

**UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN  
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

“EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DEL NUEVO SISTEMA  
PROCESAL PENAL EN LA CALIFICACIÓN DE LA QUIEBRA”

**MEMORISTAS:** Marianela Gatica Gatica

Rocío Vásquez Fierro

**PROFESOR PATROCINANTE:** Claudio Aravena Bustos

Valdivia, Octubre de 2003

Valdivia, 24 de octubre de 2003.

**SR. JUAN OMAR COFRE LAGOS  
DIRECTOR DEL INSTITUTO DE DERECHO PRIVADO  
Y CIENCIAS DEL DERECHO. FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE.  
PRESENTE.-**

De mi consideración:

Que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 41 del Reglamento para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, vengo en informar la memoria de prueba titulada: **“ El Principio de Presunción de Inocencia del Nuevo Sistema Procesal Penal en la Calificación de la Quiebra. ”**, de las señoritas **MARIANELA GATICA GATICA y ROCIO VASQUEZ FIERRO.**

Este trabajo está estructurado en seis capítulos. En el primero de ellos, se expone sobre el principio de inocencia, concepto y sus características; su tratamiento normativo tanto en derecho nacional, como en los diversos instrumentos internacionales en que se encuentra consagrado. Finalizando, con las consecuencias jurídicas de su aceptación y reconocimiento en materia penal.

En el segundo capítulo, las memoristas abordan el tema de nuestra actual Ley de Quiebras, en relación con la configuración del delito de quiebra ilícita ( culpable o fraudulente ), hasta llegar a las reformas introducidas por la Ley N° 19806 en lo que dice relación con las normas adecuatorias del sistema de enjuiciamiento nacional conforme a los principios inspiradores de la Reforma Procesal Penal, en cuanto deroga el procedimiento de calificación de quiebra.

En el tercer capítulo, los esfuerzos son dirigidos al análisis del concepto del delito en materia concursal, con indicación de sus elementos constitutivos y su estructura jurídico-penal. Se hace referencia al bien jurídico protegido por el legislador al tipificar estas conductas, desarrollándose las dos grandes posturas que existen a este respecto: delito contra el patrimonio y delitos contra el interés social o teorías macro sociales. Se abordan las figuras de quiebra ilícita que contempla nuestra legislación, incluyendo, la ya tradicional discusión del rol que desempeña la sentencia declaratoria de quiebra en relación al delito concursal, abordando la ya antigua dicotomía entre quienes postulan su rol como condición objetiva de punibilidad y quienes señalan que su rol como requisito de procesabilidad, lo anterior sólo con fines didácticos y expositivos, sin adherir a postura alguna.

En el cuarto capítulo, se hace un estudio de las normas que regulaban el procedimiento de calificación de la quiebra de la Ley N° 18.175, que con la entrada en vigencia de las normas adecuatorias del nuevo sistema procesal penal, se derogan los artículos pertinentes al mencionado procedimiento, correspondiendo por lo mismo el análisis de las normas generales relativas al procedimiento penal, contenidas en el párrafo segundo del Libro II del Código Procesal Penal.

En el quinto capítulo, las memoristas ya involucradas con el tema planteado, esto es, la pugna entre la aplicación del principio de inocencia, y la existencia de

presunciones de responsabilidad en materia penal concursal. En éste capítulo, se demuestra la inquietud de las autoras en proponer salidas jurídicas, frente a un tema contingente, utilizando las herramientas de su formación jurídica. Es precisamente, dicha inquietud intelectual, su análisis crítico de las instituciones jurídicas, las que caracterizaron a las alumnas mientras fueron alumnas del suscrito en el curso de Derecho Comercial II.

En el capítulo sexto y último del trabajo que se informa, las autoras se aventuran a un somero análisis de los procedimientos concursales tanto en España como en México, descubriéndonos, un mundo dinámico en la busca de mejores soluciones jurídicas frente a las situaciones patrimoniales críticas que pueden afectar a una persona, y su connotación penal.

El trabajo fue redactado correctamente, la forma de abordarlo fue adecuada. La vigencia del tema, y la ausencia de respuestas, forman parte de lo oportuno de la obra, abriendo por cierto un tema de discusión dentro del actual estado de la Reforma Procesal Penal en nuestro país. La búsqueda, manejo, selección y consulta directa a las fuentes bibliográficas fueron acertadas. Los fundamentos de apoyo en sus conclusiones son los esperables y se encuentran ajustados a su calidad de alumnas de pregrado.

Por lo anteriormente expuesto, soy de la opinión de aprobar esta memoria calificándola con nota 6,5 puntos, salvo, mejor parecer de esa autoridad.

Sin otro particular, se despide atentamente

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'C' followed by a series of loops and a long, sweeping horizontal stroke that extends to the right.

**CLAUDIO ARAVENA-BUSTOS**  
**PROFESOR DE DERECHO COMERCIAL II**

*A todos los que siempre han creído en mí....*

*A mi familia, por hacer de mí quien soy;*

*A Mauricio, por llenar todos los espacios de color, por hacerme feliz a cada instante, por tener lo que tenemos...*

*A ellos, por amarme, aún sabiendo que no es fácil....*

## ÍNDICE

Introducción.....	1
-------------------	---

### Capítulo I

#### Principio de presunción de inocencia en el nuevo Procedimiento Procesal

##### Penal

a) Generalidades.....	5
b) Reconocimiento internacional.....	7
c) Ámbito de aplicación.....	9
d) Relación entre el Principio de inocencia y el Debido Proceso.....	10
e) Aceptación de la presunción de inocencia.....	13
f) Consagración de la presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico.....	16
g) Consecuencias específicas de la aplicación del principio de inocencia en el proceso penal.....	17
h) Aspectos probatorios de relevancia.....	20
i) Admisibilidad de las presunciones en nuestro ordenamiento jurídico desde el año 2000.....	24
j) Definición de las presunciones.....	26
k) Naturaleza jurídica de las presunciones.....	26
l) Clasificación de las presunciones legales de responsabilidad presentes en nuestra legislación penal sustantiva.....	27

m) Consecuencias jurídicas de la aceptación de las presunciones en materia penal.....	29
---------------------------------------------------------------------------------------	----

## Capítulo II

Reseña histórica acerca de la gestación de nuestra actual Ley de Quiebras.....	36
--------------------------------------------------------------------------------	----

## Capítulo III

### Teoría del Delito Concursal

a) Generalidades.....	44
b) Definición del delito.....	47
c) Elementos del delito.....	49
d) Estructura del delito de quiebra.....	52
e) El delito de quiebra es único.....	55
f) Bien jurídico protegido.....	57
I. Delito contra el patrimonio.....	58
II. Delito contra el interés social o Teorías Macro Sociales.....	60
g) Sujetos del delito de quiebra ilícita.....	63
h) Clasificación del delito de quiebra ilícita.....	64
I. Según si existe dolo o culpa en la acción .....	65
II. Según su gravedad.....	66

II. Según si se exige una alteración o no en el mundo exterior.....	67
IV. Según los efectos producidos.....	67
V. Según el momento en que el delito se consuma.....	68
VI. Según su procesabilidad.....	69
i) Figuras de quiebra ilícita.....	69
I. Quiebra fortuita.....	70
II. Quiebra culpable.....	70
III. Quiebra fraudulenta.....	71
j) Presunciones de complicidad de quiebra fraudulenta.....	73
k) Rol que cumple la sentencia que declara la quiebra en relación al delito de quiebra ilícita.....	74
I. Quiebra como condición objetiva de punibilidad.....	75
II. Quiebra como requisito de procesabilidad.....	76

## Capítulo IV

### Aspectos Procesales

a) Procedimiento de calificación.....	80
b) Procedimiento de calificación en el nuevo sistema Procesal Penal.....	83
c) Aspectos relevantes de la prueba en el nuevo Proceso Penal.....	91

## Capítulo V

Soluciones propuestas.....	93
----------------------------	----

## Capítulo VI

### Legislación Comparada

#### I. España

a) Generalidades.....	102
b) Procedimiento de Calificación de la quiebra.....	105

#### II. México

a) Generalidades.....	115
b) Supuestos del concurso mercantil.....	116
c) Procedimiento para la declaración de concurso mercantil.....	117
d) Visita de verificación .....	118
e) Sentencia de concurso mercantil.....	118
f) Órganos del concurso mercantil .....	118
g) Reconocimiento de los créditos.....	119
h) Declaración de quiebra .....	119
i) Terminación del concurso mercantil .....	120
j) Aspectos penales del concurso mercantil mexicano.....	120

Bibliografía.....	123
-------------------	-----

## Introducción

Nuestro país ha experimentado una profunda transformación en la forma de juzgamiento criminal, es así como se produce un cambio desde un sistema inquisitivo en el cual la labor del sistema penal era fundamentalmente la represión de la delincuencia, a un sistema marcadamente garantista que postula el respeto a los derechos y garantías del imputado y los demás intervinientes; debe entonces, realizarse un cambio legislativo de proporciones, de todas aquellas disposiciones que contienen normas que no son conciliables con el espíritu del nuevo sistema procesal penal. Asimismo, no es menos cierto que en materias económicas se viven tiempos difíciles por lo que una adecuada, correcta y moderna legislación en el derecho concursal, que se concilie con las normas de justicia, equidad y los nuevos principios adoptados en materia procesal penal, resultan imperativas.

Aún cuando en nuestro país se ha puesto en vigencia un nuevo sistema procesal penal, el cual pretende otorgar un mayor respeto a las garantías personales de los individuos, también afirmamos que al menos parte de la legislación penal sustantiva permaneció inalterada, anticuada y mantiene dentro de su normativa presunciones legales de responsabilidad penal de distinto tipo.

En consecuencia con lo anterior, afirmamos que resulta necesaria una intervención legislativa, que modernice el derecho penal, a fin de que sus normas y la aplicación de las mismas concuerden con el nuevo derecho procesal penal, en atención a que éste es el vehículo que pone en movimiento a las normas sustantivas.

Especial importancia revisten las presunciones como forma de configuración de delitos en la legislación concursal; con la consiguiente afectación del principio de inocencia que inspira el nuevo proceso penal. Creemos que la pugna recién mencionada será resuelta por vía jurisprudencial; en donde se deberán aplicar correctamente el derecho y respetar las garantías personales, en la materia en comento, concretamente la presunción de inocencia y la contradictoriedad, dictando sentencias absolutorias en el evento que no haya pruebas de cargo que se produzcan en el juicio oral.

El delito llamado de quiebra culpable o fraudulenta, también denominado bancarrota simple y calificada, no guarda relación ni respeto con la situación actual, siendo en consecuencia derogado en la mayor parte de los países civilizados. En efecto, este delito tan especial en Chile sólo pueden cometerlo personas que sean declaradas en quiebra, y que, además, ejerzan actividades comerciales, industriales, mineras o agrícolas, delitos que se configuran en base a presunciones.

Uno de los postulados esenciales del nuevo proceso penal es el derecho al debido proceso y el derecho a la presunción de inocencia, pero estos derechos no operan con plena vigencia en el derecho concursal, y más específicamente en el procedimiento de calificación de la quiebra, puesto que las figuras de quiebra culpable, fraudulenta y algunos casos especiales de complicidad de quiebra fraudulenta, están referidos, como ya se dijo, básicamente, adoptando en su configuración, formas de presunciones de responsabilidad penal, que obviamente no encuentran cabida en un derecho procesal penal moderno ni menos en un sistema acusatorio.

Lo anterior puede deberse a que, en su momento el derecho penal concursal era el reflejo del Derecho Penal Económico, en donde el bien jurídico protegido era la comunidad, interesada en el mantenimiento de una cadena de pagos, frente a aquellos que ejercían actividad mercantil de importancia, que eran los comerciantes; pero no cabe duda que las finalidades del derecho concursal han variado desde una concepción punitiva, a una visión de conservación y recuperación de las empresas, constituyéndose la quiebra, como mecanismo de realización del patrimonio del deudor, el último procedimiento a aplicar.

El problema estudio de esta memoria se titula "El principio de presunción de inocencia del nuevo sistema procesal penal en la calificación de la quiebra ", esto es , como resolvemos la pugna que se presenta, por una parte en presumir inocente al imputado mientras no se pruebe su culpabilidad (Principio de inocencia), y por otro, las llamadas presunciones de culpabilidad de la Ley N° 18.175 en donde se parte del supuesto que el sujeto es responsable si su conducta se encuadra en alguna de las descripciones de la recién anotada ley.

En virtud de lo recientemente expuesto, nuestro esquema de trabajo comenzará en el Capítulo I analizando el llamado Principio de Inocencia, sus generalidades, cual ha sido su reconocimiento internacional, ámbito de aplicación, su aceptación y consiguiente consagración en nuestro ordenamiento jurídico, así mismo los corolarios que se derivan de su aplicación.

Consecuentemente, para un mayor entendimiento de la materia, nos adentraremos en el tema de las presunciones en nuestro derecho,

su admisibilidad, definición, naturaleza jurídica, las clasificaciones que ellas permiten y sus ulteriores consecuencias jurídicas en materia penal.

Para comprender la dinámica de las instituciones, se hace sin duda necesario, conocer sus orígenes y su evolución en el tiempo; por ello, en el Capítulo II, realizaremos una breve reseña histórica acerca de la gestación de la actual Ley de Quiebras.

A continuación nos avocamos al análisis del procedimiento de calificación, ello en pos de la implementación de la reforma procesal penal, al cual haremos referencia en el Capítulo III, analizando el nuevo proceso de calificación, sus etapas, así como los aspectos relevantes de la prueba en el nuevo proceso penal.

El Capítulo IV desarrolla la Teoría del delito concursal, su definición, elementos, estructura, la unidad del delito de quiebra, bien jurídico protegido, advirtiendo cuales son los sujetos de este delito, clasificaciones que permite, las diversas figuras de ilicitud en la quiebra y cual es el papel de la sentencia declaratoria de quiebra, en relación al delito en comento.

En el Capítulo V, nos aventuramos con las que, a nuestro parecer son las soluciones más acertadas al problema en cuestión, junto con determinar cuales son las posibilidades reales de aplicación dentro del derecho vigente.

Finalmente, en el Capítulo VI exponemos brevemente la situación jurídica concursal en derecho comparado (España y México), con la finalidad de proporcionar al lector una visión integral acerca de la materia que nos ocupa.

## Capítulo I

### Principio de presunción de inocencia en el nuevo procedimiento procesal penal

#### a. Generalidades.

Con la entrada en vigencia del nuevo Proceso Penal, se pretende el establecimiento de una nueva institucionalidad en el sistema de enjuiciamiento criminal, pues se entiende a éste como reflejo de la madurez y estabilidad del estado de derecho y como un indicador del grado de respeto de los Derechos Humanos en el ordenamiento estatal, operativizando una serie de principios y garantías que no obstante poseer un reconocimiento expreso o tácito en nuestra legislación<sup>1</sup>, no encontraban su correlativo práctico en el sistema procesal penal antiguo. Por lo demás, nuestro país debía cumplir sus compromisos internacionales en lo relativo a este punto, adecuando y/o modificando su legislación interna a la normativa internacional <sup>2</sup> en virtud de lo dispuesto en el artículo 5º inciso 2º de nuestra Constitución Política<sup>3-4</sup>.

---

<sup>1</sup> El artículo 19 N° 3 inciso 5º de nuestra Constitución Política de la República señala "La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal", aunque su referente histórico era considerablemente más explícita consignada en el artículo. 19 N° 6 Anteproyecto Comisión Ortúzar, posteriormente eliminado; asimismo el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal dispone "A nadie se considerará culpable de delito ni se le aplicará pena alguna sino en virtud de sentencia dictada por el tribunal establecido por la ley, fundado en un proceso previo legalmente tramitado; pero el imputado deberá someterse a las restricciones que con arreglo a la ley se impongan a su libertad o a sus bienes durante el proceso".

<sup>2</sup> Artículo 2º Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 2.2 Pacto de san José de Costa Rica.

<sup>3</sup> La ley N° 18825 que modifica el artículo 5 inciso 2º en este sentido, su texto actual dispone "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

<sup>4</sup> La referida enmienda constitucional del citado artículo 5º de nuestra Carta Fundamental, en relación con su inciso segundo, presenta variados problemas de interpretación, discutiéndose primeramente la jerarquía que poseerían esos tratados

En este sentido, es donde más se manifiesta la incompatibilidad de nuestra legislación interna con el sistema internacional de protección y promoción de los Derechos Humanos; por ejemplo, en relación con el principio del debido proceso, derecho efectivo a la defensa, la imparcialidad del Tribunal y la oralidad del juicio penal, materias que requerían de una reforma necesaria y urgente.

El principio de la presunción de inocencia está relacionado, por lo tanto, con el derecho a la tutela jurisdiccional, asegurándole al imputado, que la demostración de culpabilidad será hecha a través de un procedimiento público y legal, con la efectividad del derecho a la defensa<sup>5</sup>.

No debe olvidarse, que particularmente en el ámbito del procedimiento penal, existe una tensión permanente y muy fuerte entre lo que se denomina poder punitivo del Estado, y el ejercicio y respeto de las garantías individuales de los ciudadanos. En el sistema procesal penal del Código de Procedimiento Penal, la balanza se inclinaba notoriamente hacia el ius puniendi del Estado, pues supervivían instituciones en que se manifestaba la desigualdad de los intervinientes, en particular, se destacaba la desmejorada posición del imputado frente al aparato estatal, es así como encontrábamos el secreto del sumario, que el juez concentraba en su persona las funciones que por antonomasia debían radicarse en personas u órganos distintos,

---

internacionales sobre derechos humanos, es decir, si éstos se han incorporado a nuestro ordenamiento con un rango constitucional o no, en segundo lugar si su aplicación se extiende a los tratados internacionales que entren en vigencia con posterioridad al año 1989, y si la expresión "vigentes" se refiere al ámbito internacional, al ámbito interno o a ambos simultáneamente.

<sup>5</sup> GOMEZ FILHO, ANTONIO MAGALHAES. *Presunción de inocencia y prisión preventiva*. Editorial Jurídica Conosur. Santiago, Chile. (1995) página 23.

diferenciados e independientes, la institución de la prisión preventiva y otras.

En efecto, una de las características de los nuevos sistemas procesales penales es el establecimiento de reglas generales, principios, garantías y lineamientos de acción, cuyo contenido debe ser propuesto y determinado por los propios actores de dichos procesos, ya que podemos afirmar que es prácticamente imposible regular todas las hipótesis que pudieren presentarse en la realidad. Por lo anterior, las garantías del nuevo procedimiento son conceptos amplios y deben ser aplicados por las partes en cada caso.

En este sentido, Alex Carocca Pérez, ha sostenido que las garantías mencionadas (debido proceso y más específicamente, la presunción de inocencia) deben operar como fórmulas generales y subsidiarias, jugando una labor de corrección de procedimiento cuando no sea posible que opere una garantía específica o aparezca ésta como insuficiente.

#### b. Reconocimiento internacional.

Históricamente su consagración positiva la encontramos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano <sup>6</sup>, la cual resulta importante pues establece un doble significado; por un lado, como regla procesal, es decir, como regla de trato al acusado o

---

<sup>6</sup> El artículo 9 de la mencionada declaración dispone « Tout homme étant innocent, s'il est jugé indispensable de l'arreter; toute rigueur que ni serait pas necessaire pour s'assurer de sa persone doit atre sévérement reprimée por la loi » , disposición que se ha traducido como « Se presume inocente a todo hombre hasta que haya sido declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no fuere necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley »

imputado, según la cual éste debe ser considerado como inocente hasta que no medie sentencia ejecutoriada en su contra, y, consecuencialmente éste no debe proporcionar pruebas de su inocencia, pues ésta se presume; y por otro lado, como principio que impide la adopción de medidas restrictivas de libertad en contra del imputado<sup>7</sup>, exceptuándose los casos de absoluta necesidad o los casos de insuficiencia de medidas alternativas<sup>8</sup>.

Asimismo esta presunción se encuentra reconocida en diversos Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos<sup>9</sup>.

Se ha sostenido que la presunción de inocencia constituye en realidad una condición básica de supervivencia del propio proceso penal, pues en tanto se parta de este supuesto, y siempre que estemos en presencia de un hecho que revista los caracteres de delito, se hará indispensable y necesario un procedimiento adecuado, implementando

---

<sup>7</sup> GOMEZ FILHO, ANTONIO MAGALHAES, op. cit. en nota 5, página 13.

<sup>8</sup> En este sentido el artículo 122 del Código Procesal Penal dispone, "*Finalidad y alcance*. Las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación. Estas medidas serán siempre decretadas por medio de resolución judicial fundada"

<sup>9</sup> Así, la presunción de inocencia se encuentra reconocida en diversos instrumentos internacionales en los siguientes términos Artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: "toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en el juicio público en el cual sean establecidas todas las garantías del derecho a la defensa"; el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo realiza en la siguiente forma "toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley"; y el artículo 8.2 del Pacto de San José de Costa Rica, efectúa esta consagración como sigue "toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad". El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado el 16 de diciembre de 1966, su entrada en vigor se produjo conforme a su artículo 49, el 23 de marzo de 1976, el depósito del instrumento de ratificación se realizó el diez de febrero de 1972, la entrada en vigor internacional para Chile fue el 10 de mayo de 1972, fue promulgado por el Decreto N° 778, de 30 de noviembre de 1976 y se publicó en el Diario Oficial el 29 de abril de 1989. Por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos conocida como "Pacto de San José de Costa Rica, se suscribió el 22 de noviembre de 1969, siendo esa su fecha de adopción, su entrada en vigor internacional se produjo conforme a lo dispuesto en su artículo 74, el 18 de julio de 1978, la fecha de depósito del instrumento de ratificación (Con declaración) fue el 21 de agosto de 1990, entró en vigor internacional para Chile con esa fecha, se promulgó por el decreto N° 873 del 23 de agosto de 1990 y se publicó en el Diario Oficial el 05 de enero 1991.

una serie de etapas que permitan arribar a una resolución que, en definitiva, luego de dicho proceso legalmente tramitado, en que se de estricto cumplimiento a las normas y principios del *due process of law*, se disipen las dudas estableciendo la inocencia o culpabilidad del imputado<sup>10</sup>.

Este postulado de inocencia consiste básicamente en que, toda persona acusada de una infracción sancionable es inocente mientras no se pruebe lo contrario, es decir, toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria por parte del Estado, impidiendo la condena sin pruebas, debiendo soportar la carga de la prueba sobre quienes se desempeñan como acusadores, no correspondiéndole al imputado allegar pruebas que sostengan su inocencia; es menester asimismo que las pruebas fundantes de la condena, deben ser lícitas, regulares y obtenidas válidamente, es decir "constitucionalmente legítimas" <sup>11</sup>.

### c. Ámbito de aplicación.

La presunción de inocencia resulta aplicable no sólo en el ámbito legal, sino que se aplicaría también en el ámbito de las sanciones administrativas disciplinarias<sup>12</sup>, es decir, no opera sólo como un mandato al legislador, sino que obligan a todos los órganos que ejercen jurisdicción, y según algunos, que constituyen opinión minoritaria, obliga a los particulares en sus actuaciones privadas cuando ellas

---

<sup>10</sup> Párrafo extraído de *"Los derechos fundamentales del imputado"*, BANDA VERGARA ALFONSO, Revista de Derecho, Número especial, Agosto (1999), página 102.

<sup>11</sup> PICÓ I JUNOY JOAN. *Las garantías constitucionales del proceso*. J. M. Bosch Editor, Barcelona, España (1997), página 155.

<sup>12</sup> PEDRAZ PENALVA ERNESTO, *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Principios de derecho Procesal Penal*, Editorial Colex, Madrid, España, (2000) página. 332.

afectan derechos constitucionales, aun cuando no se ejerza jurisdicción en el sentido clásico<sup>13</sup> .

d. Relación entre el principio de inocencia y el debido proceso.

Debemos señalar que la denominada presunción de inocencia y "debido proceso", en palabras de Gomes Filho, son conceptos complementarios, puesto que para la determinación de la culpabilidad y su reconocimiento; y más aún, su determinación por el órgano jurisdiccional que corresponda, debe basarse y fundamentarse en el marco de un procedimiento o proceso legal, pero no basta con que la imputación sea realizada a través de un proceso, sino que debe ser producto de un proceso justo o equitativo, puesto que la expresión anglosajona "*due process of law*", significa que sea debido, o sea, justo y apropiado. Los procedimientos judiciales pueden variar de acuerdo a las circunstancias, pero serán procedimientos debidos si siguen las formas establecidas del derecho, o si, al adoptar formas antiguas a los problemas nuevos, preservan los principios de la libertad y la justicia, es decir, hablamos de un proceso en donde el ius puniendi del Estado, a través de sus agentes, sea ejercido en equilibrio con los derechos del imputado: el proceso es un duelo en que se enfrentan partes que están igualmente armadas, no debe considerarse ningún privilegio para el representante del poder estatal, ya que el acusado, hasta prueba en

---

<sup>13</sup> FERNANDOIS VÖHRINGER. "*Notas sobre el debido proceso y su dimensión metalegal*". Revista de derecho Universidad de Concepción, Ediciones Universidad de Concepción. N° 203. Año LXVI. enero-junio 1998. página 293.

contrario, debe ser tratado como inocente<sup>14</sup>. Es decir, para que el Estado pueda castigar penalmente se exige siempre la existencia de un proceso, pero no de cualquier proceso, sino de uno en que se respeten las garantías o derechos que se estiman esenciales a la dignidad humana, que se encuentran reconocidos en la Constitución Política y más ampliamente, en los instrumentos internacionales.

Es la concurrencia de estos derechos y garantías, lo que hace calificar al proceso de justo o debido, ya que no basta con que sea un proceso legal, pues los abusos pueden producirse de igual manera, es decir, la sanción penal por parte del Estado, a través de un proceso, en el que se encuentren o manifiesten las mencionadas garantías se encuentra ampliamente legitimada.

Pero este proceso debe ser, por sobre todo, respetuoso de las garantías elementales, pues de poco sirve asegurar el ejercicio de derechos si no se garantiza que los procesos en los cuales esos derechos se harán valer, van a ser a su vez respetuosos de los derechos fundamentales<sup>15</sup>.

La garantía del debido proceso, aparece consagrada en forma explícita en nuestra Carta Fundamental; en este sentido, el artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Constitución Política de la República establece *“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un*

---

<sup>14</sup> Sin embargo, haciendo nuestras las palabras de GOMES FILHO ANTONIO M., en su op. cit. en nota 5, página 53 acota: “la idea de una “igualdad de armas” en el proceso penal, constituye un sueño de difícil realización, en la medida que en el proceso se reflejan todas las desigualdades económicas y sociales, pero no se puede descartar, por el contrario, que debe servir de lema en la búsqueda de una concepción más democrática de la justicia penal”.

<sup>15</sup> CAROCCA PÉREZ, ALEX; DUCE J. MAURICIO; RIEGO R. CRISTIÁN. *Nuevo Proceso Penal*. “Las garantías constitucionales del proceso”, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, (2000), página 42.

*proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer las garantías de un procedimiento y una investigación racional y justa*<sup>16</sup> .

Sin olvidar que esta garantía aparece reconocida en nuestra Constitución figurando como una de las más importantes y omnicomprensiva que las restantes garantías, no es menos cierto que en su acogida y correspondiente redacción, no ha estado exenta de críticas, pues se estima por la doctrina nacional que pudo utilizarse una técnica legislativa más acabada, perfecta y por lo demás clara.

En el seno de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución se hizo patente la preocupación de sus miembros, pues entendían que las proposiciones hasta ese momento formuladas no tenían la precisión técnica necesaria, por lo que se invitó a exponer sobre las modernas teorías en la materia a connotados profesores de derecho procesal. Luego de producido el debate en la CENC, existió consenso en que el mandato que se entregaba al legislador debía contener los siguientes elementos:

- 1.- El oportuno conocimiento de la acción,
- 2.- Una defensa adecuada,
- 3.- La posibilidad de producir las pruebas, y;
- 4.- La posibilidad de poder recurrir en la mayoría de los casos ante otro Tribunal

---

<sup>16</sup> Modificación introducida por la ley N° 19.519 de fecha 16 de septiembre de 1997, Ley Orgánica Constitucional que crea el Ministerio Público, en el sentido de intercalarse la expresión "investigación".

En otras palabras, los comisionados optaron por consignar la expresión, ya por todos conocida, en lugar de determinar estas garantías, entregando a la ley esta pormenorización<sup>17</sup>. Debe reconocerse eso sí, que la postura de los miembros de la Comisión resultó a la postre más acertada que aquella que hubiese establecido un catálogo exhaustivo y cerrado de las garantías que se entendieran comprendidas por el debido proceso; creemos eso sí que esta situación, fue enteramente accidental, y no obedece, en caso alguno a haberse adelantado acertadamente a la realidad jurídica.

Resulta importante destacar que el debido proceso siendo la garantía de carácter más amplio, y omnicomprensiva de las restantes, actúa como mecanismo de corrección de los posibles vicios procesales que pudieren presentarse en el proceso respectivo, además de su aplicación en forma subsidiaria, cuando la garantía específica no se encuentre amparada en forma especial, o bien, cuando su protección fuese ineficiente.

e. Aceptación de la presunción de inocencia.

Como ya lo hemos señalado, la presunción de inocencia, constituye una ventaja que el sistema constitucional otorga a quien se encuentre en la calidad jurídica de imputado, es decir, a quien está siendo objeto de persecución penal. Pese a ser entendida y recogida en la totalidad de los ordenamientos constitucionales modernos y en los

---

<sup>17</sup> Lo anterior a la luz de las modernas teorías constitucionales no resulta enteramente feliz, puesto que en la determinación de estas garantías el legislador no actúa con absoluta libertad, ni puede hacerlo, puesto que su amplitud y contenido queda entregada en último término a la justicia constitucional o internacional.

sistemas de mayor o menor grado democráticos, su aceptación no ha estado exenta de voces disidentes, especialmente en la doctrina italiana, ya que es mirada con desconfianza por sectores conservadores, presentándose en mayor medida en aquellos sistemas autoritarios o no democráticos, los que no han sido imbuídos de los nuevos fines y objetivos que se atribuyen al sistema penal, concibiendo a éste sólo como un instrumento de represión del delito, y no como un sistema de garantías.

El primero en pronunciarse sobre la presunción de inocencia fue Carmignani, concentrando así la atención de los clásicos, señalando que: *“como es más frecuente que los hombres se abstengan de delinquir, la ley consagra para todos los ciudadanos la presunción de inocencia”*<sup>18</sup>. Siguiendo esta línea de argumentación, fue el propio Carrara uno de sus máximos defensores, pues entendía a la presunción de inocencia como presupuesto de la ciencia penal, y como una regla de trato del acusado o imputado mientras no exista sentencia en su contra, pronunciándose en forma específica sobre el tema de las medidas cautelares restrictivas de libertad del acusado.

Debe señalarse, que aún dentro de quienes aceptaban la presunción de inocencia, existían algunos que la miraban con recelo, así, Luchini señalaba que no debe ser entendido como una ventaja para los criminales, puesto que este beneficio es aplicable a los hombres de bien y no debe excluirse incluso las resoluciones judiciales de carácter

---

<sup>18</sup> En este sentido, debe destacarse que el propio Carmignani por otra parte, al elaborar un proyecto de Código de Procedimiento Penal para Portugal, previó la presunción de inocencia, pero favoreciendo sólo a los ciudadanos con antecedentes irreprochables.

coercitivas, puesto que son imprescindibles para que los malhechores no resulten demasiado favorecidos.

Entre los contrarios a la adopción, irrestricta o no, de la presunción de inocencia encontramos a los propios fundadores de la Escuela Positivista del Derecho Penal, quienes en coherencia con su principio de estudiar el crimen y la pena a partir de las contribuciones proporcionadas por las ciencias biológicas y sociales, y preocupados, sobre todo, por la defensa de la sociedad contra el crimen, le negaron a la presunción de inocencia el valor que le dieron las disposiciones puramente jurídicas de la Escuela Clásica, ya que estimaban que con esta figura se favorece a los malhechores habituales y reincidentes, mermando la eficiencia del sistema de represión penal, es decir, el sistema penal es por ellos concebido, como instrumento de la represión criminal y de la delincuencia, y no debe ser entendido como instrumento de defensa de garantías individuales, debiéndose resguardar la seguridad de la sociedad en general. Dentro de éstas posiciones destaca la propugnada por Garofalo, quien se opone fervientemente a las teorías clásicas, puesto que se derivan de principios no demostrados y de consideraciones abstractas; para él, al contrario de lo que sustentara Carmignani, la presunción más razonable es la de culpabilidad, la que se ve acrecentada por la labor que ejercen los medios de comunicación sobre la opinión pública, por lo que ya existe una condena social que muchas veces es anticipada a la condena judicial, postulando entonces una fórmula de trato que podría

denominarse ecléctica es decir, *“no se debe presumir la inocencia del acusado ni declararlo culpable, él es lo que es, imputado”*.<sup>19</sup>

Otro de los que se pronunció sobre el tema fue Enrico Ferri, quien considerando que las personas que delinquen constituyen la minoría, en relación a la sociedad en general, aceptaba la consagración del principio de inocencia, pero con algunas excepciones<sup>20</sup>.

f. Consagración de la presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico.

Las consideraciones antes expresadas, se ven reflejadas en la actual redacción de la norma constitucional que consagra el principio de presunción de inocencia en nuestra Carta Fundamental, adoleciendo de técnica jurídica, pues establece una garantía en términos amplios, de lo cual se deriva que su reconocimiento es débil e indirecto<sup>21</sup>. Por lo anterior, afortunado resulta entonces la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico por vía del artículo 5º inciso segundo de nuestra Constitución Política, de los Tratados Internacionales, que regulan y establecen la garantía de presunción de inocencia en términos mucho más precisos, claros y directos, estableciendo además su contenido básico.

Con la instauración del nuevo sistema procesal penal, ha quedado de manifiesto la intención del legislador de considerar el principio de

---

<sup>19</sup> GOMES FILHO ANTONIO M. op. cit. en nota 5, página 19.

<sup>20</sup> Los casos contemplados eran los de crimen flagrante o confesión, la aplicación relativa para los reincidentes, delincuentes profesionales, natos y locos.

<sup>21</sup> En este sentido, el artículo 19 n° 6 inciso 6º CPR dispone: “la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”, resultando este precepto a todas luces deficiente, puesto que no se dispone que una persona debe ser considerada inocente hasta que no exista sentencia ejecutoriada en su contra.

presunción de inocencia, como uno de los pilares rectores en que se fundamenta este nuevo modelo de persecución penal. De esta manera, se consagra en forma explícita en el Código Procesal Penal, bajo la siguiente fórmula: *“Artículo 4º. Presunción de inocencia del imputado. Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”*.

Además, en correlación con los principios garantistas que inspiran la reforma, se establece en el artículo 93 del Código Procesal Penal, a modo ejemplificador y no taxativo, los derechos y garantías que se reconocen al imputado que goza de libertad<sup>22</sup>.

g. Consecuencias específicas de la aplicación del principio de inocencia en el proceso penal.

Como ya hemos indicado la presunción de inocencia, que subyace en todo el nuevo proceso penal, precisamente como un sistema de garantía a favor del imputado, significa que el punto de partida es la

---

<sup>22</sup> *“Artículo 93. Derechos y garantías del imputado. Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes.*

En especial, tendrá derecho a:

- a) Que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputaren y los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes;
- b) Ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación;
- c) Solicitar de los fiscales diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formularen;
- d) Solicitar directamente al juez que cite a una audiencia, a la cual podrá concurrir con su abogado o sin él, con el fin de prestar declaración sobre los hechos materia de la investigación;
- e) Solicitar que se active la investigación y conocer su contenido, salvo en los casos en que alguna parte de ella hubiere sido declarada secreta y sólo por el tiempo que esa declaración se prolongue;
- f) Solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa y recurrir contra la resolución que lo rechazare;
- g) Guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento;
- h) No ser sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, e
- i) No ser juzgado en ausencia, sin perjuicio de las responsabilidades que para él derivare de la situación de rebeldía”

idea de que todo imputado es inocente, y por ende deben ser reducidas al máximo las medidas que tiendan a limitar el legítimo ejercicio de sus derechos mientras dure la tramitación del proceso.

No olvidando que el principio de presunción de inocencia ha sido entendido de diferentes maneras, siendo su formulación producto de períodos históricos determinados, y no obviando que su contenido es eminentemente político, debemos hacer referencia a los ámbitos específicos en que se manifiesta el referido principio, es así, como seguiremos a este respecto la clasificación propuesta por el Profesor Carocca Pérez <sup>23</sup>, quien señala, como ámbitos de aplicación los siguientes:

- 1.- La presunción de inocencia es el concepto fundamental en torno al cual se construye el moderno modelo del proceso penal.
- 2.- Es un postulado referido directamente al tratamiento del imputado durante todo el proceso penal.
- 3.- La presunción de inocencia como una norma que se aplica al juicio de hecho que ha de efectuarse en la sentencia penal.

Debemos hacer especial referencia a este punto, pues el ámbito probatorio es uno de los más importantes y novedosos aspectos en donde aparece de manifiesto el carácter garantista que posee este nuevo sistema de enjuiciamiento. Esencialmente se traduce en que la prueba completa de la imputación debe ser aportada por el órgano estatal que formula la imputación, de lo contrario, debe necesariamente dictarse sentencia absolutoria.

---

<sup>23</sup> CAROCCA PÉREZ ALEX, Revista Ius et Praxis, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Año 5, N° 1 (1999).

Bajo esa perspectiva, en un proceso penal, en donde el principio de la presunción de inocencia aparece como uno de los informadores del sistema, debe exigirse una actividad probatoria por parte del Estado, aunque sea en un grado mínimo, entendiéndose por tal aquella actividad realizada por el órgano encargándose de sostener la imputación cuyo objeto es desvirtuar o destruir el estado de presunción de inocencia que favorece y ampara al imputado, debiendo ésta recaer en la comprobación de la existencia de los hechos imputados, y no en la investigación de las alegaciones formuladas por el acusado; la imputación –y no la idoneidad de los antecedentes que le sirvieron de fundamento- es la que debe ser demostrada.<sup>24</sup> , por lo demás sólo debe considerarse prueba a aquella obtenida válidamente, es decir, con la autorización judicial del Juez de Garantía, cuando afecte derechos esenciales del imputado, y rendida en la oportunidad que corresponda, es decir, en la audiencia del Juicio Oral, salvo las excepciones legales<sup>25</sup>.

Otra importante consecuencia del principio constitucional, en relación a la cuestión probatoria, dice relación con la imposibilidad de obligar al acusado a colaborar con la investigación de los hechos; en este punto, radica, fundamentalmente, la cuestión de concebir el interrogatorio del reo como medio de prueba o defensa, así como la problemática del “derecho al silencio”.

---

<sup>24</sup> GOMES FILHO, ANTONIO M., op. cit. en nota 5, página 46.

<sup>25</sup> Así el Código Procesal Penal dispone “Artículo 296. *Oportunidad para la recepción de la prueba.* La prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral, salvo las excepciones expresamente previstas en la ley. En estos últimos casos, la prueba deberá ser incorporada en la forma establecida en el párrafo 9º de este Título”.

En presencia de la presunción de inocencia, al acusado le cabe la opción de proporcionar o no su versión personal sobre los hechos que son objeto de la prueba, es decir, al imputado no le cabe realizar actividad probatoria alguna para probar su inocencia, pues a su favor se encuentra establecida la presunción, por lo que si el órgano estatal que realiza la imputación, no es capaz de probar los hechos en que basa su imputación, entra a operar la presunción de inocencia y debe dictarse sentencia absolutoria. Lo anterior lo encontramos regulado en el artículo 93 letra g) del nuevo Código Procesal Penal, en cuanto al derecho a guardar silencio; y en el artículo 340 en relación al grado de convicción del Tribunal, en este *sentido "Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley. El Tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral. No se podrá condenar a una persona con el sólo mérito de su propia declaración"*.

#### h. Aspectos probatorios de relevancia

Íntimamente relacionado con el principio de inocencia y la prueba en un sistema penal acusatorio, encontramos en nuestra legislación penal sustantiva la disfunción que ésta, aún luego de la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal, contempla una serie de normas que presumen legalmente la existencia de un delito

determinado o el grado de participación del imputado ya sea en calidad de autor, cómplice o encubridor. Ya hemos hecho referencia a las características específicas que reviste la prueba en un sistema penal acusatorio, entre ellas recordemos:

1.- Corresponde exclusivamente al Ministerio Público la conducción de la investigación del hecho punible y la determinación de los partícipes, correspondiéndole asimismo por este hecho la carga material de la prueba<sup>26</sup>, por cierto ello no obsta o excluye, el derecho del imputado a acreditar su inocencia mediante la introducción de pruebas de descargos.

2.- La prueba debe ser rendida en la oportunidad procesal que corresponde, esto es, el Juicio Oral, en donde cobran plena aplicación los principios informativos de la inmediación del Tribunal con los antecedentes aportados; contracción e igualdad de las partes en torno a los medios de prueba, todo lo anterior en un juicio que reviste las características de oralidad y publicidad<sup>27</sup>.

3.- Las pruebas deben haber sido obtenidas por medios lícitos<sup>28</sup>, y en la medida que afecten los derechos esenciales de los intervinientes, deberá recabarse con la autorización previa del Juez de Garantía<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> A este respecto el artículo 77 del Código Procesal Penal señala: "*Facultades*. Los fiscales ejercerán y sustentarán la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Con este propósito practicarán todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación y dirigirán la actuación de la policía, con estricta sujeción al principio de objetividad consagrado en la Ley Orgánica constitucional del Ministerio Público".

<sup>27</sup> En este sentido ver nota N° 25

<sup>28</sup> El Código Procesal Penal hace referencia expresa a los métodos prohibidos, así el artículo 195 refiere "*Métodos prohibidos*. Queda absolutamente prohibido todo método de investigación o de interrogación que menoscabe o coarte la libertad del imputado para declarar. En consecuencia, no podrá ser sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa. Sólo se admitirá la promesa de una ventaja que estuviere expresamente prevista en la ley penal o procesal penal.

Se prohíbe, en consecuencia, todo método que afecte la memoria o la capacidad de comprensión y de dirección de los actos del imputado, en especial cualquier forma de maltrato, amenaza, violencia corporal o psíquica, tortura, engaño, o la administración de psicofármacos y la hipnosis.

4.- Las pruebas requieren de cierta entidad, no bastando las conjeturas o las meras sospechas. Lo anterior significa que debe haber una actividad probatoria efectiva, aunque sea mínima, por parte del órgano que sustenta la imputación. Recordemos que el imputado se encuentra bajo el amparo de la presunción de inocencia, y para destruir este estado es necesario que la acusación se encuentre fundamentada en un conjunto de pruebas de cargo, que sean concordantes con los supuestos de la imputación, que permitan arribar, más allá de una duda razonable o de una hipótesis paralela, a la imposición de una pena, que se encuentra legitimada al observarse en el proceso en que se impone, el respeto irrestricto a los derechos y garantías fundamentales del imputado, consagradas en la Constitución y en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, incorporados a nuestro derecho interno por el inciso segundo del artículo 5º de nuestra Carta Fundamental.

5.- Se insta una abierta gama de los medios de prueba aceptados y reconocidos por la nueva legislación para formar íntima convicción en el Tribunal.<sup>30</sup>

6.- Se pone fin al sistema de prueba tasada o legal, propia de un sistema inquisitivo, es decir de un derecho penal máximo, sistema de valoración en donde el legislador señala al Juez pormenorizada y

---

Las prohibiciones previstas en este artículo rigen aun para el evento de que el imputado consistiere en la utilización de alguno de los métodos vedados”.

<sup>29</sup> Así, el artículo 70 del Código Procesal Penal, en su inciso primero refiere; “*Juez de garantía competente*. El Juez de garantía competente por la ley a conocer las gestiones a que dé lugar el respectivo procedimiento se pronunciará sobre las autorizaciones judiciales previas que solicitare el ministerio público para realizar actuaciones que privaren, restringieren o perturbaren el ejercicio de derechos asegurados por la Constitución.”

<sup>30</sup> Artículo 295 del Código Procesal Penal “Libertad de prueba. Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley”.

detalladamente el valor que debe atribuir a cada medio de prueba, estableciendo con anterioridad el valor probatorio que debía asignarse por el sentenciador a los elementos de convicción que fueren presentados a su juzgamiento, además existe una limitación al número de pruebas, y, en el caso de las presunciones, cuales eran las conclusiones que debía o tenía que deducir o inferir al probarse sus presupuestos. Cabe señalar que el sistema de libre valoración de la prueba es intrínseco a un sistema acusatorio, entregándole al sentenciador una amplia libertad para llegar o no a la convicción de un hecho, siempre cuando no se contravengan las máximas de la experiencia generalmente reconocidas o se trate de decisiones absurdas o arbitrarias. Este principio se encuentra reconocido y consagrado en el nuevo Código Procesal Penal en el inciso primero del artículo 297<sup>31</sup>. Esta norma reconoce la libertad probatoria y señala los límites que posee esta libertad, cuales son: 1) Los principios de la lógica, 2) Las máximas de la experiencia y 3) Los conocimientos científicamente afianzados. Lo interesante de esta disposición es que los límites del Juez en la valoración de la prueba son sólo los allí señalados, y la norma no pronuncia en caso alguno que uno de los límites del sentenciador penal se encuentra dado por las presunciones.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Artículo 297 inciso primero: "*Valoración de la prueba*. Los tribunales apreciarán las pruebas con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados".

<sup>32</sup> Debemos entender esta referencia a las presunciones simplemente legales, pues las presunciones de derecho se encuentran expresamente prohibidas por nuestra Carta Fundamental, en su artículo 19 N° 3 inciso 5° "La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad criminal".

i. Admisibilidad de las presunciones en nuestro ordenamiento jurídico desde el año 2000.

El tránsito desde un sistema de enjuiciamiento inquisitivo a un sistema acusatorio, es una labor que impone además el deber de incorporar a todo el ordenamiento jurídico de nuestro país los principios formadores del mismo, debiéndose, en el entendido que el tránsito de un sistema a otro constituye una decisión política fundamental, adecuar la legislación en un sentido coincidente con la que se pretende adoptar e interpretar la existente de una forma coherente, que permita operativizar el nuevo sistema, en especial en aquellos casos en que sea factible se presenten contradicciones entre las normas del nuevo Código Procesal Penal y aquellas contempladas en el derecho penal sustantivo, contenido en otros cuerpos legales o en leyes especiales, influenciados por un sistema inquisitivo.

Lo anteriormente enunciado se traduce en que subsisten en nuestra legislación numerosas presunciones legales de responsabilidad penal<sup>33</sup>, lo que importaría una violación a los principios formativos de la nueva legislación, a nuestra Constitución Política y por vía del artículo 5° de nuestra Carta Fundamental una trasgresión manifiesta a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, específicamente al principio de la presunción de inocencia, y con ello, una vulneración del derecho que asiste al imputado a guardar silencio, puesto que estas

---

<sup>33</sup> A modo ejemplificador podemos señalar que se encuentran presunciones de responsabilidad en los siguientes cuerpos normativos y leyes artículo 137 Ley N° 18.300 sobre votaciones populares y escrutinios; Artículos 219, 220 y 221 de la Ley 18.175 ley de quiebras; artículo 315, 444, 454, 483 y 492 del Código Penal; artículo 121 de la Ley N° 17.105 sobre alcoholes, bebidas alcohólicas y vinagres; artículo 5 de la Ley n° 19.366 "Que sanciona el tráfico ilícito de estupefacentes y sustancias psicotrópicas"; Código Tributario, Ley N° 18314 que sanciona conductas terroristas etc..

presunciones legales de responsabilidad penal lo que hacen es trasladar al imputado la carga de la prueba, obligándole a desarrollar la denominada "defensa activa", lo que no resulta coherente con lo mencionado anteriormente.

j. Definición de las presunciones.

Para aventurar una definición de lo que se entiende por presunciones, en primer lugar debemos remitirnos a las reglas de interpretación que contempla nuestro Código Civil, específicamente al artículo 20, que señala: *"Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal"*. Esta disposición nos remite al artículo 47 del mismo cuerpo legal, que señala *"Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.*

*Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal.*

*Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.*

*Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias."*

Según lo expresado, entonces las presunciones legales admiten una subclasificación, que distingue entre las presunciones simplemente legales y presunciones de derecho<sup>34</sup>.

k. Naturaleza jurídica de las presunciones.

Desde un punto de vista jurídico procesal, las opiniones de la doctrina, en cuanto a la naturaleza jurídica de las presunciones, son variadas, no obstante lo anterior, surgen de ellas consecuencias similares.

Encontramos así, a los clásicos para quienes las presunciones son un medio de prueba<sup>35</sup>, ya que por ellas se dan acreditados los hechos presumidos. Lo anterior trae como consecuencia, que exime de rendir prueba a quien a cuyo favor se encuentra establecida, por lo que no se debe probar el hecho que la ley establece, ya que sólo deben acreditarse por la parte interesada las circunstancias señaladas por la ley que sirven de fundamento a la presunción legal.

Por el contrario, para otros, las presunciones no pueden en caso alguno ser consideradas como un medio de prueba, señalando al efecto que las presunciones constituirían normas de la carga de la prueba, incluso algunos señalan que serían normas que incidirían directamente ya no en la carga de la prueba, sino en la valoración de la misma por parte del sentenciador, es decir, en presencia de una presunción,

---

<sup>34</sup> En este sentido, recordar el arriba citado artículo 47 del Código Civil.

<sup>35</sup> "La presunción legal es un medio de prueba, a partir de su definición y en razón del ordinario ocurrir de las cosas, que hace que el legislador presuma ciertos hechos no acreditados de modo directo, pero que normalmente deben entenderse acaecidos." Mauricio Silva Cancino, citando a Luis Claro Solar, SILVA CANCINO, MAURICIO. *Las Presunciones Judiciales y Legales*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 2ª Edición, año (1995), página 88.

es la ley quien impone al juez el deber de considerar probada la hipótesis que sostenga el órgano que realiza la imputación.

I. Clasificación de las presunciones legales de responsabilidad presentes en nuestra legislación penal sustantiva.

Ya señalamos con anterioridad que en nuestra legislación aún subsisten, incluso con posterioridad a la entrada en vigencia de los Tratados Internacionales y del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, una serie de disposiciones que contienen presunciones legales de responsabilidad<sup>36</sup>, las que pueden clasificarse en presunciones de hechos, que son aquellas que establecidos ciertos presupuestos, dan por cierta la perpetración de un hecho punible, particularmente encontramos aquí los artículos 219<sup>37</sup> y 220<sup>38</sup> de la Ley N° 18.175<sup>39</sup>,

---

<sup>36</sup> En este sentido, ver nota N° 33.

<sup>37</sup> Artículo 219. La quiebra se presume culpable en los siguientes casos: 1. Si el deudor ha pagado a un acreedor en perjuicio de los demás, después de la cesación de pagos; 2. Si los gastos domésticos o personales del fallido hubieren sido excesivos, habida consideración a su capital, a su rango social y al número de personas de su familia. 3. Si el fallido hubiere perdido fuertes sumas en cualquier especie de juego, en apuestas cuantiosas o en operaciones aventuradas de bolsa; 4. Si el deudor no hubiere solicitado su quiebra, en el caso del artículo 41, o si la manifestación que hiciere no reuniese las condiciones que prescribe el artículo 42; 5. Si el deudor fuere declarado en quiebra, por segunda vez, sin haber cumplido las obligaciones que hubiere contraído en un convenio precedente; 6. Si se ausentare o no compareciere al tiempo de la declaración de quiebra o durante el curso del juicio, o si se negare a dar al síndico explicaciones sobre sus negocios; 7. Si hubiere prestado fianzas o contraído por cuenta ajena obligaciones desproporcionadas a la situación que tenía cuando las contrajo, sin garantías suficientes; 8. Si hubiere hecho donaciones desproporcionadas a su situación de fortuna, considerada en el momento de hacerlas; 9. Si no tuviere libros o inventarios o si teniéndolos, no hubieren sido llevados los libros con la regularidad exigida, de tal suerte que no manifiesten la verdadera situación de su activo. Respecto de quienes no están obligados a llevar libros de contabilidad, se aplicarán las normas sobre tributación simplificada establecidas por el Servicio de Impuestos Internos; 10. Si no conservare las cartas que se le hubieren dirigido en atención a sus negocios; 11. Si hubiere omitido la inscripción de los documentos que ordena la ley, y 12. Si agravase el mal estado de sus negocios durante el periodo a que se refiere el inciso primero del artículo 177 bis.

<sup>38</sup> Artículo 220. Se presume fraudulenta la quiebra del deudor: 1. Si hubiere ocultado bienes; 2. Si hubiere reconocido deudas supuestas; 3. Si hubiere supuesto enajenaciones, con perjuicio de sus acreedores; 4. Si hubiere comprometido en sus

denominada " Ley de Quiebras"; presunciones de pruebas que son aquellas, en que acreditados ciertos presupuestos dan por probado el hecho punible, y presunciones de culpabilidad, que son aquellas que establecidos ciertos presupuestos, atribuyen a alguna persona participación en calidad de autor, cómplice o encubridor en la

---

propios negocios los bienes que hubiere recibido en depósito, comisión o administración, o en el desempeño de un cargo de confianza; 5. Si, posteriormente a la declaración de quiebra, hubiere percibido y aplicado a sus propios usos, bienes de la masa; 6. Si, después de la fecha asignada a la cesación de pagos, hubiere pagado a un acreedor, en perjuicio de los demás, anticipándole el vencimiento de una deuda; 7. Si ocultare o inutilizare libros, documentos y demás antecedentes; 8. Si, con intención de retardar la quiebra, el deudor hubiere comprado mercaderías para venderlas por menor precio que el corriente, contraído préstamos a un interés superior al corriente de plaza, puesto en circulación valores de crédito o empleado otros arbitrios ruinosos para hacerse de fondos; 9. Si, inmediatamente después de haber comprado mercaderías al fiado, la vendiere con pérdidas; 10. Si, antes o después de la declaración de quiebra, hubiere comprado para sí por interposición de un tercero, y a nombre de éste, bienes de cualquier clase; 11. Si no resultare de sus libros la existencia o salida del activo de su último inventario, o del dinero y valores de cualquier otra especie que hubieren entrado en su poder posteriormente a la facción de aquel; 12. Si, en estado de manifiesta insolvencia, hubiere hecho donaciones cuantiosas; 13. Si hubiere celebrado convenios privados con algunos acreedores en perjuicio de la masa; 14. Si se ausentare o fugare, llevándose una parte de de sus haberes; 15. Si el deudor, dentro del ejercicio en el cual cese en el pago de sus obligaciones o en el inmediatamente anterior, hubiere omitido, falseado o desvirtuado información de aquella que ha debido proporcionar de conformidad a la ley, acerca de su real situación legal, económica o financiera; y 16. En general, siempre que hubiere ejecutado dolosamente una operación cualquiera que disminuya su activo o aumente su pasivo.

39 Ley N° 18.175 publicada en el Diario Oficial el 28 de Octubre de 1982

40 Artículo 221. Se presume que son cómplices de quiebra fraudulenta:

1. Los que, de acuerdo con el fallido, supusieren créditos o alteraren los verdaderos en calidad o fecha; 2. Los que auxiliaren al fallido para ocultar o sustraer bienes, sea cual

fuere su naturaleza, antes o después de la declaración de quiebra; 3. Los que, en conocimiento de la declaración de quiebra, ocultaren bienes, documentos o papeles de propiedad del fallido que tuvieran en su poder, o los entregaren a éste y no al síndico;

4. Los que, después de la declaración de quiebra, admitieren cesiones o endosos del fallido; 5. Los acreedores legítimos que celebraren convenios privados con el fallido en perjuicio de la masa; 6. Los que, en conocimiento de la cesación de pagos, obtuvieren el pago anticipado del todo o parte de su crédito, y 7. Los agentes, corredores o comisionistas que, después de declarada la quiebra, intervinieren en cualquier operación comercial del fallido, con perjuicio de la masa.

En los demás casos se aplicarán las reglas generales que, sobre complicidad, establece el Código Penal.

41 En este sentido el artículo 326 del Código Procesal Penal, al efecto establece: "*Defensa y declaración del acusado.* Realizadas las exposiciones previstas en el artículo anterior, se le indicará al acusado que tiene la posibilidad de ejercer su defensa en conformidad a lo dispuesto en el artículo 8°.

perpetración de un hecho punible, dentro de esta categoría, encontramos el artículo 221 de la Ley de Quiebras<sup>40</sup>.

m. Consecuencias jurídicas de la aceptación de las presunciones en materia penal.

La consecuencia jurídica más importante de la contemplación de presunciones simplemente legales de responsabilidad penal, es que se produce una traslación de la carga de la prueba al imputado, de manera del todo ilegítima, ya que se le obliga a asumir una postura activa en su defensa, pues al existir una presunción legal se produce una ficción de culpabilidad. Lo anterior contradice abiertamente el contenido del principio de presunción de inocencia y al derecho a guardar silencio<sup>41</sup>, puesto que en este último caso, se obliga al imputado a realizar una labor probatoria para aportar pruebas de descargo que puedan en forma idónea destruir los supuestos en que se fundamenta la presunción de responsabilidad, es decir, el imputado debe probar su inocencia, lo que es contrario tanto al Código Procesal Penal como a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y por haber sido éstos

---

Al efecto, se ofrecerá la palabra al abogado defensor, quien podrá exponer los argumentos en que fundare su defensa.

Asimismo, el acusado podrá prestar declaración. En tal caso, el juez presidente de la sala le permitirá que manifieste libremente lo que creyere conveniente respecto de la o de las acusaciones formuladas. Luego, podrá ser interrogado directamente por el fiscal, el querellante y el defensor, en ese mismo orden. Finalmente, el o los jueces podrán formularle preguntas destinadas a aclarar sus dichos.

En cualquier estado del juicio, el acusado podrá solicitar ser oído, con el fin de aclarar o complementar sus dichos.”

La norma antes transcrita es clara, es simplemente facultativo para el acusado hacer o no uso de la palabra, de modo que no es aceptable que ningún tipo de presunción legal, contenida en la ley sustantiva le obligue a hacer uso de la palabra y a desplegar actividad probatoria traspasando a él la carga de la prueba.

elevados a rango constitucional, también a la Constitución Política de la República.

La gravedad del asunto radica en el hecho de que se contemple en nuestra legislación presunciones de culpabilidad, lo que se contradice abiertamente, con los principios formativos y/o con aspectos fundamentales del nuevo proceso penal.

Es así como atenta contra del principio de inocencia, entendiendo por tal a la “absoluta prohibición de estimar culpable, sin que medie condena firme en su contra, al que fue perseguido penalmente”<sup>42</sup>. Lo anterior significa que la culpabilidad debe dejarse asentada mediante un proceso, cuya sentencia debe encontrarse ejecutoriada. Nosotros estimamos que no es aceptable que la culpabilidad venga establecida de manera preconcebida mediante una norma legal por vía de las presunciones legales. Esta presunción de inocencia, tal como lo señala Sabas Chahuán, es una presunción “iuris tantum”, por ende, puede desvirtuarse con actividad probatoria en contrario, debiendo producirse esta prueba con todas las garantías, teniendo siempre presente que este nuevo procedimiento penal es el que ha establecido el legislador como el medio racional y justo para que la imposición de la pena se encuentre revestida de legitimidad; por esto, la prueba que desvirtúe esta presunción de inocencia, no puede estar constituida por apreciaciones o meras conjeturas, pues debe poseer una entidad suficiente para que el sentenciador adquiriera una convicción, más allá de

---

<sup>42</sup> CHAHUÁN SARRÁS, SABAS. *Manual del nuevo procedimiento penal*. Segunda edición actualizada y aumentada. Editorial Lexis Nexis Conosur, Santiago, Chile. (2002), página 35. Recientemente nombrado Fiscal Regional de la Región Metropolitana Occidente.

toda duda razonable; es decir, el sentenciador no puede fundar su sentencia en base a presunciones de responsabilidad, situación que podría eventualmente presentarse en aquellos casos en que el juez, en virtud de la prueba producida en el juicio oral, abrigue una duda razonable acerca de la hipótesis que sostiene la parte acusadora y de la veracidad de la ocurrencia de los hechos en que sustenta su imputación, pero no se ha rendido prueba por parte del imputado y su defensa, es decir, cuando la defensa no asumió una táctica de "defensa activa", que desvirtúe las conclusiones a las que debe de arribar por causa de la presunción.

Si aceptamos la procedencia de la presunción, además de estar vulnerando el principio de inocencia, se transgreden gravemente otras normas del proceso penal, a saber:

I) La libre valoración de la prueba por parte de los jueces.

Hemos señalado precedentemente, que el nuevo sistema procesal penal establece la libre valoración de la prueba por parte del tribunal, en este sentido el artículo 297 inciso primero dispone: *"Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados"*.

De la norma indicada, se aprecian claramente los límites a que se encuentra sujeto el Juez en el proceso cognitivo e intelectual de valoración de la prueba, y en él nada se dice que los Tribunales, o más específicamente, los jueces posean como limitación en su labor jurisdiccional lo que establezcan las presunciones legales.

Si se acepta que las presunciones son normas de valoración de la prueba, y que el Juez debe atenerse a ellas, arribamos a la conclusión que el Juez o los Tribunales perdieron su libertad probatoria, pues es el propio legislador quien entrega las normas para la valoración al Juez, y éste bajo determinados supuestos está obligado a dar por establecidos ciertos hechos, condicionando la conclusión lógica a que debería arribar, es decir, el Juez luego de un proceso lógico llegaría a un resultado de responsabilidad que muchas veces estaría en pugna con su íntima convicción; entonces el Juez perdió su libertad de valoración, pues es el legislador quien se desdobra y lo hace por él.

## II. La íntima convicción del Tribunal

Estrechamente vinculado con lo anteriormente expuesto, aparece claramente que las presunciones de responsabilidad en materia penal atentan gravemente contra el grado de convicción a que debe arribar el Tribunal cuando ejerce actividad jurisdiccional, que desemboca en una sentencia condenatoria para el imputado, ya que esa convicción se alcanza con la apreciación libre que realiza el Tribunal de la prueba producida en la oportunidad legal que corresponde. En este sentido, se pronuncia el artículo 340 del Código Procesal Penal en sus incisos primero y segundo como sigue: *"Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley."*

*El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral”.*

Siguiendo el tenor literal de la norma citada, no cabe duda alguna, que quien debe adquirir la convicción es precisamente el Tribunal que juzga al imputado, y nada dice respecto de la convicción que debe formarse el legislador o que sea éste quien realice el proceso de valoración. El Tribunal debe formar su convicción en base a la prueba rendida en la audiencia del Juicio Oral, no en presunciones establecidas por el legislador, puesto que de esta forma, el sólo ministerio de la ley da por probado un delito con anticipación, incluso al principio de ejecución del delito que está siendo investigado.

### III) Otros aspectos

Con la co-existencia entre las presunciones de responsabilidad en materia penal, y el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, se afectan gravemente otros aspectos del nuevo proceso, como lo son la carga de la prueba, la contradicción, el acceso a la prueba contraria, la oportunidad de control de las partes sobre las pruebas rendidas.

En efecto, la sentencia no podrá fundarse en presunciones legales, por cuanto éstas tienen el carácter de ser una prueba anticipada, pero que no cumple con los requisitos para ser prueba lícita, dado que no se produce al interior del juicio ni con la debida contradictoriedad, es decir, es una prueba que no puede ser testeada por los intervinientes.

Además de lo anterior, las presunciones legales en cuanto prueba, son un medio de prueba que viene preconcebida ya desde el propio

texto de la ley, lo que viola de manera abierta el principio de la presunción de inocencia y obviamente afecta la imparcialidad que deben tener los jueces, quienes desde un punto de vista práctico podrían tender a aplicar la presunción legal de responsabilidad, en desmedro de dicho principio y con ello también se verían seriamente afectadas las reglas del debido proceso, puesto que la convicción para condenar debe necesariamente emanar de un juicio oral, público y contradictorio.

Concluíamos entonces, que la supervivencia de las presunciones de responsabilidad en materia penal, traspasan de manera ilegítima la carga de la prueba al imputado, debiendo éste producir actividad probatoria de manera activa y directa que acredite su inocencia, es decir, se le despoja de la calidad de inocente, que posee por lo menos en forma transitoria o interina, al comienzo de la investigación. Pero igualmente grave, resulta la circunstancia que, si aceptamos la postura que las presunciones son medios de prueba, se estaría dotando al Ministerio Público y a sus agentes, de prueba producida con anterioridad, es decir, se le entrega prueba preconstituida, además de no ser producida en la oportunidad legal que corresponde, ésta no puede ser testeada por los intervinientes, es decir, se le priva a la parte interesada de poder realizar un control, de examen y contraexamen, lo que viola abiertamente el principio de contradicción que debe poseer todo juicio que sea producto de un sistema acusatorio.

Sobre este punto el Código Procesal Penal establece expresamente la oportunidad en que debe ser rendida la prueba que servirá de base para la convicción del tribunal en su artículo 296, esto

es que deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral, salvo las excepciones expresamente previstas en la ley.

De lo anterior concluimos que las presunciones como medio probatorio, al no producirse en la oportunidad legal que corresponde, salvas las excepciones legales<sup>43</sup>; constituye una prueba preconstituída, que no puede ser examinada por los interesados puesto que se trata de una prueba anticipada que no cumple con los requisitos legales, que atentan contra la libertad de valoración de los jueces, la íntima convicción y contra el principio de inocencia. Nos encontramos ante una prueba que no es lícita ni menos puede servir de base para la pronunciación de una sentencia condenatoria, aun cuando el imputado no haya realizado actividad probatoria alguna destinada a probar su estado de inocencia o a desvirtuar la presunción de responsabilidad. Arribar a otra conclusión es atentar contra el espíritu general de la legislación y la debida correspondencia y armonía con que deben ser interpretadas las normas de nuestro ordenamiento jurídico.

---

<sup>43</sup> Estos son los casos contemplados en los artículos 191 y 280 del Código Procesal Penal, y se refiere a las declaraciones de peritos, testigos o imputados, en caso alguno a las presunciones, que rindan prueba anticipada, debiéndose incorporar ésta en la forma establecida por el artículo 331 del mismo cuerpo legal.

## Capítulo II

### Reseña histórica acerca de la gestación de nuestra actual Ley de Quiebras, Ley N° 18.175

En Chile, a lo largo del período de la colonia española en materia de quiebras rigieron las Ordenanzas de Bilbao<sup>44</sup>, específicamente el Capítulo 17 que se titulaba "De los atrasos y quiebras". Estas Ordenanzas datan del 26 de febrero de 1795. Por Cédula de esa fecha se creó el Consulado de Comercio de Santiago, haciendo al mismo tiempo aplicable a Chile dichas Ordenanzas<sup>45</sup>, las que fueron verdaderamente el ordenamiento mercantil que Chile tuvo hasta la dictación del Código de Comercio en 1865. Por otro lado, estaban las normas contenidas en la Novísima Recopilación y en el Código de las Siete Partidas, que también fueron aplicadas en dichas materias. Estas establecieron un proceso concursal, cuyas disposiciones se aplicaban exclusivamente al deudor comerciante, a cargo de síndicos compromisarios. Los deudores civiles, por su parte, se sometían al procedimiento de concurso. Las normas previstas, en estos cuerpos legales eran escasas e insuficientes, carácter que emana, naturalmente, del hecho que esta legislación estaba integrada por una serie de normas de la más diversa índole, reguladora de los más disímiles institutos jurídicos, sin organicidad ni unidad.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> Dictadas por Felipe V en 1737, fuertemente influido por la legislación francesa, en particular por la Ordenanza de Luis XIV de 1763.

<sup>45</sup> ZALAUETT DAHER, JOSÉ. *La Causa de Declaratoria de Quiebra*. Editorial Jurídica de Chile. (1968). Página 113.

<sup>46</sup> RINGELING HUNGER, MAX. *"De los delitos relacionados con las quiebras"*. Memoria de Prueba. Universidad de Chile. (1985). Página 1.

Don Gabriel Ocampo, redactor del Código de Comercio Chileno promulgado en el año 1865, se inspiró en el Código de Comercio Francés y en la Ley Francesa de 25 de mayo de 1838. Los preceptos sobre quiebras estaban contenidos en el Libro IV del Código de Comercio.<sup>47</sup>

Es así, como en el mensaje del Código se deja constancia acerca de la necesidad de una normativa compacta y uniforme que viniese a suplir el caos legislativo en el que se estaba, relativo al área mercantil: *“El libro IV del Proyecto trata “de las quiebras”. Esta materia, la más difícil, grave e importante de cuantas abraza la legislación mercantil, ha sido por desgracia la más descuidada entre nosotros. Las disposiciones que actualmente nos rigen en materia de quiebras se hallan consignadas en la ley civil y comercial a la vez...pero el conocimiento más superficial de todas esas disposiciones basta para convencerse profundamente de su absoluta insuficiencia para proteger eficazmente a los acreedores y al comercio en general contra los daños materiales y las graves perturbaciones que producen las quiebras, satisfacer a la sociedad entera, y asegurar al deudor, en los casos de desgracia, todos los miramientos conciliables con los diversos intereses que aquéllas comprometen.*

*Tal estado de cosas reclamaba urgentemente el completo abandono de esa legislación compuesta de elementos heterogéneos, y la introducción de otra nueva, capaz de dar sólidas garantías al comerciante de buena fe, prevenir el fraude, y asegurar la persecución y castigo de los que, abusando de la confianza del comercio, buscan la*

---

<sup>47</sup> PUELMA ACORSSI, ÁLVARO. *Curso de Derecho de Quiebras*. Editorial Jurídica de Chile. (1966). Página 14.

*riqueza en el despojo de los que se la han dispensado imprudentemente. “*

En este punto, hay que destacar que tanto el Código de Comercio Francés de 1838 y el Código Español de 1829, tributario del primero, son las dos corrientes principales que confluirán en el sistema penal concursal chileno, establecido por el Código de Comercio de 1865 y el Código Penal de 1874, que hasta hoy continúan siendo la estructura básica en materia concursal.

El Código de 1865, se aplicaría exclusivamente al deudor comerciante, además basándose en el ya citado Código galo distinguió entre quiebra fortuita, culpable o fraudulenta. Se derogaron las Ordenanzas de Bilbao, la Novísima Recopilación, el Código de las Siete Partidas y también el Decreto Ley de 1837 sobre juicio ejecutivo, que normaba el procedimiento civil aplicable al ejercicio de las tutelas individuales como de las colectivas o concursales. No obstante esta ley seguiría regulando el procedimiento concursal de los deudores civiles, procedimiento que en sus aspectos sustantivos era regulado por el Código Civil.

Con la dictación del Código de Procedimiento Civil en el año 1878, que comenzó a regir en marzo de 1903, se derogan expresamente leyes anteriores relacionadas con las materias que él trata, aún en lo que no fueren contrarias. Con ello se derogó el libro IV del Código de Comercio en lo concerniente a las normas procesales estableciendo un sistema aplicable a los no comerciantes llamado “Concurso de Acreedores “. El

concurso civil no sería regido como hasta entonces por la Ley de 1837, sino por el Código de Procedimiento Civil.

Las normas de procedimiento del concurso fueron aplicables en gran medida a la quiebra (artículo 897 del Código de Procedimiento Civil ), quedando a salvo las disposiciones del libro IV del Código de Comercio sobre aspectos adjetivos no derogados por el Código de Procedimiento Civil.<sup>48</sup>

Luego de la entrada en vigencia de este, se dictaron una serie de leyes que complementaron la legislación concursal, entre ellas están el Decreto Ley N° 559 de 1925 o Ley General de Bancos (artículos 35 a 43 que regularon la quiebra y liquidación de empresas bancarias ); Decreto Ley N° 778, de 1925 que modificó la designación de síndicos y proposiciones de convenio; el Reglamento de 10 de diciembre de 1926 relativo a la designación de síndicos, así como el Reglamento de 1927 relativo a la misma materia; Ley N° 4228 de 1927 que creó la Superintendencia de Compañías de Seguros; Ley N° 4404 de 1928, que creó la Inspección General de Sociedades Anónimas y Operaciones Bursátiles y reglamentó la quiebra y la liquidación extrajudicial.<sup>49</sup>

En 1929 se dicta la Ley de Quiebras N° 4558, que en su artículo 228 derogó el libro IV del Código de Comercio y párrafo IV del título I , título III y párrafo III del título XVI del libro III del Código de Procedimiento Civil. También se derogaron los Decretos Leyes N° 778 y 779 en cuanto se referían a la quiebra, artículos 9 letra e) y artículos 25 a 29 de la Ley N° 4402 y otras leyes relativas a la materia, aun cuando no fueren contrarias a las cuestiones que la ley estipulaba. Por lo cual, durante la

---

<sup>48</sup> RINGELING HUNGER, MAX., op. cit. en nota 46, página 5.

<sup>49</sup> ZALAUQUETT DAHER, JOSE. op. cit. en nota 45, página 119.

vigencia de la Ley 4.558, los delitos relacionados con la quiebra tuvieron un doble tratamiento, de manera tal que los cometidos por los comerciantes fueron sancionados conforme a la Ley de Quiebras, sujetos estos que podían cometer los delitos de quiebra culpable o fraudulenta. En cambio los cometidos por los deudores no comerciantes siguieron regidos por el Código Penal conforme a la denominación genérica llamada “defraudaciones”.

En mayo de 1931, se dicta el Decreto con Fuerza de Ley N° 248 que modifica un gran número de artículos de la Ley de Quiebras. El texto definitivo de la mencionada ley fue fijado por Decreto Supremo N° 1297, de 23 de junio de 1931.<sup>50</sup> Aquí el procedimiento de calificación de la quiebra queda sometido al conocimiento del Juez del crimen, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad a este texto legal, que entregaba este procedimiento en común a la justicia civil y criminal. Se mantuvieron las presunciones simplemente legales y de derecho preexistentes, aunque estas últimas disminuyeron en número, tanto las relativas a la quiebra culpable como a la fraudulenta, pero ahora entregadas a la apreciación exclusiva y autónoma de la justicia criminal.

El año 1982 se dicta la Ley 18.175 (actual Ley de Quiebras) que fijó el nuevo texto de la Ley de Quiebras. Su artículo 256 derogó la Ley N° 4558. Del mismo modo derogó y modificó otras normas como el artículo 835 del Código de Comercio, el artículo 2472 del Código Civil y la Ley 4.702 entre otras.

“Las reformas de 1929 y 1982 no han introducido mayores cambios en el esquema general de los delitos concursales. Las diferencias son más

---

<sup>50</sup> RINGELING HUNGER, MAX. op. cit. en nota 46, página 7.

bien de orden procesal y no afectan, a la estructura global del sistema".<sup>51</sup>

La Ley de Quiebras actualmente vigente eliminó las presunciones de derecho respecto de la quiebra culpable o fraudulenta. Sólo existen presunciones simplemente legales de quiebra ilícita, sea culpable (artículo 219) o fraudulenta (artículo 220)<sup>52</sup>.

La Ley 19.806, publicada en el Diario Oficial de 31 de mayo de 2002, contiene las denominadas Normas Adecuatorias del sistema legal chileno a la Reforma Procesal Penal. Aún cuando la dictación de la ley señalada era esperada desde que entró en vigencia la mencionada reforma, su tramitación legislativa fue larga y compleja, toda vez que no se limitó a realizar simples cambios de expresiones o palabras que ya eran concordantes con las nuevas normas sobre el proceso penal, sino que fue mucho más allá, modificando, en algunos casos profundamente la regulación de una serie de instituciones públicas como asimismo adaptando otros aspectos de carácter sustantivo a la nueva legislación procesal penal que, gradualmente, se está implementando en nuestro país.<sup>53</sup>

Dicha ley introdujo una serie de modificaciones a la Ley de Quiebras, a saber:

- Se ordena cambiar las expresiones Fiscalía Nacional y Fiscalía, por Superintendencia, y las denominaciones de Fiscal Nacional y

---

<sup>51</sup> PUGA VIAL, JUAN ESTÉBAN. *Derecho Concursal. Delitos de la Quiebra*. Segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, (2002), Página 20

<sup>52</sup> La Ley 18.175 suprimió las presunciones de derecho, por ser ellas atentatorias en contra del artículo 19 N° 3 inciso sexto de nuestra Constitución Política, puesto que "prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal".

<sup>53</sup> SABAS CHAHUÁN SARRAS, op cit nota 42, página 398.

Fiscal, por Superintendente, respectivamente, con el fin de evitar confusiones respecto de los cargos desarrollados por el Ministerio Público.

- En materia de atribuciones de la Fiscalía de Quiebras, se suprimen dos de ellas: la de actuar como parte en el juicio criminal, y la de interponer la acción penal, encaminada a hacer efectiva la responsabilidad del síndico, y de cualquier persona con injerencia en la administración de la quiebra.
  
- Se modifica la norma que establecía que el Tribunal sin jurisdicción en lo criminal debía oficiar al Juez del crimen, a fin de realizar la calificación de la quiebra. De esta manera se autoriza a la junta de acreedores, o a cualquiera de ellos para efectuar denuncia o interponer querrela criminal, si estiman que se configura alguno de los hechos de quiebra culpable o fraudulenta. La ley también prevé que no se ejerza esta acción penal, en cuyo caso, si existe mérito para que se investiguen los hechos, la Superintendencia de Quiebras los denunciará al Ministerio Público, poniendo en su conocimiento la declaración de quiebra y los demás antecedentes que obraren en su poder. Todo esto sin perjuicio de la facultad que tiene el Ministerio Público, para iniciar de oficio la investigación criminal.
  
- Se derogaron las normas que establecían el procedimiento de calificación.

- En cuanto a la rehabilitación del fallido, la que antes se producía por el ministerio de la ley al quedar ejecutoriada la resolución que lo absolvía o decretaba el sobreseimiento definitivo, ahora se producirá en todos aquellos casos en que el procedimiento de calificación de la quiebra concluya sin sentencia condenatoria por el delito de quiebra culpable o fraudulenta.
  
- La ley contiene un artículo transitorio para regular la vigencia de las modificaciones por ella introducidas, que señala que entraran en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial. Sin embargo, atendiendo a que el sistema procesal chileno se aplica en modo diferente a nivel nacional, la ley agrega que se exceptúan de la vigencia, aquellas normas relativas al ejercicio de la acción penal pública, la dirección de la investigación y la protección de las víctimas y testigo, a la competencia en materia penal y a la ley procesal penal aplicable, todas las cuales entrarán en vigencia gradualmente para las regiones primera, undécima, duodécima, quinta, sexta, octava, décima, y metropolitana de Santiago, de conformidad al calendario establecido en el artículo 4° transitorio de la Ley N° 19.640. Vale decir:

-16 de diciembre de 2000, regiones cuarta y novena.

-16 de octubre de 2001, regiones segunda, tercera y séptima.

-16 de diciembre de 2002, regiones primera, undécima y duodécima.

-16 de diciembre de 2003, regiones quinta, sexta, octava y décima.

-16 de diciembre de 2004, región metropolitana.

## Capítulo III

### Teoría del delito concursal

#### a. Generalidades.

La quiebra, claro está, no es un delito. Ella constituye un estado jurídico excepcional, que puede provenir de una crisis económica, de una situación particular relacionada con la actividad del deudor, o, en general puede ser el resultado de caso fortuito o fuerza mayor. Dicho estado, que debe ser declarado judicialmente, se da en el orden patrimonial de una persona (natural o jurídica), producto de la dificultad o imposibilidad de dar cumplimiento igualitario a sus obligaciones

Sin embargo, en otras ocasiones, puede ser originada por hechos u omisiones punibles, imputables al fallido, a parientes de éste, o bien de un tercero que cometa actos constitutivos de delito con ocasión de la quiebra, adquiriendo esta el carácter de delito, ya sea en la forma de quiebra culpable o fraudulenta, según los hechos que la acompañen sean culpables o fraudulentos.

*“En estricto lenguaje jurídico no debería decirse quiebra culpable o quiebra fraudulenta, porque no es necesario que el hecho culpable o doloso que se castiga esté relacionado directamente con la quiebra, ni que ésta se haya producido a consecuencias de ese hecho. Quiebra culpable o fraudulenta quiere decir simplemente, quiebra acompañada de hechos punibles, culpables o dolosos, llevados a cabo por el deudor en el desenvolvimiento de sus negocios.”<sup>54</sup>*

---

<sup>54</sup> EGUIGUREN OSSA, FERNANDO. *“De los Delitos relacionados con las Quiebras”*, Memoria de Prueba Universidad de Chile. (1943). Página 13.

Existen también quiebras no punibles, como es el caso de la de los deudores civiles; la de deudores no sometidos al proceso de calificación; o en aquellos casos donde existiendo calificación de un fallido imputado, esta es finalmente declarada como quiebra fortuita.

Es innegable que la quiebra es la consecuencia de un estado patrimonial crítico, que se refleja por ciertos hechos reveladores de ese estado como son la fuga, ocultación, incumplimiento o empleo de medios ilícitos, ficticios, ruinosos o fraudulentos del deudor, para evitar el incumplimiento de su obligación.

Esta serie de actos, debe necesariamente ser calificada desde un punto de vista penal, determinando el grado de reprochabilidad de la conducta y su penalidad. La quiebra constituirá delito, cuando los hechos o conductas que la acompañan, la califican, a través del régimen de presunciones, como culpable o fraudulenta.

En el ámbito económico se dice que la quiebra es una eventualidad necesaria en una economía social de mercado confiada en el éxito de la actividad que, como es lógico, no todos pueden alcanzar. *“Se señala que la quiebra no es sólo un mecanismo de eliminación de empresas ineficientes, sino también un sistema de tratamiento de las crisis que se producen en el mercado y que la introducción del Derecho Penal en este ámbito tiene lugar cuando la crisis de la empresa es irreversible, debiendo liquidarse o desaparecer como unidad de producción en la medida que el desarreglo patrimonial obedezca a la imprudencia temeraria del empresario o, que éste o sus*

*administradores, hayan agravado maliciosamente y en perjuicio de los acreedores la situación de insolvencia".*<sup>55</sup>

Los delitos de quiebra culpable y fraudulenta pertenecen doctrinariamente al campo de los delitos patrimoniales. Su importancia criminológica está determinada, por un lado, por el efecto en cadena que provocan, debido a que se van transmitiendo de unos sujetos a otros la dificultad de pago, como asimismo las crisis económicas.

Por otra parte, las dificultades de ofrecer una prueba fehaciente que permita presentar con nitidez el comportamiento fraudulento, dificulta en muchas ocasiones, que las acciones penales prosperen. Normalmente se trata de comportamientos a los que subyacen complejas tramas mercantiles o civiles, que facilitan que sus autores los presenten como meros ilícitos administrativos o " deslices contables ", consiguiendo reacciones sociales tolerantes y hasta comprensivas. Sin embargo, la lesividad que estos comportamientos producen no sólo en el patrimonio individual, sino en el propio orden económico, justifican plenamente la respuesta penal.

La quiebra, pensada en defensa de los acreedores, hoy no es deseada por nadie. El deudor no la busca porque supone la pérdida de la empresa; tampoco el acreedor, porque desconfía del cobro ante la liquidación de bienes; ni tampoco la sociedad, porque conlleva normalmente pérdida de puestos de trabajo. Por otra parte, hoy puede decirse que la gran empresa no quiebra porque interviene el Estado para impedirlo; y la quiebra de la pequeña a nadie favorece. El derecho penal no puede dejar de intervenir en aquellas situaciones en las que el

---

<sup>55</sup> PRADO PUGA, ARTURO. *"El Proceso de Calificación de la Quiebra"*. Ciclo de Charlas. Colegio de Abogados de Chile. A .G. (1999). Págs. 12 y 13.

resultado de insolvencia es consecuencia de comportamientos especialmente desvaliosos.<sup>56</sup>

*“A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones más avanzadas que la nuestra, en las que se contempla un régimen de responsabilidad muy detallado por la acción reprochable de los empresarios individuales de comercio o de los dirigentes de las empresas colectivas organizadas bajo alguna forma societaria, el derecho chileno sólo establece sanciones respecto del deudor que ejerce una actividad comercial, minera o agrícola, esto es, el comprendido en el artículo 41 de la ley de quiebras, cuando declarado en quiebra, su conducta se juzga culpable o dolosa”.*<sup>57</sup>

En las siguientes páginas trataremos de aproximarnos hacia una teoría del delito concursal, en el entendido que creemos relevante comprender su dinámica y las distintas aristas que ella ofrece, todo ello a fin de alcanzar una correcta solución(es) respecto del problema jurídico que constituye el objeto del presente trabajo.

#### b. Definición del delito.

Cada rama del saber otorga su propio concepto de delito, válido dentro de su ámbito. Por ello y no olvidando que los delitos concursales son el resultado de una ardua elaboración histórica, no es de extrañar su particular y propia noción.

---

<sup>56</sup> BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL; PÉREZ MANZANO, MERCEDES; SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS. *Manual de Derecho Penal (Parte Especial), Delitos patrimoniales y económicos*. Segunda Edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. (1993). España. Página 215.

<sup>57</sup> SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO. *Manual de Derecho Comercial*, Tomo II, tercera edición. Editorial Jurídica de Chile, (1991). Página 234.

La ley concursal chilena en ninguna de sus disposiciones ha definido qué debe entenderse por quiebra, la que eventualmente puede llegar a ser delito, sólo se limitó a dar un concepto de juicio de quiebra.

Es por ello que la doctrina ha elaborado ciertas definiciones que intentan delimitar lo que debe entenderse por quiebra ilícita, unas más complejas que otras, pero en general caracterizadas por estar centradas en la lesión al bien jurídico protegido, que prácticamente varía de un autor a otro.

Carrara señaló que quiebra dolosa era *“Cualquier acto por el cual un comerciante que ha quebrado o que está próximo a quebrar, haya simulado un pasivo o disimulado un activo, aunque sea indirectamente, en perjuicio de sus acreedores y con fines de lucro propio o ajeno”*.<sup>58</sup>

Von Liszt definió el delito diciendo que *“Bancarrota es la violación de los derechos de los acreedores realizado por el deudor mediante la disminución culpable o dolosa de sus bienes o a la falsa exposición de su estado patrimonial”*.<sup>59</sup>

Nos parece bastante acertada la definición dada por Carlos Claussen señalando que *“en nuestro derecho puede entenderse el delito de quiebra ilícita, como la acción u omisión culpable, consistente en la disposición indebida de cosas propias por parte de un deudor que causa su insolvencia en perjuicio de sus acreedores, declarada judicialmente”*<sup>60</sup>. Se está en definitiva frente a un delito que viola y lesiona un patrimonio, y por otro lado la confianza entregada al deudor para

---

<sup>58</sup> CARRARA FRANCESCO. *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial*. Volumen VII. Reimpresión de la cuarta edición, revisada. Editorial Temis Bogotá. (1982). Página 72.

<sup>59</sup> GUARDA ALARCÓN, NOEL., *“La Calificación de la Quiebra”*. Memoria de Prueba Universidad de Chile. (1957). Página 9.

<sup>60</sup> CLAUSSEN CALVO, CARLOS. *“El Delito de Quiebra”*. Memoria de Prueba Pontificia Universidad Católica De Chile. (1986). Página 20.

determinados actos, castigándose los gastos anormales que conducen a la insolvencia, esto es, principalmente los actos de disposición indebida de bienes propios, y algunos que llevan a perder la constancia del tráfico de ellos, apareciendo así, el estado de insolvencia como resultado dañoso.<sup>61</sup>

Resulta evidente que las figuras penales vinculadas con la quiebra no constituyen formas de incriminar el mero estado de insolvencia, que sólo influye en la producción del perjuicio a los acreedores del fallido y condiciona por lo mismo su punibilidad. Lo que se castiga, generalmente, es el complejo de actos de disposición indebida de cosas propias.<sup>62</sup>

#### c. Elementos del delito.

Antes de entrar a ello, debemos precisar algunas ideas y conceptos en relación al delito en comento.

La ley en estudio se refiere a los delitos concursales usando los términos "quiebra culpable" y "quiebra fraudulenta" en relación con quienes ejerzan actividades comerciales, industriales, agrícolas o mineras.

Dentro de la doctrina penal estos delitos han sido concebidos por la ley como "defraudaciones ". Lo anterior nos lleva a señalar que su primer e indispensable elemento, es el perjuicio a los acreedores. Dicho perjuicio consistirá en perder el todo o parte de sus créditos. Si con el producto de la liquidación de los bienes del deudor, es suficiente para

---

<sup>61</sup> SCHWEITZER WALTERS, MIGUEL. *"Sobre los Delitos de la Ley de Quiebras"*, Revista de Ciencias Penales, N° 2, tomo XXVI, (1967). Página 154.

<sup>62</sup> Id., página 151.

satisfacer íntegramente créditos, intereses y costas, de manera tal que no exista en definitiva perjuicio alguno para los acreedores, no hay delito.

Debemos tener presente que, el perjuicio de los acreedores no deriva de la quiebra, ni siquiera de la cesación de pagos, la cual considerada aisladamente, pudiera ser una situación transitoria provocada por la difícil liquidación de bienes valiosos.

En verdad, la causa de este perjuicio es la situación de insolvencia del deudor, ello es, la incapacidad del patrimonio de éste para hacer frente a sus compromisos, total o parcialmente.<sup>63</sup>

*“Ahora, la insolvencia será constitutiva de fraude cuando provenga de un engaño o simulación (ocultamiento de bienes para fingir una incapacidad de pagos que no es efectiva), o bien cuando, siendo real, provenga de actos voluntarios del deudor, que ha provocado de propósito esta incapacidad de pago. A estas situaciones se las llama quiebra fraudulenta, denominación no muy afortunada, ya que en verdad el delito es el de “insolvencia fraudulenta”.*<sup>64</sup>

La gravedad de la quiebra de quienes ejercen una actividad comercial, industrial, agrícola o minera, significó extender, por parte de la ley, la sanción penal a casos en los cuales la insolvencia es real y no se debe a actos voluntarios o intencionados del fallido, sino a la

---

<sup>63</sup> La insolvencia debe distinguirse de la *falta de liquidez* (el deudor no puede cumplir sus obligaciones porque una parte de su patrimonio no puede realizarse a tiempo, pero el activo, en su conjunto, es superior al pasivo) y de la simple *insuficiencia* (el pasivo es superior al activo presente; pero las posibles expectativas generan crédito que permite ir afrontando las obligaciones exigibles). La *cesación en los pagos* será el medio normal de manifestación de la insolvencia, pero no se identifica con ella, desde el momento en que un deudor solvente puede dejar de pagar sus obligaciones vencidas. COBO DEL ROSAL, M; VIVES ANTON, T. S.; BOIX REIG, J; ORTS BERENGUER, E; CARBONELL MATEU, J. C.. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tercera Edición. Edita Tirant Lo Blanch. Valencia. España. (1990).

<sup>64</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo III. Tercera Edición Revisada y Actualizada”. Editorial jurídica de Chile. (1997). Página 380.

negligencia o imprudencia de éste (culpa), y sanciona, bajo el nombre de quiebra culpable (insolvencia culpable) conductas en las que la insolvencia se debe a culpa.

Etcheberry, en virtud de lo anteriormente expuesto estima que, la denominación genérica, adecuada para todas infracciones es la de "insolvencia punible", la que sería aplicable tanto al deudor comprendido en el artículo 41, como a los no incluidos en él, y dentro de aquélla, tanto a la dolosa (fraudulenta) como a la culposa, porque todas estas variedades tienen como núcleo central punible el estado de insolvencia del deudor, o incapacidad del patrimonio para cumplir los compromisos que lo gravan.<sup>65</sup>

La técnica legislativa empleada por la Ley 18.175 para reglamentar estos delitos es bastante deficiente, recurriendo como sabemos, al artificioso sistema de las presunciones, evadiendo la determinación de la acción misma constitutiva del delito.

Digamos por ahora que, si en la declaratoria de quiebra concurren alguno de los supuestos constitutivos de dichas presunciones, la quiebra que en principio es totalmente lícita, se transforma en un delito que la ley de quiebras llama quiebra culpable o fraudulenta, pero que genéricamente se denomina insolvencia punible.

En definitiva, se puede decir que, esencialmente para poder configurar el delito de quiebra es necesaria la concurrencia de las siguientes tres condiciones:

1. Que exista una resolución declaratoria de quiebra.

---

<sup>65</sup> Id., página 381.

2. Es necesario que el fallido sea un deudor calificado, esto es que ejerza alguna de las actividades del artículo 41 de la Ley de Quiebras.
3. Que el fallido haya ejecutado o realizado una acción u omisión tipificada en la ley, y que según ésta configuran dicho delito.

d. Estructura del delito de quiebra.

Se estima que existirían al menos tres teorías que explicarían la estructura de este delito:

-La primera, y más antigua de estas teorías, señala que el núcleo esencial del delito es la quiebra misma o su antecedente de hecho, esto es, la insolvencia o cesación de pagos. Aquí las presunciones de quiebra culpable o fraudulenta, no son sino medios de prueba del carácter punible de la quiebra.<sup>66</sup> El ilícito penal está dado por la quiebra misma o la insolvencia, dado que ésta es la que ocasiona los males, que la legislación concursal quiere reprimir. La crítica a esta teoría se centra, en señalar que ni la quiebra ni la insolvencia son acciones o conductas del deudor, corresponden en verdad al resultado de su actuar u omitir, pero no son en sí una acción típica.

Esta teoría no es del todo desacertada, tiene el mérito, de que ya en esa época se visualizaba el problema probatorio que hasta el día de hoy presentan estos delitos. Atribuir a las presunciones la característica de medios de prueba del carácter punible de la quiebra demuestra tal visión. Sin embargo, se considera que definitivamente la acción u

---

<sup>66</sup> PUGA VIAL, JUAN ESTÉBAN. *Derecho Concursal Delitos de Quiebras*. Segunda edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile. (2002). Página 26.

omisión, entendida como verbo rector del delito concursal, no está en quebrar, sino en cada una de las distintas conductas descritas en los artículos 219 y 220 de la Ley 18.175.<sup>67</sup>

-Otra teoría determina que el delito es la causación dolosa o imprudente de la quiebra o insolvencia. Para esta teoría las presunciones son las conductas típicas, que deben haber conducido a la quiebra o insolvencia, que sería el "resultado típico" de este delito.<sup>68</sup> De tal manera, la quiebra sólo será punible, en tanto sea resultado de alguna de las conductas previstas como presunciones. Si ella se debe a otra causa, no será punible.

Desde el punto de vista doctrinario, parece ser el postulado más correcto el que plantea esta teoría, sin embargo, ella no tiene respaldo en nuestra legislación debido a que en ninguna de las causales de quiebra culpable o fraudulenta se establece como requisito de punibilidad, el que sea causa de la cesación de pagos o de la declaración de quiebra. Por otro lado, puede afirmarse, que muchas de las conductas que constituyen las diversas presunciones no tienen la capacidad ni la fuerza para producir la quiebra. Muchas de las figuras, parten del supuesto que ya existe cesación de pagos o insolvencia y ésta la mayoría de las veces no es el resultado del delito, sino un presupuesto de la acción típica. En la actual Ley de Quiebras no existe necesidad legal, ni del hecho de que las conductas determinadas en los artículos 219 y 220 sean causa del resultado quiebra o insolvencia.

---

<sup>67</sup> VIO NIEMEYER, JORGE. *"La Insolvencia Punible"*. Memoria de prueba. Universidad Central. (1997). Página 57.

<sup>68</sup> PUGA VIAL, JUAN ESTÉBAN. op. cit. en nota 66. Página 26.

-La última teoría, ve el delito no en la quiebra o la insolvencia, sino en las conductas constitutivas de presunciones de quiebra culpable o fraudulenta. Estas conductas serían por sí solas acciones típicas, antijurídicas y culpables.

Para esta teoría, la declaración de quiebra es requisito necesario para poder imputársele al fallido el delito de quiebra culpable o fraudulenta. Tal declaración es por tanto un elemento constitutivo del delito, y condición objetiva de punibilidad para que al fallido pueda imponérsele la pena que le corresponde por la comisión de alguno de los supuestos descritos en los artículos 219 y 220 de la ley. En consecuencia, ni la cesación de pagos o insolvencia son, propiamente el resultado típico de estas figuras, que según la ley no requieren de causalidad. Por lo tanto, ni la insolvencia, ni menos la quiebra han de ser cubiertas por el dolo del agente. El juicio del reproche se le hará al deudor sólo cuando la conducta del fallido satisfaga una de las conductas tipificadas expresamente en la ley.

*“Una doctrina como la descrita entraña una verdadera revolución en la noción tradicional del delito concursal, y no sólo porque destruye en gran medida la unidad dogmática que se le atribuía normalmente, sino porque comporta un cambio en la apreciación del hecho dañino, el ilícito. Si aplicamos esta teoría de una manera menos estricta, ya no habría un delito de quiebra, sino tantos delitos como hipótesis de quiebra fraudulenta o culpable señale la ley, aunque sigue conservándose su unidad para así constituir lo que la doctrina denomina delitos de tipicidad reforzada.”<sup>69</sup>*

---

<sup>69</sup> VIO NIEMEYER, JORGE. op. cit. en nota 67, página 61.

e. El delito de quiebra es único.

De la ley se desprende, que la comisión de ciertos hechos hace presumir que la quiebra es fraudulenta y de la ocurrencia de otros hechos supone estar en presencia de una quiebra de carácter culpable. Cabe preguntarse entonces ¿el fallido que comete ambos tipos de actos debe ser sancionado a la vez por ambos delitos?

Creemos que si el fallido ha cometido diversos hechos punibles, no debería ser perseguido separadamente por cada uno de ellos y aplicársele la pena equivalente a cada acto punible, sino que puede iniciarse una sola persecución y aplicársele una sola pena, ya sea la de una quiebra culpable, o de una fraudulenta según se trate. Así también lo ha entendido la mayoría de los autores españoles, para quienes a pesar de diferir en cuanto a la estructura de este delito, la mayoría de la doctrina ibérica está conteste en que el delito es uno, independiente de la cantidad de hechos realizados por el deudor. Ello supone, la negativa en sancionar aisladamente cada uno de los hechos determinantes de la calificación de la quiebra, ya sea culpable o fraudulenta, sino la quiebra como un hecho unitario, por consiguiente, de concurrir dos o más hechos determinantes de quiebra culpable o fraudulenta, sólo se castigará un delito, y en ningún caso tantos como hechos calificadores hayan sido cometidos por el sujeto activo.

*¿El delito de quiebra fraudulenta y el delito de quiebra culpable pueden ser considerados como dos delitos distintos o constituyen un delito único?*

Si bien existen dos infracciones jurídicas distintas, ya que la quiebra fraudulenta proviene del fraude y la quiebra culpable tiene su

origen en la culpa, el delito es único: la quiebra fraudulenta y la quiebra culpable no son sino graduaciones de un mismo delito. En realidad, si el fallido ha ido a la quiebra fraudulentamente, no puede sostenerse al mismo tiempo, que esa quiebra proviene de la mera culpa.

Fernando Eguiguren señaló que, " *en la práctica este problema tiene poca importancia en nuestro derecho, porque aún aceptándose la teoría contraria, es decir, que pueden imputarse al fallido ambos delitos conjuntamente, no podría aplicarse al fallido la pena de ambos a la vez, porque se trataría de dos delitos que estarían constituidos por un mismo hecho, la quiebra, y habría en ese evento, que aplicar la regla del artículo 75 del Código Penal.*"<sup>70</sup>

Alfredo Etcheberry, por su parte, a propósito de las sanciones de quiebra fraudulenta y culpable, advierte que la penalidad de esta última por expresa disposición de la ley, no se aplica cuando cualquiera de los actos delictuosos realizados por el fallido tuviera asignada mayor pena, pues entonces se aplicará ésta (artículo 229 de la Ley de Quiebras). Esto nos señala la existencia de un concurso aparente de leyes, que en principio debería resolverse conforme a dicho concurso, por su carácter de especial, pero que en virtud del principio de subsidiaridad expresa se decide a veces a favor del delito común, si éste tiene una penalidad mayor ( prevalece la consunción). Empero, del tenor literal del artículo parece desprenderse que esta regla sólo se aplica para los efectos de la penalidad; esto es, sigue habiendo un solo delito, este delito es el de quiebra fraudulenta, y solamente la pena que se impone es mayor. Siguen así en vigor las disposiciones de la Ley de Quiebras relativas a

---

<sup>70</sup> EGUIGUREN OSSA, FERNANDO. Op cit. en nota 54. Página 28.

los casos especiales de complicidad, a la situación del cónyuge y parientes, a la responsabilidad de gerentes y otros administradores, etc., que no podrían recibir aplicación si se admitiera que el delito común desplaza al de quiebra fraudulenta para todos los efectos.<sup>71</sup>

Por tanto, concluimos que, el artículo 229 antes reseñado, establece las penas para los delitos en comento, las que se aplicarían después de que la calificación de la misma haya sido realizada, y por tanto habiéndose cumplido ya, con la tarea de unificación de las posibles múltiples conductas. Tanto la doctrina como la jurisprudencia, están de acuerdo en que el delito es uno, aún cuando el sujeto activo del mismo haya realizado varias de las hipótesis contempladas en la Ley de Quiebras, como hechos de bancarrota.

En definitiva, el delito de quiebra ilícita es uno sólo, pero que se puede cometer con distintos grados de intensidad, esto es, por medios fraudulentos o culpables, en consecuencia una persona será objeto de persecución criminal, por una o por otra, pero no por ambas.

#### f. Bien jurídico protegido.

Respecto a este punto, hemos de adelantar que se trata de un tema bastante discutido por la doctrina. Creemos importante abordarlo, puesto que establecer el bien jurídico determina completamente el injusto específico de cada delito en particular, y por tanto sus elementos esenciales, constituyéndose así en uno de los pilares de la teoría del delito.

---

<sup>71</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO. Op. cit. en nota 64, páginas 385 y 386.

Por ello pasaremos a analizar someramente los principales puntos de vista de cada postulado, en torno al bien jurídico protegido por el delito de quiebra.

El objeto jurídico de un delito es el interés protegido mediante la amenaza penal y del cual es titular el sujeto pasivo. Determinar los bienes jurídicos que deben ser protegidos por la sanción penal, depende de una pluralidad de factores políticos, económicos y sociales. Esta tarea valorativa la ejerce el legislador, en cada momento histórico, constituyendo como delito las acciones socialmente relevantes. Dicha selección debe ser constante y dinámica, exigiendo un adecuado conocimiento de la realidad.

Como adelantamos, en materia de delitos de quiebra, la doctrina no está conteste; así, encontramos quienes sostienen que se trata de delitos que atentan contra el patrimonio, mientras otros sostienen que estos delitos afectan al interés social. Pasemos a examinarlas:

#### I. Delito contra el patrimonio

Esta teoría predomina en la mayor parte de los autores españoles. La opinión dominante en la doctrina y la jurisprudencia española entiende que el bien jurídico protegido en el delito de quiebra lo conforma "el derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos". El disvalor del ilícito lo configura el hecho de colocarse el deudor en situación de insolvencia por medio de un comportamiento fraudulento o culpable.

Ciertamente, no se castiga al deudor por el mero hecho de ser insolvente, como algún autor considera que es lo que se deduce de la

postura aquí definida. Esta afirmación supondría olvidar que la quiebra punible, además de una situación de insolvencia, requiere para su concurrencia los hechos de bancarrota. Las críticas formuladas contra la concepción individualista no pueden, en consecuencia, ser compartidas.

El patrimonio adquiere protección penal en una de sus vertientes no *per se*, sino en la medida en que se produce un perjuicio por medio de una forma comisiva intolerable.<sup>72</sup> En consecuencia, para los autores recién citados el objeto jurídico corresponde al derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos.

Muñoz Conde, sostiene que, el daño está, en el incumplimiento de las obligaciones, seguido de la insatisfacción patrimonial de los acreedores, por ocultación del patrimonio del deudor. Parece, pues, que no queda más solución que mantener la tesis tradicional que ve en estos delitos un ataque al derecho de los acreedores. El incumplimiento de las obligaciones por parte del deudor carece, como tal incumplimiento, de relevancia como bien jurídico protegido de los delitos de insolvencia. Sólo cuando ese incumplimiento obligacional se traduce en la frustración del interés del acreedor a satisfacerse en el patrimonio del deudor, porque éste evade los bienes que conforme a la ley están adscritos al cumplimiento de las obligaciones, es donde se justifica la intervención del Derecho Penal a través de los delitos de insolvencia, surgiendo el presupuesto objetivo de las llamadas insolvencias punibles.

El bien jurídico protegido en estos delitos no es, pues, en ningún caso el simple incumplimiento de las obligaciones; sino, ese

---

<sup>72</sup> BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL; PÉREZ MANZANO, MERCEDES; SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS. Op. cit. en nota 56, página 238.

incumplimiento seguido de la frustración de la satisfacción patrimonial de los acreedores por ocultación del patrimonio del deudor.

Lógicamente, " esta frustración de la satisfacción del acreedor, es un dato puramente objetivo, cuya constatación no puede dar lugar, sin más, a la existencia de estos delitos".<sup>73</sup> Para este autor, no es el patrimonio a secas lo que se protege, sino el derecho de crédito, a través de la prohibición de conductas dolosas o imprudentes del deudor.

La insolvencia se presenta en estos casos, como el resultado típico de alguna de las conductas descritas en la ley concursal, existiendo necesariamente una relación de causalidad entre la acción y el resultado.

Por lo demás, no debemos olvidar que nuestro Código Penal incluía al delito de quiebra dentro de los delitos contra la propiedad, cometidos por medios inmateriales, en donde encontramos las llamadas defraudaciones.

En general, podemos decir, que para los seguidores de esta teoría, el fraude concursal no está en no pagar, sino en el hecho de poner en peligro dichos pagos mediante la traición a la confianza depositada por los acreedores en el deudor, ello mediante el inadecuado manejo de la principal garantía de los acreedores que es el patrimonio del deudor.

## II. Delito contra el interés social o teorías macro sociales

Aquí el bien jurídico protegido en estos delitos, es un interés socioeconómico, cuya naturaleza y finalidad excede con mucho el

---

<sup>73</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Derecho Penal. Parte Especial*. 8ª Edición. Edita Tirant Lo Blanch. Valencia. España. (1991). Páginas 328 y 329.

ámbito patrimonial. Sostienen que el crédito es la sustancia que nutre la actividad y el desarrollo de la economía. Para ellos el crédito sería la base fundamental y por ello debe tener una muy importante protección, ya que un atentado a éste significa, asimismo, un atentado a la credibilidad pública, que es el sustento de cualquier relación jurídica contractual.

Francesco Carrara, sostuvo que éste es un delito contra la fe pública, ya que el crédito *"es el alma, la sangre, la vida del comercio en los pueblos cultos de tal manera que, quien suprimiese esta confianza en el comercio, lo transformaría en un cadáver y en una reminiscencia histórica"*.<sup>74</sup> Sin embargo, conviene observar que para Carrara la ofensa a la fe pública se concreta esencialmente, en este caso, en la que se hace a la tutela del interés social y del crédito comercial.

Candian afirma claramente que la bancarrota es un delito contra la *economía pública*. El perjuicio que causa- escribe el eminente jurista- realmente reside en el desorden, en el marasmo que produce la suspensión de la actividad económico- jurídica de los pagos de la empresa, fenómeno que tiene repercusiones de alcance, extensión e intensidad indefinidos en el conjunto de la economía pública; el daño, por consiguiente, se origina en el hecho mismo de que se agitan y se turban varias economías necesariamente vinculadas.

Comparten también esta tesis, con mayor o menor acentuación del interés social, entre otros, Noto Sardegna, De Semo y Provinciali.<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> Id., página 325.

<sup>75</sup> ANTOLISEI, FRANCESCO. Delitos relacionados con las quiebras y las Sociedades. Versión castellana de Francisco Bruno y Jorge Guerrero. Editorial Temis Bogotá. (1964). Pág. 19.

Antolisei señaló, que también el interés de la economía pública esta igualmente protegido por las normas relativas a la bancarrota. Esto no constituye nada de anormal, porque en nuestro derecho son muy frecuentes las incriminaciones dirigidas a la protección de una multiplicidad de intereses, incriminaciones a las cuales corresponde muy bien la denominación de *delitos pluriofensivos*.<sup>76</sup>

Un planteamiento macrosocial debería sólo exigir para la consumación de estos delitos la simple puesta en peligro del bien jurídico institucional "sistema crediticio", aunque no se llegara a producir el perjuicio real de los derechos de crédito de los concretos acreedores, o no llegara por las razones que sean, a ser muy importante.

Desde luego, todas estas opciones son perfectamente defendibles en el plano de "lege ferenda", pero difícilmente compatibles con la realidad de la regulación legal vigente, que sigue apegada a una concepción patrimonial en la que el derecho de los acreedores a satisfacerse en el patrimonio del deudor está por encima de cualquier interés público de orden económico.<sup>77</sup>

En nuestra opinión creemos que la postura macro social sería la más acertada, ello debido a que el bien jurídico protegido es la buena fe mercantil. En consecuencia se trataría de un delito pluriofensivo, lo que radica en la circunstancia que no sólo se atenta contra el derecho de propiedad de lo acreedores, sino también contra el crédito y la fe pública.

---

<sup>76</sup> Id., Página 25.

<sup>77</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Op. cit. nota 73, página 326

Todo lo anterior se ve reafirmado en la legislación de quiebras actualmente en vigencia, por cuanto en el proceso penal concursal, puede participar como actor el Estado, representado por la Superintendencia Nacional de Quiebras, en donde se advierte el carácter público, con la intervención de dicho órgano, que estaría representando a la comunidad toda.

#### g. Sujetos del delito de quiebra ilícita

Sujeto Activo: será el fallido que ejerce una actividad comercial, minera o agrícola (la actividad industrial queda comprendida en lo comercial, de acuerdo al Art. 3 N°5 del C. de Comercio).

Por otro lado tenemos el inconveniente de las figuras del Art. 466 del C. Penal, aplicables al deudor civil. Decimos inconveniente, ya que estas figuras pueden confluir con las de quiebra fraudulenta dando origen a concursos de delitos, puesto que los deudores que ejercen actividades agrícolas o mineras pueden ser también deudores civiles.

Pueden ser también sujetos activos de este delito los factores o representantes del fallido que sea persona natural, que reúnan los siguientes requisitos copulativos: que el representado sea persona natural; que éste haya sido declarado en quiebra como deudor calificado; que dichos factores o representantes actúen en representación de su principal o mandante, y en conocimiento de la situación de éste; que hayan ejecutado sin órdenes o instrucciones suyas alguno de los actos o hayan incurrido en alguna de las omisiones de los artículos 219 y 220.

Por último, están los representantes del fallido incapaz declarado en quiebra que hubieren intervenido en los actos o contratos que produjeron el mal estado de los negocios o en los que den fundamento para declarar la quiebra culpable o fraudulenta, se les aplicarán las penas, inhabilidades y medidas preventivas que correspondan.

Sujeto Pasivo: la individualización del sujeto pasivo de estos delitos es un tema estrechamente vinculado con la determinación del bien jurídico tutelado. El sujeto pasivo de un delito es aquel que detenta el bien o interés jurídicamente tutelado por la norma penal. Así encontraremos dos posibles sujetos pasivos de este delito:

1. Para los que sostienen que se trata de un delito que atenta contra el patrimonio o contra la propiedad, tendrán como sujeto pasivo a los acreedores.
2. Quienes argumentan que el bien protegido es la fe pública, tratándose de un delito pluriofensivo, los sujetos pasivos serían la sociedad y los acreedores. Ello, ya que como dijimos no sólo se vulnera el derecho de propiedad de los acreedores, sino que también el crédito y la fe pública.

#### h. Clasificación del delito de quiebra ilícita

Como sabemos, los delitos en general admiten una serie de clasificaciones. En virtud de ello, procederemos a aplicar al delito concursal estas categorías, atendiendo a una serie de factores, que se utilizan para agrupar a los delitos en general.

I. Según si existe dolo o culpa en la acción:

Como ya hemos señalado, nuestra ley concursal distingue entre quiebra fortuita, culpable y fraudulenta.

La idea de quiebra fortuita está ligada a la figura del hecho fortuito o fuerza mayor, o del suceso desgraciado que no acusa negligencia del fallido, por ejemplo, alzas y bajas de ciertos productos, que recoge nuestro Código Civil, o aquella que proviene de algún accidente o suceso inevitable que ve reducir sus activos, debiendo estimarse casual en el orden regular y prudente de una buena administración mercantil.<sup>78</sup>

Cuando los actos del fallido que le han hecho caer en un estado de falencia, acusan negligencia, imprudencia y descuido de su parte, la ley califica su quiebra de culpable, con el objeto de encuadrarla dentro de los tipos culposos, diferenciándola así del tipo doloso que integraría la quiebra fraudulenta y que es aquella ocasionada por engaños de que se ha valido el fallido para preparar o consumar el delito.

Sin embargo del análisis de las mal llamadas presunciones de quiebra ilícita aparece la duda, en el sentido que algunos casos de quiebra culpable en donde el motivo del reproche no evidencia ser una negligencia o actuar imprudente, sino una conducta dolosa. Piénsese por ejemplo en el Art. 219 N° 1, donde se dice presumirse culpable la quiebra si el deudor ha pagado a un acreedor en perjuicio de los demás, después de la cesación de pagos. Al parecer se trata aquí, de una conducta perfectamente consiente y voluntaria.

---

<sup>78</sup> PRADO PUGA, ARTURO. Op. cit. en nota 55. página 25.

Algo similar ocurre con la hipótesis contemplada en el N°8 del precitado artículo.

No existiría entonces una clara diferenciación en los términos de la ley en estudio, que nos permita concluir que cuando ella se está refiriendo a la quiebra culpable se está queriendo significar un reproche por una conducta culposa.<sup>79</sup>

En opinión de Schweitzer, lo más acertado, sería establecer un tipo único de quiebra dolosa, en el cual se deberían contemplar los hechos merecedores de sanción, y ésta, graduarla en conformidad a la gravedad que la conducta prevista. La quiebra culposa estaría conformada por igual actividad, pero en el aspecto subjetivo sólo reprochable a título de culpa.

## II. Según su gravedad:

Los delitos en atención a su gravedad, se dividen en crímenes, simples delitos y faltas, según sea la pena que les esté asignada en conformidad a la escala del artículo 21 del Código Penal.

Si la acción realizada por el fallido, está comprendida en el tipo penal que la ley califica de quiebra culpable, el hecho sancionado será considerado como simple delito, y corresponderá en consecuencia, aplicar la pena correspondiente.

Si la acción está comprendida, dentro de lo que la ley califica como quiebra fraudulenta, ella debe ser encuadrada dentro de los crímenes y simples delitos, derivado especialmente de la inhabilitación temporal para algún cargo u oficio público o profesión titular, a la cual estaría

---

<sup>79</sup> Debemos advertir, que esta discusión fue planteada por Miguel Schweitzer en un artículo de la Revista de Ciencias Penales, citada en nota 61.

condenado el fallido cuya quiebra ha sido calificada de culpable o fraudulenta.

Recordemos que la importancia de esta clasificación, radica esencialmente, en la variación de los plazos de prescripción de la acción penal y de la pena impuesta, los cuales son de 15 y 10 años en los crímenes, y de 5 años respecto de los simples delitos.

III. Según si se exige una alteración o no en el mundo exterior:

Ello es, si se trata de "delitos de mera actividad" o "de resultado" (los primeros son los que se consuman por la simple acción del hombre, la que basta para violar la ley).

Uno de los elementos del delito concursal es el perjuicio, éste debe ser la consecuencia de la actividad delictuosa del fallido, necesitándose por cierto el nexo causal entre la acción y el resultado.

Por lo anterior podemos decir que el delito concursal reúne todas las características propias de los delitos de resultado, debido a la alteración física que se produce del mundo exterior, por el perjuicio ocasionado sea total o parcialmente a los acreedores.

IV. Según los efectos producidos:

De acuerdo a los efectos que ocasionan, los delitos se dividen en "delitos de peligro" y "delitos de lesión". Estos últimos son aquellos para cuya perfección debe producirse un atentado a un bien jurídico protegido, mientras que en los primeros basta que ese bien sea amenazado o puesto en riesgo.

Como ya dijimos, en las figuras de quiebra ilícita se exige el elemento perjuicio, el que actúa en forma indiciaria de uno de los objetos jurídicos efectivamente lesionados, como lo es el patrimonio de los acreedores, sea total o parcialmente. Todo lo cual permite encuadrar al delito tratado dentro de aquellos llamados de lesión.

V. Según el momento en que el delito se consuma:

Aquí distinguimos entre “delitos instantáneos” y “delitos permanentes”. Estos últimos, son aquellos que crean un estado delictivo que se dilata y extiende en el tiempo. Por su parte los instantáneos, son los que se perfeccionan en un solo momento, ello es, su consumación y agotamiento se producen en una fracción de tiempo.

Se estima que, como la quiebra es un estado en el que se encontraría una persona, el delito relacionado con ella tendría los caracteres de permanente, puesto que mientras dure el estado de quiebra, continuaría la situación dañosa o peligrosa.

Sin embargo, no puede olvidarse que no es la quiebra lo que la ley sanciona como delito, sino que lo castigado es la serie de actos de disposición indebida que el fallido realiza de cosas propias, en perjuicio de sus acreedores. Resulta entonces que, los actos realizados en tal carácter se consuman y agotan de manera inapreciable, por lo que debe considerarse, que el delito concursal es de los que se denominan “instantáneos”.

## VI. Según su procesabilidad :

A partir de las normas que rigen el nuevo proceso penal, debemos decir, que como veremos, el procedimiento de calificación de la quiebra se llevará adelante en conformidad al nuevo Código Procesal Penal y específicamente al procedimiento ordinario. De ello se desprende, que se trataría de un delito de acción pública.

### i. Figuras de quiebra ilícita

La ley N° 18.175, siguiendo el sistema de la ley anterior (Ley N° 4.558), enumera una serie de casos en los cuales se dice "presumirse" que la quiebra es culpable o fraudulenta, lo que suscita la natural perplejidad acerca de cual sea verdaderamente el tipo, esto es, el delito mismo respecto del cual operan las presunciones. Aunque conservando la mala técnica legislativa, la actual ley vino a mejorar sustancialmente el sistema de presunciones establecido por la ley 4.558- en la cual las habían simplemente legales y de derecho- eliminando definitivamente estas últimas, haciendo extensiva la calidad de simplemente legales, a todas ellas.<sup>80</sup>

Se discute por parte de la doctrina, la naturaleza de las presunciones contenidas en la actual legislación de quiebras, discusión que abordaremos más adelante.

Por ahora diremos, que existe una graduación de la conducta del fallido, distinguiendo la ley tres supuestos de quiebra: fortuita o no culpable, quiebra culpable y quiebra fraudulenta.

---

<sup>80</sup> CLAUSSEN CALVO, CARLOS. Op. cit. en nota 60, página 72.

Como adelantamos, el deudor no comerciante, a quien no se le exige la condición personal del artículo 41 de la ley, es castigado cuando comete algunos de los delitos denominados contra la fe crediticia, agrupados bajo el artículo 466 del Código Penal, como figuras de alzamiento de bienes, insolvencia maliciosa y otorgamiento de contratos simulados.

Analicemos los supuestos de cada clase de quiebra.

### I. Quiebra Fortuita

Respecto a esta figura a la cual ya hemos hecho referencia en el punto relativo a la clasificación de los ilícitos concursales, sólo diremos que, salvo que se acredite la ocurrencia de la presunción contraria, la quiebra declarada, ha de presumirse fortuita, la que no supone la aplicación de sanción penal alguna.

### II. Quiebra Culpable

La ley no ha dado un concepto acerca de lo que deba entenderse por quiebra, sea culpable o fraudulenta. Es la doctrina la que se ha encargado de elaborar ambos conceptos.

Diremos entonces que, quiebra culpable es aquella acción por la cual el deudor culposamente se coloca en estado de insolvencia, produciendo perjuicio a sus acreedores.

No podemos dejar de mencionar que en estas figuras el legislador prescinde de cuáles fueron las causas que lo llevaron a la quiebra, importándole únicamente la existencia de aquella (la quiebra), de manera tal, que si el supuesto se da, la quiebra se presumirá culpable,

permitiendo eso si impugnar la concurrencia del mismo. Situación análoga sucede en el caso de quiebra fraudulenta.

El artículo 219 contempla los supuestos de quiebra culpable. Sin entrar al detalle de cada uno de sus números, podemos decir que existen variados criterios de agrupación de estas hipótesis, permitiéndonos distinguir entre:

- Infracciones crediticias patrimoniales, a que se refieren los N° s 2, 3, 7, 8, y 12.
- Infracciones documentales o contables, que se caracterizan por impedir reconstruir en forma adecuada el patrimonio y negocios de fallido, como sucede en los N°s 4, segunda parte, 9, 10 y 11.
- Infracciones no susceptibles de unificarse por la disimilitud de su contenido, en aquellos casos por ejemplo, en que favorece a un acreedor (219 N° 1) o no cumple con la obligación de solicitar su propia quiebra (219 N° 4, primera parte) o bien de la ausencia injustificada del deudor (219 N° 6).

Respecto a su penalidad, digamos que ella se encuentra establecida en el artículo 229 de la Ley de Quiebras, siendo de presidio menor en cualquiera de sus grados. (61 días a 5 años).

### III. Quiebra Fraudulenta

Puede decirse que, es aquella acción por la cual el deudor dolosamente se coloca en estado de insolvencia, produciendo con esto, perjuicio a sus acreedores.

Como se advierte estas figuras requieren la concurrencia de dolo, específicamente de dolo directo, dirigido a simular el pasivo o a

disimular el activo del fallido, en perjuicio de los acreedores, como sucede en los casos de ocultamiento de bienes, o en la simulación de enajenaciones.

Sin entrar al detalle, podemos distinguir nuevamente entre:

- Infracciones crediticias patrimoniales, contenidas en el artículo 220 N° 1 que se refiere al caso del ocultamiento de bienes antes o después de la declaración de quiebra; la del N° 3 del mismo artículo, que contempla el suponer enajenaciones en perjuicio de sus acreedores, la del N° 4, N° 5, N° 8, ésta última consistente en el empleo de arbitrios ruinosos para hacerse de fondos y así retardar su quiebra.
- Otras infracciones crediticias patrimoniales, donde encontramos las donaciones cuantiosas que realiza en estado de manifiesta insolvencia (artículo 220 N° 12) o la ausencia o fuga del deudor llevándose una parte de sus haberes (artículo 220 N° 14).
- Infracciones relativas a la contabilidad de los negocios del fallido, como la situación del 220 N° 7, donde oculta o inutiliza sus libros que confirman la falsedad de sus anotaciones o los sustrae de quien tiene derecho a exigirlos como es el síndico. Agrupamos también aquí los supuestos del N° 11 y N° 15 del mismo artículo.
- Otorgamiento de ventajas o concesiones indebidas, como lo son la celebración de convenios privados de los números 6 y 13 del artículo 220, donde el deudor favorece a algún acreedor y perjudica a otro sabiendo que se encuentra en situación de insolvencia.

Por último, en relación a la penalidad de la quiebra fraudulenta, el artículo 229 inc. 2° prescribe que ella será sancionada con presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo, salvo que cualquiera de los actos delictuosos que el fallido hubiere cometido tuviere asignada mayor pena, pues entonces se aplicará ésta.

j. Presunciones de complicidad de quiebra fraudulenta.

El artículo 221 castiga la complicidad sólo en el caso de quiebra fraudulenta, no así en la culpable, debido a que por su propia naturaleza perpetrar un acto con negligencia o imprudencia es algo subjetivo, personal que no se transmite a otros, diferente a la actividad consciente que supone el acuerdo doloso con miras a un resultado final entre el fallido y los terceros.

Salvo excepciones de conductas punibles independientes, como sucede con las descritas en los N°s 3 y 4 del artículo 221, la ley exige calificación previa de fraudulenta para perseguir su castigo (artículo 221 N° 5 en relación con el artículo 220 N° 13).

Las severas sanciones que se aplican de oficio a los cómplices del delito están previstas en el artículo 230 de la ley de quiebras, las que son de naturaleza pecuniaria, sin perjuicio de la pena asignada por ley penal.

El artículo 231 constituye una importante excepción a la exención de responsabilidad penal prevista para el cónyuge y los parientes en el artículo 489 del Código Penal. Este precepto considera a estas personas como reos comunes de hurto, en razón que el delito se comete en

contra de la masa de acreedores sin tomar en consideración la relación personal con el ofendido.

Debido a la extensión del presente trabajo no profundizaremos más en el tema de la complicidad, ni tampoco entraremos a analizar las figuras contempladas en el artículo 466 del Código Penal, relativas a los delitos patrimoniales cometidos por los no comerciantes.

k. Rol que cumple la sentencia que declara la quiebra en relación al delito de quiebra ilícita.

Se ha presentado el problema, de determinar cual es el papel que cumple la sentencia declaratoria de quiebra, en la consumación del delito en estudio.

Sabemos que la quiebra constituye un estado jurídico excepcional de carácter universal e indivisible, en el orden patrimonial de una persona natural o jurídica, producido por la falta o imposibilidad de dar cumplimiento igualitario a sus obligaciones, y declarado judicialmente.

El problema se presenta en determinar si esta resolución dictada por un Juez, es o no un elemento de la acción culpable o fraudulenta del deudor del artículo 41, elemento que lo pondría en estado de insolvencia punible provocando de esta manera un perjuicio a los acreedores. En definitiva resolver la interrogante acerca de si este delito se consuma con la declaratoria de quiebra.

Son dos las direcciones apuntadas por la doctrina, una que considera dicha resolución como una "condición objetiva de punibilidad", mientras otra sostiene que más bien se trata de un "requisito de procesabilidad".

Pasemos a continuación a analizar cada una de ellas, para un mejor entendimiento del problema.

#### I. Quiebra como condición objetiva de punibilidad.

Las condiciones de punibilidad, dicen relación con casos en que la ley hace depender la aplicación de la pena, al cumplimiento de una condición, de manera muy semejante, según algunos, a las condiciones suspensivas del derecho civil. En efecto, desde el punto de vista de la punibilidad lo único que importa es, si la condición concurre, no siendo necesario que el dolo, ni la imprudencia se refieran a ella. Estas condiciones son ciertas circunstancias exigidas por la ley penal para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito, no condicionan la antijuricidad, y no tienen valor de culpabilidad.

Etcheberry sostiene, que las condiciones objetivas de punibilidad, son ciertos eventos ajenos a la acción misma, pero cuya concurrencia es indispensable para que pueda entrar a aplicarse la pena. Se caracterizan por el hecho de tratarse de circunstancias que no forman parte de la acción del agente, ni son de las que se supone indispensable para la plena configuración del delito, sino que su concurrencia aparece como eventual, pero necesaria para castigar la conducta.

Aquellos que se inclinan por esta posición frente al tema, la defienden argumentando, que la quiebra es un requisito externo e independiente de los elementos que forman parte del delito, pero que, si no existe (aún habiéndose cometido el delito) el sujeto no puede ser castigado.

Francesco Antolisei<sup>81</sup> señaló, que la declaratoria de quiebra, constituye una condición objetiva de punibilidad, para aquellos delitos o acciones ilícitas cometidas con anterioridad a la bancarrota, pero que tiene ciertas características distintivas. Sostiene que ella no puede considerarse extrínseca del delito, ya que tiene un valor determinante en la estructura de éste. Antolisei agrega que sólo la quiebra en su aspecto sustancial, es decir como insolvencia judicialmente declarada, imprime a estos actos el sello de ilicitud. Únicamente con ella y por ella, dichos actos adquieren relieve y carácter de delito. Así entonces con la quiebra se produce un estado jurídico que hace efectivo el eventual daño que se podía producir, ya que para el citado autor antes que el Tribunal se pronuncie sobre la quiebra declarándola como tal, la ofensa al patrimonio de los acreedores sería totalmente eventual. Con la declaración de quiebra se produce por tanto un estado nuevo y excepcional, que implica una verdadera transformación de los derechos de los acreedores, haciendo pasar de este modo la ofensa inherente al delito de la eventualidad a la actualidad; la declaratoria de quiebra no puede considerarse extrínseca al hecho delictuoso y por esto se debe considerar que antes de ella el delito no es perfecto.<sup>82</sup>

Esta posición la comparten en nuestro país autores como Puelma y Puga Vial.

## II. Quiebra como requisito de procesabilidad.

Los presupuestos procesales, consisten en la totalidad de las condiciones de las cuales depende que en un proceso, pueda obtenerse

---

<sup>81</sup> ANTOLISEI, FRANCESCO. Op. cit. en nota 75, página 162.

<sup>82</sup> Id., Pág. 163.

una sentencia sobre el fondo, respecto de un determinado objeto del proceso. Por lo anterior, la concurrencia de las condiciones de procesabilidad supone que el proceso está válidamente constituido, de tal manera que es apto para cumplir con su fin último, consistente en servir de instrumento de aplicación de la ley penal sustantiva.

Señalan los autores que, el requisito de la declaratoria de quiebra, para que puedan sancionarse los delitos de quiebra culpable o fraudulenta es un presupuesto de procesabilidad. Ello deriva necesariamente en el hecho, que no puede iniciarse un juicio por el delito de quiebra, sino después que ésta haya sido declarada, y aún cuando los hechos punibles se cometan antes que la declaratoria.

Sostienen esta posición autores como Varela, Etcheberry, Mario Verdugo, entre otros.

En la doctrina española nos encontramos, por su parte, con una doble estimación en relación a la declaración de quiebra por el Juez civil. En efecto en aquel país peninsular para llegar a una sentencia condenatoria por el delito de quiebra han de cumplirse “dos condiciones” objetivas. Una condición objetiva de punibilidad, la declaración judicial de quiebra, y otra condición objetiva de procesabilidad, la providencia judicial declarando haber méritos suficientes para proceder criminalmente.<sup>83</sup>

Por tanto la declaración civil es una condición objetiva de punibilidad del delito de quiebra, mientras que la persecución del delito

---

<sup>83</sup> BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL; PÉREZ MANZANO, MERCEDES; SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS. Op. cit. en nota 56, página 236.

de quiebra está supeditada a una condición objetiva de perseguibilidad, dada por la providencia para proceder criminalmente.

Actualmente, aún cuando la doctrina no es pacífica al respecto, se estima que la sentencia de quiebra, constituye una condición objetiva de punibilidad del delito concursal.

Podría sostenerse, sin embargo, que la declaración de quiebra constituye condición o requisito indispensable de procesabilidad, pudiendo citarse como ejemplo, el convenio simplemente judicial una vez que se aprueba y alza el “estado” de quiebra (artículo 192), sin impedir que continúe la marcha del procedimiento de calificación cuando éste ya se había comenzado o se había “iniciado” con anterioridad a la aprobación del convenio (artículo 196).

Ello ocurrirá cuando el convenio posteriormente es declarado nulo o dejado sin efecto por condena superviniente del fallido por el delito de quiebra fraudulenta de acuerdo a lo prescrito en el artículo 208 de la ley de quiebras, procediéndose entonces a la apertura del estado de quiebra<sup>84</sup>

Por último debemos decir que la sentencia que declara la quiebra produce otros dos importantes efectos en lo referente a los delitos concursales: determina la unidad del delito, ya que no se trata de tantos delitos, cuantos sean los hechos previstos por la ley, en que haya incurrido el fallido, y además señala el momento de la

---

<sup>84</sup> PRADO PUGA, ARTURO. Op. cit. en nota 55, página 17.

consumación del delito, y en consecuencia, el momento en que comienza a correr al prescripción.

Si no se considerara la declaratoria de quiebra como el momento de consumación del delito, éste tendría que entenderse consumado, al momento de ejecutarse la acción que lo coloca en insolvencia. El problema surgiría, lógicamente, cuando se trate de determinar el momento en que se produjo la insolvencia, ya que esta sólo es visible a través de la declaración de quiebra.

## Capítulo IV

### Aspectos procesales.

#### a. Procedimiento de calificación.

Existe en el Derecho Concursal un conjunto de normas cuya finalidad es determinar si el estado patrimonial crítico del deudor calificado es consecuencia de la realización de conductas culpables o fraudulentas; lo anterior, es conocido precisamente como el procedimiento o juicio de calificación. Éste tiene por objeto investigar si la quiebra es fortuita, culpable o fraudulenta, respecto del fallido que ejercía una actividad comercial, industrial, agrícola o minera.

Antes de iniciar el análisis normativo del procedimiento de calificación debemos reiterar que dicha materia fue objeto, como ya vimos, de múltiples modificaciones, todo ello en el marco de la puesta en marcha de la reforma procesal penal y sus consecuentes normas adecuatorias, puesto que la Ley 19.806 de 31 de mayo de 2002, en su artículo 7, derogó y modificó diversos puntos de la materia objeto de nuestro estudio. En este punto debemos mencionar que la L. O. C. N° 19.640 del Ministerio Público del 15 de octubre de 1999 en su artículo 4 transitorio estableció la gradualidad en cuanto a la vigencia de la Reforma Procesal Penal<sup>85</sup>. Sin embargo, la ley 19.806 alteró sustancialmente el principio de la gradualidad, es así como su artículo

---

<sup>85</sup> El artículo dispone "Las normas que autorizan al Ministerio Público para ejercer la acción penal pública, dirigir la investigación y proteger a las víctimas y testigos, entrarán en vigencia con la gradualidad que se indica a continuación: IV y IX regiones, 16 de diciembre de 2000; II, III y VII regiones, 16 de octubre de 2001; I, XI y XII regiones; 16 de diciembre de 2002; V, VI, VIII y X regiones, 16 de diciembre de 2003; y, región metropolitana, 16 de diciembre de 2004"

transitorio dispone: *“Las normas de la presente ley entrarán en vigencia a partir de su fecha de publicación en el Diario Oficial.*

*Se exceptúan aquellas normas relativas al ejercicio de la acción penal pública, la dirección de la investigación y la protección de las víctimas y testigos, a la competencia en materia penal y a la ley procesal penal aplicable, todas las cuales entrarán en vigencia gradualmente para las regiones I, XI, XII, V, VI, VIII, X y Metropolitana de Santiago, de conformidad al calendario establecido en el artículo 4º transitorio de la ley 19.640”.*

En virtud de lo anterior, la regla general de vigencia de las modificaciones realizadas por la ley N° 19.806 a la ley de quiebras y demás textos legales que modifica, será de vigencia inmediata, para todas las regiones del país, desde su publicación en el Diario Oficial. Así lo establece el inciso 1º del artículo transitorio de la ley N° 19.806. La excepción, es decir, la vigencia gradual para las regiones I, XI, V, VI, VIII, X, y Región Metropolitana, opera sólo en cuanto la norma de que se trate diga relación con alguna de las materias expresamente enumeradas en el inciso 2º del artículo transitorio de la anteriormente citada ley<sup>86</sup>.

Dentro de los cambios introducidos en materia concursal penal observamos modificaciones de orden formal, puesto que se ordena cambiar las expresiones Fiscalía Nacional y Fiscalía, por Superintendencia, y las denominaciones de Fiscal Nacional y Fiscal, por

---

<sup>86</sup> Estas materias dicen relación con asuntos procesales penales, específicamente determinados, cuales son aquellas normas relativas al ejercicio de la acción penal pública, la dirección de la investigación y la protección de las víctimas y testigos, la competencia en materia penal y la ley procesal penal aplicable; por ello que cualquier otra materia modificada por la ley N° 19.806 que no sea de aquellas contenidas en el inciso 2º del artículo transitorio, se aplicará la regla general de vigencia.

Superintendente, respectivamente, con el fin de evitar confusiones respecto de las denominaciones del Ministerio Público y su estructura jerárquica. En lo que dice relación con las atribuciones y deberes de la Superintendencia de Quiebras se produce se suprimen dos de ellas, el N° 7 del artículo 8° de la Ley de Quiebras, cual es la de actuar como parte en el juicio criminal iniciado de conformidad a las disposiciones del Título XIII (intitulado “DE LOS DELITOS RELACIONADOS CON LAS QUIEBRAS”); y el N° 8 del mismo artículo 8°, cual es la atribución de interponer la acción penal encaminada a hacer efectiva la responsabilidad del síndico y de cualquier persona que hubiere tenido injerencia en la administración de la quiebra.

Del mismo modo, se modificó el artículo 222 de la Ley de Quiebras, que establecía que el tribunal sin jurisdicción en lo criminal debía oficiar al Juez del crimen a fin de realizar la calificación de la quiebra. Con la modificación se autoriza a la junta de acreedores o a cualquiera de ellos para efectuar denuncia o interponer querrela criminal si estiman que se configura alguno de los hechos de quiebra culpable o fraudulenta. La ley también prevé que no se ejerza esta acción penal, en cuyo caso, si existe mérito para que se investiguen los hechos, la Superintendencia de Quiebras los denunciará al Ministerio Público, poniendo en su conocimiento la declaración de quiebra y los demás antecedentes que obraren en su poder. Todo esto sin perjuicio de la facultad que tiene el Ministerio Público para iniciar de oficio la investigación criminal.

Por otra parte se derogaron las normas que regulaban el procedimiento de calificación, siguiéndose a este respecto las reglas generales de procedimiento penal.

Finalmente, la modificación se refiere a la rehabilitación del fallido, la que antes se producía por el ministerio de la ley al quedar ejecutoriada la resolución que lo absolvía o decretaba el sobreseimiento definitivo y que ahora se producirá en todos aquellos casos en que el procedimiento de calificación de la quiebra concluya sin sentencia condenatoria por el delito de quiebra culpable o fraudulenta.

#### b. Procedimiento de calificación en el nuevo sistema procesal penal.

En el antiguo sistema la tramitación de los procesos por los delitos concursales, el procedimiento aplicable era el procedimiento ordinario para crímenes o simples delitos de acción pública, es decir, aquel procedimiento contemplado en el Libro II del Código de Procedimiento Penal, estaba constituido entonces, por un sumario secreto y un plenario público que se regía por las normas generales<sup>87</sup>. Con la entrada en vigencia de la reforma procesal penal, y de la Ley 19.806 es menester sostener que los procesos por delitos de quiebra se deben tramitar de acuerdo a las normas del nuevo Código Procesal Penal, constituido éste por tres etapas fundamentales: Etapa de investigación, Etapa intermedia y Juicio Oral.

---

<sup>87</sup> PUGA VIAL, JUAN ESTÉBAN. *Derecho Concursal. El juicio de Quiebras*. Editorial Jurídica de Chile, Segunda edición. Tomo I y I.(1999). Página 337.

Juez competente:

Para algunos era competente el tribunal correspondiente al lugar donde se declara la quiebra, para otros, por su parte la competencia se encontraba dada por el tribunal donde se cometieron las conductas constitutivas de las presunciones<sup>88</sup>. Puga Vial<sup>89</sup>, es de la opinión que el tribunal competente para conocer de estos delitos es el tribunal de mayor cuantía correspondiente al lugar donde se declara la quiebra. Si el tribunal que declaró la quiebra no tiene competencia en lo criminal, le correspondía conocer del procedimiento al juez del crimen competente.

Esta ardua discusión de la doctrina nacional, actualmente, carece de toda importancia y valor, puesto que con la derogación de los artículos de la ley de quiebras que regulaban el procedimiento de calificación, específicamente el artículo 222 de la Ley de Quiebras, y con la entrada en vigencia de la reforma procesal penal, desaparecerán los actuales Juzgados del Crimen y algunos Juzgados de Letras con competencia común; por lo demás el actual artículo 157 del Código Orgánica de Tribunales prescribe que "Será competente para conocer de un delito el tribunal en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho que da motivo al juicio"<sup>90</sup>

El derogado artículo 222 de la Ley de Quiebras, establecía: " *El tribunal que no tuviere jurisdicción en lo criminal, cuando estime que pueda configurarse alguna de las presunciones establecidas en los artículos 219, 220, 221, oficiará al juez del crimen poniendo en su*

---

<sup>88</sup> PUELMA ACORSSI, ÁLVARO. Op. cit. en nota 47, página 269. SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO. Op cit. en nota 57, página 451.

<sup>89</sup> PUGA VIAL, JUAN ESTÉBAN. Derecho Concursal. Delitos de la Quiebra. Editorial Jurídica de Chile. Segunda edición. (2002).Página 334.

<sup>90</sup> El delito se considerará cometido en el lugar donde su hubiere dado comienzo a su ejecución. Sabas Chahuán, op cit nota 42, página 174.

*conocimiento la declaratoria de quiebra. Igual comunicación deberá efectuar cuando lo solicite el Fiscal Nacional o la junta de acreedores".*

Dicho artículo fue modificado quedando como sigue: *"Declarada la quiebra, la junta de acreedores o cualquier acreedor podrá efectuar denuncia o interponer querrela criminal si estimare que se configuran algunos de los hechos previstos en los artículos 219, 220, 221. Si no se ejerciere acción penal, pero hubiere mérito para que se investiguen estos hechos, la Superintendencia de Quiebras los denunciará al Ministerio Público, poniendo en su conocimiento la declaración de quiebra y los demás antecedentes que obraren en su poder.*

*Lo dispuesto en los incisos precedentes no obsta a la facultad del Ministerio Público para iniciar de oficio la investigación criminal".*

Es decir, se sigue en esta materia las normas generales de procedimiento criminal, puesto que fueron derogados los artículos 223, 224, 225 y 226, que regulaban el procedimiento de calificación, con algunas pequeñas modificaciones.

Debemos remitirnos, para el procedimiento de calificación a las normas generales de procedimiento penal, contenidas en el nuevo Código Procesal Penal, específicamente en el párrafo segundo del libro II del mencionado cuerpo legal, en este sentido el inicio del procedimiento criminal, y por ende, el de calificación de la quiebra, puede comenzar por las siguientes formas:

1. De oficio, por el organismo encargado de dirigir la investigación y encargado de ejercer la acción penal, es decir, por el Ministerio Público.

2. Por denuncia. En este sentido el artículo 173 del Código Procesal Penal dispone *“Denuncia. Cualquier persona podrá comunicar al ministerio público el conocimiento que tuviere de la comisión de un hecho que revistiere caracteres de delito.*

*También se podrá formular denuncia ante los funcionarios de Carabineros de Chile, de Policía de Investigaciones, de Gendarmería de Chile en los casos de los delitos cometidos dentro de los recintos penitenciarios, o ante cualquier tribunal con competencia criminal, todos los cuales deberán hacerla llegar de inmediato al ministerio público”.*

Debemos recordar que la denuncia es la noticia o aviso que realiza el denunciante ante los organismos competentes, de un hecho que revistiere los caracteres de delito para que se inicie la investigación, no adquiriendo con esto obligaciones, no figurando como parte en el proceso penal. Esta denuncia puede provenir ya de la Junta de Acreedores, de cualquier acreedor, o bien del Superintendente de Quiebras (en el caso que los anteriores no interpongan querella).

3. Por querella. La querella es el acto procesal mediante el cual el ofendido por el delito y demás personas que la ley autorice, señaladas en el artículo 111 Código Procesal Penal, dan inicio a un proceso penal o comparece en una investigación ya iniciada, constituyéndose en interviniente del proceso y parte activa del mismo. La querella se presenta por escrito ante el Juez de Garantía, en cualquier momento mientras el fiscal no declare cerrada la investigación, debiendo contener

los requisitos o menciones que señala el artículo 113 del Código Procesal Penal<sup>91</sup>

4. Caso especial del artículo 179 del Código Procesal Penal, mecanismo denominado autodenuncia, en este sentido, *“Autodenuncia. Quien hubiere sido imputado por otra persona de haber participado en la comisión de un hecho ilícito, tendrá derecho de concurrir ante el ministerio público y solicitar se investigue la imputación de que hubiere sido objeto...”*

Estas reglas generales deben ser complementadas con la normativa especial de la Ley de Quiebras, en el sentido que una vez que la quiebra se encuentre declarada en sede civil, la Junta de Acreedores o cualquier acreedor podrá efectuar denuncia o interponer querrela si a su juicio el fallido calificado ha incurrido en las acciones u omisiones constitutivas de las presunciones contempladas en los artículos 219, 220 y 221 de la Ley de Quiebras. También se contempla el caso en que los acreedores no ejerzan la respectiva acción penal, no obstante la existencia de méritos para que ciertos hechos realizados por el deudor y personas cercanas a él, sean investigados, resultando de esta manera que es imperativo para la Superintendencia de Quiebras (antigua Fiscalía Nacional de Quiebras) denunciarlos al Ministerio Público,

---

<sup>91</sup> Llama poderosamente la atención la letra e) del artículo 113, pues la ley entiende que el querellante debe ser útil en la investigación, en este sentido, “Artículo 113. Requisitos de la querrela. Toda querrela criminal deberá presentarse por escrito ante el Juez de Garantía, y deberá contener: e) La expresión de las diligencias cuya práctica se solicitare al ministerio público”, tanto es así que puede ser uno de los casos en que la querrela se puede declarar inadmisibles, si no se realizan las modificaciones a que de lugar la omisión de alguno de los requisitos del artículo 113, en el plazo que otorga el juez de garantía que es de tres días.

poniendo a su disposición todos los antecedentes que se encuentren en su conocimiento y poder.

Desde la primera actuación del procedimiento<sup>92</sup>, se confiere a quien es objeto de la persecución penal, y se le atribuyere por ende participación en un hecho que revista los caracteres de delito, la calidad jurídica de imputado<sup>93</sup>, encontrándose de esta manera bajo el amparo de la presunción de inocencia, consagrada explícitamente en el artículo 4° del Código Procesal Penal en los siguientes términos *“Presunción de inocencia del imputado. Ninguna persona será considerada culpable ni tratado como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”*.

Debemos tener presente que el nuevo procedimiento penal está constituido por tres etapas fundamentales:

- i) Etapa de investigación.
- ii) Etapa intermedia.
- iii) Juicio oral en lo penal

La investigación en el nuevo proceso penal es la etapa del proceso que tiene por objeto consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación de un hecho presuntivamente ilícito y a la identificación de quienes hayan participado<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> El inciso 2° del artículo 7 del Código Procesal Penal, define que debe entenderse por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el Ministerio Público o la policía.

<sup>93</sup> En este sentido resulta curiosa la posición de la Fiscalía Nacional, en el sentido que la calidad de imputado se obtendría sólo con la formalización de la investigación, ya que con anterioridad a esta actuación, nos encontrábamos en presencia de un “afectado”, posición que resulta peligrosa, pues vulnera el espíritu de la reforma y hace peligrar el estatuto de garantías del imputado.

<sup>94</sup> CAROCCA PÉREZ, ALEX, *El nuevo sistema procesal penal*. Editorial La Ley, primera edición, Santiago de Chile, 2003 , página 109

El Ministerio Público detenta la exclusividad de la investigación, siendo los fiscales quienes la dirigen, pudiendo realizar las diligencias de investigación conducentes al esclarecimiento de los hechos, por sí mismos o encomendarlas a los organismos policiales. Desde que el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho que revistiere los caracteres de delito dispone de 24 horas para proceder a la práctica de las diligencias pertinentes y útiles, que conlleven a la averiguación y esclarecimiento de los hechos investigados, de los partícipes y la consolidación de aquellas circunstancias que determinen y verifiquen su responsabilidad; en todo caso, debe impedir las consecuencias posteriores que se deriven del hecho denunciado.

La investigación realizada por el Ministerio Público es desformalizada, destinada a la reunión de antecedentes que permitan sostener una acusación posterior, no poseyendo estos antecedentes valor probatorio alguno<sup>95</sup>, puesto que como ya hemos señalado la única prueba válida y considerada en la dictación de una sentencia, sea ésta de carácter absolutoria o condenatoria, es aquella producida en el Juicio Oral.

En esta etapa de investigación deben respetarse a cabalidad los derechos, garantías y libertades de los intervinientes, en especial del acusado, es por eso que en los casos de medidas intrusivas de investigación, la ley requiere autorización judicial previa por parte de quien es llamado por la ley a salvaguardar los derechos y garantías de quienes se encuentren involucrados, este es el Juez de Garantía, exigiendo además al Ministerio Público, para la realización de estas

---

<sup>95</sup> Lo anterior con la excepción de lo que se conoce como prueba anticipada, contemplada en los artículos 191, 192 y 280 del CPP.

medidas o diligencias de investigación que pudieren afectar derechos fundamentales, como requisito, la formalización de la misma.

Es importante destacar que antes de la formalización de la investigación, y de la consecuente y debida intervención del Juez de Garantía, el Ministerio Público cuenta con ciertos mecanismos de selección de casos, dándose en todo caso amparo legal a la víctima<sup>96</sup> ante la decisión adoptada por el Ministerio Público, lo anterior obedece a la incorporación de criterios económicos de selección y aprovechamiento de los recursos por parte del Estado, recursos económicos y humanos.

Estos mecanismos son:

- 1.- El archivo provisional de los antecedentes: (Artículo 167 Código Procesal Penal<sup>97</sup>)
- 2.- Facultad de no investigar. (Artículo 168 Código Procesal Penal<sup>98</sup>)
- 3.- Principio de oportunidad (Artículo 170 Código Procesal Penal)

Si el Ministerio Público no hace uso de estos mecanismos de selectividad de casos, continúa la investigación según las reglas generales, y cuando el Fiscal lo considere oportuno, ya sea por

---

<sup>96</sup> Para conceptualizar a la víctima debemos remitirnos a su definición legal contemplada en el inciso 1º del artículo 108 del CPP, en este sentido "Concepto. Para los efectos de este código, se considera víctima al ofendido por el delito".

<sup>97</sup> "Artículo 167. *Archivo provisional.* En tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el ministerio público podrá archivar provisionalmente aquellas investigaciones en las que no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos. Si el delito mereciere pena aflictiva, el fiscal deberá someter la decisión sobre archivo provisional a la aprobación del Fiscal Regional.

La víctima podrá solicitar al ministerio público la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación. Asimismo podrá reclamar de la denegación de dicha solicitud ante las autoridades del ministerio público".

<sup>98</sup> Artículo 168. *Facultad de no iniciar investigación.* En tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el fiscal podrá abstenerse de toda investigación, cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitieren establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado. Esta decisión será siempre fundada y se someterá a la aprobación del juez de garantía".

consideraciones estratégicas del caso o por la necesidad de efectuar diligencias de investigación que requieren que la investigación se encuentre formalizada como requisito de procedencia de las mismas, siendo la formalización de la investigación definida en el artículo 229 del Código Procesal Penal como la comunicación que el Fiscal efectúa al imputado, en presencia del Juez de Garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados<sup>99</sup>.

La formalización de la investigación resulta fundamental para la protección y ejercicio de los derechos del imputado, puesto que éste, al tener conocimiento que se desarrolla una investigación criminal en su contra, puede hacer efectivo su derecho a defensa.

c. Aspectos relevantes de la prueba en el nuevo proceso penal.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española contiene distintas acepciones de la palabra prueba, así la define como: 1. Acción y efecto de probar. 2. Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo. 3. *Der.* Justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley.

---

<sup>99</sup> En palabras de Carocca Pérez, , que la referencia a “delitos”, debe entenderse efectuada a “hechos”, puesto que la calificación jurídica que realiza el ministerio público al inicio de la investigación, no resulta vinculante para el tribunal, puesto que es éste quien califica en definitiva; no obstante lo anterior, creemos que debe respetarse el principio de la congruencia como uno de los que informa todo el proceso penal, debiendo ser acatado, en mayor o menor medida, por el ministerio público y el tribunal oral en la penal.

Es indudable que la prueba es un elemento esencial del proceso criminal, pues a través de su utilización se pretenden acreditar los hechos controvertidos y que son objeto de una decisión judicial.

Los aspectos probatorios de relevancia ya fueron analizados en las páginas 21 a 24 y 32 y siguientes de este trabajo.

## Capítulo V

### Soluciones propuestas

Ya hemos señalado que la ley concursal chilena, en sus artículos 219, 220 y 221, contempla las llamadas presunciones de quiebra, donde se realiza la tarea de enumerar una serie de hipótesis respecto de las cuales se da por “presumido” que la quiebra es culpable o fraudulenta.

Adelantamos también, que el delito no es la quiebra misma, puesto que ella en si misma es inimputable, el delito está en colocarse en estado de insolvencia, ya sea dolosa o culpablemente.

Ahora debemos señalar que lo que hace la ley es señalar cuales son los casos en los que se sanciona la insolvencia, de tal modo que las citadas normas que establecen “presunciones” en realidad no tienen tal papel, sino una verdadera función tipificadora<sup>100</sup>, es decir, no constituyen en si mismas ni presunciones de dolo ni de culpa, sino verdaderos tipos penales o si se prefiere, presunciones de tipos penales, en donde la comisión de la conducta descrita hace presumir la ejecución del delito.

Este sistema de presunciones adoptado por la Ley 18.175, que por lo demás es una antigua y mala técnica legislativa, deja incólume los principios generales en materia de causalidad y de culpabilidad.

El papel tipificador de las normas sobre presunción de quiebra queda al descubierto si se considera que aparte de las situaciones

---

<sup>100</sup> Así lo han entendido Etcheberry, Varela y Sandoval.

establecidas expresamente como casos de presunción, no existen otros casos de quiebra culpable o fraudulenta.

Por otro lado, tampoco existe en nuestra legislación el sistema de calificación paralela de la quiebra, tanto por un Tribunal civil como por uno penal; sólo este último califica la quiebra.

En definitiva el tipo penal en el delito de quiebra, es indicado por la ley a través de presunciones, dejando vigente la exigencia de que entre la acción del hechor (hipótesis enumeradas en los artículos 219 y 220 Ley de Quiebras) y el resultado (insolvencia y perjuicio) debe existir una relación de causa a efecto; y de que la acción del sujeto se haya realizado con alguna de las formas punibles de culpabilidad (dolo en la quiebra fraudulenta, culpa en la quiebra culpable).

Esta deficiente normativa en materia concursal, se ha traducido, en la práctica, en que los tribunales se han mostrado reticentes para aplicar las presunciones, prueba de ello es lo que ha venido ocurriendo hasta ahora, en que la mayoría de los procesos han sido sobreseídos temporalmente por la causal de artículo 409 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, por no existir, en la mayoría de los casos contabilidad.

Con la entrada en vigencia de la reforma procesal penal y su implementación gradual en las distintas regiones a lo largo del país, creemos bastante improbable y difícil que el Fiscal deduzca acusación, e incluso que formalice la investigación basándose únicamente en la concurrencia de alguna de las presunciones. Indudablemente, la circunstancia de que este delito no tenga una descripción precisa en la

ley, y que se configure este mismo a través de presunciones, hace engorrosa en la práctica su investigación y prueba.

En virtud de lo anteriormente expuesto, proponemos como una primera solución al problema objeto de esta memoria, está en entregar definitivamente al Derecho Penal el tratamiento y penalización de estos delitos, sustentado en la noción que la quiebra, como señalamos, no es un delito sino el medio para cometer un tipo especial de defraudación.

Junto con lo anterior, se hace necesaria una descripción precisa en la redacción del tipo penal, eliminando el sistema de presunciones, para así evitar la serie de inconvenientes que la expresión "se presume" acarrea en el marco de la reforma procesal penal, es decir, que el delito se establezca mediante una descripción directa.

Frente a la imposibilidad de obtener una pronta modificación legal, debemos aventurar una solución con las herramientas que hoy contempla el derecho chileno, es por ello que pasamos a desarrollar las siguientes soluciones.

Para divisar una salida a estos problemas de disfuncionalidad de la ley penal sustantiva con el proceso penal, a los cuales hemos hecho referencia en el capítulo I de este trabajo, es decir, a que existen en nuestro derecho penal sustantivo y en especial en los artículos 219, 220 y 221 de la Ley de Quiebras, los cuales configuran tipos penales de responsabilidad penal, ya sea en grado de autor o cómplices, del delito de quiebra culpable o fraudulenta, debemos señalar que la solución de estos problemas de técnica legislativa y coherencia con las demás normas de nuestro ordenamiento jurídico en especial aquellas de nuevo nacimiento o entrada en vigencia, debiera lógicamente producirse a

través de la dictación de las normas adecuatorias que correspondan y que sean necesarias. A este respecto debemos señalar que en materia de quiebras esta adecuación normativa se produjo mediante la Ley N° 19.806 Publicada en el diario Oficial de Chile el 31 de mayo de 2002, la cual, lamentablemente, reformó aspectos que no poseían tanta relevancia<sup>101</sup> (aspectos semánticos o formales por ejemplo), no estableciendo modificación alguna en los ya mencionados artículos 219, 220 y 221 de la Ley 18.175, que eran, según nuestra postura, los que deberían haber sido perentoriamente modificados.

Por la deficiencia anterior, la solución a este respecto debe necesariamente producirse por una vía indirecta, es decir, por medio de la labor de los tribunales de justicia, a partir de la correcta interpretación de los preceptos legales en conflicto.

En este punto debemos recurrir a algunos preceptos de la ley civil sobre interpretación de la ley, a saber los artículos 22<sup>102</sup>, 24<sup>103</sup> y 52<sup>104</sup> del Código Civil. Este último se pronuncia desde el punto de vista de vigencia y derogación de las leyes, y por su aplicación deben entenderse tácitamente derogadas todas aquellas disposiciones que no pueden conciliarse con la nueva ley, es decir, deben entenderse

---

<sup>101</sup> Ver en este sentido, capítulo II de este trabajo, página 42 y 43.

<sup>102</sup> El inciso 1° del artículo 22 del Código Civil dispone; "El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía".

<sup>103</sup> Artículo 24 del Código Civil; "En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural".

<sup>104</sup> Artículo 52 del Código Civil; "La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es *expresa*, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga a la antigua.

Es *tácita*, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación de una ley puede ser total o parcial".

tácitamente derogadas aquellas presunciones de responsabilidad que abundan en nuestro derecho penal sustantivo, puesto que son inconciliables con el nuevo sistema procesal penal y sus principios formativos generales.

Como ya se mencionó anteriormente se ha instaurado por el legislador un nuevo procedimiento procesal penal reconocidamente garantista y que posee como una de sus características fundamentales el respeto de los derechos y garantías del imputado, y si tenemos presente que lo anterior es coincidente con el espíritu general de la legislación y su debida correspondencia y armonía, no cabe duda que lo anteriormente expuesto pugna con la existencia de presunciones legales de responsabilidad penal, y más aun con la posibilidad que se dicten sentencias condenatorias que posean como único fundamento a estas presunciones de responsabilidad. Otro aspecto a considerar en la derogación de las leyes es el criterio de temporalidad<sup>105</sup> y el criterio de jerarquía<sup>106</sup>.

Los problemas de interpretación suscitados a este respecto pueden ser solucionados mediante dos vías:

---

<sup>105</sup> A este respecto no cabe duda que el código Procesal Penal es posterior a todas aquellos preceptos que contienen presunciones de responsabilidad penal, de manera que éstas deben entenderse tácitamente derogadas.

<sup>106</sup> Por aplicación del artículo 5 inciso 2º de nuestra Carta Fundamental, los tratados internacionales sobre derechos humanos que contemplan la presunción de inocencia como garantía fundamental, poseen rango constitucional, poseen un rango jerárquico superior a las presunciones legales de responsabilidad contenidas en leyes simples o comunes, de modo que teniendo en cuenta que las normas de rango superior priman por sobre las de rango inferior, los tribunales no podrían fundar sus sentencias condenatorias en presunciones legales de responsabilidad penal en forma exclusiva

1) La primera se extrae del mismo Código Procesal Penal y es la derivada del artículo 373 del Código Procesal Penal, a través del recurso de nulidad en el proceso penal, cual dispone *“Artículo 373. Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia:*

*a) Cuando, en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, y*

*b) Cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”.*

En el caso de la letra a) del artículo 373 es absolutamente claro que esa sentencia que se pronuncie basada en presunciones legales, medios de prueba anteriores al juicio e incluso previos a la comisión del delito atenta contra la presunción de inocencia establecida en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y contra el artículo quinto de la Constitución Política de la República que los eleva a rango constitucional lo que importa además una infracción a la garantía general establecida en el artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental, de manera que el juicio oral y la sentencia en ese caso deberían ser declarados nulos.

La declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia también es procedente por lo dispuesto en la letra b) del artículo 373, ya que una sentencia dictada bajo esos supuestos fundantes aplica

erróneamente los principios de presunción de inocencia y de contradictoriedad contenidos en el Código Procesal Penal y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, poseyendo estos una jerarquía legal superior a las normas penales sustantivas en donde se contemplan dichas presunciones, y dado que el Código Procesal Penal y las normas en el comprendidas es posterior a aquellas, primarían también sobre éstas, y como son inconciliables entre sí, deben entenderse tácitamente derogadas.

El tribunal competente para conocer de este recurso de nulidad según lo señala el artículo 376 del Código Procesal penal, es la Corte Suprema de Justicia, en especial por la causal de la letra a), siendo competente para el caso señalado en la letra b) la respectiva Corte de Apelaciones, pero igualmente podría radicarse el asunto en la Corte Suprema.

2) La segunda solución posible se encuentra íntimamente relacionada con lo anterior, es la contemplada en el artículo 80 de nuestra Carta Fundamental, es decir, recurrir de inaplicabilidad de una norma o precepto por estimar que éste es inconstitucionalidad, así el citado artículo dispone: *“La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento”*

Es decir, tanto por vía de recurso de nulidad establecido en el Código Procesal Penal o por vía del artículo 80 de la Constitución se puede obtener la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos atentatorios y contrarios a la Constitución, no debiendo olvidarse que los tratados internacionales sobre Derechos Humanos poseen jerarquía constitucional y han sido incorporados a ella por vía del inciso 2 del artículo 5º de la misma, es decir, las presunciones legales de responsabilidad deben declararse inaplicables para cada caso concreto, cada vez que se presente la oportunidad, puesto que el haberse fundado una sentencia condenatoria en ellas es contrario a lo dispuesto en los artículos 5º y 19 Nº 26 de la Constitución Política de la República .

Las soluciones propuestas con anterioridad, no obviando su eficacia en algunos casos, tampoco puede olvidarse que ellas operan para casos determinados y a requerimiento de parte, resultan insuficientes a este respecto, puesto que resulta absolutamente necesaria una modificación de fondo del derecho penal sustantivo. Lo anterior, nos conduce a una paradoja que necesita ser solucionada, puesto que si se entienden derogados en forma tácita los artículos 219, 220 y 221 de la Ley de Quiebras, o bien, recurrir por vía de nulidad o de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, resulta que quedarían impunes o sin sanción penal alguna, aquellas conductas que se encuentran descritas en dichos preceptos y que constituyen en estricta teoría acciones u omisiones, culpables o fraudulentas, tendientes a perjudicar a sus acreedores, ya sea por la vía de ocultación de bienes, de

defraudación a sus acreedores legítimos, o de disminución de patrimonio en perjuicio de los mismos.

Por último consideramos que resulta necesario, pertinente y oportuno postular una reformulación al tipo penal en cuestión –conocido generalmente con el nombre de delitos de quiebra ilícita- estableciendo la sanción a conductas, sean éstas acciones u omisiones, de tipo directo, tal como ocurre en otras legislaciones, logrando de esta manera la erradicación definitiva de las presunciones de responsabilidad en materia penal, al menos, en materia de quiebras.

## Capítulo VI

### Legislación comparada

Como ya adelantamos en la introducción de este trabajo, en este último capítulo nos avocamos al análisis de la situación que se da en las legislaciones española y mexicana acerca de su procedimiento concursal. Es por ello que optamos por ilustrar la situación de esos países, los cuales no obstante de ilustrar realidades culturales y económicas distintas, presentan similitud en el tratamiento jurídico del delito concursal y su calificación. Es así como en el primer país en estudio, en concordancia, con el principio de respeto de las garantías procesales del quebrado, se derogaron las presunciones de derecho, dejando subsistentes las presunciones legales de responsabilidad; en el segundo, se eliminó la dicotomía entre quiebra fraudulenta y culpable, manteniéndose la presunción pero atenuando su rigurosidad.

#### I. España

##### a. Generalidades.

En España se siguen los criterios generales de los procesos concursales, es decir, se trata de un procedimiento que resulta aplicable al empresario o comerciante, que se caracteriza por poseer un carácter universal, procedimiento en el cual se procede a efectuar una liquidación ordenada de todo el patrimonio del deudor para la satisfacción de sus acreedores, de una manera igualmente ordenada y proporcional.

La quiebra se encontraba regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en los aspectos “procesales” y en el Código de Comercio de 1885 en los aspectos “sustantivos”. La Ley de Enjuiciamiento Civil se remite al Código de Comercio de 1829 y establece la supletoriedad del derecho común del concurso. Estos preceptos han sido declarados en vigor por la Ley de Enjuiciamiento Civil de enero del 2000 hasta que se dicte una Ley Concursal, esta Ley Concursal de reciente data, entrará en vigor en su totalidad el día 01 de Septiembre de 2004.

La mencionada Ley Concursal, Nº 22/2003 del 09 de Julio de 2003, persigue satisfacer una aspiración profunda y largamente sentida en el derecho patrimonial español: la reforma de la legislación concursal, puesto que ésta adolecía de los mismos defectos que se constatan en nuestra legislación: arcaísmo, inadecuación a la realidad social y económica, carencia de un sistema armónico, esto último referido tanto a la multiplicidad de cuerpos legales que regulaban la materia en cuestión en forma simultánea, defecto derivado de la codificación española del siglo XIX, estructurada sobre la base de la dualidad de Códigos de Derecho Privado, como a la multiplicidad de procedimientos concursales (quiebra, concurso de acreedores, procedimiento de suspensión de pagos, procedimiento de quitas y esperas).

La reforma del sistema concursal español supone una anhelada modificación del derecho vigente, optando esta ley por mantener los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema, pues la regulación en un solo texto legal de los aspectos materiales y procesales del

concurso, junto con la unificación de los procedimientos contribuyen enormemente a la simplificación del procedimiento.

A lo anteriormente mencionado debemos adicionar que la competencia para conocer del concurso se atribuye a los nuevos Juzgados de lo Mercantil, que se crean, al hilo de esta ley, en la Ley Orgánica para la Reforma Concursal, mediante la pertinente modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial; mientras esto ocurra se ha previsto transitoriamente la competencia de los Juzgados de Primera Instancia, hasta la entrada en funcionamiento de los Juzgados Mercantiles.

Los presupuestos del concurso son similares al de la mayoría de las legislaciones, es decir, como aspecto subjetivo se requiere que el deudor sea empresario o comerciante, pudiendo ser persona natural o jurídica y como presupuesto objetivo que se de una determinada situación, cual es la insolvencia, pero ésta debe manifestarse externamente, lo que en general, se conoce con los denominados "hechos de la quiebra"

En cuanto a la legitimación activa para solicitar el concurso del deudor (sus acreedores y, si se trata de una persona jurídica, quienes respondan personalmente de sus deudas) han de basarse en alguno de los hechos que como presuntos reveladores de la insolvencia enuncia la ley: desde la ejecución singular infructuosa hasta el sobreseimiento, general o sectorial, según afecte al conjunto de las obligaciones o a alguna de las clases que la ley considera especialmente sensibles en el pasivo del deudor, entre otros hechos tasados. Incumbe al solicitante

del concurso necesario la prueba de los hechos en que fundamente su solicitud; en todo caso, la declaración ha de hacerse con respeto de las garantías procesales del deudor, quien habrá de ser emplazado y podrá oponerse a la solicitud, basándose en la inexistencia del hecho en que ésta se fundamente o en la de su estado de insolvencia, incumbiéndole en este caso la prueba de su solvencia. Las garantías del deudor se complementan con la posibilidad de recurrir la declaración de concurso.

Si la solicitud de concurso la insta el propio deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, si bien en este caso no sólo podrá ser actual, sino futuro, previsto como «inminente».

Se establece, con un sentido positivo, el deber del deudor de colaborar con los órganos del concurso, informarles de cuanto sea de interés de éste, auxiliarles en la conservación y administración de la masa activa y poner a disposición de la administración concursal los libros y documentos relativos al ejercicio de su actividad profesional o empresarial.

Los restantes aspectos del concurso no los desarrollaremos por no ser pertinente su tratamiento en el presente trabajo.

#### b. El Procedimiento de calificación de la quiebra.

El procedimiento de calificación se encontraba regulado en el libro IV del Código de Comercio de 1885, denominado "De la suspensión de pagos, de las quiebras y de las prescripciones", Título I "De la suspensión de pagos y de la quiebra en general", Sección III "De las clases de quiebras y de los cómplices en las mismas". Durante la vigencia de este cuerpo legal se diferenciaban tres clases de quiebra:

fortuita, culpable y fraudulenta, así lo disponía claramente el artículo 886 del Código de Comercio Español: *“Para los efectos legales se distinguirán tres clases de quiebras, a saber: 1. Insolvencia fortuita. 2. Insolvencia culpable; y, 3. Insolvencia fraudulenta”*.

La quiebra fortuita, se encontraba contemplada en el artículo 887<sup>107</sup>, esta era la que se debía a fuerza mayor, o cualquier otra que no pueda calificarse como culpable o fraudulenta. No generaba efectos en el ámbito civil.

La quiebra culpable se establecía en base a presunciones de culpabilidad, las que podían ser de carácter absolutas o relativas, no admitiéndose prueba en contrario en las primeras, es decir, eran presunciones de derecho, quedando de manifiesto la anacrónica legislación que existía en esta materia, pues no respetaba en caso alguno del derechos procesales del quebrado. Así, el artículo 888 del Código de Comercio<sup>108</sup>, establecía las presunciones absolutas de culpabilidad, y eran aquellas derivadas de gastos excesivos, pérdidas derivadas de la intención de dilatar la quiebra, venta a pérdida de los

---

<sup>107</sup> Artículo 887. Se entenderá quiebra fortuita la del comerciante a quien sobrevinieren infortunios que, debiendo estimarse causales en el orden regular y prudente de una buena administración mercantil, reduzcan su capital al extremo de no poder satisfacer en todo o parte de sus deudas.

<sup>108</sup> Artículo 888. *“Se considerará quiebra culpable la de los comerciantes que se hallaren en alguno de los casos siguiente:*

1. Si los gastos domésticos y personales del quebrado hubieren sido excesivos y desproporcionados en relación a su haber líquido, atendidas las circunstancias de su rango y familia.
2. Si hubiere sufrido pérdidas en cualquier especie de juego que excedan de lo que por vía de recreo suele aventurar en esta clase de entretenimientos un cuidadoso padre de familia.
3. Si las pérdidas hubieren sobrevenido a consecuencia de apuestas imprudentes y cuantiosas, o de compras y ventas u otras operaciones que tuvieren por objeto dilatar la quiebra.
4. Si en los seis meses precedentes a la declaración de quiebra hubiere vendido a pérdida o por menos precio del corriente efectos comprados al fiado y que todavía estuviere debiendo.
5. Si constare que el periodo transcurrido desde el último inventario hasta la declaración de la quiebra hubo tiempo en que el quebrado debía, por obligaciones directas, doble cantidad del haber líquido que le resultaba en el inventario”.

bienes que todavía estuviese debiendo, endeudamiento excesivo. El artículo 889 del Código de Comercio<sup>109</sup>, contenía las hipótesis de presunciones relativas, es decir, aquellos casos en que haya defectos en la llevanza de libros de contabilidad o ausencia injustificada del procedimiento, salvo que pruebe la falta de culpabilidad. No generaba efectos en el ámbito civil.

La quiebra fraudulenta se producía como consecuencia de utilización por parte del deudor de artimañas, mecanismos fraudulentos y maniobras dolosas cuyo objetivo es perjudicar a sus acreedores legítimos. Existían igualmente en esta figura genérica presunciones absolutas y relativas de quiebra fraudulenta, a saber, dentro de las primeras, contempladas en el artículo 890 del Código de Comercio<sup>110</sup>,

---

<sup>109</sup> Artículo 889. Serán también reputados en Juicio quebrados culpables, salvas las excepciones que propongan y prueben para demostrar la inculpabilidad de la quiebra: 1. Los que no hubieren llevado los libros de contabilidad en la forma y con todos los requisitos esenciales e indispensables que se prescriben en el Título III del Libro I y los que, aun llevándolos con todas estas circunstancias, hayan incurrido dentro de ellos en falta que hubiese causado perjuicio a tercero. 2. Los que no hubieren hecho su manifestación de quiebra en el término y forma que se prescribe en el artículo 871. 3. Los que, habiéndose ausentado al tiempo de la declaración de la quiebra o durante el progreso del Juicio, dejaren de presentarse personalmente en los casos en que la Ley impone esta obligación, no mediando legítimo impedimento.

<sup>110</sup> Artículo 890. Se reputará quiebra fraudulenta la de los comerciantes en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1. Alzarse con todos o parte de sus bienes. 2. Incluir en el balance, memorias, libros y otros documentos relativos a su giro o negociaciones, bienes, créditos, deudas, pérdidas o gastos supuestos. 3. No haber llevado libros o, llevándolos, incluir en ellos, con daño de tercero, partidas no sentadas en lugar y tiempo oportunos. 4. Rasgar, borrar o alterar de otro modo cualquiera el contenido de los libros, en perjuicio de tercero. 5. No resultar de su contabilidad la salida o existencia del activo de su último inventario, y del dinero, valores muebles y efectos, de cualquiera especie que sean, que constare o se justificare haber entrado posteriormente en poder del quebrado. 6. Ocultar en el balance alguna cantidad de dinero, créditos, géneros u otra especie de bienes o derechos. 7. Haber consumido y aplicado para sus negocios propios, fondos o efectos ajenos que le estuviere encomendados en depósito, administración o comisión. 8. Negociar, sin autorización del propietario, letras de cuenta ajena que obraren en su poder para su cobranza, remisión u otro uso distinto del de la negociación, si no hubiere hecho a aquél remesa de su producto. 9. Si, hallándose comisionado para la venta de algunos géneros o para negociar créditos o valores de comercio, hubiere ocultado la operación al propietario por cualquier espacio de tiempo. 10. Simular enajenaciones, de cualquiera clase que éstas fueren. 11. Otorgar, firmar, consentir o reconocer deudas supuestas, presumiéndose tales, salvo la prueba en contrario, todas

encontrábamos a aquellas quiebras fraudulentas por ocurrencia de un hecho: alzamiento de bienes, suposición de deudas, ausencia de libros de contabilidad, ocultamiento de bienes en el balance, simulación de enajenaciones, etc ; y dentro de las segundas –presunciones relativas- es decir, se admitía la posibilidad de prueba en contrario, los hechos que contemplaba el artículo 891 del Código de Comercio<sup>111</sup>, por ejemplo cuando los libros del comerciante no permitan conocer la situación económica en que se halla.

La quiebra fraudulenta producía importantes efectos en el orden civil que se consideraban a todas luces desfasados y anticuados (el quebrado no podía celebrar reuniones con los acreedores, no podía ser rehabilitado y tampoco tenía derecho a recibir alimentos).

Asimismo se establecían hipótesis de complicidad de quiebra fraudulenta, las cuales se encontraban señaladas en el artículo 893 del Código de Comercio<sup>112</sup>, a quienes, según lo que dispone el artículo 894

---

las que no tengan causa de deber o valor determinado. 12. Comprar bienes inmuebles, efectos o créditos, poniéndolos a nombre de tercera persona, en perjuicio de sus acreedores. 13. Haber anticipado pagos en perjuicio de los acreedores. 14. Negociar, después del último balance, letras de su propio giro a cargo de persona en cuyo poder no tuviere fondos ni crédito abiertos sobre ella, o autorización para hacerlo. 15. Si, hecha la declaración de quiebra, hubiere percibido y aplicado a usos personales dinero, efectos o créditos de la masa, o distraído de ésta alguna de sus pertenencias

<sup>111</sup> Artículo 891. La quiebra del comerciante, cuya verdadera situación no pueda deducirse de sus libros, se presumirá fraudulenta, salvo prueba en contrario.

<sup>112</sup> Artículo 893. Serán considerados cómplices de las quiebras fraudulentas: 1. Los que auxilien el alzamiento de bienes del quebrado. 2. Los que, habiéndose confabulado con el quebrado para suponer créditos contra él o aumentar el valor de los que efectivamente tengan contra sus valores o bienes, sostengan esta suposición en el juicio de examen y calificación de los créditos o en cualquiera Junta de acreedores de la quiebra. 3. Los que, para anteponerse en la graduación en perjuicio de otros acreedores, y de acuerdo con el quebrado, alteraren la naturaleza o fecha del crédito, aun cuando esto se verifique antes de hacerse la declaración de quiebra. 4. Los que deliberadamente, y después que el quebrado cesó en sus pagos, le auxiliaren para ocultar o sustraer alguna parte de sus bienes o créditos. 5. Los que, siendo tenedores de alguna pertenencia del quebrado al tiempo de hacerse notoria la declaración de quiebra por el Juez o Tribunal que de ello conozca, la entregaren a aquél y no, a los administradores legítimos de la masa, a menos que, siendo de nación

del mismo Código se les imponían, sin perjuicio de las penas en que incurran de acuerdo a las leyes criminales, la pérdida de cualquier derecho que tengan en la masa de la quiebra y al reintegro a la misma de los bienes, derechos y acciones sobre cuya sustracción hubiere recaído su complicidad, con los respectivos intereses, más la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Respecto al procedimiento se establecía que la calificación de la quiebra se efectuaba siempre en ramo separado, con audiencia del Ministerio Fiscal, de los Síndicos y del quebrado, pero no podía procederse a calificar la quiebra, ni a instancia de parte ni de oficio, sin que el Juez o Tribunal haya hecho la declaración de quiebra y la de haber hecho méritos para proceder criminalmente.

Los aspectos anteriormente expuestos del procedimiento de calificación fueron derogados por la disposición derogatoria única N° 3 , tercera de la Ley de Concurso N° 22/2003, cual dispone *“Disposición derogatoria única. 3 Quedan, asimismo, derogados los siguientes preceptos y disposiciones: 3º Los artículos 376 y 870 a 941 del código de Comercio de 1885”* (que precisamente se refiere al Libro IV que ya hacemos mención), resultando aplicable a esta materia la mencionada Ley Concursal 22/2003 del 09 de Julio de 2003, en su Título VI, intitulado, *“De la calificación del concurso”* (artículos 163 a 175).

---

o provincia diferente de la del domicilio del quebrado, prueben que en el pueblo de su residencia no se tenía noticia de la quiebra. 6. Los que negaren a los administradores de la quiebra los efectos que de la pertenencia del quebrado existieren en su poder. 7. Los que, después de publicada la declaración de la quiebra, admitieren endosos del quebrado. 8. Los acreedores legítimos que, en perjuicio y fraude de la masa, hicieren con el quebrado convenios particulares y secretos. 9. Los Agentes mediadores que intervengan en operaciones de tráfico o giro que hiciere el comerciante declarado en quiebra.

La calificación del concurso es una de las materias que más profundamente sufrió modificaciones. El concurso puede ser calificado como fortuito o culpable (Artículo 163 N° 2), señalándose expresamente que ésta calificación no vinculará a los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional penal, que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudiesen constituir delito, esto tiene relevancia pues la calificación del concurso sólo produce efectos civiles y no penales.

La ley formula un criterio general de calificación del concurso como culpable (Artículo 164 N° 1<sup>113</sup>) y la continuación enuncia una serie de supuestos que, en todo caso, determinan esa calificación, por su intrínseca naturaleza (artículo 164 N° 2<sup>114</sup>), y otra de supuestos que, salvo prueba en contrario, son presuntivos de dolo o culpa grave, por

---

<sup>113</sup> En este sentido el artículo 164 dispone: "Artículo 164. Concurso culpable

1. El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho.

<sup>114</sup> 2. En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos:

1.º Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara.

2.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.

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

4.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.

5.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.

6.º Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.

constituir incumplimiento de determinadas obligaciones legales relativas al concurso. (Artículo 165<sup>115</sup>).

Entendemos, y así lo expresamos, que no obstante el gran progreso jurídico que significa la derogación de presunciones de derecho de responsabilidad, en este caso de quiebra fraudulenta, antiguamente consagradas en el artículo 890 del Código de Comercio, no nos merece duda que respecto a las hipótesis específicas de quiebra culpable esto no ocurre de igual manera, pues la expresión “En todo caso...” con que comienza el artículo 164 N° 2, designa de manera inequívoca presunciones de derecho en este punto, por lo que no se admitirían a este respecto prueba en contrario.

El artículo 166 de la Ley de Concurso<sup>116</sup> hace referencia a los cómplices de quiebra fraudulenta, también manifestamos nuestra opinión que constituye una presunción de derecho por el tenor literal de su articulado.

---

<sup>115</sup> Artículo 165. Presunciones de dolo o culpa grave.

Se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores:

- 1.º Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso.
- 2.º Hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores.
- 3.º Si el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso.

<sup>116</sup> Artículo 166. Cómplices.

Se consideran cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable.

Los restantes aspectos de la formación y tramitación de la sección de calificación no será desarrollada.

Resulta de vital importancia destacar que los efectos de la calificación se limitan exclusivamente a la esfera civil, no produciendo efecto alguno en materia penal, y por lo mismo no constituye condición de prejudicialidad para la persecución de conductas que pudieren constituir delitos, es preciso recordar el artículo 163 N° 2 de la Ley de Concurso a que ya se hizo referencia. La ley mantiene la neta separación de ilícitos civiles y penales en esta materia.

Para concluir, otro aspecto que se mencionará es el de la sentencia que califica el concurso, por el acertado criterio jurídico que regula los efectos que ésta produce, en este sentido, nos remitimos al artículo 172 de la ley de Concurso, a saber "Artículo 172. Sentencia de calificación.

1. La sentencia declarará el concurso como fortuito o como culpable. Si lo calificara como culpable, expresará la causa o causas en que se fundamente la calificación.

2. La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos:

- 1.º La determinación de las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices. Si alguna de las personas afectadas lo fuera como administrador o liquidador de hecho de la persona jurídica deudora, la sentencia deberá motivar la atribución de esa condición.

- 2.º La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a 15 años, así

como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio.

3.º La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados.

3. Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa.

4. Quienes hubieran sido parte en la sección de calificación podrán interponer contra la sentencia recurso de apelación”.

Como ya se mencionó anteriormente, la calificación civil del concurso no produce efectos penales, es así como su regulación legal y sanción penal la encontramos en el Código Penal, Capítulo VII , Título XIII, Libro II, bajo la rúbrica “De las insolvencias punibles”, más específicamente en su artículo 260, en el cual se castiga al “Artículo 260.

1. El que fuere declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos será castigado con las penas de prisión de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre.
2. Se tendrá en cuenta para graduar la pena la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica.
3. 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 proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa.
4. En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal.

Respecto a este artículo debemos precisar:

- a) El bien jurídico protegido son los derechos de los acreedores. Se trata de un delito especial, pues se requiere que el sujeto activo posea alguna de las calidades que el artículo menciona. Lo sancionado, es decir, la acción consiste en causar o agravar dolosamente la situación de crisis económica, se requiere entonces de dolo directo, siendo insuficiente a este respecto el dolo eventual.
- b) Para el establecimiento y graduación de la pena, el juez o tribunal deberá considerar para determinar su cuantía algunas situaciones fácticas, como por ejemplo, el perjuicio ocasionado, el número de acreedores afectados con la acción delictual dolosa, la situación en que éstos se encontraban, sea ésta legal u pecuniaria, etc...

c) Como ya se señaló el proceso de calificación civil y penal son completamente independientes, salvándose con esto la situación anterior que requería la calificación civil de quiebra fraudulenta para iniciar el proceso de calificación penal.

## 2. MÉXICO

### a. Generalidades.

En este país la materia concursal se encuentra regulada por la Ley de Concursos Mercantiles que entró en vigencia el 13 de mayo del año 2000 derogando la hasta ese momento vigente, Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, que regía el proceso concursal.

El principal objetivo de la nueva ley, es la conservación de la empresa mercantil, mediante acuerdo de conciliación de su titular con problemas de pago y sus acreedores, y si esto fuese imposible, la venta de los bienes que la integran, para con ello cubrir las deudas de la misma.

El concurso mercantil consta de dos etapas sucesivas denominadas "conciliación", que corresponde a lo que en la derogada ley era la suspensión de pagos, y "quiebra".

La finalidad de la conciliación es lograr el mantenimiento de la empresa del comerciante, a través del convenio que suscriba con sus acreedores reconocidos para así evitar la ejecución de resoluciones judiciales que podrían destruir dicha entidad productiva.

Por su parte, el objeto perseguido en la etapa de quiebra es la venta de la empresa del comerciante, de sus unidades productivas o de los bienes que la integran para el pago de los acreedores reconocidos (éstos

últimos son aquellos que adquieren tal carácter en virtud de la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos).

La ley concursal mexicana entiende por comerciante, a la persona física o moral que tenga ese carácter conforme al Código de Comercio. Comprende también al patrimonio fideicomitado cuando se afecte a la realización de actividades empresariales. Asimismo, están incluidas las sociedades mercantiles controladoras o controladas a que se refiere el Art. 15 de la ley en comento.<sup>117</sup>

b. Supuestos del concurso mercantil.

Para que el comerciante sea declarado en concurso mercantil es necesario que "incumpla generalizadamente en el pago de sus obligaciones". En efecto el artículo 9 de la Ley entiende que incurre en este incumplimiento generalizado cuando:

- I. El comerciante solicite su declaración en concurso mercantil y se ubique en alguno de los supuestos consignados fracciones I o II del artículo 10 de la misma Ley, o
- II. Cualquier acreedor o el Ministerio Público hubiesen demandado la declaración de concurso mercantil del comerciante y éste se ubique en los dos supuestos consignados en las fracciones arriba anotadas. (estas fracciones se refieren a obligaciones que tengan por lo menos 30 días de haber vencido,

---

<sup>117</sup> Dicho artículo señala: " Se considerarán sociedades controladas aquéllas en las cuales más del cincuenta por ciento de sus acciones con derecho a voto sean propiedad, ya sea en forma directa, indirecta o de ambas formas de una sociedad controladora. Para ello la tenencia indirecta a que se refiere este párrafo será aquella que tenga la controladora por conducto de otra u otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma controladora."

representando el 35% o más de todas las obligaciones a cargo del comerciante a la fecha en que se haya presentado la demanda o solicitud de concurso; y en el caso en que el comerciante no tenga activos par hacer frente a por lo menos el 80% de sus obligaciones vencidas a la fecha de la demanda.

Por su parte el artículo 11 de la misma Ley contempla situaciones en donde se presume que el comerciante incumplió generalizadamente en el pago de sus obligaciones.<sup>118</sup>

#### c. Procedimiento para la declaración de concurso mercantil.

La legislación concursal de este país, establece que es competente para el conocimiento de dicho procedimiento el Juez de distrito con jurisdicción en el lugar en donde el comerciante tenga su domicilio.

El comerciante que considere que ha incurrido en el incumplimiento generalizado de sus obligaciones podrá solicitar que se le declare en concurso mercantil.

Asimismo pueden demandar la declaración de concurso mercantil, cualquier acreedor del comerciante o el Ministerio Público.

#### d. Visita de verificación

---

<sup>118</sup> Algunas de esas hipótesis dicen relación con inexistencia o insuficiencia de bienes en que trabar ejecución al practicarse un embargo por el incumplimiento de una obligación o al pretender ejecutar una sentencia en su contra con autoridad de cosa juzgada; incumplimiento en el pago de obligaciones a dos o más acreedores distintos; ocultación o ausencia, sin dejar al frente de la administración u operación de su empresa a alguien que pueda cumplir con sus obligaciones. El mismo Art. en su último numeral contempla además la situación en donde se deja abierta la posibilidad de incluir dentro de estas presunciones de incumplimiento generalizado a cualesquiera otros casos de naturaleza análoga.

Con el fin de comprobar si ha existido incumplimiento en las obligaciones del declarado en concurso, el juez ordena, una vez admitida la demanda, la inspección de la empresa a un "visitador" designado por el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles.<sup>119</sup> Este visitador sugiere la juez las providencias precautorias que estime conveniente para la protección de los bienes que forman la masa.

#### e. Sentencia de concurso mercantil

Sin necesidad de citación, el juez dicta sentencia de concurso mercantil dentro de los 5 días siguientes al vencimiento del plazo para la formulación de alegatos, considerando lo manifestado, probado y alegado por las partes, además del dictamen del visitador.

El efecto de esta sentencia es el arraigo del comerciante, para evitar que este pueda ausentarse de su domicilio, sin dejar mediante mandato, apoderado suficientemente instruido y expensado.

#### f. Órganos del concurso mercantil

Además del "visitador", que es el que inspecciona la empresa y sugiere providencias precautorias, existe en este concurso el "conciliador" quien es el que recomienda la realización de estudios y avalúos para que el comerciante y sus acreedores lleguen a un acuerdo de convenio, evitando así la declaración de quiebra.

---

<sup>119</sup> Este es un órgano auxiliar de la judicatura federal, que con autonomía se encarga de preparar, nombrar, o reconocer el nombramiento de conciliadores, visitadores y síndicos, establecer el régimen de su remuneración, expedir la normativa para el ejercicio de sus atribuciones, así como informar, al Congreso de la Unión, semestralmente sobre el desempeño de los mismos.

El "síndico", por su parte, es el depositario y administrador de la empresa declarada en quiebra, es quien debe inscribir la sentencia de quiebra y publicar un extracto de la misma. Asimismo, toma posesión de los bienes, documentos y papeles del comerciante e informa al juez del estado de la administración de la empresa, y procede a la venta en subasta de la misma.

#### g. Reconocimiento de los créditos

Dictada la sentencia de concurso, comienza la etapa de conciliación, período en el cual no puede ejecutarse ningún mandamiento de embargo o ejecución contra los bienes y derechos del comerciante, asimismo se suspenden los procedimientos administrativos de ejecución de los créditos fiscales.

En esta etapa de conciliación, la administración de la empresa corresponde al comerciante (salvo que el conciliador estime necesaria su remoción). Ambos administran la empresa y deciden sobre la contratación de créditos.

El conciliador elabora también una nómina en donde se inscriben los acreedores (que toman el nombre de acreedores reconocidos) para poder formar parte del convenio y ser satisfechos sus créditos.

#### h. Declaración de quiebra

El comerciante en concurso mercantil es declarado en quiebra en cualquiera de las siguientes situaciones: cuando el comerciante así lo solicite; cuando transcurra el término para la conciliación y sus prórrogas si se hubieren concedido, sin que se someta al Juez, para su

aprobación, un convenio en términos de lo previsto en la Ley de Concursos Mercantiles o bien; en caso que el conciliador solicite la declaración de quiebra y el Juez la conceda.

En cuanto a los efectos de esta declaración se encuentran la remoción del comerciante de la administración de sus bienes, que serán entregados al síndico, pero continuará con la gestión de los bienes que conserve. Cualquier acto de administración del fallido sobre su empresa sin autorización del síndico será nulo; igual suerte correrán los pagos que le sean hechos.

#### i. Terminación del concurso mercantil

El juez declara concluido el concurso en los siguientes casos:

1. Cuando se aprueba un convenio.
2. Si se ha efectuado pago íntegro a los acreedores reconocidos.
3. En caso de efectuarse el pago a los acreedores reconocidos mediante cuota concursal de las obligaciones del comerciante, y no quedaran más bienes por realizarse.
4. Si se demuestra que la masa es insuficiente para cubrir los créditos.
5. En cualquier momento en que lo soliciten el comerciante y la totalidad de los acreedores reconocidos.

#### j. Aspectos penales del concurso mercantil mexicano

La derogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos hacía la distinción entre quiebra fortuita (que correspondía al caso del comerciante a quien sobrevinieren infortunios que reduzcan su capital al

extremo de tener que cesar en sus pagos); quiebra culpable (comerciante que con actos contrarios a las exigencias de una buena administración mercantil, haya producido, facilitado o agravado el estado de cesación de pagos<sup>120</sup>).

A este comerciante se le sancionaba con pena de 1 a 4 años de prisión); quiebra fraudulenta (la ley presumía que la quiebra era tal cuando fraudulentamente realizaba, antes de la declaración, con posterioridad a la fecha de retroacción o durante la quiebra, actos u operaciones que aumenten su pasivo o disminuyan su activo; así también cuando no llevaba todos los libros de contabilidad, o los alterare, falsificare o destruyere en términos de hacer imposible deducir la verdadera situación. Se presumía fraudulenta la quiebra del comerciante cuya verdadera situación no pueda deducirse de los libros. A los condenados por este delito se les imponía la pena de 5 a 10 años de prisión y multa de hasta el 10% del pasivo).

La actual Ley de Concursos Mercantiles no realiza la recién anotada distinción de quiebra. El artículo 271 de la Ley se limita a señalar que la conducta dolosa del concursado que cause o agrave el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones amerita pena de prisión de 1 a 9 años, que el Juez determinará. Se presume conducta dolosa si la contabilidad del sujeto mercantil, no permite reconocer su verdadera situación financiera.

La pena será de 1 a 3 años, si, requerido por el Juez, el comerciante no pone a disposición de quien el mismo Juez designe, su

---

<sup>120</sup> Advertimos que el concepto de "cesación de pagos" no aparece en la actual ley concursal de México.

contabilidad en el tiempo que se le señale; ello salvo que el concursado demuestre la imposibilidad de hacerlo.

El que solicita en el concurso, reconocimiento de un crédito inexistente será sancionado con pena de 1 a 9 años de prisión.

Respecto a la persecución de estos delitos, podemos decir que se inicia el proceso mediante querrela. Por otro lado, se establece que es exclusivo del Juez de la quiebra, conocer de la reparación del daño por los delitos de la misma.

Como podemos observar, todavía perduran en algunos ordenamientos, como es el caso de México y Chile, ciertas presunciones de delictuosidad en las causas de quiebra.

## Bibliografía

### a. Publicaciones

1. **SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO.** *"Manual de Derecho Comercial"*, tomo III, tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, 1991.
  
2. **CHAHUÁN SARRÁS, SABAS.** *"Manual del Nuevo Procedimiento Penal"*, segunda edición actualizada y aumentada, Editorial LexisNexis, Conosur, 2002.
  
3. **PARGA G., JOSÉ.** *"Derecho comercial"*, Análisis y Explicaciones, Dictámenes e Ilustraciones, tomo II, edición Distribuidora Forense, 1993
  
4. **MÁRQUEZ PIÑERO, RAFAEL.** *"Delitos de Quiebra"* Prólogo de Jesús Zamora Pierce, Editorial Porrúa (Av. República Argentina, 15, México). segunda Edición, 1999.
  
5. **PUELMA ACORSSI, ÁLVARO.** *"Curso de Derecho de Quiebras"*, Editorial Jurídica de Chile, 1966.
  
6. **PUGA VIAL, JUAN ESTÉBAN.** *"Derecho Concursal. El Juicio de Quiebras"*, Tomos I y II, segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1999.

7. **PUGA VIAL, JUAN ESTÉBAN.** *"Derecho Concursal. Delitos de Quiebras"*, segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
  
8. **ZALAUQUETT DAHER, JOSE F..** *"La Causa de Declaratoria de Quiebras"*, Editorial Jurídica de Chile, 1968.
  
9. **CARRASCO VÁSQUEZ, JORGE.** *"Evolución del Derecho de Quiebras en Chile"*, Editorial Jurídica de Chile, 1963.
  
10. **MINISTERIO PÚBLICO. FISCALÍA NACIONAL.** *"Reforma Procesal Penal"*. Instrucciones Generales N° s 1 a 25. Septiembre – Noviembre 2000. Primera edición, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
  
11. **FERNÁNDEZ, MIGUEL BAJO- PÉREZ MANZANO, MERCEDES-SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS.** *"Manual de Derecho Penal"*, Parte especial, Delitos Patrimoniales y Económicos, segunda edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, España, 1993.
  
12. **BUSTOS RAMÍREZ, JUAN.** *"Manual de Derecho Penal"*, Parte Especial, segunda edición aumentada, corregida y puesta al día. Editorial Ariel, S. A., Barcelona, España, 1991.
  
13. **CREUS, CARLOS.** *"Derecho Penal"*, Parte Especial, Tomo 1. Cuarta edición actualizada. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, 1993.

14. **CARRARA, FRANCESCO.** *"Programa de Derecho Criminal"*, Parte Especial, Volumen VII, Reimpresión de la cuarta edición, revisada. Editorial Temis Bogotá, 1982.
15. **ANTOLISEI, FRANCESCO.** *"Delitos Relacionados con las Quiebras y las Sociedades Anónimas"*, Versión Castellana de Francisco Bruno y Jorge Guerrero. Editorial Temis Bogotá, 1964.
16. **PRADO PUGA, ARTURO.** *"El proceso de calificación de la quiebra"*. Ciclo de charlas. Colegio de abogados de Chile. A.G. 1999.
17. **COBO DEL ROSAL, M- VIVES ANTON, T. S.- BOIX REIG, J- ORTS BERENGUER, E- CARBONELL MATEU, J. C..** *"Derecho Penal. Parte Especial"*. 3ª edición, Edita Tirant Lo Blanch. 1990. Valencia-España.
18. **ETCHEBERRY, ALFREDO.** *"Derecho Penal. Parte Especial"*. Tomo III. 3ª edición revisada y actualizada. Editorial jurídica de Chile. 1998.
19. **MUÑOZ CONDE, FRANCISCO.** *"Derecho Penal. Parte Especial"*. 8ª edición. Edita Tirant Lo Blanch. Valencia-España.
20. **LEGISLACIÓN MERCANTIL MEXICANA.** Ediciones Luciana. 2ª edición. 2001.

21. **GOMES FILHO, ANTONIO MAGALHÃES.** *"Presunción de inocencia y prisión preventiva"*. Editorial Jurídica Conosur. Santiago de Chile. 1995. Copia 3.
22. **PFEFFER URQUIAGA, EMILIO.** *"Manual de derecho constitucional"*. Tomo I. Editorial Jurídica Conosur.
23. **VERDUGO MARINKOVIC, MARIO- PFEFFER URQUIAGA, EMILIO- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO.** *"Derecho Constitucional"*. Tomo I y Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Segunda edición actualizada. Agosto 1999.
24. **LEIBAR ESPARZA, IÑAKI.** *"El principio del debido proceso"*. José M.<sup>a</sup> Bosch, editor, S. A. Primera Edición. Diciembre 1995.
25. **PEDRAZ PENALVA, ERNESTO.** *"Derecho Procesal Penal. Tomo I. Principios de Derecho Procesal Penal"*. Editorial Colex. 2000.
26. **PICÓ I JUNOY, JOAN.** *"Las garantías constitucionales del proceso"*. José M.<sup>a</sup> Bosch editor. 1997.
27. **CAROCCA PÉREZ, ALEX.** *"El nuevo sistema procesal penal"*. Editorial Jurídica La Ley. Primera edición. 2003.

28. **CAROCCA PÉREZ, ALEX; DUCE J. MAURICIO, RIEGO R. CRISTIÁN Y OTROS**, *"Nuevo Proceso Penal"*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Octubre de 2000.

29. **MARÍA INÉS HORVITZ LENNON; JULIÁN LÓPEZ MASLE**. *"Derecho Procesal Penal Chileno"*, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Primera edición, Santiago, Mayo 2002.

30. **DEL RÍO FERRETTI; ROJAS RUBILAR FRANCISCO**, *"De la Reforma Procesal Penal. En especial de la Etapa de Instrucción e Intermedia"*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Octubre de 1999.

31. **CARABINEROS DE CHILE**. *"Reforma Procesal Penal. Funciones Policiales de Carabineros de Chile"*. Curso de Capacitación para el personal de nombramiento supremo e institucional de Carabineros de Chile, Santiago, 2003.

32. **SILVA CANCINO, MAURICIO**. *"Las presunciones legales y judiciales. Construcción lógica de las pruebas indirectas"*. Editorial Jurídica Ediar Conosur. 1989.

33. **SERRANO GÓMEZ, ALFONSO**. *"Derecho Penal. Parte especial"*. Dykinson, Madrid, España. Séptima edición. Junio 2002.

## **b. Revistas**

34. **SCHWEITZER WALTERS, MIGUEL.** *"Sobres los Delitos de la Ley de Quiebras"*, Revista de Ciencias Penales, N° 2, tomo XXVI, 1967.

35. **DESUVIRE, DANIEL.** *"La quiebra a través de los tiempos"*. Revista de Derecho Universidad de Concepción. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Concepción. Ediciones Universidad de Concepción. N° 199. Enero-junio 1996. LXIV.

36. **GALLEAR HUCKE, ALEXANDER.** *"La presunción de inocencia y presunción de voluntariedad. Análisis crítico del artículo primero del Código Penal frente a los preceptos que en Chile proclaman como presunción la inocencia"*. Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso. Volumen XV. 1993-1994.

37. **SILVA SILVA, HERNÁN.** *"Generalidades sobre la Reforma Procesal Penal"*. Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales. Facultad de derecho. Instituto de Criminología. Universidad San Sebastián. Concepción. Volumen N° 2, Año II, 2000.

38. **FERMANDOIS VÖHRINGER, ARTURO.** *"Notas sobre el debido proceso y su dimensión metalegal"*. Revista de Derecho Universidad de Concepción. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Concepción. Ediciones Universidad de Concepción. N° 203. Año LXVI. Enero-Junio 1998.

39. **BECA FREI, JUAN PABLO.** *“Proyecto de Código Procesal Penal y Principios Constitucionales”*. Revista Escuela de Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Católica de Temuco. Volumen N° 1. 2000.

40. **CARocca PÉREZ, ALEX.** Revista Ius et Praxis. Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Año 5. N° 1. 1999.

41. **JARA MÜLLER; JUAN JAVIER.** *“Principio de inocencia. El estado jurídico de inocencia del imputado en el modelo garantista del proceso penal”*. Revista de Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Austral de Chile. Número especial. Agosto 1999.

42. **BANDA VERGARA, ALFONSO.** *“Derechos fundamentales del imputado: En la actualidad y en el nuevo Proceso Penal”*. Revista de Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Austral de Chile. Número especial. Agosto 1999.

43. **FERRADA BÓRQUEZ, JUAN CARLOS- ZUÑIGA AÑAZCO, YANIRA.** *“El régimen probatorio y los derechos fundamentales en el proyecto de Código Procesal Penal chileno”*. Revista de Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Austral de Chile. Número especial. Agosto 1999.

### **c. Memorias de prueba**

44. **RINGELING HUNGER, MAX.** *“De los Delitos Relacionados con las Quiebras”*, Memoria de Prueba – Universidad De Chile – 1985.
45. **CELUME SACAN, SERGIO.** *“El Delito de Quiebra Fraudulenta”*, Memoria de Prueba, Universidad Católica de Chile, 1968.
46. **SANHUEZA BELMAR, ALEJANDRO ADÁN- SANHUEZA BELMAR, IVÁN WLADIMIR.** *“Delimitación del Delito de Quiebra”*, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, 2000.
47. **VIO NIEMEYER, JORGE.** *“La Insolvencia Punible”*, Memoria de Prueba, Universidad Central, 1997.
48. **EGUIGUREN OSSA, FERNANDO.** *“De los delitos relacionados con las quiebras”*, Memoria de prueba Universidad de Chile, Imprenta La Economía, 1943.
49. **CLAUSSEN CALVO, CARLOS ARTURO.** *“El delito de quiebra”*, Memoria de prueba Pontificia Universidad Católica de Chile, 1986.
50. **TRIVIÑOZ TÉLLEZ, MARIANELA.** *“La presunción de inocencia como principio básico del Nuevo Código Procesal Penal”*. Memoria de Prueba- Universidad Austral de Chile. 2002.

51. **MIRANDA VALENZUELA, JUAN CARLOS.** *“Del juicio de quiebras. Aspectos prácticos de su tramitación”*. Memoria de prueba. Universidad de Chile. 1987.

52. **ESPINOSA R., GONZALO.** *“Delimitación del delito de quiebra”*. Memoria de prueba. Universidad Adolfo Ibáñez. 1998.

53. **YÁÑEZ CART. LILIAN – CEPEDA SILVA, FRANCISCO.** *“Mecanismos de la insolvencia en América latina y su entorno. Recomendaciones”*. Memoria de prueba. Universidad Central de Chile. 2003.

d. Leyes y Códigos de la República

54. **CÓDIGO PROCESAL PENAL.** Edición Oficial especial para estudiantes. Editorial Jurídica de Chile. Segunda edición, Septiembre de 2002. Apéndice actualizado a Enero 2003.

55. **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.** Editorial Jurídica de Chile. Decimocuarta edición, Julio 1996. Apéndice actualizado a Marzo 1999.

56. **CÓDIGO DE COMERCIO..** Editorial Jurídica de Chile. Decimocuarta edición, Agosto 1997. Apéndice actualizado a Febrero de 1999

57. **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE.**

Editorial Jurídica de Chile. Edición Oficial. Novena edición, Junio 2002.

Apéndice actualizado a Junio 2003.

58. **CÓDIGO CIVIL.** Editorial Jurídica de Chile. Decimocuarta Edición

Oficial, Agosto de 2000. Apéndice actualizado a febrero de 2001.

e. Referencias electrónicas.

59. [www.lasemanajuridica.cl](http://www.lasemanajuridica.cl)

60. [www.acceso.uct.cl/congreso/ponencias.htm](http://www.acceso.uct.cl/congreso/ponencias.htm)

61. [www.carabinerosdechile.cl](http://www.carabinerosdechile.cl)

62. [www.congreso.cl](http://www.congreso.cl)

63. [www.noticias.juridicas.com](http://www.noticias.juridicas.com)