

LA INCIDENCIA DE LA REFORMA PENAL DE LA LEY 5/2010, DE 22 DE JUNIO, SOBRE LOS DELITOS DE ALZAMIENTO DE BIENES

(Comunicación)

Dña. Eva María Souto García
Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Penal
Universidad de A Coruña

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA REFORMA EFECTUADA POR LA LO 5/2010, DE 22 DE JULIO: LA AGRAVACIÓN DE LOS DELITOS DE ALZAMIENTO DE BIENES. 1. *El proceso legislativo de reforma.* 2. *El resultado final de la reforma en materia de alzamiento de bienes: La creación de los tipos agravados.* III. EL NUEVO ART. 261 BIS.: LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Los delitos de alzamiento de bienes han estado presentes en la legislación penal española ya desde la época de vigencia del ya derogado Código penal de 1944/1973. Por ello, puede decirse que se trata de un delito que goza de una larga tradición en nuestro ordenamiento jurídico. Y, esta familia delictiva constituye, además, una particularidad de nuestro texto penal, pues en los restantes ordenamientos jurídicos europeos tales conductas no se encuentran tipificadas, ni en sus Códigos penales, ni en sus leyes especiales. En unas y otras normas únicamente se hace referencia a lo que en España se ha convenido en denominar “delitos concursales”. Puede decirse por tanto, que los delitos de alzamiento de bienes constituyen una originalidad del legislador penal español, en lo que al Derecho continental se refiere.

En la actualidad, y partiendo todavía del texto anterior a la reforma de 2010, los delitos de alzamiento bienes aparecen sitos en el Capítulo VII del Título XIII del Libro II del CP, como parte de los delitos de insolvencia punible.

Ante todo, ha de aclararse que, los delitos de insolvencia punible pueden ser catalogados en dos grupos distintos. De un lado, estarían los delitos de alzamiento de bienes (arts. 257 a 258, ambos inclusive) y los antes mencionados delitos concursales (arts. 259 a 261, ambos inclusive), previstos también en casi todos los ordenamientos jurídicos europeos. Por lo que a este trabajo respecta, solamente se hará referencia a los primeros, siendo suficiente decir que ambos grupos de delitos parten de una situación económica de insolvencia, la cual ha de ser considerada como el elemento aglutinador que une a todas las figuras delictivas recogidas en el Capítulo VII.

Centrado el tema de análisis, y como el eje central de este trabajo lo constituye la reforma de los tipos penales de alzamiento de bienes, es relevante indicar que la reforma que cobrará vigencia en Diciembre de 2010 no es la única que ha incidido sobre estos delitos. Bien por el contrario, ha de señalarse que el Código penal de 1995 supuso ya un cambio importante en la regulación de los delitos de alzamiento de bienes. En este sentido, el legislador de 1995 optó por seguir castigando la conducta del deudor que se alza con sus bienes pero ampliando el campo de actuación de la norma penal. Así, tras la entrada en vigor del Código de 1995, puede hablarse de la existencia de tres delitos

de alzamiento de bienes. El tipo básico lo conformaría el art. 257. 1. 1º, mientras que el art. 257. 1. 2º y 258 recogen lo que se ha convenido en denominar por la doctrina penal los tipos específicos de alzamiento de bienes. El primero de estos tipos específicos sanciona la conducta del deudor que se insolventa –alza con sus bienes- para obstaculizar o impedir un procedimiento ejecutivo dirigido al cobro de las deudas impagadas o créditos debidos. Por su parte, el art. 258 del CP sanciona al responsable de un hecho delictivo que se insolventa para impedir el pago de la responsabilidad civil derivada del delito cometido. A este último delito se le conoce como el alzamiento de bienes dirigido a eludir las deudas *ex delicto*.

Junto a este cambio en la regulación de los delitos de alzamiento de bienes, es imprescindible hacer mención a la segunda modificación de mayor relevancia efectuada en 1995. Concretamente, se trata de la inclusión del crédito público como objeto de protección en estos delitos. Con la expresa introducción de este concepto en el art. 257.2 del CP, el legislador pone fin a un debate suscitado en la doctrina anterior a 1995, el cual giraba precisamente en torno a SI era posible aplicar el delitos de alzamiento de bienes cuando el deudor provocaba su insolvencia para evitar el pago de créditos públicos. En este debate, autores como MUÑOZ CONDE negaron durante mucho tiempo tal posibilidad, entendiendo que existían otros tipos penales *extra muros* al delito de alzamiento de bienes que dispensaban protección a este tipo de créditos (v. gr. los delitos contra la Hacienda Pública o contra la Seguridad Social).

Zanjada por parte del propio legislador la polémica con la introducción expresa del crédito público como objeto de tutela, puede decirse que, si bien los delitos de alzamiento de bienes son delitos socioeconómicos en sentido amplio, en el caso de la protección del crédito público, el legislador ha creado un genuino delito socioeconómico en sentido estricto (Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ o SOUTO GARCÍA). En otras palabras, cuando el bien jurídico que se protege es el crédito privado (v. gr. el pago correspondiente a una compraventa civil o mercantil o la renta correspondiente a un alquiler) el bien jurídico protegido es el bien jurídico individual “patrimonio”, mientras que cuando se trata de la protección del crédito público (v. gr. cantidad resultante del IRPF o cuotas de la Seguridad Social) el bien jurídico, identificado como el Erario Público, presenta naturaleza supraindividual y un sujeto activo identificado con la colectividad.

Y de esta forma se encuentran regulados los delitos de alzamiento de bienes en la actualidad, pues, tras la entrada en vigor del Código penal de 1995, el legislador no volvió a modificar estos delitos, y ello a pesar de que en los años posteriores se efectuaron numerosas reformas al texto penal de profundo calado.

No ha sido hasta el año 2010, cuando el legislador ha entendido como necesaria una modificación de alguno de los aspectos que afectan a esta familia delictiva de larga tradición. La reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha consistido básicamente, y tal como se expondrá a continuación, en la creación de tipos agravados respecto del tipo básico. Con esta reforma se amplía el elenco de conductas tipificadas haciendo variar el esquema inicial de figura básica y tipos específicos, añadiéndose a éstos los tipos agravados o cualificados. Se suma a estas modificaciones la previsión sobre la responsabilidad de las personas jurídicas del nuevo art. 261 bis, que completa la regulación del nuevo art. 31 bis.

II. LA REFORMA EFECTUADA POR LA LO 5/2010, DE 22 DE JULIO: LA AGRAVACIÓN DE LOS DELITOS DE ALZAMIENTO DE BIENES

1. El procedimiento legislativo de reforma.

Antes de entrar a analizar con detenimiento la concreta reforma que se ha efectuado con la nueva reforma del Código penal, ha de indicarse que el cambio que efectuado por la LO 5/2010, de 22 de junio, se encontraba recogido y planificado ya desde el inicio del procedimiento legislativo de reforma, esto es, desde el proyecto de ley publicado en el Boletín de las Cortes Generales de 27 de noviembre de 2009. Lo transcrito en dicho proyecto ha sido incluido íntegramente, en materia de delitos de alzamiento de bienes, al texto de la LO 5/2010, tras la revisión de los proyectos de ley que antecedieron a la Ley actual, publicados en el Boletín de las Cortes Generales de 28 de abril y 6 de mayo de 2010.

Por tanto, puede decirse que la decisión de incluir a los delitos de alzamiento de bienes en las materias revisables estuvo en la mente del legislador en todo momento. No obstante, como se especificará a continuación, las razones que le han movido a la revisión de esta familia delictiva han quedado para el propio legislador, pues en momento alguno ha explicado los motivos que determinaron tal decisión. Esta ausencia de motivación, como se verá, no puede ser sino objeto de crítica, pues la reforma está orientada a una agravación de los tipos penales. Al menos, es lo que por mi parte sostengo, pues en una década como esta, en la que se pone de manifiesto una clara tendencia al endurecimiento de las penas, el legislador debería preocuparse de exponer las razones de política criminal que le han llevado a este resultado de ampliación de un Derecho penal cada vez más punitivo. No estaría mal, que el legislador se detuviese más en este aspecto, si bien, ello no evitaría que se vertiesen críticas sobre la decisión concreta de reforma.

2. El resultado final de la reforma en materia de alzamiento de bienes: La creación de los tipos agravados.

El punto de partida para el análisis de la reforma ha de buscarse en la propia Exposición de Motivos de la LO 5/2010. Respecto a ésta cuestión ha de decirse que ya en los proyectos arriba enumerados, al igual que en el texto definitivo de la Ley en su considerando XVI, se expone que:

”En el delito de alzamiento de bienes se han agravado las penas en los supuestos en que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídico-pública, así como cuando concurren determinadas circunstancias entre las que destaca la especial gravedad, en función de la entidad del perjuicio y de la situación económica en que deje a la víctima o a su familia”.

Como puede observarse, y como ya se adelantó, la reforma está orientada a introducir figuras agravadas, basándose bien en el tipo o clase de crédito impagado o en determinados supuestos que también aparecen en el delito de estafa como motivos de agravación. Lo que de entrada llama la atención es, como se dijo, que el legislador penal no ofrezca motivo alguno que respalde la decisión de creación de figuras agravadas. Hubiera sido razonable que el legislador hubiera justificado si quiera brevemente esta modificación, sobre todo si se tiene presente que la misma implica una elevación nada desdeñable de la pena de prisión –en el mismo sentido véase QUINTERO OLIVARES-. No obstante, y todavía faltando una explicación es posible encontrar motivos que avalen esta decisión o, al menos, intentarlo.

No obstante, antes de proporcionar esta motivación es preciso transcribir el texto reformado para tener conocimiento de los cambios concretos que se han producido.

La reforma de la LO 5/2010 se plasma de la siguiente manera:

“El apartado 3 del artículo 257 pasa a ser apartado 5, y se añaden dos nuevos apartados 3 y 4 a dicho artículo, que quedan redactados como sigue:

3. *En el caso de que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídico pública, la pena a imponer será de uno a seis años y multa de doce a veinticuatro meses.*

4. *La penas previstas en el presente artículo se impondrán en su mitad superior en los supuestos previstos en los ordinales 1º, 4º y 5º del apartado primero del artículo 250”.*

En el caso del crédito público, la razón de la agravación podría buscarse en el propio bien jurídico protegido, esto es, el Erario Público. Se trata, tal y como se expuesto *supra.*, de un bien jurídico de corte supraindividual que afecta a los intereses generales y colectivos. En línea de principio, podría pensarse que lo que el legislador ha pretendido es equiparar la pena del alzamiento de bienes de deudas públicas a la pena de otros delitos que también protegen un bien jurídico similar, estos son, los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

Con todo, esta idea no puede sostenerse a la vista del resultado final del proceso de reforma. En este sentido, si bien en el proyecto publicado en el Boletín de las Cortes Generales de 27 de noviembre de 2009 preveía para el delito fiscal y contra la Seguridad Social la pena máxima de seis años de prisión, finalmente ésta se rebaja, sin motivo aparente, a los cinco, rompiendo así la sintonía con la pena prevista en el delito de alzamiento de bienes agravado. Con esta modificación, el delito fiscal tendrá un plazo de prescripción de 5 años, frente al alzamiento agravado del 257.3 cuyo plazo de prescripción se amplía a los 10 años (según dictado del art. 131. 1 del CP).

En conclusión, es evidente que el legislador ha querido reforzar la protección que se venía dispensando al crédito público. Lo que ocurre es que, aun partiendo de que este interés jurídico merezca dicho refuerzo, lo que no encaja es el distinto tratamiento penológico que se dispensa al delito de alzamiento de bienes y al delito fiscal y al delito del art. 307 relativo a la defraudación a la Seguridad Social –en este sentido véase ROCA AGAPITO/SÁNCHEZ DAFAUCE-.

A mi juicio, lo que el legislador debería haber optado por una de las siguientes soluciones: o, primero, unificar la pena para los delitos del art. 257.3, 305 y 307; o, segundo, explicar, aunque fuese parcamente, el porqué de la diferencia de pena existente entre esta tríada de delitos. Y es que, al fin y al cabo, todos estos delitos protegen un mismo bien jurídico si bien en fases distintas, esto es, el delito fiscal en la fase de liquidación del tributo, frente al alzamiento de bienes que lo hace en la fase de recaudación del tributo ya liquidado –véase al respecto SOUTO GARCÍA o QUINTERO OLIVARES-.

Sea como sea, lo que queda patente es que el legislador ha querido reforzar el crédito público, imagino que fundamentando esta decisión en razones de peso y no únicamente en criterios de oportunidad o, como dice VÁZQUEZ IRUZUBIETA, para “preservar los privilegios del Estado frente a quienes se atreven a restarle capacidad económica o financiera”. SERRANO MAÍLLO, por su parte, no duda en calificar esta agravación como una manifestación del “abuso de posición del Estado, conculcando el principio de igualdad de todos ante la Ley al imponer una pena más grave cuando la parte perjudicada afecta a los intereses públicos” y, añade, “hay que tener en cuenta que en estos como en otros delitos las personas individuales suelen resultar más afectadas que los entes públicos”. No obstante, una afirmación tan rotunda no puede compartirse, al menos no en dichos términos, pues ha de tenerse en cuenta que en el art. 357.4 se prevé la agravante del perjuicio causado al sujeto pasivo del delito. Esa afectación individual y específica se ha tenido en cuenta por el legislador, lo que no significa que el refuerzo del crédito público no se haya producido.

Además, ha de tenerse presente que existen otros delitos como los relativos a la Hacienda Pública o la Seguridad Social en los que también se protegen intereses colectivos con una pena, sino igual, muy similar.

Tras todo lo expuesto, cabe afirmar que lo que sí se comparte es la idea de que se refuerza en exceso un derecho de crédito público sin aportar razones de verdadera necesidad. Esas razones deberían aparecer expresadas en la Exposición de Motivos, tal y como sí se ha hecho en, por ejemplo, los delitos sobre la ordenación del territorio.

Comentada esta modificación agravatoria de la responsabilidad penal, corresponde seguidamente analizar el contenido del art. 257. 4, en el que nuevamente se prevén ciertas circunstancias agravatorias.

Volviendo al texto arriba transcrito, son tres las causas de agravación:

1) que la conducta típica se efectúe o realice sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.

2) que la conducta revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que se deje a la víctima o a su familia.

3) cuando el valor de la defraudación supere los 50.000 euros.

Comenzando por la primera de las circunstancias enumeradas, no puede sino afirmarse que la dicción del nuevo texto es un tanto confusa. Téngase en cuenta que la agravación de la que se habla está prevista para un tipo penal de distinta estructura, tal es el delito de estafa. Así, no se entiende muy bien a que se está refiriendo el legislador con esta agravación, no el motivo que le ha llevado en este caso a agravar la pena –o al menos no se comprende tan claramente como en el delito de estafa del que proceden estas agravaciones-. En todo caso, supongo, que se refiere a los casos en los que el deudor se alza con alguno de los bienes enumerados.

En segundo y tercer lugar, se tiene en consideración el perjuicio causado, en un caso se hace referencia a un perjuicio abstracto y en el otro a un perjuicio efectivo de 50.000 euros.

Sobre esta previsión, lo más interesante es precisamente lo que no se dice expresamente. Y es que, al referirse al perjuicio causado el legislador parece dar por sentado que el delito de alzamiento de bienes es un delito de lesión, que requiere la causación de un perjuicio para su consumación. Este debate, ha sido tratado en profundidad por la doctrina penal, decantándose el sector mayoritario por considerar a los delitos de alzamiento de bienes como delitos de peligro (así, MUÑOZ CONDE o VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC). Frente a ello, un sector minoritario, en el que me incluyo, sostiene la tesis diametralmente contraria. Por ello, asiste la razón a ROCA AGAPITO/SÁNCHEZ DAFAUCE, cuando advierten que los defensores de la teoría minoritaria utilizaremos esta agravación para fortalecer los argumentos que nos han llevado a entender que se está en presencia de delitos de lesión. La redacción del nuevo apartado 4 del art. 257 del CP sugiere que el perjuicio pertenece a la fase de consumación del delito y no a la de agotamiento como se ha sostenido por un amplio sector de la doctrina hasta la fecha.

III. EL NUEVO ART. 261 BIS.: LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La segunda de las modificaciones realizadas por la LO 5/2010 se corresponde con la creación *ex novo* del art. 261 bis. Pese a que de entrada puede entenderse que este nuevo precepto pertenece al grupo de los delitos concursales, la realidad es totalmente distinta, pues se trata de un artículo de aplicación a todos los delitos que conforman el Capítulo VII del Título XII. Basta una lectura del mismo para comprobar su extensión a todos los delitos de insolvencia punible.

La redacción que se le ha otorgado para la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas en el seno de los delitos de insolvencia punible es la siguiente:

“Cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este Capítulo, se les impondrán las siguientes penas:

a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior.

c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

Como puede observarse, la responsabilidad de las personas jurídicas se fundamenta, en este caso, en la imposición de una pena de multa de duración variable según la pena prevista para el delito cometido por la persona física –como ya han advertido algunos autores en la doctrina (vid. CARBONELL MATEU / MORALES PRATS)-, este tipo de responsabilidad penal de las personas jurídicas va siempre unida a la actuación de una persona física-. Ha de destacarse que la duración máxima, multa de dos a cinco años, sólo se impone cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años, lo que en sólo ocurre, en el caso de los delitos de alzamiento de bienes sólo se produce en caso de que la deuda u obligación que se pretende eludir sea de Derecho público y la acreedora una persona jurídica pública (art. 257.3 y 4). La duración media de la multa, uno a tres años, se impone cuando el delito cometido por la persona física es uno cualquiera de los restantes delitos de alzamiento.

Como algunos autores han resaltado acertadamente –así, FARALDO CABANA-, resulta cuanto menos sorprendente que se imponga una pena de corte patrimonial a una persona jurídica que se encuentra precisamente pasando dificultades económicas, hasta el punto de incurrir en la comisión de delitos de insolvencias punibles para tratar de evitar el pago de las deudas a los acreedores. En relación a esta cuestión ha de indicarse que el art. 33.7, también modificado en la reforma de 2010, contiene un catálogo con penas más adecuadas que la pena pecuniaria (v. gr. disolución de la persona jurídica o suspensión de sus actividades). Lo lógico es pensar que va a resultar difícil, por no decir imposible, cobrar la multa, lo cual no servirá más que para agravar la situación de crisis económica en que se encuentra la empresa. Por todo ello, no puede sino afirmarse que la aplicación de las medidas del art. 33.7 deviene más adecuada para estos supuestos que la imposición de la pena de multa.

BIBLIOGRAFÍA

- CARBONELL MATEU, J.C/ MORALES PRATS, F.: “Responsabilidad de las personas jurídicas”, AA.VV, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 55 a 86.
- FARALDO CABANA, P.:”Art. 261 bis”, AA.VV, *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, págs. 1009 a 1010.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídicos penales”, AA.VV., *La ciencia del Derecho penal en el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Doc. Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, págs. 259 A 279.

- Idem.: “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, OCTAVIO DE TOLEDO, E/ GURDIEL SIERRA, M/ CORTÉS BECHIARELLI, E., (Coords), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 657 a 696.
- Idem.: “Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes”, *Estudios penales y criminológicos XXIV*, Santiago de Compostela 2004, págs. 445 a 516.
- Idem.: “Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”, AA.VV, Derecho Penal. Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 525 y 526.
- MUÑOZ CONDE, F.: *El delito de alzamiento de bienes*, Bosch, Barcelona 1999, págs. 75 y 76.
- QUINTERO OLIVARES, G.: “Las agravaciones de la pena del alzamiento de bienes en el caso de deudas o acreedores de derecho público o de cualificaciones de la estafa”, AA.VV, *La reforma penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, págs. 221 a 225.
- ROCA AGAPITO, L/SÁNCHEZ DAFAUCE, M.: “Las insolvencias punibles y la reforma de 2010”, AA.VV, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 287 a 296.
- SERRANO GÓMEZ, A/SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 456 a 464.
- SOUTO GARCÍA, E.M.: *Los delitos de alzamiento de bienes en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 117 a 125 y 205 a 213.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Comentario al Código Penal*, La Ley, Madrid, 2010, págs. 613 a 616.
- VIVES ANTÓN, T.S/GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 30 y ss.