repercussions that they will have in terms of criminal prosecution. For this,

---

\* Artículo desarrollado en el marco del proyecto Fondecyt n° 11190877 “El nuevo derecho penal de la insolvencia: problemas y desafíos” del cual el autor es investigador responsable.

NAVAS, Iván: “La política criminal en el nuevo derecho penal de la insolvencia chileno a la luz del derecho penal de los EE. UU., alemán y español”.

a qualitative and quantitative analysis is used using a dogmatic methodology together with a set of graphic background in order to have a vision of the numerical reality of bankruptcies of individuals and companies in the indicated countries. This information will allow us to have elements to assess in order to analyze the regulation and the criminal response of the legislator with special emphasis on the new Chilean legal-criminal regulation regarding the 2014 reforms and regarding the 2023 economic crime bill.

**Keyword:** insolvency offenses, injury, bankruptcy, creditor, debtor, economic system

### **Zusammenfassung**

In diesem Artikel wird eine vergleichende Studie zu chilenischen Insolvenzdelikten innerhalb der Insolvenzstrafgesetzgebung in den USA, Deutschland und Spanien vorgestellt. Das Ziel dieses Artikels besteht darin, die chilenische Kriminalpolitik hinter der Reform der in den Artikeln 463 und 466 des chilenischen Strafgesetzbuchs definierten Straftaten zu bestimmen und einige der wichtigsten Änderungen in dieser Angelegenheit und die Auswirkungen, die sie in Bezug auf diese haben, zu analysieren. Hierzu wird eine qualitative und quantitative Analyse unter Verwendung einer dogmatischen Methodik zusammen mit einer Reihe grafischer Hintergründe verwendet, um eine Vorstellung von der zahlenmäßigen Realität der Insolvenzen von Einteilungen und Unternehmen in den angegebenen Ländern zu erhalten. Diese Informationen werden es uns ermöglichen, Elemente zu bewerten, um die Regulierung und die strafrechtliche Reaktion des Gesetzgebers zu analysieren, mit besonderem Schwerpunkt auf der neuen chilenischen Rechts- und Strafgesetzgebung im Hinblick auf die Reformen von 2014 und im Hinblick auf das Wirtschaftskriminalitätsgesetz von 2023.

**Stichwörter:** Insolvenzdelikte, Konkurs-strafrecht, Gläubigerschutz

### **Introducción**

Las crisis económicas suelen traer un efecto en materia de indicadores de desempleo, disminución del crecimiento económico y una serie de consecuencias negativas para las sociedades de mercado. Dado los múltiples efectos que causa la quiebra de empresas y personas, las reformas de las últimas décadas en materia de derecho de insolvencia han sido realizadas con el objetivo de facilitar y promover la reorganización del deudor buscando morigerar el antiguo estigma que implicaba la quiebra para los deudores. Si bien esta situación de estigmatización proviene del comercio medieval —dado el trato *intuitio persona* que existía entre comerciantes en esa época—, estudios recientes concluyen que la quiebra sigue generando el mismo estigma y efecto negativo no sólo en lo económico, sino que también en otros aspectos, como el social para los deudores contemporáneos.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Véase el estudio de THORNE y ANDERSON (2006), p 77-97. En este trabajo de naturaleza empírica, los autores concluyen que la vergüenza y humillación sigue siendo un elemento que se encuentra muy presente entre los deudores de EE. UU. que fueron analizados en un estudio empírico por los investigadores. Las conclusiones de esta investigación contrastan con el modelo de motivación personal de la quiebra según el cual el estigma social no jugaría ningún papel en la bancarrota de las personas.

Los múltiples efectos negativos que provocan las insolvencias generan, por un lado, importantes esfuerzos para detectar y prevenir las situaciones de crisis empresarial y, por otro, también someten a la legislación civil y penal a constantes cambios y modificaciones legales para el tratamiento sancionatorio de ella. Los mecanismos de detección del riesgo de insolvencia para prevenir el colapso de empresas se han tecnificado cada vez más. Actualmente se pueden observar incluso iniciativas de detección de la insolvencia a través de la aplicación de inteligencia artificial y programación genética con algoritmos de mínimos cuadrados ortogonales (GP/OLS) para construir modelos para la predicción de bancarrotas.<sup>2</sup> Al fin y al cabo, desde la política económica será útil conocer el número de empresas sólidas o potencialmente fallida, pues este es un indicador importante que influye en el desarrollo y solidez de un país e incluso para la elaboración de políticas públicas y económicas que pudieran influir en la situación de las empresas y de las personas.<sup>3</sup>

En términos normativos, una mirada a la última década nos arroja la existencia de constantes modificaciones al tratamiento jurídico y jurídico penal de la insolvencia, como se puede observar en Chile y España.<sup>4</sup> Así, en ambos países se hicieron importantes cambios con una nueva legislación concursal y la introducción de nuevos tipos penales los años 2014<sup>5</sup> y 2020, respectivamente. Los constantes cambios legales guardan relación la facilidad u obstaculización que presenta la legislación concursal para conseguir los fines que ella pretende. Hay que tener presente, claro está, la importancia para la economía y el desarrollo que implica el tratamiento de empresas y personas en insolvencia. Así lo destaca el preámbulo de la nueva Ley Concursal española de 2020 cuando destaca que “El Derecho concursal se reivindica como una herramienta fundamental para la conservación de tejido empresarial y empleo”. En el caso chileno, la nueva legislación concursal de finales de 2014 tiene por objetivo “fomentar o estimular, en primer lugar, la reorganización efectiva de empresas viables, es decir, permitir que un emprendimiento dotado de posibilidades de subsistir y prosperar pueda superar las dificultades transitorias en que se encuentra, con ayuda de sus acreedores y con miras a permanecer como unidad productiva en el tiempo”.<sup>6</sup> Estos elementos político-jurídicos son también elementos que se deben considerar a la hora de articular el derecho penal de la insolvencia con los fines y normas que regulan esta situación pre-penal. Dado que existe una regulación civil o primaria de la insolvencia o del proceso concursal, el derecho penal de la insolvencia (y en general el derecho penal económico) debe considerar dicha realidad normativa para acoplarse funcionalmente a los objetivos de regulaciones que *prima facie* existe en el ordenamiento jurídico. En términos amplios, toda la regulación de estos ámbitos económicos por el derecho civil, comercial, administrativo u

---

<sup>2</sup> DISVALAR *et al.* (2011), p. 269.

<sup>3</sup> ZOPOUNIDIS (1998), pp. 1-30.

<sup>4</sup> En el preámbulo de la Ley Concursal Española de 2020 se señala expresamente que “Es difícil encontrar una ley que, en tan pocos años, haya experimentado tantas y tan profundas modificaciones...”, refiriéndose a las modificaciones que sufrió la antigua ley concursal española Ley 22/2003 de 9 de julio.

<sup>5</sup> Véase la Ley 20.720 de Chile que reemplazo el proceso de quiebra por uno de reorganización y liquidación de activos del deudor y el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo de España. Cabe hacer presente que el 2015 se introdujeron importantes modificaciones al CP español en materia de delitos de insolvencia que serán analizados en las páginas siguientes. Véase también el proyecto de ley de delitos económicos de 2023 que vuelve a modificar el régimen de los delitos concursales en Chile.

<sup>6</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2014), p. 4.

NAVAS, Iván: “La política criminal en el nuevo derecho penal de la insolvencia chileno a la luz del derecho penal de los EE. UU., alemán y español”.

otros condicionan el significado y la lesividad social de las conductas que establecen los delitos.<sup>7</sup>

El objetivo de este trabajo es analizar elementos de política criminal y de técnica legislativa de los ordenamientos jurídico-penales de los EE. UU., Alemania y España, que permitan comprender la nueva realidad penal de los delitos concursales en el ordenamiento jurídico chileno. A la vez, se busca determinar elementos comunes de los tipos penales del derecho comparado que permitan construir una comprensión sistemática de la nueva regulación penal de la materia de los artículos 463 a 466 del Código Penal. Para estos objetivos se toma como punto de partida la realidad concursal, esto es, la comparación de concursos de empresas y personas a fin de determinar si las reformas jurídicas al sistema penal de la insolvencia logran hacerse cargo de aquella realidad económica que viven los países analizados. En concreto, este trabajo complementa una metodología cuantitativa con una cualitativa a fin de comprender el sentido y alcance de las reformas recientes al derecho penal concursal de manera coherente y articulada con la legislación comercial.

## **1. La insolvencia en los EE. UU y su regulación jurídico-penal**

De acuerdo con la información de la última década, en número de solicitudes de quiebra de personas en los Estados Unidos se multiplicó por cinco entre los años 1980 y 2005 pasando de tener aproximadamente 300 mil solicitudes por año en 1980 a más de un millón y medio por año entre el 2000 y el 2005.<sup>8</sup> Un dato curioso y a la vez preocupante refleja que a principios de los años 2000 había más personas solicitando su quiebra por año que personas graduándose de la universidad, divorciándose o personas diagnosticadas por cáncer.<sup>9</sup> Dada las consecuencias económicas y sociales que puede implicar un proceso de quiebra, es importante poner atención en la regulación jurídica, especialmente el tratamiento penal de estos casos.

En los EE. UU. existen dos grandes opciones de bancarrota. Una es la que regula el Capítulo 7, que solicitan las personas naturales por deudas de consumo, en la que se busca la liquidación de bienes del deudor para el pago de las obligaciones;<sup>10</sup> y la otra, conocida como el Capítulo 13, se aplica a las empresas. Sin embargo, existe también el Capítulo 11 al que, si bien pueden suscribirse empresas y personas, opera normalmente como medida precautoria para reorganizarse o reestructurarse.<sup>11</sup> La quiebra por el capítulo 11 permite a la empresa seguir funcionando mientras se busca una salida a la crisis de acuerdo con los acreedores. Como se observa en los gráficos, las solicitudes de bancarrota por el Capítulo 7 son considerablemente superiores a las del Capítulo 13.<sup>12</sup>

---

<sup>7</sup> En este sentido FEIJOO SÁNCHEZ (2019), p. 145.

<sup>8</sup> WHITE (2009), p. 1

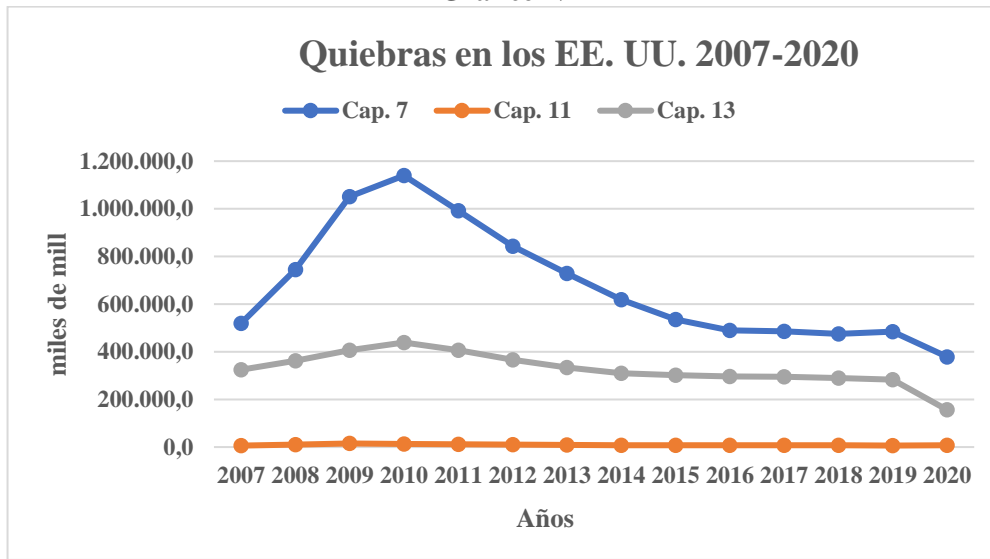
<sup>9</sup> WHITE (2009), p. 2.

<sup>10</sup> LIMPRECH Y CARAMAN (2018), p.110.

<sup>11</sup> YU y HE (2018), pp. 170 y ss.

<sup>12</sup> Fuente: United State Court. Disponible en: <https://www.uscourts.gov/> Consultada el 16/09/2021.

Gráfico N°1



Fuente: elaboración del autor con base con los datos de United State Court.

La información anterior demuestra que los procesos de quiebras han tenido una importante disminución desde 2007 hasta 2020. Esta situación se debe, en parte, a una mejora en las condiciones globales de la economía durante los años analizados. Un aspecto que cabe destacar es la notoria diferencia entre los procesos de quiebra de personas naturales y los procesos de empresas. El número es significativamente mayor de procesos concursales de personas físicas en comparación al de empresas. Por un lado, los procesos de concurso de personas físicas superan el millón cien mil casos entre 2009 y 2010. Por el contrario, los procesos de empresas tienen su *peak* en el mismo período, pero apenas superan los cuatrocientos mil casos.

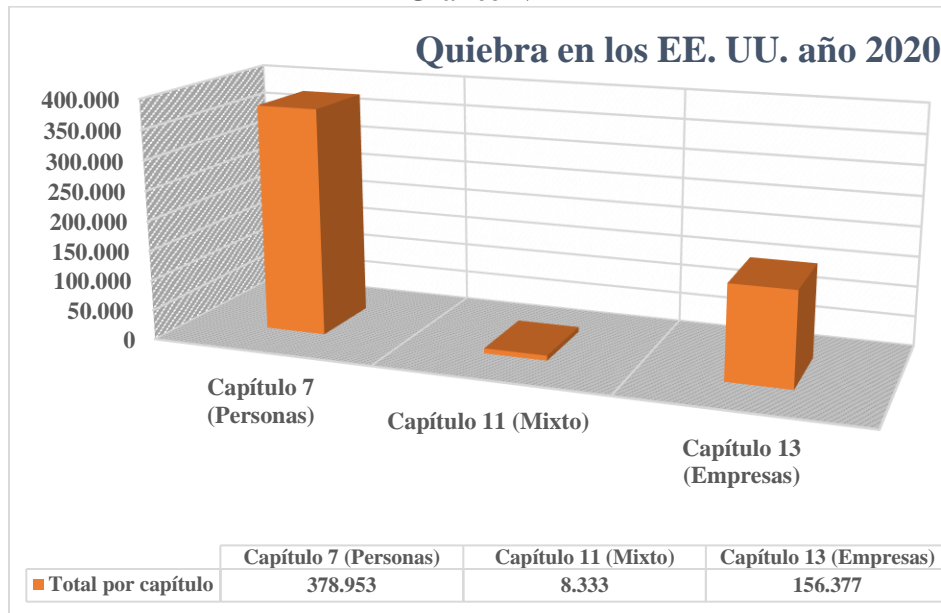
El aumento de procesos de concurso entre 2009 y 2010 puede obedecer en gran parte a la gran crisis económica del 2008 producida principalmente por la burbuja financiera de las llamadas hipotecas subprime. Esta crisis tuvo un efecto mundial en distintos mercados y sus causas están directamente relacionadas con el rol de la regulación y legislación. Autores como Don Ross han señalado que las causas de la crisis son especialmente normativas.<sup>13</sup> En el mismo sentido, autores como Spencer Headworth y John L. Hagan destacan como causa de la crisis el papel del Gobierno Federal de los EE. UU dada la desregulación de los mercados e instrumentos financieros que realizó años antes de la crisis.<sup>14</sup>

En el siguiente gráfico se puede observar la ratificación de esta tendencia, pero ahora centrada específicamente en lo ocurrido el año 2020. En este año los procesos concursales de personas deudoras ascendieron a 378.953 contra los 156.377 procesos de quiebra de empresas en el mismo año.

<sup>13</sup> ROSS (2010), p. 400.

<sup>14</sup> HEADWORTH y HAGAN (2016), p. 257.

Gráfico N° 2



Fuente: elaboración del autor con base con los datos de United State Court.

La existencia de una gran cantidad de procesos de concursos representa sin duda un campo fértil para la realización de conductas que puedan constituir delitos relativos con las insolvencias punibles. En este sentido resulta de gran importancia conocer y comprender el injusto de estos delitos y poder diferenciar su naturaleza jurídico-penal de la mera infracción administrativa o civil que regula de manera similar las mismas conductas. Así mismo, un análisis de estas figuras en algunas legislaciones comparadas nos permitirá encontrar elementos comunes y determinar si ha existido un desarrollo sobre el fundamento penal de sus sanciones.

En el caso de los EE. UU., la regulación penal de la insolvencia (conocida como quiebra, bancarrota o en inglés *Bankruptcy*) se encuentra regulada en el Código Penal Federal de los EE. UU. (US CODE). En él se establecen una serie de conductas sancionadas como delitos de bancarrota en dos apartados. Primero, en su título 18, parte I, Capítulo 9, §152 tipifica el núcleo base de estos delitos con penas de hasta cinco años de prisión. Por otro lado, se sanciona el delito de fraude de bancarrota las conductas establecidas en el §157 del Capítulo 9, parte I del título 18. A continuación se indican ambas figuras con sus distintos tipos penales y modalidades de comisión:

“TITLE 18, Capítulo 9, §152 US Code: Una persona que:<sup>15</sup>

- (1) Oculta a sabiendas y de manera fraudulenta a un custodio, síndico, alguacil u otro funcionario del tribunal encargado del control o la custodia de bienes o, en relación con un caso conforme al título 11, a los acreedores o al Síndico de los Estados Unidos, cualquier bien que pertenezca a la herencia de un deudor;
- (2) A sabiendas y de manera fraudulenta hace un juramento o cuenta falso en o en relación con cualquier caso bajo el título 11

<sup>15</sup> Cabe hacer presente que el concepto de deudor de este capítulo está definido en el §151 donde se señala que deudor es la persona respecto de la cual se ha presentado una petición en virtud del título 11 del US CODE.

- (3) A sabiendas y de manera fraudulenta hace una declaración, certificado, verificación o declaración falsa bajo pena de perjurio según lo permitido en la sección 1746 del título 28, en o en relación con cualquier caso en virtud del título 11;
- (4) A sabiendas y de manera fraudulenta presenta cualquier reclamo falso como prueba contra el patrimonio de un deudor, o utiliza dicho reclamo en cualquier caso bajo el título 11, a título personal o como agente, apoderado o abogado;
- (5) A sabiendas y de manera fraudulenta recibe cualquier cantidad material de propiedad de un deudor después de la presentación de un caso bajo el título 11, con la intención de anular las disposiciones del título 11;
- (6) A sabiendas y de manera fraudulenta da, ofrece, recibe o intenta obtener cualquier dinero o propiedad, remuneración, compensación, recompensa, ventaja o promesa de los mismos por actuar o abstenerse de actuar en cualquier caso bajo el título 11;
- (7) A título personal o como agente o funcionario de cualquier persona o corporación, en la contemplación de un caso bajo el título 11 por o contra la persona o cualquier otra persona o corporación, o con la intención de anular las disposiciones del título 11, a sabiendas y de manera fraudulenta transfiera u oculte cualquiera de sus bienes o los bienes de esa otra persona o corporación;
- (8) Después de la presentación de un caso bajo el título 11 o en previsión del mismo, a sabiendas y de manera fraudulenta oculta, destruye, mutila, falsifica o realiza una entrada falsa en cualquier información registrada (incluidos libros, documentos, registros y papeles) relacionada con la propiedad o asuntos financieros de un deudor; o
- (9) Después de la presentación de un caso bajo el título 11, a sabiendas y de manera fraudulenta retiene de un custodio, fideicomisario, alguacil u otro oficial de la corte o un fideicomisario de los Estados Unidos con derecho a su posesión, cualquier información registrada (incluidos libros, documentos, registros y papeles) relacionados con la propiedad o los asuntos financieros de un deudor, será multado bajo este título, con prisión de no más de cinco años o ambos”.

Por otro lado, como se señaló, también se consideran como delitos de fraude de bancarrota las conductas establecidas en el §157 del Capítulo 9, parte I del título 18 donde se establece que será sancionado con prisión de máximo cinco años, multa o ambos.

§157: “Una persona que, habiendo ideado o con la intención de idear un plan o artificio para defraudar y con el propósito de ejecutar u ocultar dicho plan o artificio o intentar hacerlo:

- (1) Presenta una petición bajo el título 11, incluyendo una petición involuntaria fraudulenta bajo la sección 303 de dicho título;
- (2) Presenta un documento en un procedimiento bajo el título 11; o
- (3) Hace una representación, afirmación o promesa falsa o fraudulenta con respecto a un procedimiento en virtud del título 11, en cualquier momento antes o después de la presentación de la petición, o en relación con un procedimiento que se afirma falsamente que está pendiente en virtud de dicho título,

Comparando los grupos de los §152 y §157 se puede observar en relación con la naturaleza jurídica, que este último párrafo representa una especie de delito de peligro abstracto frente a las conductas establecidas en el §152 que tienen una naturaleza más bien de peligro concreto. En relación con la parte objetiva de los tipos penales, el abanico de conductas punibles es amplio y abarca acciones de distinta naturaleza. Para un análisis de ellas, los

NAVAS, Iván: “La política criminal en el nuevo derecho penal de la insolvencia chileno a la luz del derecho penal de los EE. UU., alemán y español”.

delitos de quiebra en el US CODE se pueden clasificar en tres categorías: 1) Delitos de ocultación, 2) Delitos de declaración falsa, y 3) delitos de favorecimiento de acreedores.<sup>16</sup> El requisito común a todas estas conductas está determinado a que el acusado actúe “a sabiendas y de manera fraudulenta”.<sup>17</sup> Como se verá, ambos conceptos (a sabiendas y de manera fraudulenta) han sido entendidos por la jurisprudencia de los EE. UU. como una conducta voluntaria e intencional (con dolo directo en el lenguaje del derecho penal europeo continental). En efecto, la doctrina norteamericana ha destacado que estos delitos del §152 y §157 del US CODE exigen probar un elevado *mens rea* que se estructura bajo la expresión de “a sabiendas y de manera fraudulenta”.<sup>18</sup>

Ahora bien, el concepto de “fraudulentamente” ha sido objeto de discusión en la doctrina norteamericana. Para algunos autores, en los EE. UU. fraudulentamente significa un engaño y en particular un engaño a los acreedores.<sup>19</sup> No obstante, dicha comprensión de engaño a los acreedores como elemento constitutivo del delito de bancarrota difiere de la comprensión que se otorga, por ejemplo, en el derecho penal alemán o español. En estos países el engaño es un elemento constitutivo del delito de estafa, no de las insolvencias punibles. La doctrina dominante entiende que detrás de las conductas de insolvencia que realiza el deudor no existe un engaño al acreedor, sino que existe una ocultación de los bienes que integran su patrimonio y que son sustraídos con el propósito de impedir que sirvan a su función de satisfacción del derecho de crédito del acreedor en caso de incumplimiento de obligaciones.<sup>20</sup>

A pesar de que la ocultación era hasta hace poco el paradigma de los delitos de insolvencia, las últimas reformas parecen avanzar en la tipificación de infracciones de deberes de diligencia del deudor en la gestión de su patrimonio. En efecto, actualmente y a consecuencias de las reformas en la legislación española, se ha establecido en dicho código penal un delito (art. 259.1. 9.<sup>a</sup>) en el cual el injusto penal —de agravación de la situación de insolvencia— radica en la infracción de deberes de diligencia en la gestión de asuntos económicos por parte del deudor.<sup>21</sup>

Por otra parte, en el §152 del US CODE se encuentran enumeradas un conjunto de conductas punibles bajo distintas prohibiciones que muchas veces pueden coincidir o superponerse entre sí. Como sostiene la doctrina penal en los EE. UU., aquí el legislador busca alcanzar todas las formas posibles de insolvencia punible.<sup>22</sup> No deja de ser curioso que en otras legislaciones como la alemana, española y chilena, exista el mismo tipo de tipificación con una serie de conductas típicas que se pueden agrupar bajo la idea de disminución injustificada de patrimonio bajo las múltiples formas de ocultación de bienes.<sup>23</sup> No obstante, y a pesar de ese amplio abanico de prohibiciones, la conducta básica de bancarrota en los EE. UU. sigue siendo la de ocultación de patrimonio de bienes del deudor (§152.1). Definitivamente, y a

<sup>16</sup> OGIERE y WILLIAM (1998), p. 322.

<sup>17</sup> HESTON (1998), p.391.

<sup>18</sup> PAYTON (1999), p.61.

<sup>19</sup> OGIERE y WILLIAM (1998), p. 322.

<sup>20</sup> Véase por todos WEYAND y DIVERSY (2010), p. 74; NAVAS (2015), p. 95 y ss.

<sup>21</sup> Véase recientemente GUTIÉRREZ PÉREZ (2021), p. 422 y ss.

<sup>22</sup> MCCULLOUGH (1997), p. 16.

<sup>23</sup> Así se puede constatar de la lectura del §152. (7). En el derecho comparado véase en este mismo sentido a NAVAS (2015), p. 139; PUGA VIAL (2016), p. 137; GALLEGOS SOLER (2015), pp. 915 y ss.



pesar de sus múltiples variables, el delito más común del grupo de las insolvencias punibles en el derecho penal de los EE. UU. es la ocultación dolosa y fraudulenta de bienes.<sup>24</sup> Al igual que se observa en el derecho penal alemán, español y chileno, las conductas de bancarrota o insolvencia en el derecho penal de los EE. UU. se realizan a través de ocultación de activos como transferencias fraudulentas y subrepticias de bienes a la cónyuge o a parientes del deudor.<sup>25</sup> En todos estos ordenamientos jurídicos las insolvencias punibles tienen una infinita variedad de modalidades de acción.<sup>26</sup>

En otro orden de cosas, dentro de la regulación penal de las bancarrotas en los EE. UU. destaca la específica regulación del caso de favorecimiento de acreedores como delito. Así puede apreciarse en la regulación de los numerales 5 y 6 del §152. Por un lado, el numeral 5 castiga a quien reciba bienes de propiedad del deudor después de que se haya presentado la solicitud del proceso de quiebra. Por otro, el numeral 6 sanciona de manera amplia tanto a quien intenta beneficiarse del deudor como a quien ofrece una ventaja o promesa para actuar o abstenerse de alguna actuación en el marco del proceso concursal del capítulo 11. De alguna forma, el objeto de protección en este aspecto parece apuntar a la necesidad de resguardar directamente el correcto funcionamiento del proceso de bancarrota del capítulo 11 más que las pretensiones patrimoniales de los acreedores.

A pesar de la regulación amplia de las conductas punibles, la doctrina norteamericana ha manifestado que la aplicación de estos delitos es escasa y más bien instrumental para crear reclamos civiles contra los deudores.<sup>27</sup> Esto se debe, como se ha apuntado, a que, en muchos casos de delitos de insolvencia en los EE.UU., la persecución penal también es posible por otros delitos más generales como el perjurio, el fraude general y otros similares.<sup>28</sup> En cuanto al marco penal, la sanción por alguno de los delitos del §152 del US CODE es de hasta cinco años y multa de hasta 250 mil USD. Como se aprecia en la regulación norteamericana la mayoría de las conductas sancionables lo son en la medida que exista un proceso penal de quiebra o que su inicio sea inminente. Ahora bien, existe una discusión en la doctrina sobre si el requisito de existencia de un procedimiento de quiebra para poder sancionar penalmente. Esta cuestión equivale a la discusión del requisito de la condición objetiva de punibilidad en el derecho europeo continental tal y como ha ocurrido en España durante la vigencia del antiguo artículo 260 del Código penal y en Chile respecto al actual artículo 466 del Código penal.<sup>29</sup>

Como comenta la doctrina penal estadounidense, no todos los tribunales exigen la existencia de un proceso de quiebra para investigar y sancionar los comportamientos del §152 del US CODE. Uno de los precedentes de este tema es la sentencia del caso *Burke v. Dowling*.<sup>30</sup> del Tribunal del Distrito de New York del año 1995 donde el tribunal estableció que el §152 (1)

---

<sup>24</sup> HESTON (1998), p. 271.

<sup>25</sup> HONSBERGER (1968), p. 186

<sup>26</sup> Véase en el caso de los EE. UU. OGIERE y WILLIAM (1998), p. 318.

<sup>27</sup> MCCULLOUGH (1997), p. 259.

<sup>28</sup> MCCULLOUGH (1997), p. 259.

<sup>29</sup> A pesar de que la redacción del artículo 466 nada establece para perseguir al deudor, cabe recordar que Etcheberry exigía la declaración de quiebra del deudor no comerciante para ser perseguido por el delito del artículo 466. Véase, ETCHEBERRY (1997), p. 387.

<sup>30</sup> *Burke v. Dowling*, 944 F. Supp. 1036 (E.D.N.Y. 6 de noviembre de 1995).

NAVAS, Iván: “La política criminal en el nuevo derecho penal de la insolvencia chileno a la luz del derecho penal de los EE. UU., alemán y español”.

exige que haya comenzado un procedimiento concursal conforme al título 11 o haya avanzado lo suficiente como para que haya designado a un síndico o funcionario judicial.<sup>31</sup> Bajo dicho razonamiento el tribunal de New York entiende en el caso *Burke v. Dowling* que sólo con la existencia de un proceso o nombramiento de un síndico de quiebras encargado de los bienes del deudor es posible llevar a efecto la disposición de bancarrota del §152 (1). Sin embargo y se admite que la conducta descrita en el §152 (7) exigiría sólo una intención de defraudar al tribunal de quiebras.<sup>32</sup> En este específico numeral no es necesario que haya comenzado un proceso de quiebra, pues lo que se busca justamente es frustrar el proceso.<sup>33</sup>

En más de algún caso de la jurisprudencia de los EE. UU. se ha señalado que no es condición objetiva de punibilidad la existencia de un proceso. Así, por ejemplo, en *Burke v. Dowling* el tribunal señala al respecto que “A diferencia de otras disposiciones del § 152, [el numeral §152 (7)] no parece requerir que un caso del Título 11 esté realmente pendiente. Todo lo que requiere es que el demandado transfiera activos con la intención final de defraudar a un tribunal de quiebras, ya sea que tales procedimientos comiencen o no”.<sup>34</sup> De todas formas, la doctrina norteamericana ha señalado la necesidad de contar con comportamientos que sancionen penalmente las conductas de insolvencia o quiebra, ya sea cuando se haya iniciado un proceso o ante la previsión de que se inicie uno.<sup>35</sup>

## **1.2. La situación de la insolvencia en Alemania y su tratamiento penal.**

Ahora bien, países con una legislación jurídico-penal más cercana a la chilena son entre otros Alemania y España. Dentro del ámbito de la delincuencia económica en Alemania, los delitos de insolvencia representan normalmente el 42% de ellos.<sup>36</sup> El siguiente gráfico nos muestra información de la última década en Alemania<sup>37</sup>:

---

<sup>31</sup> OGIERE Y WILLIAM (1998), p. 333.

<sup>32</sup> Véase Estados Unidos v. Tashjian, 660 F.2d 829; *Burke v. Dowling*

<sup>33</sup> Véase en el caso de los EE. UU., OGIERE Y WILLIAM (1998), p. 334.

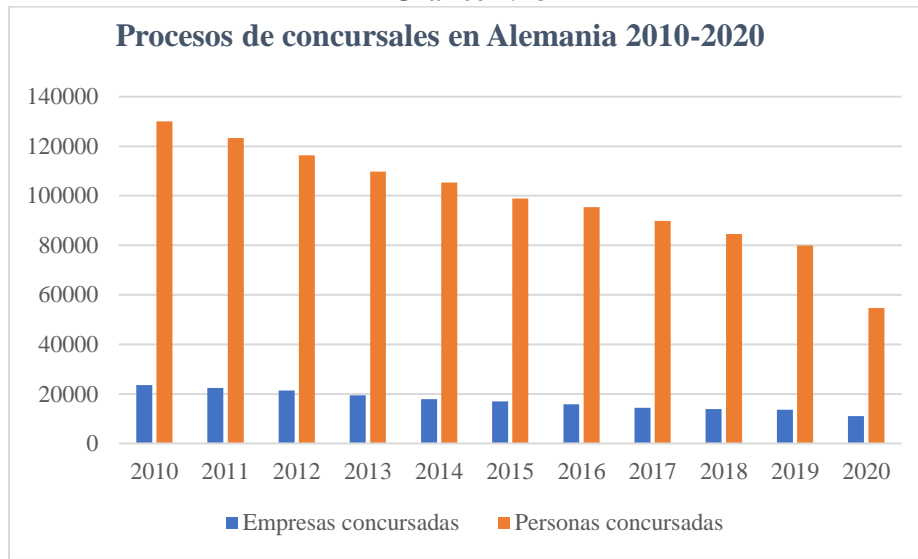
<sup>34</sup> *Burke v. Dowling* 944 F. Supl. 1036 (E.D.N.Y. 6 de noviembre de 1995).

<sup>35</sup> Véase en el caso de los EE. UU. OGIERE Y WILLIAM (1998), p. 354.

<sup>36</sup> KRAMER y FRANK (2013), p.209.

<sup>37</sup> Das Statistische Bundesamt [www.destatis.de/](http://www.destatis.de/)

Gráfico N° 3



Fuente: elaboración del autor con base con los datos de Das Statistische Bundesamt  
[www.destatis.de](http://www.destatis.de)

La información del gráfico anterior refleja claramente que, al igual que en los EE. UU., el concurso de personas es significativamente superior a las empresas. Como se ha señalado, esa es una situación normal y hasta necesaria dada las graves consecuencias sociales y económicas que implicaría para un país que las cifras fueran al revés, esto es, que los concursos de empresas fueran el doble de los concursos de personas físicas. Si bien, es necesario prevenir las situaciones de concurso de personas físicas, normalmente se trata de concurso por pocas cantidades de dinero o patrimonio que afectan a acreedores bancarios o grandes instituciones. Por el contrario, el concurso de empresas puede tener un efecto mucho mayor en la economía de un país.

En cuanto a la regulación penal de la insolvencia, en el derecho penal alemán se le conoce como delitos de bancarrota (*Bankrott*) que configuran el llamado derecho penal de la insolvencia (*Insolvenzstrafrecht*) y también al derecho penal concursal (*Konkursstrafrecht*). Todas estas referencias guardan relación con los tipos penales establecidos principalmente en el §283 del Código penal alemán. La importancia de considerar al derecho penal alemán viene dada por que ha sido el que menos reformas penales ha sufrido en las últimas décadas desde la aparición de la primera ley contra la delincuencia económica del año 1976. Por otro lado, es el modelo que se contiene una técnica legislativa mixta que ha seguido el legislador penal chileno y el español en las reformas de los años 2014 y 2015 respectivamente.

La regulación penal alemana contiene un catálogo amplio de conductas que orbitan entre las acciones de ocultación y en la infracción de deberes de contabilidad hasta una cláusula general que tipifica la disminución del patrimonio a causa de la infracción de deberes de diligencia del deudor en la gestión de su patrimonio (§283. (1).8.). En este sentido parecen haber sido incorporados el artículo 259.1.9° del Código penal español y el 463 del Código penal chileno como se verá más adelante.

La regulación penal alemana en materia de insolvencias punibles se encuentra en el StGB en los parágrafos 283 y siguientes y contiene las normas que se indican a continuación:

StGB §283. Bancarrota

(1) Será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa, quien en caso de endeudamiento excesivo o cuando amenace o se presente incapacidad de pago:

1. Ponga de lado u oculte o destruya o dañe, o inutilice en una forma que contradiga las exigencias de una economía ordenada, partes de su patrimonio que en caso de abrir concurso de acreedores pertenezcan a la masa del concurso,

2. Haga en una forma que contradiga las exigencias de una economía ordenada negocios de pérdidas o especulaciones, u operaciones por diferencias con mercancías o títulos valores, o llegue a deber sumas excesivas por medio de gastos antieconómicos, juegos o apuestas,

3. Consiga a crédito mercancías o títulos valores, para vender o ceder estas mercancías o las cosas que se fabriquen con base en las mercancías, muy por debajo de su valor en una forma que contradiga las exigencias de una economía ordenada,

4. Simule derechos de otros o reconozca derechos imaginarios,

5. Omita llevar libros de comercio, que está obligado a llevar legalmente, o los lleve o cambie de tal manera que se dificulte la visión de conjunto sobre su estado patrimonial,

6. Antes de los términos establecidos para conservarlos, ponga de lado, destruya, o dañe los libros de comercio u otros documentos que un comerciante esté obligado a llevar según el derecho comercial, y con ello dificulte la visión de conjunto sobre su estado patrimonial.

7. Contradiendo al derecho comercial

a. establezca balances de tal manera que se dificulte la perspectiva general sobre su estado patrimonial, u

b. omita hacer el balance de su patrimonio o de su inventario, en el tiempo determinado para ello, o

8. En otra forma, disminuya el estado de su patrimonio, en una manera que contradiga gravemente las exigencias de una economía ordenada u oculte o encubra la real situación de sus negocios.

(2) De la misma manera será castigado, quien por medio de alguna de las acciones descritas en el inciso 1, provoque su endeudamiento excesivo o su incapacidad de pago.

(3) La tentativa es punible

(4) Quien en los casos:

1. del inciso 1, no conozca por culpa el endeudamiento excesivo o la incapacidad de pago amenazante o producida o

2. del inciso 2, cause por imprudencia el endeudamiento excesivo, será castigado con pena privativa de la libertad hasta dos años o con multa.

(5) Quien en los casos

1. del inciso 1 numerales 2, 5 o 7, actúe culposamente y por lo menos no conozca por descuido el endeudamiento excesivo o la incapacidad de pago amenazante u ocurrida, o

2. del inciso 2, en conexión con el inciso 1 numerales 2, 5 o 7, actúe con imprudencia y cause por lo menos culposamente y con imprudencia el endeudamiento excesivo o la incapacidad de pago será castigado con pena privativa de la libertad hasta dos años o con multa.

(6) El hecho solo es punible, cuando el autor haya suspendido sus pagos o cuando se haya abierto el proceso de la quiebra o la solicitud de apertura haya sido rechazada por falta de masa.

El catálogo anterior de delitos conforma principalmente el derecho penal de la insolvencia en el derecho alemán (*Insolvenzstrafrecht*) y contiene un conjunto de acciones de Bancarrota (*Bankrotthandlungen*). A excepción del 283. (2), la mayoría de las conductas del 283 se configuran bajo la estructura de delitos de peligro abstracto.<sup>38</sup> Las conductas del parágrafo del 283 se pueden clasificar en tipos penales cuyas conductas recaen en patrimonio del deudor y tipos penales cuyas conductas se refieren a la información de la situación patrimonial del deudor.<sup>39</sup> Las disposiciones del §283 (1).1. que sancionan el “dejar de lado” u “ocultar bienes” del patrimonio del deudor —que formarían parte del proceso concursal— forman en núcleo principal de la insolvencia punible del actual §283 y han estado así descritas desde la primera ley de lucha contra la delincuencia económica que se aprobada en 1976.<sup>40</sup>

De acuerdo con la doctrina alemana dominante, los delitos del §283 buscan otorgar una protección principalmente al acreedor.<sup>41</sup> Sin embargo, también comprende una serie de sanciones ante conductas que afecten el desarrollo del proceso concursal.<sup>42</sup> De hecho, un sector de la doctrina alemana ha sostenido que las conductas básicas del parágrafo 283 se configuran bajo la idea de la sustracción de bienes del patrimonio del deudor para impedir que estén al alcance del administrador del concurso o de los acreedores.<sup>43</sup> Esta técnica mixta contiene una serie de acciones descritas como típicas que, junto a las de ocultación, también forman parte del núcleo de los delitos de insolvencia. Estas otras acciones son las de destrucción de bienes; dañar o inutilizar parte del patrimonio. Lo común a estas conductas es conseguir desaparecer bienes a fin de disminuir real o aparentemente la masa del deudor.<sup>44</sup>

La regulación penal del derecho alemán utiliza una técnica legislativa que podemos denominar “técnica de tipificación mixta”, esto es, por una parte, establece un listado taxativo de conductas prohibidas para tipificar finalmente una cláusula amplia que busca abarcar cualquier otra conducta que afecte el patrimonio del deudor. En el primer caso, esto es lo que se aprecia en los numerales 1 al 7 del (1) del artículo 283 (poner de lado; ocultar; realizar negocios a pérdida, simular derechos, destruir o dañar libros de comercio, etc.). Por otro lado, contiene una cláusula amplia como la del (1).8 que en el fondo sanciona “*cualquier forma que disminuya el estado de su patrimonio*”. La disposición del numeral 8, número 1 del parágrafo 283 -§283(1).8- contiene una cláusula general que, tal como sostiene la doctrina alemana, opera como un supuesto de extensión de las acciones de bancarrota ya tipificadas entre los números 1 a 7 del §283(1) pero ahora por cualquier acción que disminuya, oculte o encubra el patrimonio del deudor.<sup>45</sup>

---

<sup>38</sup> BOSCH (2021), p.2299.

<sup>39</sup> KRAUSE (1995), p.35.

<sup>40</sup> BITTMANN (2004), §12/1.

<sup>41</sup> ERDMANN (2006), p. 54; RADTKE/PETERMANN (2014), «Vor §283», nm. 11; KINDHÄUSER (2013), nm. 19.

<sup>42</sup> DANNECKER y KNIERIM (2018), p.1.

<sup>43</sup> ZIRPINS y TERSTEGEN (1963), p. 981

<sup>44</sup> TIEDEMANN; 2009, nm. 14.

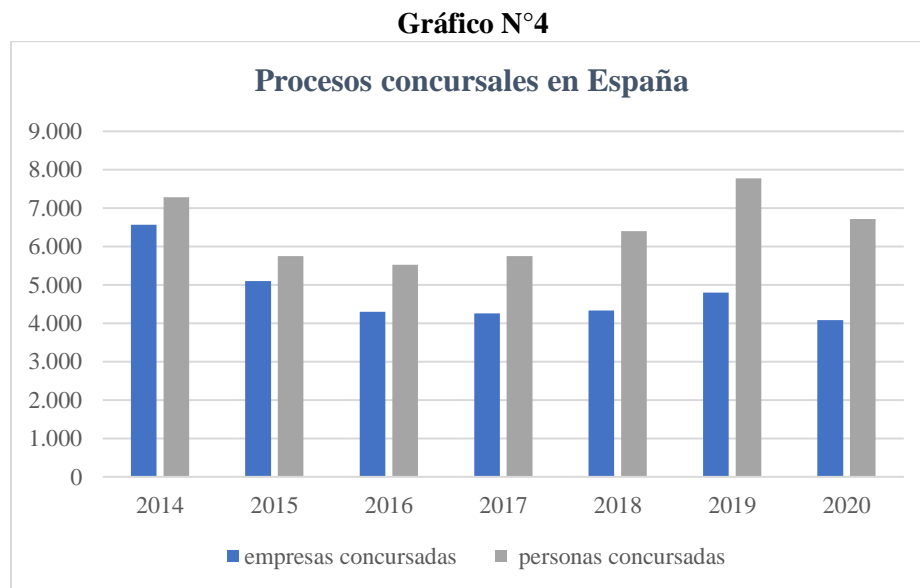
<sup>45</sup> BOSCH (2021), p.2308.

NAVAS, Iván: “La política criminal en el nuevo derecho penal de la insolvencia chileno a la luz del derecho penal de los EE. UU., alemán y español”.

Ahora bien, todas las conductas tipificadas en el §283 están sujetas a la existencia de una crisis del deudor que se refleja normalmente en la incapacidad de pago, sobreendeudamiento o una incapacidad de pago inminente.<sup>46</sup> El legislador penal alemán ha establecido que la crisis económica tendrá relevancia penal cuando se manifiesten dos situaciones que operan como condiciones objetivas de punibilidad. Estas condiciones no son copulativas pudiendo por tanto darse una sola de ellas para permitir la sanción por los delitos del párrafo señalado.<sup>47</sup> Por un lado, se exige o la suspensión de pagos del deudor o, por otro, que la solicitud del proceso concursal haya sido rechazada por el tribunal por falta de bienes de la masa. Que no exista aun concurso del deudor para establecer la punibilidad de los hechos fortalece la postura dominante en la doctrina alemana según la cual el bien jurídico protegido es esencialmente el derecho de crédito del acreedor que se ve afectado por la conducta del deudor. Como se ha señalado por la doctrina alemana dominante, los delitos de insolvencia del párrafo 283 cumplen una función exclusiva de proteger el derecho de crédito o la seguridad de la masa en interés de los acreedores.<sup>48</sup>

## 2. La situación concursal en España y su regulación jurídica-penal

El siguiente gráfico nos ofrece la estadística de concursos en España distinguiendo entre empresas y personas concursadas:



Elaboración del autor con base en Instituto Nacional de Estadísticas de España<sup>49</sup>

La situación concursal en España es similar a la de Alemania y a los EE. UU. en relación a la diferencia entre procesos concursales de personas físicas y jurídicas. El derecho concursal español ha sido el que más cambios ha presentado en los últimos años. Una primera reforma

<sup>46</sup>WABNITZ Y JANOVSKY y SCHMITT (2007), p.338.

<sup>47</sup> BOSCH (2021), p. 2296.

<sup>48</sup> KINDHAUSER (2013); RADTKE/PETERMANN, (2014), nm. 11 y nm. 18; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD/HOYER, (2003); BOSCH, (2021).

<sup>49</sup> Furente Instituto Nacional de Estadísticas de España: [www.ine.es](http://www.ine.es)

profunda de la Ley Concursal el año 2015 y otra el año 2020. Por su parte, el derecho penal de la insolvencia también ha sido modifico seguramente afectado por las reformas mercantiles en esta materia. La última reforma al derecho penal de la insolvencia español ocurrió el año 2015, donde la principal consecuencia es haber configurado dos grandes grupos de delitos. Uno primero que denominó “delitos de frustración de la ejecución” (art. 257 a 258 ter ubicando aquí al alzamiento de bienes y otras conductas afines) y un segundo catalogado como “delitos de insolvencia” (art. 259 a 261 bis) del Código Penal. A continuación, me centraré en el análisis de algunas cuestiones relevantes dentro de este estudio comparado del delito de agravación y causación de la insolvencia.

#### Artículo 259 CP Español:

1. Será castigado con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realice alguna de las siguientes conductas:

1.<sup>a</sup> Oculte, cause daños o destruya los bienes o elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura.

2.<sup>a</sup> Realice actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas, que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial.

3.<sup>a</sup> Realice operaciones de venta o prestaciones de servicio por precio inferior a su coste de adquisición o producción, y que en las circunstancias del caso carezcan de justificación económica.

4.<sup>a</sup> Simule créditos de terceros o proceda al reconocimiento de créditos ficticios.

5.<sup>a</sup> Participe en negocios especulativos, cuando ello carezca de justificación económica y resulte, en las circunstancias del caso y a la vista de la actividad económica desarrollada, contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos.

6.<sup>a</sup> Incumpla el deber legal de llevar contabilidad, lleve doble contabilidad, o cometa en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. También será punible la destrucción o alteración de los libros contables, cuando de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera.

7.<sup>a</sup> Oculte, destruya o altere la documentación que el empresario está obligado a conservar antes del transcurso del plazo al que se extiende este deber legal, cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor.

8.<sup>a</sup> Formule las cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil, de forma que se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor, o incumpla el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo.

9.<sup>a</sup> Realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial.

2. La misma pena se impondrá a quien, mediante alguna de las conductas a que se refiere el apartado anterior, cause su situación de insolvencia.

3. Cuando los hechos se hubieran cometido por imprudencia, se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses.
4. Este delito solamente será perseguible cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso.
5. Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del concurso y sin perjuicio de la continuación de este. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa.

Al igual que en otros países como EE. UU. y Alemania, el Código Penal español recurre a una “técnica legislativa mixta”. Por un lado, se tipifican una serie de comportamientos prohibidos en las circunstancias 1ª a la 9ª del número 1 del artículo 259, cuya condición objetiva de punibilidad es que el deudor se encuentre en una insolvencia actual o inminente. Sin embargo, luego aparece una cláusula amplia en el Art. 259.2, que castiga a quien, no encontrándose ni en insolvencia actual o inminente, cause la insolvencia a través de algunos de los comportamientos descritos en las mismas circunstancias primera a novena del artículo 259.1. Así, la causación de la insolvencia está penada en el art. 259.2 donde sólo será punible si ella es ocasionada a través de alguna de las nueve modalidades de acción que describe el art. 259.1. En realidad, con la circunstancia 9º del artículo 259.1 se da cabida a cualquiera conducta que, *habiendo infringido el deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos*, simplemente disminuya el patrimonio del deudor o se oculte su situación económica real.

Por otro lado, existe una importante crítica a la reciente reforma española que guarda relación con la administrativización del derecho penal o, cabría decir, con la construcción de ilícitos mercantiles a ilícitos penales sin mayor exigencia que las señaladas en el derecho mercantil. Resulta que a pesar del cambio legislativo el año 2020 con la nueva Ley 1/2020 Concursal de 5 de mayo, las circunstancias de la calificación culpable del concurso tienen coincidencia con las conductas sancionadas penalmente por el art. 259.1. En efecto, las circunstancias del artículo 443 de la nueva LC coinciden en términos amplios con las conductas también sancionadas por el delito del artículo 259.1 del Código Penal. De acuerdo con el primero de estos artículos (443 LC española) el concurso se calificará como culpable en los siguientes supuestos:

- 1.º Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación.
- 2.º Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.
- 3.º Cuando antes de la fecha de declaración del concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.
- 4.º Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos.
- 5.º Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad hubiera incumplido sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera



cometido en la que llevara irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera.

6.º Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado.

Pues bien, resulta que, según la opinión ampliamente dominante, la conducta de alzarse con los bienes equivale a la de ocultar los bienes,<sup>50</sup> esto es, la realización de una conducta fraudulenta de ocultar los bienes con el objetivo de impedir satisfacer las pretensiones de cumplimiento del acreedor.<sup>51</sup> En resumen, se trata de la realización de cualquier maniobra fraudulenta de ocultación o distracción, física o jurídica, real o ficticia, de los propios bienes para eludir, dilatar o dificultar, la satisfacción de obligaciones previas, que origine una situación o estado de insolvencia.<sup>52</sup> Esta conducta es idéntica a las del artículo 259.1. 1ª si no fuera por la exigencia en que el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado en concurso.

En la misma Ley Concursal la calificación culpable del concurso tiene una serie de consecuencias sancionatorias y reparatorias para la masa de bienes que integra el concurso. Tanto es así que el propio artículo 455.2.4º “condena a las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices a devolver los bienes o derechos que indebidamente hubieran obtenido del patrimonio del deudor o recibido de la masa activa”. En otras palabras, la legislación concursal contempla sanciones para las conductas que afecten al derecho de crédito de los acreedores otorgando solución civil en esta materia. Por esto, la existencia de dos regímenes distintos que son aplicados a los mismos supuestos implica que para un mismo hecho coexisten dos soluciones, una mercantil y otra penal. Ante tal situación no se observa de manera nítida cual es el plus de antijuricidad penal que contienen las conductas sancionadas en el artículo 259 del CP español a fin de concluir que se respeta el principio de *ultima ratio*. Ello por cuanto estamos ante una situación penal que es abordada previa y completamente por el derecho privado con soluciones aparentemente satisfactorias si se considera que lo protegido es el derecho de crédito que se ve reconstruido o reparado con la aplicación de la sanción del artículo 455.2.4º de la Ley Concursal.<sup>53</sup>

Otro aspecto que dificulta encontrar una coherencia política criminal de las insolvencias punibles en el derecho penal español es el que guarda relación con la sanción de la imprudencia como título de imputación subjetiva. Hasta donde puedo ver, el CP español es el único que sanciona todo el conjunto de conductas de insolvencia bajo la modalidad de imprudencia. En efecto, el artículo 259.3 sanciona con pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses *cuando los hechos descritos en el numeral 1 del art. 259 se hubiesen cometido por imprudencia*. Resulta que el actual artículo 442 de la LC sólo admite la modalidad de dolo o imprudencia grave para calificar el concurso como culpable. En resumen, parece incomprensible que la legislación previa al derecho penal (mercantil) exija mayor gravedad de la imprudencia que la regulación penal.

---

<sup>50</sup> MUÑOZ CONDE (1999), p.113.

<sup>51</sup> MARTINEZ – BUJÁN PEREZ (2013), p.60.

<sup>52</sup> GALLEGO SOLER (2015), pp.915 y ss.

<sup>53</sup> Situación similar ocurría con la regulación anterior en la Ley Concursal a propósito de los artículos 167 y siguientes. Véase RODRIGUEZ CELADA, Enrique (2017), p. 11.

NAVAS, Iván: “La política criminal en el nuevo derecho penal de la insolvencia chileno a la luz del derecho penal de los EE. UU., alemán y español”.

Desde una perspectiva general y comparada, si miramos el contexto y las clases de concursos en países como Alemania y España resulta que nos encontraremos con una situación muy incluso similar a la que se observa en los EE. UU., esto es, un número mayor de concurso de personas que de empresa. Al igual que en los EE. UU., en España los delitos de insolvencia punible requieren que se haya abierto un proceso concursal o cuando este haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones. En relación con las obligaciones exigibles, existe acuerdo unánime que se considera que son exigibles desde el momento en que pueden ser reclamadas en vía judicial siendo indiferente si se trata de una sola obligación o de varias juntas. En relación con el número de obligaciones y el monto de ellas para cumplir con el anterior presupuesto, cabe señalar que, si bien la normativa concursal en el derecho español no establece un número de obligaciones exigibles que estén incumplidas para configurar la situación de insolvencia, se señala que se debe valorar caso a caso.<sup>54</sup>

### **3. El nuevo régimen penal de las insolvencias punibles en Chile: Aspectos de política criminal**

Las reformas y cambios a la legislación concursal que se observan en el derecho comparado no es algo ajeno al legislador chileno. A finales de 2014 se promulga la Ley 20.720 de reorganización y liquidación de los activos y pasivos de las empresas y de repactación y liquidación de los activos de las personas que configura un cambio de paradigma al anterior derecho de quiebras. Para nuestro interés, la Ley 20.720 ha modificado por completo el conjunto de delitos antiguamente llamados “delitos de quiebra” pasando ahora a conformar un verdadero derecho penal de la insolvencia o de la bancarrota. En efecto, la ley 20.720 procedió a derogar todas las antiguas figuras que diferenciaban la quiebra culpable y fraudulenta por los nuevos delitos de concurso e insolvencia que quedaron en los artículos 463 a 466 del Código penal.<sup>55</sup>

En su origen, el Código Penal contenía delitos contra los deudores declarados en quiebra en su párrafo 7 del título IX bajo el nombre de “De las defraudaciones”. Al dictarse la ley de quiebras en 1929 se derogaron los primeros tres artículos que sancionaban al deudor comerciante. En adelante y hasta la dictación de la ley 18.175 existió un doble tratamiento penal para los deudores. Para los comerciantes regía lo dispuesto en la Ley de quiebras y para los no comerciantes se aplicaba lo dispuesto en el CP.<sup>56</sup> Con la dictación de la Ley 18.175 que reemplazaba a la antigua ley de quiebras quedan sujetos a los delitos de esa ley no solo los deudores dedicados al comercio, sino que también los dedicados a las actividades agrícola, minera o industrial. En resumen, los delitos que contemplaba hasta entonces el CP, particularmente el artículo 466, quedó reducido a escasas situaciones debido a que el perfil de sujeto activo de estos delitos suele ser un deudor dedicado al comercio o a la industria.

---

<sup>54</sup> GUTIÉRREZ PÉREZ (2021), p.240.

<sup>55</sup> De todos modos, sigue vigente el artículo 444 del Código de procedimiento civil que sanciona la substracción de la cosa embargada cuando quede en poder del deudor. En mi opinión, se trata de un concurso aparente de normas penales que se resuelve por especialidad a favor de las figuras del 463 y siguientes en caso de existir resolución de reorganización o liquidación. El problema mayor se presenta con el alzamiento de bienes en cuyo caso el concurso aparente es a favor del delito que contempla el 444 en virtud de especialidad la cual viene dada por la orden de ejecución de embargo.

<sup>56</sup> ETCHEBERRY (1997), p. 379

En materia de delitos de quiebra, la antigua normativa distinguía entre quiebra fortuita, culpable y fraudulenta y establecía un régimen punible para la culpable y la fraudulenta. El modelo antiguo de delitos de quiebra enmarcaba en el modelo de sanción de conductas taxativas expresamente señaladas. Así, por ejemplo, para la calificación de quiebra culpable se establecían doce supuestos que en realidad eran normas de conductas prohibidas que presumían la existencia de una quiebra culpable con penas de presidio menor en cualquiera de sus grados (de 61 días a 5 años). Para un sector de la doctrina, estos supuestos operaban como listado de presunciones y al mismo tiempo como medios de prueba de la comisión del delito lo que friccionaba con la prohibición de presunción de culpabilidad que rige en el derecho penal.<sup>57</sup> Sin embargo, para otro sector tales supuestos eran normas de comportamiento, esto es, prohibiciones de las acciones descritas por ley o mandatos que debía realizar el deudor en el caso de las omisiones descritas en la ley.<sup>58</sup> En mi opinión, al revisar la regulación anterior cabe concluir- junto con un sector de la doctrina- que estas normas conocidas como presunciones, realizaban en realidad una función tipificadora, esto es, que establecían conductas prohibidas para su destinatario. Estas conductas seguían el modelo del listado taxativo de prohibiciones que han utilizado otros ordenamientos jurídicos países como en los Alemania, los EE. UU. y España para regular las insolvencias punibles en distintas épocas según se pudo ver en las páginas anteriores.

En términos de la tipicidad subjetiva y al contrario que el derecho penal español de las insolvencias, el modelo chileno pasó de castigar una insolvencia imprudente, radicada en la antigua quiebra culpable, a uno donde se sancionan únicamente comportamientos dolosos. En relación con las penas, es importante señalar que en el caso de la quiebra fraudulenta se contemplaban dieciséis normas de conductas o supuestos y se asociaba una pena de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo (o sea, de 541 días a 10 años). Ahora bien, el delito de quiebra en su modalidad culposa o fraudulenta se cometía una sola vez a pesar de que el deudor realizara dos o más conductas de las señaladas en el catálogo.<sup>59</sup> En cuanto al tratamiento penológico, como se observa, las sanciones podrían llegar en el sistema antiguo hasta la pena de crimen de 10 años de presidio por la realización de la quiebra fraudulenta. Actualmente, con el establecimiento de los delitos de insolvencia en el Código Penal, la pena de crimen se alcanza con dos delitos. Por un lado, con la conducta del artículo 463 bis del CP que sanciona las conductas de ocultación, aplicación de usos propios de bienes que son parte del proceso concursal o por la disposición de bienes de su patrimonio después de haberse dictado la resolución de liquidación de él. Por otro lado, se introduce una sanción similar en cuantía para el veedor o liquidador designado en un procedimiento concursal que se apropien de los bienes, defrauden a los acreedores alterando las cuentas o proporcionen ventajas indebidas a un acreedor, al deudor o a un tercero.

No deja de llamar la atención la existencia de una pena tan alta (presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo) como la contemplada en el delito del artículo 464 para quien no es deudor, sino que cumple en realidad una función de *quasi* funcionario público (veedor o liquidador del proceso concursal). El fundamento de la pena tanto en este

---

<sup>57</sup> PUGA VIAL (2016), p.18.

<sup>58</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ (2019), p. 176; ETCHEBERRY (1997), p. 383.

<sup>59</sup> GÓMEZ BALMACEDA Y EYZAGUIRRE (2011), p. 523.

NAVAS, Iván: “La política criminal en el nuevo derecho penal de la insolvencia chileno a la luz del derecho penal de los EE. UU., alemán y español”.

tipo penal como en el del artículo 464 bis tiene relevancia para explorar nuevas perspectivas sobre el bien jurídico protegido en el nuevo derecho penal concursal.

Otro aspecto relevante desde una mirada de la política criminal en el modelo chileno es que la reforma del 2014 termina con el esquema del listado taxativo de conductas (también conocidas como “presunciones” tal y como se mencionó) que existían en la anterior regulación. Actualmente, en el derecho penal concursal chileno lo conforman principalmente las conductas establecidas entre las normas del artículo 463 al 466. Si se observa esta nueva regulación penal, se puede señalar el legislador estableció un delito amplio como el tipo penal del artículo 463, cuyo núcleo es la disminución injustificada del patrimonio del deudor por la realización de actos o contratos en un período de dos años anteriores a la declaración de liquidación. Esta norma, posee una equivalencia o similitud con aquellos tipos penales establecidos en el derecho comparado bajo la forma de cláusulas generales, se observa en el derecho penal alemán y español. A continuación, se describe el artículo 463 del CP chileno

Artículo 463. El que dentro de los dos años anteriores a la resolución de liquidación a que se refiere el Capítulo IV de la Ley de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas ejecutare actos o contratos que disminuyan su activo o aumenten su pasivo sin otra justificación económica o jurídica que la de perjudicar a sus acreedores, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.

Este artículo sanciona en términos amplios la disminución injustificada del patrimonio del deudor realizada por haber ejecutado cualquier acto o contrato que haya disminuido su activo o aumentado su pasivo sin justificación económica o jurídica. El artículo 463 establece además que sólo tendrán relevancia típica los actos o contratos realizados durante los dos años anteriores a la dictación de la resolución de liquidación a la que se refiere el Capítulo IV de la Ley 20.720. Las modalidades de conducta son amplias, pues cabe todo acto jurídico y cualquier forma de contratos, en general cualquier operación económica que pueda encuadrarse jurídicamente dentro del concepto amplio de acto o contrato.

El delito del artículo 463 vigente (así como el nuevo artículo redactado con el proyecto de delitos económicos de 2023) representa una novedad en nuestro sistema de derecho penal de la insolvencia. Como se observa, la técnica legislativa y la amplitud de la conducta típica se asimila a las normas del Código penal alemán y español que se han comentado en las páginas anteriores. Con todo, cabe destacar el anterior artículo por la novedad en nuestra tradición penal, también se observa que la nueva regulación mantiene el paradigma de la ocultación como forma de injusto típico de los deudores. Así, el artículo 463 bis sanciona de manera amplia las conductas de ocultación que realiza el deudor.

Artículo 463 bis (Introducido con la ley 20.720 en 2014).

Será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo, el deudor que realizare alguna de las siguientes conductas:

- 1.º Si dentro de los dos años anteriores a la resolución de reorganización o liquidación, ocultare total o parcialmente sus bienes o sus haberes.
- 2.º Si después de la resolución de liquidación percibiére y aplicare a sus propios usos o de terceros, bienes que deban ser objeto del procedimiento concursal de liquidación.

3.º Si después de la resolución de liquidación, realizare actos de disposición de bienes de su patrimonio, reales o simulados, o si constituyere prenda, hipoteca u otro gravamen sobre los mismos.

Ahora bien, el nuevo artículo 463 que establece el proyecto de delitos económicos de 2023 (a día de hoy en trámite ante el Tribunal Constitucional) modifica en parte la redacción del actualmente vigente siguiendo, eso sí, el mismo estilo y tendencia que se observa en el derecho comparado bajo el modelo de tipificación de cláusulas generales del sistema mixto:

“Artículo 463 (proyecto de ley de delitos económicos).- Será castigado con la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados el que dentro de los dos años anteriores a la dictación de la resolución de liquidación a la que se refiere la ley N° 20.720, que Sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo, o durante el tiempo que medie entre la notificación de la demanda de liquidación forzosa y la dictación de la respectiva resolución, conociendo el mal estado de sus negocios:

1.º Redujere considerablemente su patrimonio destruyendo, dañando, inutilizando o dilapidando, activos o valores o renunciando sin razón a créditos.

2.º Dispusiere de sumas relevantes en consideración a su patrimonio aplicándolas en juegos o apuestas o en negocios inusualmente riesgosos en relación con su actividad económica normal.

3.º Diere créditos sin las garantías habituales en atención a su monto, o se desprendiere de garantías sin que se hubieran satisfecho los créditos caucionados.

4.º Realizare otro acto manifiestamente contrario a las exigencias de una administración racional del patrimonio.

Como se observa existe una cláusula general que es el tipo base de este nuevo 463 y que corresponde con el numeral 4º, esto es, “realiza otro acto manifiestamente contrario a las exigencias de una administración racional del patrimonio”. Esta figura sigue la estructura establecida en el Código Penal Alemán que en su parágrafo §283 (1) 8 castiga al deudor que en caso de endeudamiento excesivo o cuando le amenace una incapacidad de pago “disminuya el estado de su patrimonio en una manera que contradiga gravemente las exigencias de una economía ordenada u oculte o encubra la real situación de sus negocios”. La nueva formulación del 463 sigue en la senda de tipificación de deberes de gestión económica racional o conforme a deber. Lo que está detrás de esta modalidad de configuración del injusto es que las actuaciones del deudor tengan un sentido económico racional para evitar que el deudor —o quien actúe en su nombre— no abuse de la libertad de disposición que tiene sobre su propio patrimonio que le otorga el derecho civil. En ambos casos se trata de un delito con múltiples modalidades de acción y se estructura como delito de peligro abstracto, pues la realización de algunas de esas conductas o de cualquier otra contraria a las exigencias de una gestión racional del patrimonio ponen en peligro el éxito del proceso concursal de liquidación. La cláusula cuarta del nuevo 463 genera una fricción con el principio de tipicidad al hacer referencia a una conducta que no se describe, sino que simplemente se describe que ella (cualquiera) sea contraria a las exigencias de una administración racional del patrimonio.

El nuevo numeral 1 del 463 sanciona la reducción de activos o valores pero limitada a que esa reducción sea realizada por acción o por omisión. Las modalidades activas que darán lugar a la reducción son a) destrucción, b) daño, c) inutilización, d) dilapidación y la omisiva será la renuncia a activos o valores. En relación a las formas activas, en la vigente regulación no parece posible incorporar la destrucción de patrimonio como modalidad de conducta sancionada, pues no hay acto o contrato (actual 463) ni tampoco se puede hablar de ocultación de bienes o patrimonio cuando estos se destruyen. En lo que respecta a la omisión, ésta se encuadra a la renuncia sin razón de créditos o derechos que pudieran incrementar el patrimonio susceptible de ser incorporado al proceso de liquidación. La renuncia no tendría que ser explícita o activa, sino que por ejemplo, bastaría que el deudor hubiese obtenido el billete premiado de lotería y no lo cobrase para subsumir dicha omisión en este nuevo 463 número primero.

La larga tradición del concepto “ocultación” como injusto para los delitos de insolvencia se observa en la tipificación expresa de esta modalidad de conducta en la nueva regulación. Como se observa, el artículo 463 bis sanciona con la mayor de las penas de todo el conjunto de estas figuras la ocultación de bienes. Las conductas sancionadas en los artículos 463 bis y 466 reflejan la importancia que tiene el concepto de ocultación como prototipo del injusto de todo delito asociado a la insolvencia o al concurso de acreedores. En estricto rigor la realización de un contrato para disminuir el activo del deudor es en el fondo un acto de ocultación típica.<sup>60</sup> Por otro lado, al igual que se observa en el derecho penal alemán, se pueden encontrar otras figuras cuyos injustos guardan relación más bien con infracciones de deberes de administración e información y a la infracción de deberes de contabilidad del patrimonio del deudor. Es el caso de los delitos de los artículos 463 ter, 464 quater y 464 bis que se relacionan de manera más lejana e indirecta con la acusación de una crisis económica o con la disminución del patrimonio del deudor por ocultación u otras formas que generan la crisis del patrimonio del deudor.

Ahora bien, a pesar del gran cambio en la reforma de los delitos de insolvencia, el legislador mantiene el tradicional delito de alzamiento de bienes y causación de la insolvencia, aunque ahora con un sujeto activo circunscrito a la persona deudora, esto es, al deudor que no pueda ser calificado de empresa deudora de acuerdo con la ley 20.720. La norma del artículo 466 se mantiene de manera idéntica la descripción que antes de la ley 20.720 tenía el alzamiento de bienes y la causación de la insolvencia. Al respecto, también cabe decir que se perdió una oportunidad para superar la distinción entre alzamiento e insolvencia, pues, como ha señalado un sector importante de la doctrina, ambas conductas son en realidad idénticas. En estricto rigor, la insolvencia se puede realizar por ocultación y la ocultación de bienes da lugar a una insolvencia real o aparente.<sup>61</sup>

Hasta hoy la doctrina ha prestado poca atención a los delitos de insolvencia a pesar de que existen una serie de antecedentes que justifican un mayor estudio de estas figuras.<sup>62</sup> En efecto, la Ley 20.720 ha establecido -al menos eso ha intentado- un verdadero cambio de paradigma

---

<sup>60</sup> Véase con detalles NAVAS (2015), pp. 97 y 139.

<sup>61</sup> ETCHEBERRY (1997), p.388.; NAVAS (2015), p.139.

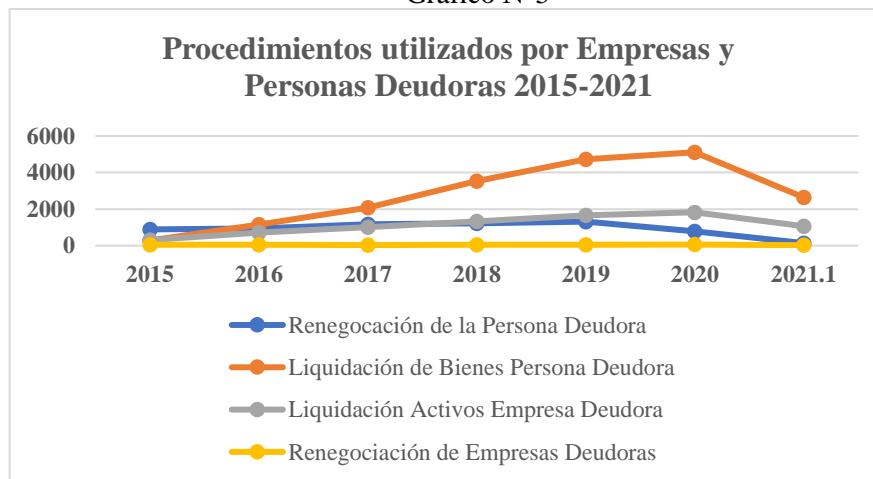
<sup>62</sup> Hasta donde alcanzo hay cuatro trabajos publicados por los siguientes autores: Tatiana Vargas; Laura Mayer, Antonio Bascuñán y Juan Puga Vial. Cada uno de ellos aparece en el listado de bibliografía de este trabajo.

de la quiebra que ahora se llama proceso de liquidación o reorganización. Las nuevas reglas y el espíritu plasmado en la ley comercial deben ser considerados al momento de analizar los nuevos delitos que configuran el derecho penal concursal chileno esto a fin de sostener una comprensión e interpretación coherente, sistemática y articulada, pues como se ha señalado al principio, toda la regulación jurídica previa al derecho penal condiciona el significado y la lesividad social de las conductas que son señaladas como típicas por el derecho penal.

Por lo demás, cualquier análisis penal de las insolvencias punibles debería tener en cuenta la evolución y comportamiento de los nuevos procedimientos concursales que estableció la Ley 20.720 a fin de tener en cuenta interesantes elementos de análisis cuantitativo para un análisis cualitativo. Por ejemplo, ha de considerarse si efectivamente se está logrando cambiar el paradigma de la liquidación como único objetivo de la legislación hacia la aplicación de procesos de reorganización evitando con ello el daño social y económico que trae aparejado una liquidación del patrimonio de los deudores. De lo contrario, parece que el derecho penal debería reforzar sancionatoriamente aquellos aspectos declarados como bienes jurídicos (no penales aun) por la legislación extrapenal. Por otro lado, desde una óptica criminológica, una mirada al número de procesos de liquidación o reorganización permite analizar si se dan mayores condiciones para un escenario en el cual se pudieran llevar a efecto conductas de ocultación de patrimonio, pues éstas son más comunes en los procesos de liquidación donde el deudor busca apartar bienes de la masa concursal.

Con el objetivo de considerar elementos cuantitativos para un análisis cualitativo de la política criminal en materia de insolvencias, se presentan a continuación una serie de información con la evolución de los procesos concursales distinguiendo entre empresas y personas deudoras desde la entrada en vigor de la Ley 20.720 en el ordenamiento jurídico chileno.

Gráfico N°5

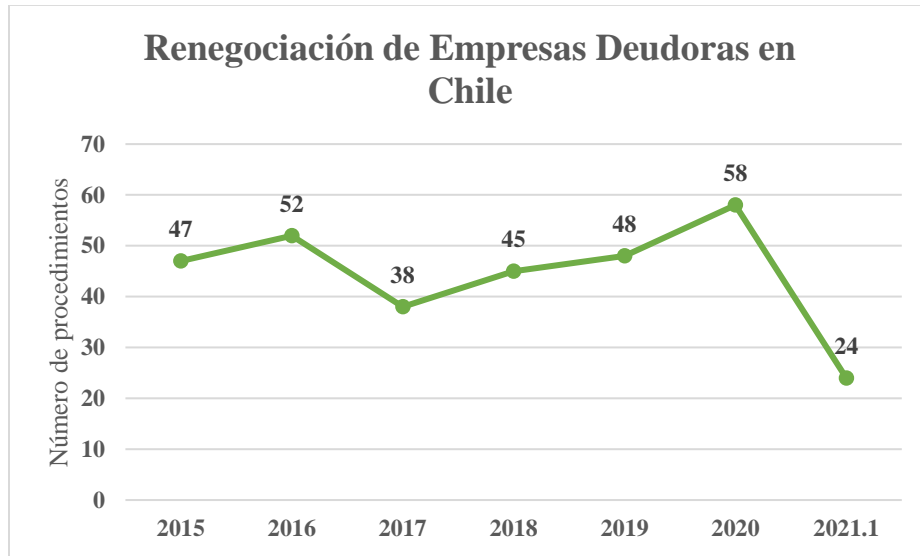


Elaboración del autor con base en información de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento<sup>63</sup>

<sup>63</sup> Las estadísticas del gráfico y las señaladas corresponden a la información oficial de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento enviadas en oficio N°16053 previa solicitud por Ley de transparencia realizada el 20 de septiembre de 2021.

Como se observa en el gráfico anterior, desde la vigencia de la ley 20.720 hasta agosto de 2021 la tendencia ha sido recurrir al proceso de liquidación de bienes para las personas deudoras llegando a existir 5.106 procedimientos concursales de liquidación de personas el año 2020. Por su parte destaca también que han existido muchos más casos de liquidación de activos de empresas (llegando a 1825 procedimientos en 2020) que procesos de renegociación de empresas (que apenas alcanzaron el número máximo de 58 en 2020).<sup>64</sup>

Gráfico N°6

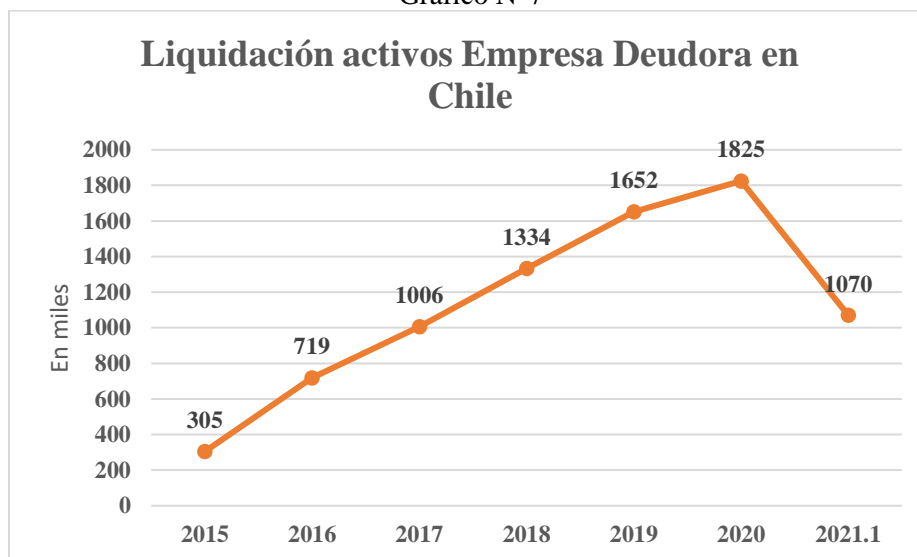


Elaboración del autor con base en información de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento

<sup>64</sup> Las estadísticas del gráfico y las señaladas corresponden a la información oficial de la Super Intendencia de Insolvencia y Reemprendimiento enviadas en oficio N°16053 previa solicitud por Ley de transparencia realizada el 20 de septiembre de 2021.

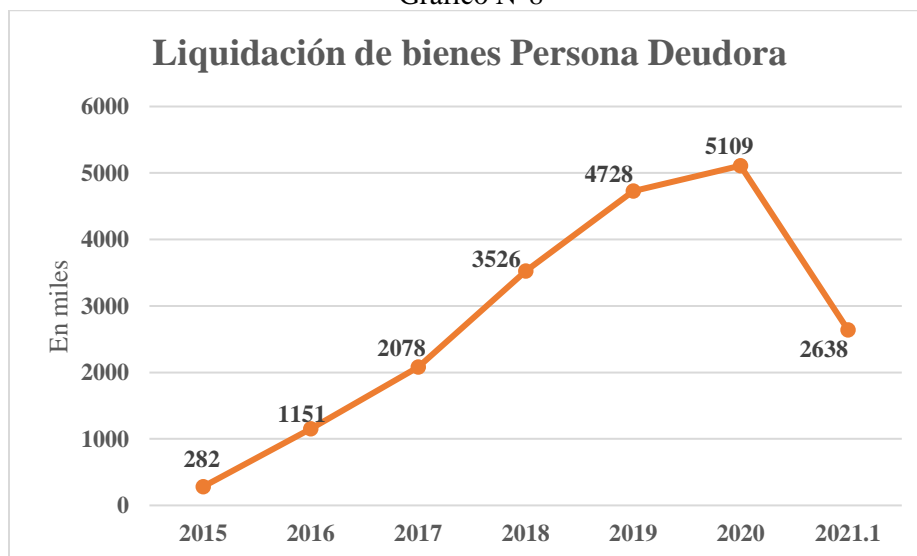


Gráfico N°7



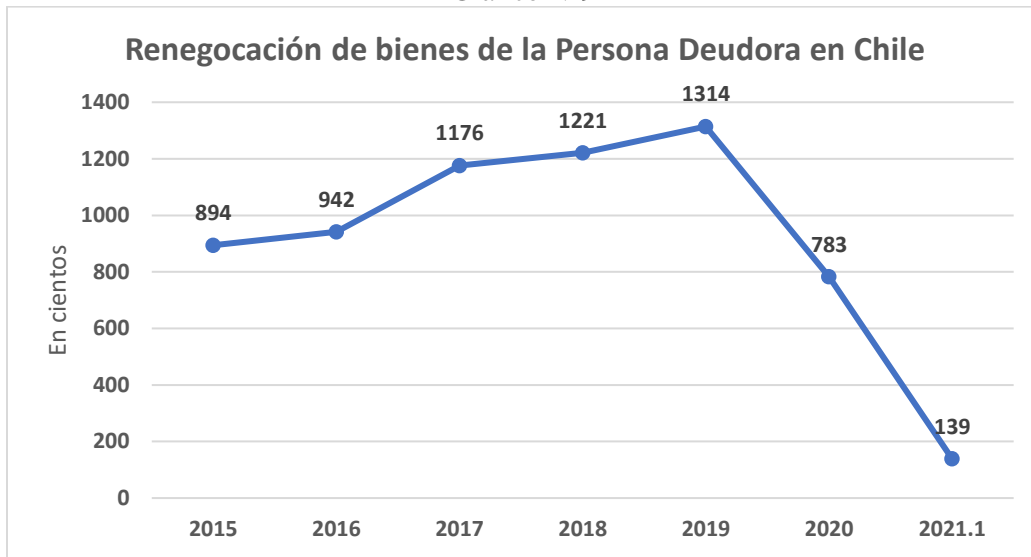
Elaboración del autor con base en información de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento

Gráfico N°8



Elaboración del autor con base en información de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento

Gráfico N°9



Elaboración del autor con base en información de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento

Los casos de renegociación alcanzan un total de 6.469 entre 2015 y 2021 con un máximo 1.314 en el 2020. Estas cifras son significativamente menores a los casos de liquidación de bienes que alcanzaron un total de 19.512 en el mismo período llegan a tener 5.109 sólo el año 2020. Los datos existentes hasta ahora demuestran que la realidad va en un sentido contrario a la esencia y el objetivo de la nueva legislación concursal plasmada en la ley 20.720. En efecto, el nuevo modelo que reemplazó a la antigua quiebra busca fomentar y promover la renegociación de empresas deudoras deudores y no la liquidación del patrimonio de los deudores. Así puede leerse en el mensaje del mismo proyecto de ley que dio vida a la Ley 20.720, cuando señala que la iniciativa:

“Que se presenta a vuestro conocimiento se basa en fomentar o estimular, en primer lugar, la reorganización efectiva de empresas viables, es decir, permitir que un emprendimiento dotado de posibilidades de subsistir y prosperar pueda superar las dificultades transitorias en que se encuentra, con ayuda de sus acreedores y con miras a permanecer como unidad productiva en el tiempo”.<sup>65</sup>

Por el contrario, donde sí se puede observar un cumplimiento de los objetivos de política legislativa es en relación con la liquidación de bienes de personas deudoras. Al respecto, en el mensaje del proyecto de señalaba expresamente que:

“Asimismo, resulta imperiosa la necesidad de crear un régimen especial para las personas naturales que se encuentran en incapacidad de responder a sus obligaciones financieras por distintas razones, como, por ejemplo, presentar niveles de consumo muy por encima de su capacidad real de pago. Así, el Proyecto busca crear, primeramente, la posibilidad de solucionar una insolvencia personal en un escenario armónico y adaptado a la realidad de un deudor persona natural, dándole la posibilidad de responder con sus propios bienes de manera más breve y menos costosa que en una liquidación de empresas

<sup>65</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2014), p. 4.

y, así, impulsar comportamientos crediticios responsables en el consumidor a largo plazo, mejorando la educación financiera por medio de normas que la hagan aplicable”. Pues bien, si observamos la evaluación de los procesos de liquidación de personas se puede concluir que efectivamente ha existido una mayor aplicación de liquidación que renegociación de bienes de las personas deudoras.

#### **4. Reflexiones acerca de los modelos de política criminal a la luz del derecho chileno y comparado**

Una primera conclusión que puede extraerse de las anteriores gráficas es la enorme diferencia cuantitativa entre el número de bancarrota de personas versus el de empresas. En efecto, impulsada por las graves consecuencias morales, sociales, económicas y estigmatizantes que genera la bancarrota de empresas, se observa una tendencia reformista para cambiar este paradigma. Incluso los gobiernos buscan evitar la bancarrota a través de ayudas y salvando a empresas en situaciones límites como ha ocurrido con los rescates a grandes corporaciones para evitar su insolvencia y las nocivas repercusiones que supondría dejarlas caer.<sup>66</sup> Así, los países con una economía de mercado debiesen permitir que a quien le va mal en los negocios o en la gestión de su patrimonio, no pierda la posibilidad de seguir intentando emprender en la industria o el comercio. De hecho, las empresas, especialmente las pequeñas y medianas son en muchos países la base de la economía, pues como suele observarse en las cifras, ellas generan más de la mitad de los puestos de trabajo de los países.

Ahora bien, la existencia de procesos rápidos y simples de reorganización o liquidación de personas debe ir acompañado de buenos refuerzos punitivos para quienes quieran aprovecharse y hagan de la ocultación e insolvencia una forma de eludir sus responsabilidades. Si el número de situaciones de insolvencia es mucho mayor en las personas deudoras hay que concluir también que la posibilidad de conductas delictivas sea también más alta por una cuestión puramente estadística.

Por otro lado, de la información que se observa en los gráficos anteriores y se puede señalar que, si bien el número de concursos de personas es significativamente mayor a las empresas, esto puede verse como algo positivo. En efecto, la insolvencia de, por ejemplo, un millón de personas como ocurrió entre el año 2010 y 2011 en los EE. UU., tiene un impacto económico y social mucho menor que si se tratara de bancarrotas de un millón de empresas. En otras palabras, el daño que implica la bancarrota de una empresa es cualitativamente mucho mayor que el que pueda generar una persona física. Dada la importancia de tutelar los procesos concursales de empresa que buscan evitar las perniciosas consecuencias de los procesos de bancarrota, parece lógico que los refuerzos punitivos que entrega el derecho penal busquen sancionar conductas disfuncionales a éstos. En efecto, parece que junto con las consecuencias económicas que significan un daño a los acreedores, la bancarrota contiene un estigma social y moral que históricamente y en la actualidad ha sido asociado con el fracaso y muerte de la empresa<sup>67</sup>. Sin embargo, si la tendencia mundial va en el camino de permitir que quienes caigan en insolvencia o bancarrota puedan reorganizarse para darle continuidad a sus negocios, parece necesario contar también con refuerzos punitivos frente a conductas que

---

<sup>66</sup> VRIESENDORP y GRAMATIKOV (2010), p.209

<sup>67</sup> Véase THORNE y ANDERSON (2006), p.77.

NAVAS, Iván: “La política criminal en el nuevo derecho penal de la insolvencia chileno a la luz del derecho penal de los EE. UU., alemán y español”.

afecten estos procesos. Lo mismo puede señalarse para el caso que sea necesaria la liquidación, pues lo importante es que ésta se haga de manera ordenada y conforme a los procedimientos establecidos.

Como puede apreciarse según lo hasta aquí analizado, la insolvencia es un fenómeno multidimensional, económico y social a la vez con importantísimas consecuencias jurídicas civiles y penales que tienen como punto de partida la existencia de una obligación y a la responsabilidad del deudor.<sup>68</sup> La mirada a la realidad en la cual se aplica el derecho penal de la insolvencia guarda especial interés para la política criminal dado que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos existe una relación directa entre la situación concursal comercial y el inicio del proceso penal. La política criminal se presenta como un complemento de la política económica en esta materia en consideración a la valoración de ciertos comportamientos económicos que son desvalorados ante los cuales el derecho penal ejerce una labor de refuerzo sancionatorio.

El constante aumento de situaciones de insolvencias y procesos concursales tiene importancia para el derecho penal dado que la existencia de un proceso concursal suele ser un requisito o condición objetiva para sancionar las conductas típicas. Así, en el derecho penal de los EE. UU. la existencia de un proceso bajo el capítulo 11 o 7 es condición objetiva de punibilidad de una serie de conductas del artículo 152 del Código Penal Federal. La misma situación ocurre en España y en otros países como Chile en los cuales casi todas las conductas exigen la existencia de un proceso concursal.

De un primer análisis de los ordenamientos jurídicos se puede concluir que será indispensable la existencia de un proceso concursal actual o inminente. Sin embargo, de manera casi camuflada, se encuentran figuras que rompen con ese esquema. Así, se observa en los artículos 257 del derecho penal español, del art. 466 del chileno y del §288 del StGB. Lo mismo ocurre con los comportamientos punibles en el derecho penal de los EE. UU. en los que no es condición objetiva de punibilidad la existencia de un proceso, sino la previsible existencia de él como dispone el §152 (7) del US CODE. La existencia de exigir un proceso concursal, o un inminente proceso, toma relevancia si consideramos la cantidad de concurso de personas que hay cada año.

Además, hay que tener presente que, en algunos ordenamientos jurídicos como el derecho penal de los EE. UU., el alemán y el español también es sancionado penalmente la realización de una serie de conductas de disposición patrimonial cuando el deudor se encuentra en una insolvencia inminente sin siquiera exigir un proceso concursal. En efecto, en el caso español y chileno, no deja de ser llamativo la supervivencia del delito de alzamiento de bienes a toda reforma penal, siendo un delito, cuya lógica sistemática no es fácil de comprender. Parece que su pervivencia se puede explicar bajo la idea de una comprensión pluriofensiva de bienes jurídicos de las insolvencias punibles, esto es, un modelo de protección que transita entre el derecho de crédito del acreedor y el proceso concursal como mecanismo institucional de gestión de la insolvencia. Desde esta perspectiva tiene sentido entonces la mantención de una figura en principio más laxa en cuanto a requisitos procesales de persecución.

---

<sup>68</sup> GUTIERREZ PÉREZ (2021), p.228.

Si para los delitos de insolvencia o relativos a las actuaciones del deudor dentro de su rol es necesario considerar situaciones extrapenales como el proceso concursal, resultará necesario articular un derecho penal de la insolvencia en armonía con la legislación concursal. Especialmente, en consonancia y armonía con las valoraciones sociales que en la regulación extrapenal se realizan. En este sentido, ello es necesario para una coherencia sistemática y valorativa, así como también para evitar las trasposiciones de ilícitos civiles a ilícitos penales. Cabe recordar que, a diferencia de los ilícitos de otras ramas del derecho, para los ilícitos penales se debe afirmar siempre la existencia de un plus de antijuricidad propiamente penal. Esta situación no siempre se ha cumplido en el derecho penal de la insolvencia y ha sido denunciado expresamente para el caso del derecho penal español dada la escasa diferencia entre las conductas de concurso civil y las que contiene el código penal español.<sup>69</sup> Precisamente, ese plus de antijuricidad penal no siempre aparece identificado y la trasposición de infracciones administrativas al derecho penal genera fricciones con los principios limitadores del *ius puniendi*. Como decíamos, esta situación parece ocurrir en el caso del derecho penal español en el cual desde la última reforma se sanciona penalmente la gestión deficiente pero no fraudulenta del patrimonio del deudor.

Al revisar la regulación penal de los EEUU, Alemania, España y Chile se puede apreciar las dificultades a las que se ve sometido el legislador en distintos países para establecer una política criminal clara sobre estos delitos y que, a la vez, esté en cierta medida coordinada con la regulación y sanciones del derecho civil o comercial.<sup>70</sup> Lo que sí parece tener clara aceptación en la doctrina es, que, en el caso del deudor, existe la necesidad de sancionar una serie de comportamientos cuyas principales características comunes a todos los ordenamientos analizados son dos: En primer lugar, un conjunto de conductas relacionadas con la ocultación de patrimonio del deudor previa al comienzo de un proceso concursal. En segundo lugar, se observa una tendencia que ha tomado relevancia en los últimos años y que guarda relación con la configuración de injustos relacionados con la gestión indebida del patrimonio del deudor. En efecto, como se ha podido observar, la política criminal ha sido implementada dogmáticamente a través de la sanción a las conductas de ocultación.<sup>71</sup> Así puede verse en los tipos penales de los artículos 283 del StGB, 259 del CP español y 463 bis y 466 del CP chileno. Ahora bien, en los últimos años, especialmente en España y Chile, se puede observar una política criminal que se aleja de la ocultación como herramienta de prevención y acoge una nueva forma de punibilidad, cuya principal característica es la infracción de deberes de gestión del propio patrimonio. En definitiva, nos encontramos con una tendencia en cuya base late la idea de configurar un injusto penal del deudor que radica no ya en la ocultación, sino más bien en la infracción de deberes de gestión económica de su patrimonio que causa la disminución de su patrimonio.

¿Cuáles son las razones de este cambio? Desde un punto de vista político criminal las razones se pueden entender por la dificultad dogmática que presenta determinar cuándo una operación económica deberá ser calificada como ocultación a la luz de los delitos de insolvencia. Parece más simple y objetivable determinar la infracción de deberes de gestión económica que hayan causado el resultado de disminución del activo o aumento del pasivo.

---

<sup>69</sup> RODRIGUEZ CELADA, (2017), p.32.

<sup>70</sup> De esta opinión GUTIERREZ PÉREZ (2021), p. 27.

<sup>71</sup> Véase con amplio desarrollo NAVAS (2015), p. 139 y ss.

NAVAS, Iván: “La política criminal en el nuevo derecho penal de la insolvencia chileno a la luz del derecho penal de los EE. UU., alemán y español”.

Cabe recordar que el discurso del injusto de ocultación ha estado siempre muy cargado de un elemento subjetivo que entre su interpretación a un elemento incontrolable como son los indicios. Por otro lado, había cierto acuerdo en la doctrina que la técnica del listado taxativo que contenía la antigua regulación de los delitos de quiebra era poco acertado y constantemente criticado por la aparente contradicción con el principio de culpabilidad, pues, como se señaló, un sector importante de la doctrina entendía ese sistema reglado como presunciones de culpabilidad que debían de desaparecer.

Ciertamente, debido a eso la introducción de un delito como el tipificado en el art. 463 se aprecia un propósito de objetivar la determinación típica de las conductas del deudor (actos o contratos) y más que encontrar una “intención de”. El primer elemento, -infracción de deberes de la gestión económica- se puede determinar con mayor certeza. Esta misma técnica ha resultado satisfactoria por ejemplo en lo relativo al delito de administración desleal donde toman una importancia fundamental la infracción de deberes de gestión de patrimonio ajeno. Esta nueva forma de entender el injusto penal se presenta muy distinta a la tradicional conducta de ocultación o alzamiento de bienes. Como se aprecia con la reforma de 2014 en el derecho chileno, se incluye el delito de disminución injustificada de patrimonio por haber realizado actos o contratos que hayan disminuido su activo o aumentado su pasivo sin justificación económica o jurídica. Al respecto, toma vital importancia responder a la pregunta: ¿cuándo habrá una justificación económica de una operación comercial o patrimonial? Parece que la respuesta pasa también por entender que si el acto o contrato tenía un *sentido económico o jurídico* entonces cabe concluir que se trató de una gestión económica correcta o conforme a deber del patrimonio. En tal caso, entonces habrá una justificación de ese acto o contrato, pues una operación económica tendrá siempre justificación si es realizada diligentemente. De lo anterior resulta importante contar con una interpretación restrictiva de los tipos penales dada la vinculación permanente que existe con operaciones económicas que son inherentes a toda actuación por los agentes económicos. Al mismo tiempo, toma relevante considerar la realidad concursal de algunos países para comprender que las situaciones de concurso de personas y empresas son procesos normales o que suceden con gran cotidianeidad como se observa en las estadísticas de este trabajo.

Por último, existe una cuestión de política criminal importante que merece especial atención. Me refiero al papel que juega en el sistema de insolvencias punibles el delito de alzamiento de bienes. Tanto en la reforma chilena de 2014 como en la española de 2015 este delito ha sufrido modificaciones, pero permanece intacto sin que exista claridad sobre cuál es el rol político criminal ni dogmático que juega en un sistema donde en todo el resto de las figuras se exige una condición objetiva de punibilidad que es la inminencia o existencia de un proceso concursal. Lo que si cabe advertir es que en la reforma de 2014 al derecho penal chileno se aprecia un profundo cambio en relación con el sujeto activo delito de alzamiento de bienes del artículo 466 del Código Penal. La nueva modificación establece que el sujeto activo del delito será “la persona deudora” definida en el número 25) del artículo 2° de la Ley 20.720. En concreto, este cambio implica una reducción significativa del sujeto activo que se pudiera encontrar en la práctica, pues en estricto rigor se puede decir que se ha dejado sin sujeto activo material el delito de alzamiento de bienes e insolvencia punible del 466. En la historia de la ley se advirtió de este cambio y de las profundas consecuencias que tendía. Así, Luis Ortiz Quiroga informó lo siguiente al respecto:

“En virtud de la modificación que propone el Proyecto, los deudores que quedan excluidos de la aplicación del artículo 466, no son sólo los comerciantes, los industriales, los mineros y los agricultores sino que, además, las personas jurídicas privadas, tengan o no fines de lucro, las personas naturales que sean contribuyentes de primera categoría e incluso aquéllas que tienen ingresos provenientes del ejercicio de profesionales liberales o de cualquier otra labor lucrativa no comprendidas en el artículo 42 N.º 1 de la Ley de la Renta”.<sup>72</sup>

Dado que el concepto de persona deudora es uno negativo, esto es, aquel deudor que no pueda definirse como empresa deudora, resulta que de un primer análisis la persona deudora del art. 466 quedará reducido a casos de sujeto que casi no actúan en el sistema económico o en el tráfico mercantil de bienes y servicios. Al menos, será un deudor muy reducido si lo comparamos con el concepto de deudor antes de la reforma que introdujo la Ley 20.720. Una hipótesis político criminal de este cambio pasa por entender que la existencia de una figura como el tipo penal del 466 implica un riesgo más que debía asumir todo deudor emprendedor que se desarrolla en la actividad económica. Por tanto, había que quitar un obstáculo como era el riesgo penal frente a la realización de actividades económicas que tuvieran como resultado la insolvencia del deudor. Sin embargo, la insolvencia es sólo la segunda de las hipótesis que contiene el art. 466. La primera, es el alzamiento de bienes, esto es, la ocultación de patrimonio con un aparente dolo de causar perjuicio en los acreedores.

Ahora bien, buscando una explicación sistemática y en coherencia con los principios que inspiran la ley 20.720, cabe plantear una segunda hipótesis que me parece la más plausible y coherente. Según ella, la política criminal en materia de delitos de insolvencia es que los deudores relevantes para el derecho penal sólo serán aquellos que se encuentran sujetos a un proceso de reorganización o liquidación. En efecto, si tenemos en cuenta que estos delitos se cometen por sujetos que se desarrollan en actividades económicas y que, justamente de acuerdo con la lesividad social de sus conductas, tiene más sentido que actúe el derecho penal que frente a una pequeña ocultación de patrimonio sin dañosidad social, resulta que en la práctica el tipo penal del artículo 466 no tendrá casi aplicación. Por otro lado, habría como posible explicación de este importante cambio que la política criminal que se aprecia detrás de esta reforma es justamente favorecer la persecución penal de aquellos casos en los cuales sí concurre un concurso en su modalidad de liquidación o reorganización del patrimonio del deudor. Por último, cabe sostener que si el régimen concursal civil busca uniformar los procedimientos, no se encuentra sentido que el derecho penal distinga entre deudor calificado (empresa deudora a efectos del 463 y 463 bis) y deudor común (persona deudora) cuya sanción viene dada por el actual artículo 466. Con la nueva legislación penal económica de 2023 se elimina esta distinción y se somete a todos los deudores a un régimen común de presupuestos y sanciones exigiendo la existencia, para todo deudor, de un procedimientos concursal.

Con todo, la modificación de 2023 en virtud de la ley de delitos económicos viene a solucionar todo esta dualidad de interpretaciones a través de la derogación de la figura del delito de alzamiento de bienes del 466 y de la insolvencia que estaba tipificada en la segunda

---

<sup>72</sup> Historia de la Ley. Segundo informe de comisiones unidas en comisión 23 de fecha 09 de abril de 2013.

NAVAS, Iván: “La política criminal en el nuevo derecho penal de la insolvencia chileno a la luz del derecho penal de los EE. UU., alemán y español”.

parte de este mismo artículo. La eliminación del 466 tiene como consecuencia que todo deudor será sometido a las mismas reglas en materia de responsabilidad penal por concurso de acreedores, esto es, se elimina la distinción entre deudor calificado (empresa deudora) y deudor común (persona deudora) que regía con la existencia del artículo 466.

## Conclusiones

La existencia de un derecho penal de la insolvencia es sin lugar a duda una parte del derecho penal de profunda necesidad de análisis político criminal y dogmático en un mundo globalizado en el cual los contactos socio-económicos son anónimos. Es necesario brindar una protección penal de los acreedores frente a los deudores que realizan un uso fraudulento tanto de su posición jurídica como de los procesos de renegociación o de concurso. El derecho penal de la insolvencia se presenta como protección penal del acreedor y puede ser visto como la contracara del derecho del consumo que protege al consumidor de crédito como es el deudor.<sup>73</sup> No cabe olvidar que es el acreedor quien asume el riesgo de las operaciones jurídicas frente a la plena libertad de disposición que tiene el deudor sobre su propio patrimonio. Entendido esta división de ámbitos de organización jurídicamente reconocidos es necesario asegurar normativamente las expectativas del acreedor en relación con el deudor, una vez haya surgido el vínculo normativo entre ambos.

La preocupación de la doctrina sobre el derecho de la insolvencia y el derecho penal de la insolvencia se ve reforzada no solo con las constantes modificaciones legales en la materia, sino que también con las cifras de estos delitos que cada año aumentan con especial preocupación. Así, se advierte según los datos de la última década en los EE. UU., donde cada año se imputan más de 200 delitos de bancarrota, sin considerar la responsabilidad de las empresas por los hechos cometidos.<sup>74</sup> Estas cifras pueden incluso profundizarse en muchos países cuando tenemos contextos económicos de crisis como la del Covid-19 que dan lugar a aumento de procesos de insolvencia. Así, por ejemplo, en España se observa que se pasó de 652 procesos concursales en el tercer trimestre de 2020 a casi duplicar esta cifra en el cuarto trimestre del mismo año con 1045 concursos de acreedores.<sup>75</sup>

En todos los ordenamientos jurídicos del entorno común, en especial los analizados en las páginas anteriores, las insolvencias punibles tienen una infinita variedad de modalidades de acción.<sup>76</sup> Como se observa, el legislador penal de distintos países ha establecido tradicionalmente un amplio catálogo de prohibiciones tanto en los EE. UU., Alemania, España y también en Chile. Del análisis se desprende cierta finalidad del legislador de intentar abarcar un conjunto de modalidades de acción que se valoran como desaprobadas penalmente. De ahí que en legislaciones como los EE. UU., Alemania y España se encuentren diversas prohibiciones que van desde un núcleo básico de conductas, cuyo centro de gravedad es la ocultación hasta la omisión de llevar contabilidad.

---

<sup>73</sup> HONSBERGER (1968), p. 188.

<sup>74</sup> FLYNN y BOWLES (2015), p. 63.

<sup>75</sup> Cifras INE España. [www.ine.es](http://www.ine.es)

<sup>76</sup> Véase en el caso de los EE. UU. OGIERE Y WILLIAM (1998), p. 318.



En el análisis del derecho comparado se puede constatar la existencia de al menos dos sistemas de tipificación penal de insolvencias punibles y de algunos elementos comunes. Un primer sistema de tipificación, cuya principal característica es el establecimiento de listado de conductas punibles tal y como las que contiene en parte el derecho penal de los EE. UU., el alemán y el español. Podemos denominar a este un primer modelo de tipificación expresa de prohibiciones, esto es, aquel que regla un listado taxativo de conductas objeto de sanción. Este primer modelo tipifica en general un conjunto de prohibiciones de diversa índole que van desde el agravamiento hasta la causación de la insolvencia (aquí se puede ubicar el §152(7) del US CODE; el §283. (1) del StGB; el artículo 259.1 y 259.2 del CP español. Este modelo de tipificación fue utilizado en Chile en la regulación anterior a la reforma de 2014, esto es, en el antiguo derecho penal de quiebras. De todos modos, si se compara, en Chile se utilizó con una técnica legislativa de menor calidad que la del derecho comparado actual. Eso sí, hay que decir a su favor que el sistema del antiguo derecho penal de la quiebra seguía el mismo patrón de un catálogo amplio y taxativo de descripciones.

Ahora bien, también podemos observar un segundo modelo de política criminal y que obedece más bien a la existencia de una norma genérica, que opera como una cláusula general amplia. Este modelo, reduce el listado de prohibiciones, pero sanciona cualquier conducta que, con infracción de determinados deberes de gestión económica, sea objetivamente imputable el resultado de disminución del patrimonio del deudor. En otras palabras, en este segundo modelo, se pasa de un paradigma del listado de prohibiciones (cuyo énfasis radica en el paradigma de la ocultación como prototipo de injusto), a uno cuyo núcleo es la infracción de deberes de diligencia en la gestión económica del patrimonio por parte del deudor. Este modelo también ha encontrado reflejo en el derecho comparado y últimamente en el derecho chileno. En él podemos incluir los tipos penales de los artículos §283(1).8 del StGB y el art. 259.1. 9.<sup>a</sup> del CP Español. En el caso chileno, dicha técnica de tipificación se encuentra presente en el artículo 463. En efecto, en este artículo, el legislador ha establecido un delito de disminución injustificada del patrimonio a través de la realización de cualquier acto o contrato que no tenga justificación económica o jurídica.

Existe un debate actual sobre las ventajas de considerar el modelo de la gestión económica ordenada como el modelo de imputación tanto para deudores dedicados al comercio como para el deudor particular<sup>77</sup>. Como valoración de este modelo se pueden encontrar ciertas ventajas y algunas observaciones críticas. Como ventaja, parece positivo que sea un modelo de gestión económica ordenada del propio patrimonio el aplicable especialmente a deudores que se dediquen normalmente al ámbito de los negocios, esto es, que su patrimonio esté sometido constantemente a la actividad económica a través de la realización de actos o contratos como señala la norma del artículo 463 en el caso del derecho chileno. Este modelo – que se opera como criterio de apoyo en la determinación del riesgo permitido- se presenta como una alternativa al modelo de imputación subjetivista que ha dominado en la discusión de los delitos de insolvencia en distintos modelos como el español, el de los EE. UU. y el chileno<sup>78</sup>. Frente a la crítica que se le hace en relación con su ambigüedad, cabe señalar que

---

<sup>77</sup> Véase recientemente GUTIÉRREZ PÉREZ, (2021), pp. 432 y ss.

<sup>78</sup> Véase NAVAS, (2015), pp. 142 y ss.

NAVAS, Iván: “La política criminal en el nuevo derecho penal de la insolvencia chileno a la luz del derecho penal de los EE. UU., alemán y español”.

es justamente su flexibilidad una virtud, una característica que permite valorar (o desvalorar) la gestión empresarial en el contexto particular en la cual ella se desarrolla.<sup>79</sup>

Por cierto, estos criterios de gestión económica no deben ser entendidos ni aplicados como criterios de apreciación personal o íntima de cada juez, sino que debe hacerse referencia a criterios sociales y sobre todo económicamente aceptados y vigentes por parte de los sujetos que se desenvuelven en el ámbito de actividad. Ahora bien, más complejo parece ser la aplicación del modelo de gestión económica ordenada para deudores particulares o no dedicados a la actividad económica como principal actividad. Es cierto que los contornos normativos han sido delimitados en mayor medida para deudores que puedan ser calificados como empresarios (o empresa deudora en la técnica legislativa del CP chileno). Sin embargo, no se aprecian razones esenciales que impidan configurar deberes de diligencia para el deudor no empresario. Basta con recordar que algunos modelos normativos de deudores no empresarios han estado presentes en algunos ordenamientos como el chileno y el español a propósito de la exigencia legal de obrar conforme al criterio del *buen padre de familia*, siendo recogido también por abundante jurisprudencia civil y comercial que ha ido estableciendo los contornos normativos de él. A contrario sensu, la introducción de tipos penales cuyo injusto radica en la infracción de deberes de gestión económica puede resultar a primera vista contrario al espíritu de las reformas concursales civiles que se enmarcan en desterrar la idea del estigma de los deudores que fracasan. En efecto, los tipos penales de los artículos 259.1.9° del CP español y 463 del CP chileno podrían llegar a entenderse como una forma de sancionar penalmente el fracaso empresarial por el mero hecho de la infracción de deberes de gestión económica a pesar de haber actuado de buena fe en los actos o contratos que disminuyeron su patrimonio.<sup>80</sup> Sin embargo, este riesgo se debe principalmente a que en el derecho penal español se puede atribuir el delito de insolvencia a título de imprudencia. En el caso chileno, el único título de imputación subjetiva era hasta 2013 el dolo, cuestión que reducía la posibilidad de hablar de una penalización del fracaso empresarial. Sin embargo, esta situación cambia drásticamente con la reforma del proyecto de ley de delitos económicos de 2023 que entrará en vigencia este mismo año.

En efecto, nueva regulación de 2023 introduce una importante modificación en esta tendencia y establece la responsabilidad penal por el nuevo delito del art. 463 a quien haya actuado con “ignorancia inexcusable” del mal estado de sus negocios. La expresión “negligencia inexcusable” ha sido entendida por nuestra doctrina como una forma de imprudencia, esto es, culpa a propósito de la imputación subjetiva<sup>81</sup>. El CP chileno contempla diversas disposiciones de la parte especial que hacen expresa mención a esta modalidad de imprudencia (véase artículo 224.1; 225; 228; 229; 234; 289 entre otras). En definitiva, con este cambio de 2023 es posible sancionar al deudor a título de imprudencia por la realización de algunas de las conductas señaladas en los cuatro numerales del art. 463 según la modificación de 2023. Sin duda, este cambio presenta un enorme desafío y una preocupante cuestión de la amplitud a la que puede llegar la imputación penal a la luz de la forma en que

---

<sup>79</sup> CABALLERO BRUN, (2008), p. 368.

<sup>80</sup> Así han advertido algunos autores españoles a propósito de la redacción del artículo 259.1.9°. Véase RODRIGUEZ CELADA (2017), p. 24 y ss.

<sup>81</sup> En este sentido ETCHEBERRY (1997), p. 216. Véase el trabajo de sistematización de este concepto en REYES ROMERO (2016), pp. 245-278

están redactadas las conductas del nuevo 463, especialmente, la cláusula amplia del 463 número 4. En otras palabras, con la introducción de la imprudencia para los delitos concursales, habrá que tener un especial cuidado en no caer en una criminalización de la mala gestión empresarial en virtud de este nuevo artículo 463 de 2023.

Así las cosas, si miramos el caso español que tiene una modalidad imprudente, resulta que empresario o emprendedor evaluará doblemente los riesgos que implica la posibilidad de fracaso en su emprendimiento. Diversos estudios han demostrado el efecto negativo que posee una regulación legal de la insolvencia cuando es rígida y más todavía cuando los contornos de su distinción entre la sanción mercantil y penal casi no se aprecian. Es sabido que la regulación de la insolvencia afecta el espíritu empresarial al alterar las decisiones de los agentes con capacidad de emprender que buscarán decisiones más seguras y menos riesgosas a costa de disminuir su emprendimiento con las consecuencias sociales y económicas que de ello derivan.<sup>82</sup>

En relación con el aspecto subjetivo del delito, se observa cierta tradición en el legislador de los países analizados que consiste en dar una especial importancia al elemento subjetivo del dolo o del *mens rea*. El elemento intencional o de dolo directo es la principal modalidad subjetiva sobre la que se estructuran históricamente en el derecho español las distintas modalidades de tipos penales. Sin embargo, resulta llamativo que el legislador español haya introducido la modalidad de imprudencia en la reforma del año 2015 al CP, en concreto, en el numeral 3 del artículo 259. Es cierto que en el código penal alemán existe una modalidad imprudente. Sin embargo, la diferencia radica en que en este último abarca solamente los casos de desconocimiento del endeudamiento excesivo o del desconocimiento de la incapacidad de pago y no a cada una de las conductas típicas como sí lo hace el legislador español. En resumen, cabe sostener la tesis de una desmedida ampliación del ámbito punible de las conductas del deudor en el derecho penal español sin que se haya podido entregar mayor justificación de ello por parte del legislador.

Como se señaló, resulta incoherente desde un punto de vista del principio de ultima ratio y lesividad que, la legislación mercantil reduzca sólo la posibilidad de sanción a una imprudencia grave mientras que la legislación penal no establezca ningún límite a ella pudiendo ser objeto de reproche cualquier clase de imprudencia. En este sentido, a modo general, me parece un desmedido aumento del ámbito punible la sanción a la imprudencia en los delitos de insolvencia punible. Si se quiere sancionar la realización de actuaciones de riesgo por parte del deudor bastaría recurrir al dolo eventual para ello. Esto último, implica por tanto, una técnica legislativa que evite el recurso a elementos subjetivos adicionales o a los ánimos que pudieran descartar la sanción a título de dolo eventual.

---

<sup>82</sup> Véase al respecto JIA (2015), pp. 464-493.

NAVAS, Iván: “La política criminal en el nuevo derecho penal de la insolvencia chileno a la luz del derecho penal de los EE. UU., alemán y español”.

### **Bibliografía citada**

- BASCUÑÁN R., Antonio (2018): “La reforma del derecho penal concursal chileno”, en NÁQUIRA, Jaime; ROSENBLUT, Verónica (edit.). Estudios de derecho penal económico chileno (Santiago, Ediciones UC).
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2014): Historia de la Ley 20.720. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadela Ley/nc/historia-de-la-ley/4343/> [consultado el 07/07/2023].
- BITTMANN, Folker (2004): “12 Bankrott, §§ 283, 283a StGB”, en: BITTMANN, Folker (ed.), Insolvenzstrafrecht (Alemania, de Gruyter), pp. 584-795.
- BOSCH, Nikolaus (2021): “§283”, en: SATZGER, Helmut. SCHLUCKEBIERS, Wilhelm. (Ed), StGB Kommentar (Köln, Carl Heymanns), 2299-2213.
- CABALLERO BRUN, Felipe (2018): Insolvencias punibles (Iustel).
- DANNECKER Gerrd; KNIERIM Thomas (2018): Insolvenzstrafrecht, 3ª ed. (Heidelberg, Deutschland, C.F. Müller).
- DISVALAR Mehdi; JAVID Mohamad; GANDOMI Amir Hosein; SOOFI, Bamdad; VESALI, Majid (2011): “Hybrid genetic programming-based search algorithms for enterprise bankruptcy prediction”, en: Applied Artificial Intelligence an International Journal, (vol. 35, N° 8), pp. 669-692.
- ETCHEBERRY, Alfredo (1997): Derecho penal. Parte especial, 3ª ed. (Chile, Editorial Jurídica), tomo III.
- ERDMANN, Sven (2006): Die Krisenbegriffe der Insolvenzstraftatbestände (§§283 ff.StGB) (Duncker & Humblot-Verlag, Berlin).
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (2019): “La imputación objetiva y subjetiva en los delitos económicos”, en: CAMACHO (Dir.), Tratado de derecho penal económico (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 141-194.
- FLYNN, Edward; BOWLES, Charles (2015): “Bankruptcy crime and Punishment”, en: American Bankruptcy Institute Journal (Vol. 34, N°1), p.63.
- GALLEGO SOLER, José Ignacio (2015): “Capítulo VII bis Insolvencias Punibles”, en: CORCOY, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dir.), Comentarios al Código Penal (Valencia, Tirant lo Blanch).
- GÓMEZ BALMACEDA, Rafael; EYZAGUIRRE, Gonzalo (2011): El derecho de quiebras (Santiago, Editorial jurídica), Tomo II.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, Elena (2021): El Derecho penal frente a la insolvencia (Pamplona, Editorial Aranzadi).
- HEADWORT, Spencer; HAGAN L. John (2016): “White-collar crimes of the financial crisis”, en: VAN SLYKE, Shanna; BENSON, Michael L.; CULLEN, Francis T. (Edits). The Oxford Handbook of White-Collar Crime (Oxford, Oxford University Press).
- HESTON, Mary Jo (1998): “The United States Trustee: The Missing Link of Bankruptcy Crime Prosecutions”, en: American Bankruptcy Institute Law Review (Vol. 6, N° 2), pp. 271-391.
- HONSBERGER, John (1968): ““Bankruptcy” Fraud”, en: Chitty's Law Journal (N°16).
- JIA, YE (2015): “The impact of personal bankruptcy law on entrepreneurship”, en: The Canadian Journal of Economics (Vol. 48, N° 2), pp. 464-493.

- KAI, Yu; HE, Dongwei (2018): “The choice between bankruptcy liquidation and bankruptcy reorganization: a model and evidence”, en: *Journal of Management Analytic* (Vol. 5).
- KINDHÄUSER, Urs (2013): „«§283»“, en: KINDHAUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (Edits.) *Nommos Kommentar*, 4ª ed. (Baden-Baden, Nomos).
- KRAMER, Ralph; FRANK (2013): *Insolvenzstrafrecht*, 3º edición (Alemania, Editorial Springer Gabler).
- KRAUSE Daniel-Markus (1995): *Ordnungsgemäes Wirtschaftten und Erlaubtes Risiko* (Berlin, Duncker&Humblot).
- LIMPRECH, Jane; CARAMAN, Tanta (2018): “Bankruptcy Statistics Offer View of Filings, Enforcement, Distributions”, en *Department of Justice Journal of Federal Law and Practice* (Vol. 66, N° 2).
- MAURACH Reinhart; SCHROEDER Friedrich-Christian; MAIWALD Manfred; HOYER Andreas (2003): *Strafrecht Besondere Teil. Straftaten gegen Persönlichkeits und Vermögenswete*, 9º ed., Teilband 1(C.F. Müller).
- MARTINEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos (2013): *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial.*, 4ª ed. (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).
- MUÑOZ CONDE, Francisco (1999): *El delito de alzamiento de bienes* 2ª edición (Barcelona, Editorial Bosch).
- MCCULLOUGH, Ralph C. II (1997): "Bankruptcy Fraud: Crime without Punishment II", en *Commercial Law Journal* (Vol. 102, N° 1), pp. 16- 259.
- NÁQUIRA, Jaime y ROSENBLUT, Verónica (2019): *Estudios de derecho penal económico chileno* (Santiago, Ediciones UC), Tomo I.
- NAVAS, Iván (2015): *Insolvencias punibles. fundamentos y límites* (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- OGIERE, Tamara; WILLIAM, Jack (1998): “Bankruptcy crimes and bankruptcy practice”, en: *American Bankruptcy Institute Law Review* (Vol. 6, N° 2), pp. 318-354.
- PAYTON, Craig (1999): “Prosecuting Bankruptcy Fraud: Meeting the Advice of Counsel Defense”, en: *United States Attorneys' Bulletin* (Vol. 47, N° 4).
- PUGA VIAL, Juan Esteban (2016): *Los delitos concursales*, 3ª ed. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RADTKE, Henning; PETERMANN, Stefan (2014):“ «§283»“, en HEFENDEHL; HOHMANN (Edit.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (München, C.H. Beck).
- REYES ROMERO, Ítalo (2016): “Una aproximación A la imputación a título de imprudencia en el código penal chileno”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XLVII).
- RODRIGUEZ CELADA, Enrique (2017): “La criminalización del fracaso empresarial”, en: *InDret* (N°1/2017), pp. 11-32.
- ROSS, Don (2010): “The financial crisis inspires normative revision?”, en *Journal of Economic Methodology* (Vol. 17, N° 4).
- TIEDEMANN; Klaus (2009): «§283», en *Leipziger Kommentar*, 12ª ed., tomo 12, de Gruyter.
- THORNE, Deborah y ANDERSON, Leon (2006): “Managing the Stigma of Personal Bankruptcy”, en: *Sociological Focus* (Vol. 39, N°2), p. 77-97.

NAVAS, Iván: “La política criminal en el nuevo derecho penal de la insolvencia chileno a la luz del derecho penal de los EE. UU., alemán y español”.

VARGAS PINTO Tatiana (2016): “Nuevo régimen punitivo concursal y sus principales desafíos”, en JEQUIER LEHUEDE (edit.), Estudios de Derecho Concursal (Santiago, Thomson Reuters).

VRIESENDORP Reinout D.; GRAMATIKOV Marin A. (2010): “Founding Corporate Rescue: The Impact of the Financial Crisis”, en: International Insolvency Review (Vol. 13), p. 209.

WABNITZ, Heinz-Bernd; JANOVSKEY, Thomas; SCHMITT, Lotar (2007): Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3<sup>o</sup> edición. (Münche, Editorial C.H Beck).

WEYAND, Raimund; DIVERSY, Judith (2010): Insolvenzdelikte (Alemania, Editorial Schmidt, Erich Verlag).

WHITE, Michelle (2009): “Bankruptcy: Past Puzzles, Recent Reforms, and the Mortgage Crisis”, en: American Law and Economics Review (Vol. 11, N°1).

ZIRPINS, Walter y TERSTEGEN, Otto (1963): Wirtschaftskriminalität (Lübeck, Editorial Max Schmidt-Römhild GmbH & Co. KG).