

EL DELITO DE ASOCIACION PARA DELINQUIR Y RÉGIMEN DE CONCURSO CON LOS DELITOS SOCIETARIOS¹

Prof. Dr. Miguel Langon Cuñarro

1. El delito de asociación para delinquir es en esencia un delito de conspiración, y como tal no puede estar en concurso con el o los delitos objeto de la concertación criminal.

El delito de asociación para delinquir (art. 150 Código Penal) ha sido modificado intensamente desde su inclusión en el Código Penal de 1934.

En efecto, el art. 16 de la ley 14.068 de 12.7.72 eliminó la tradicional “cuadrilla” criminal que exigía la figura² edictando que serán castigados con la pena fijada (de seis meses de prisión a cinco años de penitenciaría), “los que se asociaren” para cometer delitos, mientras que el art. 4 de la ley 16.707 de 12.7.95, además de incorporar un inciso segundo a la disposición al que referiremos infra, dispuso en cuanto a la definición típica, que cometen este delito “los que se asociaren para cometer uno o más delitos” mientras que el art. 71 No. 4 de la ley 17.243 de 29.6.2000 incorporó una agravante especial a la figura³.

Esto demuestra que en su formulación original el tipo exigía pluralidad de actores y de delitos, originariamente cuatro agentes y actualmente por lo menos dos, mientras que, en lo referente al objetivo criminal, antes se requería teleológicamente el objetivo de cometer “delitos”, bastando ahora asociarse para cometer “uno” solo.

El delito siempre exigió el castigo “por el simple hecho de la asociación”, lo que lo autonomizaba de los delitos a cometer en el futuro, y explicaba su ubicación dentro del título III de delitos contra la paz pública., esto es contra el sosiego y tranquilidad de la población, que así devenía en su carácter comunitario, como el sujeto pasivo de la conducta criminal que la afectaba en cuanto comunidad.

La reducción primero del número de agentes y luego de la cantidad de delitos a cometer por la asociación, puso en crisis la consideración de cual sea el bien jurídico protegido en cada caso, y, sobre todo, las características esenciales de la propia asociación, pues no puede verse de la misma manera ahora, la exigencia que trabajosamente había elaborado la doctrina en cuanto a la relativa permanencia y organización que exigiría la figura.

¹ Texto de la Conferencia dictada a requerimiento del Ministerio Público, en la sede de la Asociación de Fiscales, el jueves 5.12.2002. Publicado en *Criminología y Derecho penal*, t. I, libro en coautoría con Germán Aller, Montevideo, Del Foro, 2006, pp. 75-96.

² Originalmente, según el texto de 1934, cometían el delito “los que en número que no bajaren de cuatro se asociasen para cometer delitos”. Con la reforma de la ley 14.068 (art. 16), la norma vino a decir “los que se asociaren para cometer delitos”, y actualmente, la norma vigente Ley 16.707/95 dice “los que se asociaren para cometer uno o más delitos”. Esta disposición ha sido objeto de constante preocupación por parte del legislador, por lo cual no puede ignorarse u obviarse el sentido de las reformas que sucesivamente fue introduciendo, en forma no casual, sino orientada a un fin. Desde el viejo delito contra el orden público, incorporado en el párrafo sexto sobre asociaciones ilícitas, art. 137 del CP de 1889 (que asimilaba el término asociación con la cuadrilla), hasta el delito configurado hoy hay un largo camino, que llegó a plasmar, bajo el rótulo de “asociación para delinquir”, lo que en esencia no es otra cosa que una conspiración criminal. El citado art. 137 del CP antiguo edictaba: “Los que formaren parte de la asociación o cuadrilla, serán penados”, según fueran jefes o promotores o simples participantes hasta con dieciocho meses los primeros y nueve los últimos.

³ La derivada de la condición de ser alguno de los participantes un funcionario policial en actividad y otro funcionario con funciones de policía administrativa.

Y ello por cuanto no se ve cómo ni de qué manera puede exigirse un grado “organizacional” relevante, a una asociación de dos personas para cometer un solo delito, que sería la hipótesis en que tales conflictos se manifiestan de forma más evidente.

Máxime que la asociación, por cuyo solo y simple hecho se castiga la conducta, puede ser espontánea, surgida en el propio momento del crimen, o haber consistido nada más que en el pacto sceleris previo a la ejecución.

Desde el punto de vista del bien jurídico es obvio que al rebajarse el número de actores (bastan dos), no existe más adecuación con el objeto de la tutela que se dice proteger, por cuanto no se ve cómo puede alarmar al público como decía ZERBOGLIO la asociación de solo dos sujetos.

SALVAGNO CAMPOS⁴ adhería a este concepto, sosteniendo que la alarma no surge (no se pone en riesgo el bien jurídico de la paz pública), cuando el número de sujetos no signifique un instrumento eficaz de actividad criminosa, que deriva del reparto de funciones y de la potencia de ejecución derivante, precisamente, del número de coaligados, que él entendía podían reducirse a tres.

Como he tenido oportunidad de adelantar antes de ahora⁵, estas modificaciones han venido a modificar toda la estructura del Código Penal, pasándose ahora a castigar en todos los casos, es decir respecto de cualquier delito, la mera conspiración criminal.

En efecto si la conspiración es punible solo cuando así lo determina expresamente la ley⁶, y si ésta consiste en la concertación de dos o más personas para ejecutar un delito, no se ve como pueda distinguirse la conspiración, una etapa del iter criminis del supuesto delito autónomo de la asociación para delinquir, pues no se ve de que forma pueden diferenciarse el hecho asociativo del conspirativo, siendo términos sinónimos que se definen el uno por el otro.

Toda asociación puede resolverse en una simple conspiración, es decir en una concertación de dos personas para cometer un único acto criminal, porque es inescindible el hecho asociativo del conspirativo.

Esta realidad tiene una consecuencia fundamental en cuanto al tema que nos ocupa ahora, por cuanto el delito de asociación para delinquir solo podrá imputarse, en los casos en que no se hubiere consumado (o tentado) el delito objeto de la asociación, porque lo contrario sería tanto como castigar etapas anteriores a la consumación y la consumación misma, como sería el caso de castigar conjuntamente el homicidio consumado y su tentativa, por cuanto antes de matar el sujeto dio inicio a la ejecución.

La asociación (es evidente en el caso de que el objeto de ella sea la comisión de un solo delito, pero la conclusión no varía cuando la finalidad fuera plural), solo puede imputarse en solitario, es decir, cuando el o los delitos para la cual se constituyó no hubieren sido cometidos, ni en grado de consumación, ni en tentativa.

Por eso SALVAGNO CAMPOS decía⁷ que la naturaleza de la asociación para delinquir es una conspiración o acto preparatorio llevado a delito autónomo, y que se distingue de ella en lo organizativo, pues toda conspiración “nace y muere” con la tentativa o la consumación del delito que le dio origen.

Esto es muy evidente en los casos clásicos en que el legislador estableció expresamente el castigo de la conspiración, en los cuales, el hecho conspirativo solo

⁴ SALVAGNO CAMPOS, Carlos “Curso de Derecho Penal”, Vol. I, Parte Especial, Talleres Gráficos “33”, Montevideo, 1946:216.

⁵ LANGON CUÑARRO, Miguel, “La necesidad de una política criminal de Estado para enfrentar el flagelo de la criminalidad” en: Revista de la Facultad de Derecho No. 15, 1999:27 y “Curso de Derecho Penal y Procesal Penal”: Teoría de la Pena”, Tomo III, 2001:78

⁶ Art. 7 del Código Penal.

⁷ SALVAGNO CAMPOS, C. ob., cit., p. 221.

puede imputarse por una razón de especificidad y falta de absorción, en tanto y en cuanto el delito objeto de ella finalmente no se hubiere cometido.

Así, por ejemplo, a nadie se le ocurriría imputar el delito de rebelión consumado (art. 141 C.P.), en concurso de ningún tipo con el de conspiración para cometer una rebelión (art. 146) que lo precede, del mismo modo que a nadie se le ocurre imputar (aunque fuere punible) ni la proposición, ni los actos preparatorios, ni la tentativa, cuando el delito se consumó, entre otras cosas porque sería castigar dos o más veces por los mismos hechos.

Al admitirse como delito el hecho de asociarse para cometer un solo delito, es muy obvio que no puede sostenerse en el momento actual que la asociación exija permanencia y organización, ya que se castiga ese “simple hecho”, y por tanto la imputación de esta concertación criminal se pune en la medida en que no se haya cometido el delito fin (o los delitos fines) a que tiende la pareja o grupo criminal.

Las circunstancias agravatorias (con aumento de pena tasado de dieciocho meses de prisión a ocho años de penitenciaría) previstas en el inciso segundo del art. 150, referido a ciertos delitos específicos, como el que refiere al art. 5 de la ley 14.095 de 17.11.72, solo operan en la medida en que estas figuras no se hubieren ejecutado (consumadas o tentadas). Del mismo modo ocurre con las agravantes específicas, que elevan la pena de un tercio a la mitad, previstas en el art. 151 del C.P

De otro modo se castigaría dos veces por el mismo hecho, en violación flagrante del principio del non bis in idem, (art. 3 del CPP), ya que se imputaría la conspiración (o asociación) por un lado y luego el resultado de esa conspiración que la incluye.

El delito de asociación para delinquir, por sí mismo, supone excepciones a las reglas del concurso criminal (arts. 59 y ss.), consistiendo los actos de autoría en asociarse o sea en concertarse para delinquir, no pudiendo distinguirse entre autores, coautores y cómplices, no existiendo posibilidad de realizar acepción de personas, como no sea para la imputación de las agravantes vistas, y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 152⁸ que corrobora esta interpretación.

La diferencia esencial entre codelinquencia (concierto ocasional para delinquir), del delito asociativo (concierto o acuerdo permanente y organizado), ha quedado herida de muerte por la nueva formulación del tipo, que en esencia lo que establece es un delito de conspiración criminal, de concertación, permanente o no, organizada o no, para cometer no solo varios, sino también un solo delito, lo que pone de manifiesto que no puede imputarse simultáneamente una etapa preejecutiva como ésta (la conspiración en que la asociación consiste), y el delito fin al que se arribó supuestamente como consecuencia de la actividad desplegada por los asociados.

Lo que distinguía el delito de asociación para delinquir de la mera coparticipación criminal, era el carácter de permanencia de aquella, su constitución no ocasional, que le daba precisamente su carácter empresarial u organizativo.

La asociación para delinquir suponía una empresa organizada para el crimen elemento diferenciador que ha venido a desaparecer al considerarse delito, el acuerdo (elemento común con la coparticipación) para cometer un solo delito, hipótesis en que la figura se asimila en todo a la mera conspiración.

El requisito subjetivo del tipo, constituido por el objetivo criminal consistente en la finalidad de la comisión de uno o más delitos, exige un dolo ab initio, por cuanto los agentes deben haberse asociado **para** delinquir, de forma y modo que no hay delito en los casos en que se constituye una sociedad cualquiera, con un fin lícito, diferente del objetivo concretamente criminal que exige la figura, lo que no hace mudar el carácter de la sociedad, de lícita a ilícita, por el hecho de que uno o varios de sus miembros

⁸ Que regula específicamente excepciones a las normas relativas a la participación criminal.

cometan delitos concretos, en cuyo caso debe punirse por estos hechos y no por asociarse, toda vez que no se compruebe fehacientemente que la sociedad como tal se constituyó para delinquir, o que en determinado momento sus miembros o algunos de ellos, concibieron un plan criminal (y se concertaron para llevarlo a cabo), en cuyo caso es **esa** asociación, coyuntural o no la que se pune, y no la sociedad “madre”, lícita, constituida legalmente y con objetivos diferentes de los que concibieron el emprendimiento criminal.

El delito de asociación para delinquir es un delito de peligro, que castiga la mera intención criminal, puniendo el disvalor del acto antes que el del resultado material, donde el requisito subjetivo del tipo concretado en la finalidad, en el telos, no solo reclama el dolo directo (intención de realizar el tipo objetivo y voluntad de hacerlo), sino que constituye la esencia la imputación y del reproche, ya que se castiga ese “simple” hecho, sin requerir ni siquiera el comienzo de la ejecución del delito fin, ni por supuesto, un daño al bien jurídico que se pretendía ofender, todo lo que significa como conspiración que es, una anticipación notable al límite de la punición que normalmente plantea el comienzo de la ejecución.

Es pues una norma de carácter excepcional, (porque se aleja del principio de la responsabilidad por el hecho, de la exterioridad de la acción, y porque pune la mera puesta en riesgo de un bien indeterminado – cualquiera de los protegidos por cualquier delito encartado en la legislación penal- a través de la creación de un delito de peligro abstracto), y por lo tanto de interpretación restrictiva, conforme a los principios generales de derecho comúnmente admitidos.

El resultado jurídico del delito es la puesta en riesgo, es el peligro corrido por el bien, “del cual depende la existencia del delito” (art. 3 CP), y ya vimos que solo excepcionalmente podría ser la paz pública el bien conculcado, toda vez que el número de actores exigidos por la norma no permite, ahora, concluir tal cosa no obstante su ubicación en el catálogo del Código Penal.

Por tanto, como de otro modo todos los casos de coparticipación criminal podrían encartar hipótesis de asociación para delinquir, en la medida en que ya no rigen los criterios restrictivos de la permanencia y de la organización, que eran valederos hasta la reforma del tipo introducida por la ley de 1995, estimo que no cabe duda alguna de que solo puede imputarse la figura, (que en esencia es una forma de conspiración criminal), en la medida en que no se hayan cometido los delitos a que refiere la concertación (ni consumados ni tentados), no pudiendo darse entonces ninguna forma de concurso de delitos, ya que la conspiración seguida de actos de ejecución queda absorbida por éstos, sea que el delito se haya consumado o que haya quedado simplemente en grado de tentativa.

Como estamos operando en el área de las intenciones que no se han traducido en hechos materiales, (lo que obviamente , además, impide la imputación del delito asociativo en grado de tentativa), va de suyo que la prueba, generalmente de tipo racional o indiciario, (art. 216 CPP), debe ser de abrumadora cantidad y pertinencia, para permitir establecer que en los casos concretos, sí hubo concertación, con la finalidad específica y definida de cometer uno o más delitos, por lo cual las meras sospechas o indicios contradictorios o que permiten conclusiones alternativas no serían suficientes ni para procesar, ni para condenar, porque una cosa es anticipar el momento de la consumación a la mera conspiración, y otro muy distinto es poder probar ese hecho criminal que se plasma en el mero disvalor de la acción..

La posterior consagración del castigo de la conspiración en delitos específicos, como en rapiña y copamiento⁹, no altera lo que hemos venido sosteniendo, ya que en estos casos, además de exigirse otros requisitos (como la existencia de actos preparatorios), lo que el legislador ha querido es determinar específicamente el monto de la pena en relación con la que correspondería por el delito consumado.

Cuando este tipo de previsiones existe, no es de aplicación la norma genérica y autónoma de la asociación para delinquir, por cuanto por una razón de especificidad regirá la norma que pune la conspiración del delito de que se trate (arts. 137, 146, 346 bis.), lo que demuestra, corroborando nuestra posición, de que estos casos son punibles solo en la medida en que no se ingrese en el núcleo del tipo (en grado de tentativa o de consumación).

2. La derogación del art. 76 de la ley 2230. Su inaplicabilidad práctica.

a) La sucesión de leyes en el tiempo. Derogación del Código Penal de 1889

Esta disposición del 2.6.1893 como es sabido establece, en lo esencial, que: “Los directores y administradores de sociedades anónimas que cometan fraude, simulación, infracción de estatutos o de una ley cualquiera de orden público, sufrirán la pena señalada en los artículos 272 y 274 del Código Penal para los quebrados fraudulentos”.

En cuanto al monto de la pena pues, inequívocamente la ley 2230 se remite al Código Penal de 1889 entonces vigente.

El Código Penal que nos rige actualmente, se sancionó por ley 9155 de 4.12.33, que acogió íntegramente el Proyecto original de Irureta Goyena, pero por ley 9414 de 29.6.34 **se prorrogó la vigencia del C.P. del 18.1.1889 hasta el 31.7.34, así como la de “todas las leyes vigentes que lo complementan, modifican o interpretan”** (art. 1), disponiéndose que “en su reemplazo” será puesto en vigencia el CP promulgado el 4.12.33 (art.2), derogándose expresamente por añadidura las disposiciones que se opongan a la presente ley (art.3).

Con posterioridad, la ley 9435 de 18.10.34 sustituyó numerosas disposiciones del C.P. entre ellas los artículos 15 y 80, declarando por el artículo 2, que el CP promulgado por ley 9155 de 4.12.33, “no deroga las leyes represivas especiales en cuanto no estuvieren en oposición con él”.

Esto ha planteado desde siempre el problema de la armonización de dicha norma con el artículo 17 del Código, que dice expresamente que “las disposiciones del presente Código se aplican a los hechos previstos por leyes penales especiales, salvo que en éstas se establezca lo contrario”.

Como hemos dicho antes de ahora¹⁰, ambas disposiciones se complementan y no son contradictorias por cuanto, mientras el art. 17 del CP refiere a las leyes posteriores a su vigencia, el art. 2 de la ley 9.435 lo hace respecto de las normas dictadas con anterioridad, y solamente reiteran lo que es un principio general de derecho.

El C.P. es simplemente una ley, por lo cual los problemas que refieren a su relación con leyes anteriores o posteriores se regulan por las disposiciones generales, que no varían respecto de la sucesión de leyes en el tiempo.

⁹ Art. 346 bis., Código Penal, incorporado por ley 17.243 de 29.6.2000: “(Punibilidad de la conspiración seguida de actos preparatorios). Tratándose de los delitos de rapiña y de copamiento la conspiración seguida de actos preparatorios se castigará con la tercera parte de la pena que correspondería por el delito consumado”.

¹⁰ En el Código Penal a mi cargo, editado por ed. Del Foro 2002:214 en la nota al artículo 17.

Como digo en otra parte¹¹ el art. 17 del CP significa simplemente la aplicabilidad de las normas generales de ese cuerpo de leyes, particularmente las incorporadas en la Parte General, que dicen relación con el sistema penal adoptado por nuestro país, (entre ellas el régimen de las penas), a las leyes posteriores a la fecha de vigencia del Código, salvo naturalmente que en éstas se estableciera un sistema específico modificatorio del C.P.

El legislador de 1934 no condicionó, ni podía hacerlo, al legislador del futuro, de forma y modo que prevalecen las leyes especiales posteriores a él, en cuanto expresa o tácitamente regulen un punto de manera diferente a como lo hizo el legislador de hace 70 años.

El art. 17 solo estableció un principio general y sistemático: si las leyes futuras no modifican las disposiciones del CP, éstas serán aplicables, pero si las leyes posteriores modifican lo dispuesto por el Código, se aplican éstas, en lo pertinente, por ser leyes posteriores y por un principio de especificidad, que no es otra cosa que un principio general de derecho, que indica que la ley especial deroga a la general y que la posterior lo hace respecto de la anterior en el tiempo, lo que demuestra, como no podía ser de otro modo, la total disponibilidad que tiene el legislador para hacer en cada momento histórico lo que estime conveniente sin estar naturalmente, limitado por lo que estableció el legislador de hace setenta años.

Los Códigos en el Uruguay son leyes comunes y no conforman un estatuto privilegiado de leyes ordenadoras, o sistemáticas que exijan, como en otros ordenamientos jurídicos, mayorías especiales o requisitos particulares para su derogación, modificación o cambio, estándose a lo que determine el legislador en cada caso.

La ley 9.435 promulgada dos meses después del CP, al establecer que éste no deroga las leyes especiales en cuanto no estuvieren en oposición con él, no modificó el art. 17 del CP, sino que reguló una situación diferente, como lo es la referente a la legislación penal anterior a la vigencia del CP.

Las normas no se contradicen ni colisionan entre sí, sino que se refieren a dos situaciones diferentes, reguladas autónomamente cada una de ellas, y por lo tanto no hay derogación del art. 17: en suma, las leyes anteriores al CP quedan derogadas en cuanto se opusieren al Código (que es ley posterior), mientras que para las que se dicten con posterioridad, la regla es la aplicabilidad del CP en lo pertinente (por ejemplo régimen del concurso o de la tentativa) en la medida en que el legislador, que actúa soberanamente en ello, no disponga directa o indirectamente una cosa diferente.

Claro que cuando ocurra una derogación o modificación tácita, rigen también los principios generales, que señalan la necesidad de justipreciar muy detalladamente tal situación (interpretación estricta y restricta), pues no se trataría de hallar una interpretación favorable a la derogación entre varias otras posibles, sino que la regla es la de dar sentido a todas, armonizándolas en lo pertinente dentro de un sistema, y admitir la derogación solo cuando sea absolutamente incompatible una interpretación sistematizadora que permita la sobrevivencia y la convivencia armónica de ambas leyes.

La ley 2230, a mi juicio, está en oposición con el Código Penal y por lo tanto ha quedado derogada, no solo por no describir el tipo penal de que se trata (falta el precepto, o su amplitud lo hace inconstitucional por violación del principio de legalidad), sino también por establecer un régimen de penas incompatibles con el establecido en el año de 1933, que a su vez ha sufrido numerosas modificaciones posteriores, fundamentalmente a través de la denominada Ley Penitenciaria D.L.14.470

¹¹ Curso de Derecho Penal y Procesal Penal, Tomo IV, Parte Especial, Delitos contra las Personas, pág. 226 en prensa.

de 11.12.75 y normas complementarias, (entre otras 16.707/95 y 16.928 de 3.4.98), lo que determina que falte la sanción.

No es delito una acción que no esté prevista expresamente por la ley, y no se considera ley penal a la que carezca de norma y/o de sanción (art. 1 del Código Penal) y es el caso que a esta ley 2.230 (art. 76) le faltan ambas.

b) Una ley a la que le falta el precepto no es una ley penal

El art. 1 del C.P. que consagra el principio de legalidad (ya establecido por la Constitución, art. 10)¹², determina que la ley debe establecer qué conducta humanas o acciones en sentido genérico (comprensiva de las omisiones punibles), considera de naturaleza criminal, a consecuencia de lo cual las sanciona con una pena.

Esto es lo que se denomina el supuesto de hecho, la materialidad de la conducta desvalorada por el derecho, que se denomina tipo en doctrina penal, y que consiste precisamente en una descripción sintética, pero inequívoca, de un modo de conducta humana, habitualmente descripta a través de un verbo nuclear cuya conjugación por el agente supone precisamente la ejecución del delito.

El art. 76 de la ley 2.230 de 2.6.893, analizado aisladamente como suele hacerse para fundamentar la represión, no contiene en realidad precepto, porque no describe ninguna conducta humana, (salvo que pueda referirse a la situación de liquidación de la sociedad anónima, en cuyo caso estaríamos en presencia inequívoca de una condición de punibilidad).

En efecto ni el “fraude”, ni la “simulación”, son, en sí mismas, conductas típicas, sino en todo caso, medios para llegar a determinados fines y en lo que refiere a la “violación” de “estatutos” o de “leyes de orden público”, el tipo es de tal amplitud, tan carente de concreción, que bien puede decirse con SOLER que esta disposición pasaría a constituir el “cajón de sastre” del derecho penal uruguayo¹³ creando un “monstruos jurídico innominado”¹⁴

No se trata solo de un tipo penal abierto, sino de un tipo carente de conducta típica.

El fraude¹⁵ es el engaño, significa inexactitud consciente, y en general aparece con tal denominación, como un delito contra la Administración Pública, (como entre nosotros, art. 160 C.P.)¹⁶ o es considerado como un abuso de confianza (que en Uruguay es una agravante genérica art. 47 No. 7)¹⁷.

Los fraudes han sido considerados delitos específicos en varias oportunidades, la más obvia de ellas en el delito de estafa, cuando el agente indujere en error a una

¹² Art.10 Constitución: “Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”

¹³ Esta y otras opiniones que se citan en este trabajo provienen de la obra “*La responsabilidad penal de los directores y administradores de sociedades anónimas en la ley No. 2.230 de 2 de junio de 1893*”, apartado de la Rev. La Justicia Uruguaya, Tomo LXVI, p. 250, No. 7891, Montevideo:1973:128. La cita de Soler luce a p. 54 de esta obra que recoge las consultas brindadas en un célebre caso y las principales piezas jurisprudenciales referidas al mismo.

¹⁴ SOLER, Sebastián, Ob., cit., p. 59.

¹⁵ Según el Diccionario de la Lengua Española.

¹⁶ Art. 160 Código Penal. “(Fraude). El funcionario público que directamente o por interpuesta persona procediendo con engaño en los actos o contratos en que deba intervenir por razón de su cargo dañare a la Administración, en beneficio propio o ajeno será castigado con doce meses de prisión a seis años de penitenciaría, inhabilitación especial de dos a seis años y multa de 50 a 15.000 Unidades Reajustables”.

¹⁷ Art. 47 Código Penal. “Agravan el delito, cuando no constituyen elementos constitutivos o circunstancias agravantes especiales del mismo... 7º. (Abuso de confianza). Cometer el delito con abuso de confianza”

persona mediante el uso de estratagemas o engaños artificiosos, para procurarse a sí mismo o a un tercero un provecho injusto¹⁸, pero también colorea todo el capítulo de los delitos contra la fe pública a través de las distintas modalidades de la falsificación¹⁹.

Su consideración más específica, sin embargo, por lo menos en lo que nos ocupa ahora, se encuentra en los delitos de quiebra fraudulenta y en el de insolvencia fraudulenta civil y societaria²⁰.

La “simulación” por su parte es la acción de simular, esto es, de representar una cosa fingiendo o imitando lo que no es, consistiendo en la alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdaderos de un acto o contrato

Estas supuestas “conductas” solo pueden tener sentido cuando *determinan* una cesación de pagos, una bancarrota, de forma y modo que el estudio de los verbos nucleares (de alguna forma hay que referirse a ellos), nos lleva a lo que veremos luego, respecto de la necesidad de vincular toda la cuestión de la ley, a una situación anómala de la vida de la sociedad anónima, esto es a la cesación de pagos, lo que plantea el tema de la quiebra impropia y el problema de la condición de punibilidad que ésta supone.

No tiene ningún sentido imputar el castigo del “fraude”, o de la “simulación”, o del “incumplimiento” normativo por sí mismos, porque no se ve cómo ni por qué, engañar, o simular, o violar leyes o estatutos deba ser criminal solo cuando estas conductas las realizan los directores o administradores de sociedades anónimas, lo que significaría un grave vulneración del principio constitucional de la igualdad ante la ley²¹.

Una incriminación genérica por violar leyes o estatutos lleva a la máxima confusión entre el ilícito administrativo y el ilícito penal, amplificando desmesuradamente el campo de la represión pues el director que engañare a su mujer cometería delito de fraude estrictamente hablando, o el que realizare cualquier negocio simulado (no necesariamente de naturaleza penal), quedaría también atrapado por el tipo de vocación omnicompreensiva, propia de este “super delito” al que refería con tanta contundencia Sebastián Soler²².

La “orfandad descriptiva” a que se refiere Fernández²³ es tan enorme que la hace absolutamente incomparable con los delitos de riña o de aborto con que ejemplificaba para defender la tesis de la vigencia el Dr. Tommasino. Reñir supone una conducta específica que conlleva pelea, trifulca, gresca, acometimientos recíprocos entre varios contendores, y aborto consiste en interrumpir el proceso de embarazo de una mujer, del mismo modo que el homicidio supone quitar la vida a un ser humano, lo que no tiene punto de relación con las vagas definiciones del fraude la simulación o la violación de leyes o estatutos a que refiere este infeliz artículo de ley.

¹⁸ Art. 347 del C.P.

¹⁹ Título VIII, arts. 227 y ss.

²⁰ Arts. 253 y 255 del C.P. y art. 5 Ley 14.095 de 17.11.72.

²¹ Art. 8 de la Constitución: “Todas las personas son iguales ante la ley no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes”

²² En forma insuperable el Maestro argentino expuso las consecuencias absurdas y violatorias de la Constitución que se derivan de la consideración autonómica fuera de todo contexto, de esta norma aislada del Siglo XIX, a saber: el art. 76 sin describir ningún tipo de acción, castigaría toda forma de simulación fraude o ilegalidad con una pena máxima común de ocho años de penitenciaría; estas formas genéricas de delito serían aplicables cuando los hechos imputados no constituyan una de las numerosas formas de fraude, simulación o ilegalidad definidas por el CP y punidas muchas veces con sanciones menores a las del art. 76 (como en el caso de la estafa o de las falsedades documentarias); el hecho de que una conducta no encuadre dentro de una de las figuras del CP no comporta exención de pena, sino solamente la de esa pena, sin perjuicio de la aplicación de otra aún mayor, la prevista por el art. 76; este tratamiento penal sería aplicable solo a directores y administradores de sociedades anónimas, no rigiendo para el resto de las personas

²³ FERNÁNDEZ, Gonzalo *Derecho Penal de la Sociedad Anónima, (los delitos de la ley No. 2.230)* ed. Amalio Fernández, Montevideo:1983:111

Es que el dilema es de hierro: o estas conductas tienen algún sentido, y ello solo es posible dentro del marco del proceso de liquidación de la sociedad, o no tienen ninguno, y aisladamente, como se las ha pretendido calificar en los escasísimos, sí que notorios casos en que ello ha ocurrido, no pueden considerarse normas penales porque no describen ninguna conducta específica.

El ejemplo más notorio sería precisamente el del homicidio. Un director de sociedad anónima cuando mata a una persona cometería el delito de violación de una ley de orden público (porque una norma penal lo es por sí misma), y un tipo de homicidio, que se debería de resolver por la teoría del concurso aparente de leyes, pero, si no cumple con las leyes laborales y no paga el salario a sus obreros, (conducta antijurídica violatoria del orden público, pero no criminal), incurriría también en el delito referido, igual que el que engaña o simula cualquier cosa.

Es dentro de estos parámetros, que toma fuerza la consideración de que el artículo crea una forma de responsabilidad objetiva, (independiente de cualquier contenido subjetivo por parte del autor), violatoria por consiguiente del principio de culpabilidad, ya que fuera del proceso de liquidación, no se observa la voluntad de defraudación de expectativas y derechos de los accionistas o los acreedores, y solo queda el hecho material de la simulación, el engaño o la desobediencia a la ley desnudas, carentes de voluntad dirigida a un fin.

Yo no sostengo que el desuso sea fuente de derogación de la ley vigente, ni podría hacerlo frente al texto claro del art. 9 del Código Civil²⁴, pero es claro que la jurisprudencia fue muy cauta en la aplicación del mismo, y prácticamente no lo hizo nunca salvo en los notorios casos conocidos), precisamente por las dificultades de toda índole que supone la aplicación de esta norma.

Muchísimas leyes penales están en igual situación, como el caso paradigmático de la ley de vagancia, mendicidad y estados afines²⁵, y en buena medida está en casos parecidos casi toda la legislación especial (leyes penales en leyes de arrendamiento, de presupuesto, todo el derecho penal “de perfumería” o simbólico que se produce casi constantemente) que no tiene efectiva aplicación, por variadísimas razones, y que producen técnicamente una enorme cifra negra de criminalidad (por ejemplo en materia de aborto), sin que por ello se intente hacer una “cruzada” para imponer esas leyes a sangre y fuego, como se dice. Es que los vacíos legales, las lagunas, las insuficiencias de la represión, deben ser cubiertas por el legislador y solo por el legislador.

Los argumentos que yo manejo en cuanto a la derogación o pérdida de vigencia del art. de ley citado, no tiene que ver con todos estos criterios ya formulados anteriormente, sino que pretenden, sin desconocerlos, ni desvalorarlos, fundarse pura y exclusivamente en argumentos legales, de texto y doctrina, para demostrar, más allá de toda duda, que el art. 76 no es una ley penal propiamente dicha, porque no tiene ni precepto, ni sanción.

c) Una ley a la que le falta la pena no es una ley penal.

La doctrina en general se ha pronunciado por la vigencia de la vieja ley de 1893, afirmándose que la remisión al CP de 1889 es quod poenam y que por lo tanto hay una sobrevivencia de la disposición de un Código derogado, no obstante que, dado el draconismo que resulta de ello, desde la época de Manuel Días Romeu²⁶, se postuló

²⁴ Dice la norma: “Las leyes no pueden ser derogadas, sino por otras leyes y no valdrá alegar contra su observancia, el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario”

²⁵ Ley No. 10.071 de 22.10.1941.

²⁶ Sentencia de Segunda Instancia de 28.2.973, ob., cit., p. 127. Por esta vía el Juez no solo considera vigentes los artículos 272 y 274 del CP de 1889, sino también una pléyade de disposiciones muertas

incluir no solo a los artículos a que expresamente remite la norma, sino a todo el sistema de la graduación por grados del Código anterior, con la obvia y declarada finalidad de hacer excarcelable el delito, lo que escapa, por lo menos a mi criterio, a toda razonabilidad.

Es más sencillo, racional y evidente sostener la derogación lisa y llana de la norma, por cuanto ha quedado sin pena, al derogarse el Código Penal en que aquella se sustentaba.

No se ha tenido en cuenta que todo el sistema en que se fundaba la fijación de la pena en el Código de Laudelino Vázquez, ha sido derogado por disposiciones ulteriores (el Código de 1934), y que por tanto es imposible pretender aplicar penas de un cuerpo que ha perdido vigencia.

La pena aplicable era la de los quebrados fraudulentos (arts. 272 y 274 del CP anterior)²⁷, lo que llevó a Camaño Rosa a postular la sustitución de aquellos viejos guarismos (a mi juicio derogados in totum), por las disposiciones pertinentes del CP actual (art. 253)²⁸

Esto tiene obviamente una lógica interna incuestionable pero choca irremediabilmente contra el principio de legalidad (y el art. 1 del C.P.), que exige que todo delito tenga su pena determinada por ley (art. 85)²⁹.

Las penas no se pueden aplicar por analogía y si las establecidas en 1893 han sido derogadas, no pueden revivir para sobre un texto del Siglo XIX imponer una pena recién establecida en 1934.

La idea de Camaño supondría, razonando por el absurdo como aconseja Soler, que durante el lapso que va desde la sanción de la ley 2.230, hasta la vigencia del Código Penal de 1934 este delito careció de pena, (cosa que nosotros prolongamos hasta el día de hoy), y que recién volvió a tenerla desde ese momento, lo que es francamente inaceptable.

Si se mira bien, por otra parte, se advierte que independientemente del proceso de liquidación jamás podría estarse en condiciones de determinar cual es la pena que corresponde al caso, dado que el art. 274 del CP de 1889 establece un porcentaje de pérdida a los acreedores (el 25%), que determina, si no fuere superado, un abatimiento, importante en el castigo.

La única manera de llegar a saberse cuando la pérdida existe y cuando, de existir, supera el 25%, es en el momento en que los síndicos informen sobre la solvencia o insolvencia de la masa.

Incluso si se hiciere uso de la potestad que el inciso tercero otorga al Juez³⁰ no se ve cómo, fuera del concurso, el Juez estaría algún día en condiciones de determinar la pena legal que correspondiere.

desde 1934 como los arts. 36, 57 66 y ss. De aquel cuerpo de leyes.

²⁷ Art. 272 del CP 1889 dentro del Título referido a los delitos contra la economía pública incluyó las disposiciones de la quiebra y la insolvencia en una sección única edictando: “El quebrado fraudulento sufrirá de tres a cinco años de penitenciaría, sin perjuicio de la inhabilitación establecida por las leyes comerciales”. El art. 274 determinaba que “Si la pérdida ocasionada a los acreedores no llegare a un veinticinco por ciento, el quebrado fraudulento sufrirá de dos a cuatro años de penitenciaría”

²⁸ Penas que no son más benignas necesariamente sino diferentes. CAMAÑO ROSA, Antonio “*Tratado de los Delitos*”, ed. Amalio Fernández, Montevideo, 1967:302. Según este autor, siguiendo a Manzini, “cuando una ley penal vigente (2.230) se refiere a otra extinguida (2.037) la referencia se entiende hecha a la ley nueva”. La ley No. 2.037 corresponde al Código Penal de 1889.

²⁹ Art. 85: “(Nulla poena sine lege, Nulla poena sine iudicio). No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia emanada de los jueces en cumplimiento de una ley, ni hacerse sufrir de distinta manera que como ella lo haya establecido”

³⁰ Art. 274 CP 1889, inc. 3: “Si antes de pronunciarse la sentencia no se hubiere liquidado el concurso, el Juez regulará prudencialmente la pérdida, tomando por base los antecedentes del caso”.

Por eso Reta es categórica cuando afirma que el art. 76 fuera del caso de liquidación, supone un precepto sin pena, porque ésta solo es posible en un proceso de aquella naturaleza.

El asunto a mi juicio es mucho más simple. Lo que me parece claro es que simplemente la pena de la quiebra de 1889, ha quedado derogada conjuntamente con todo ese cuerpo normativo. El art. 253 del Código actual sustituyó las disposiciones referidas del Código anterior, y este artículo 253 es inaplicable a las figuras (llamémoslas de alguna manera) edictadas en el art. 76 de la ley 2.230.

Todo el sistema de los grados y de la fijación de penas del CP anterior, ha sido derogado por el Código actual (y por la ley penitenciaria), ya que, conforme al art.2 de la ley 9.435 de 18/10/34, esas disposiciones se oponen a lo dispuesto por el Código Penal.

La ley 2.230 es por lo demás, una “ley complementaria” del CP de 1889, y en tal condición ha perdido vigencia a partir del 1 de agosto de 1934 fecha en que en su reemplazo (incluyendo las leyes que complementaban al Código anterior) se puso en vigencia el CP de 1934³¹. Las leyes penales especiales siempre se han considerado leyes penales complementarias máxime cuando nada menos que en la determinación el monto de la pena remiten a disposiciones del Código con lo que la tesis de su derogación lisa y llana me parece la más adecuada a derecho.

La excepcionalidad que se pretende para sostener la ultra actividad del art. 76 de la ley 2.230 controvierte, además, directamente, los principios clásicos referentes a la interpretación estricta y restricta de las leyes incriminadoras, al de la prohibición de analogía salvo que fuera in bonam partem, al de inocencia, al de un derecho penal de mínima intervención, y al de in dubio pro reo.

3. El delito de quiebra impropia. El proceso de liquidación judicial de las sociedades anónimas como condición objetiva de punibilidad. La inaplicabilidad del art. 76 luego de la vigencia de la Ley 16.060/89

Prácticamente toda la doctrina, sin fisuras, a la que me sumo, considera que el art. 76 que comentamos, no puede aplicarse independientemente del proceso de liquidación judicial de las sociedades anónimas, difiriendo tan solo en si ello es una condición de procedibilidad³², o de punibilidad³³.

La ley 2.230 es una ley de liquidación de las sociedades anónimas surgida de la coyuntura, que instituyó como requisito de punibilidad la previa declaración de cesación de pagos o bancarrota, equivalente a la falencia de la quiebra, por lo que se la denominó quiebra impropia.

El argumento de texto más fuerte contra esta interpretación³⁴, es el artículo de la ley que declara que no son aplicables a las sociedades anónimas las disposiciones del Código de Comercio referentes a “a la calificación de la quiebra”, y el hecho de que la ley no exija explícitamente un requisito de procedibilidad, ni establezca una condición

³¹ La ley 9.414 de 29.6.34 en su art. 1 prorrogó la vigencia del CP de 1889 hasta el 31.7.34, conjuntamente con “todas las leyes que lo complementan”, modifican o interpretan. En su art. 2 dispuso a partir del 1.8.34 “su reemplazo” por el CP promulgado el 4.12.33 con el Número 9.155. El art. 3 por su parte derogó toda disposición que se opusiere a lo anteriormente dispuesto.

³² Es la opinión de Soler.

³³ Bayardo, Carballa, Reta, Soler, Martínez Moreno, Grezzi, Fernández.

³⁴ Art. 14 de la ley 2.230: “No son aplicables a las sociedades anónimas las disposiciones del Código de Comercio referentes a la persona del fallido y a la calificación de la quiebra. Las responsabilidades civiles y criminales de los directores y administradores de sociedades anónimas, quedan fijadas en los artículos 11 y 76 de la presente ley”

objetiva de punibilidad, fueron magníficamente refutados por Martínez Moreno al estudiar los antecedentes de la disposición³⁵, ya que el Proyecto del Poder Ejecutivo refería con toda precisión (art. 24), a “los representantes de sociedades anónimas en liquidación”, que serían condenados a la pena que el art. 272 del C.P. establecía para los quebrados fraudulentos, disposición que, sin explicación alguna, el legislador modificó, convirtiendo los supuestos que para el Poder Ejecutivo eran de naturaleza criminal, en supuestos de responsabilidad civil, (disimulación del activo para determinar o facilitar el concordato, exageración de créditos, intervención de acreedores supuestos, omisión en la lista de acreedores, pacto de ventajas especiales), conductas que solo eventualmente tendrían naturaleza criminal³⁶, destacándose dentro de la exigua discusión parlamentaria las expresiones del diputado Vigil que se refirió a las responsabilidades de las sociedades anónimas “cuando quiebran”, o sea, cuando se liquidan.

Bayardo Bengoa estudiando el texto rechazaba, en contra de la opinión de Soler, que hubiere una condición de procedibilidad, pero reconocía que se estableció una “condición objetiva de punibilidad compleja”, consistente en la constatación de “pérdidas patrimoniales” las que solo podrán determinarse previo estado de liquidación judicial del ente moral.

En una ley de esas características la doctrina entiende como vimos, que la liquidación funciona respecto de las sociedades anónimas, del mismo modo que la declaración judicial de quiebra del comerciante, como condición objetiva de la pena.

A ello conduce también la consideración del bien jurídico prioritariamente protegido por la disposición, que es la propiedad o el patrimonio social, tanto en defensa de los intereses de los accionistas, como de los acreedores.

Ya hemos señalado que no pueden haber delitos de “fraude”, “simulación” o “infracción de leyes de orden público” en el vacío, sin referencia alguna al resultado dañoso de pérdida patrimonial, para determinar lo cual es necesario hacer jugar íntegramente a toda la ley, y no solo al art. 76 como una super norma penal, que alcanza, como una norma residual aplicable cuando no haya ninguna otra más adecuada para incriminar, en exclusividad a los directores y administradores de sociedades anónimas, y a ningún otro habitante del territorio nacional.

En definitiva como dijo Fernández³⁷, “la correcta inteligencia del artículo 24, lejos de indicar un supuesto de acción penal excitable por la Sindicatura que coexistiría con la vía de oficio, marca sin margen de duda, que el legislador expresamente supone en marcha al proceso de liquidación y solo allí, en ese contexto liquidatorio, franquea el acceso al juzgamiento penal de la conducta”

Es decir que ante la bancarrota de una sociedad se prevé el proceso de liquidación y solo cuando hubiera habido fraude, dentro de esa realidad, es que puede iniciarse el juicio penal. Porque las sociedades pueden llegar a la cesación de pagos sin que ello suponga, necesariamente la existencia de acciones criminales en su perjuicio, en concreto, pueden haber liquidaciones (y pérdidas por cuantiosas que sean), que no se deban a conductas delictuosas sino a cualquier otra razón, por ejemplo las que puedan derivar de una coyuntura internacional o regional desfavorable, o incluso acciones imprudentes o de mal manejo financiero que no están tipificadas como delito (art. 19 Código Penal).

³⁵ La opinión de MARTÍNEZ MORENO Carlos, puede verse en la pag. 600 g) del Código Penal anotado por Carballa antes mencionado.

³⁶ El artículo citado refiere, luego de considerar la responsabilidad civil, “además de la criminal que se establecerá”.

³⁷ FERNÁNDEZ, Gonzalo ob. cit., p. 119.

El límite de la responsabilidad penal es la culpa, y ella requiere para su punición norma expresa, porque los delitos culposos en el Uruguay son un número clausus³⁸.

Por otra parte como es sabido, más allá de la imprudencia o culpa, rige el azar, el destino, la desgracia o mala suerte, el acaso que queda absolutamente fuera del campo de la punición. No hay responsabilidad penal por lo imprevisible³⁹

El art. 76 pues funciona dentro de toda la sistemática de la ley, dentro del proceso de liquidación por ella previsto, y he aquí que dicho procedimiento ha quedado totalmente derogada por disposiciones posteriores, lo cual hace inaplicable, por lo menos a mi criterio, a dicha ley en toda su extensión.

La ley 2.230, como es sabido, surgió a fines del Siglo XIX para llenar un vacío⁴⁰, constituido por la falta de reglamentación legal para la liquidación de una nueva forma societaria, la anónima, que se hizo evidente en la liquidación del Banco Inglés del Río de la Plata⁴¹, y se aplicó por primera vez, más de sesenta años después, por la coyuntura o “contingencia” que determinó la crisis del Banco Transatlántico del Uruguay (1965), luego en el caso de Banco Mercantil (1972), y vuelve a plantearse ahora, con la crisis bancaria de 2002, especialmente con referencia al Banco de Montevideo.

En breve síntesis puede decirse con Mezzera⁴² que el primitivo régimen de liquidación de sociedades comerciales previsto por los arts. 481 a 496 del Código de Comercio, fue sustituido primero por la ley 2.230 de 2.6.893, y luego por la ley 14.548 de 29.7.76, sustituyendo este sistema al régimen de la quiebra (art. 13 ley de 1893), ya que las sociedades anónimas no quiebran sino que liquidan, ya sea privadamente (si hay causal de disolución), o judicialmente (lo que se denomina quiebra impropia), a lo que se recurre en caso de haber caído en cesación de pagos, y se lleva a cabo, no por los directores o administradores de la sociedad, sino por los síndicos nombrados por el Tribunal.

Actualmente la ley 16.060 de 4.9.989, denominada Ley de Sociedades Comerciales (art. 510), derogó a partir de su vigencia, el Título III Libro II del Código de Comercio, y “todas las disposiciones legales que directa o indirectamente se opongán a la misma”, lo que tiene un importancia capital en el asunto que estamos tratando ahora.

La ley 2.230 resulta incompatible con la ley 16.060, que ha venido a sustituir todo el sistema de liquidación de la sociedad anónima, que era al fin y al cabo el objetivo y razón de ser de la vieja ley de 1893⁴³.

Si el delito innominado de fraude, simulación o violación de leyes o estatutos establecido por el art. 76 de la ley 2.230, es inaprensible fuera del estado de liquidación, como dice Fernández, y sostenemos nosotros, no parece posible que puedan

³⁸ El art. 19 del C.P. expresa que el hecho culpable solo es punible “en los casos determinados por la ley”.

³⁹ El art. 4 del CP es categórico al respecto indicando que no se responde de lo imprevisible, lo que vino a ser ratificado, y si es posible reforzado, por la incorporación, a través de la Ley de Seguridad Ciudadana de 1995 No. 16.707/95 del inciso final de art. 18 que determina que “en ningún caso podrá castigarse por un resultado antijurídico, distinto o más grave que el querido, que no haya podido ser previsto por el agente”, con lo que se eliminó cualquier posibilidad de introducción de la responsabilidad objetiva dentro de nuestro sistema. Esto produce el efecto de que para imputar resultados éstos deben ser por un lado previsibles y por otro haber sido por lo menos previstos, lo que abre la puerta a la imputación por dolo eventual, salvo que el tipo requiera, como en el caso, el dolo directo.

⁴⁰ Probablemente la ley francesa de 4.3.889 (Reta), o la del 24.7.867 (Fernández).

⁴¹ CARBALLA Juan, “Código Penal”, 2ª., ed. CED, Montevideo:1968:598.

⁴² MEZZERA ALVAREZ, Rodolfo “Curso de Derecho Comercial”, Sociedades Anónimas, Limitadas y Cooperativas, T. II, Vol. II, ed. ACALI, Montevideo, 1976:112

⁴³ El régimen de liquidación de sociedades se regula por los arts. 167 y ss., de la ley de Sociedades Comerciales No. 16.060 de 4.9.89.

incriminarse esas “conductas” fuera del campo específico del ámbito de la ley que las vio nacer, y en consecuencia, al ser sustituido ese sustrato sobre el que se construyó tan imperfecta figura, la misma deviene inaplicable.

En definitiva, no creemos posible que pueda sobrevivir asiladamente el art. 76, no solo por las contundentes razones antes esgrimidas, sino ante el hecho de que todo el marco regulatorio en el que pudo tener algún sentido, (el de la liquidación judicial de la sociedad anónima), ha perdido absolutamente vigencia, y cambiado radicalmente, al punto de que la liquidación de Bancos, (que son los casos en que se ha aplicado la norma), puede hacerse en vía administrativa por el propio Banco Central del Uruguay, lo que impide ingresar al estado de liquidación judicial y a la determinación jurisdiccional de la solvencia o insolvencia de la masa, que constituye la condición objetiva de punibilidad de la figura que comentamos.

4. Los delitos creados por la ley 2.230 pertenecen en su totalidad a la fase anómala de la sociedad: son delitos que presuponen la tramitación de un concordato o la liquidación judicial de la sociedad.

Esta es la posición sostenida por el autor que más intensamente estudió estas cuestiones hasta ahora⁴⁴ que distingue entre delitos concursales (arts, 42 a 44) y delitos en la liquidación (art. 76)

Estos delitos concursales son sin embargo, todavía con más razón si fuera posible que el establecido en el art. 76 y al que nos hemos referido anteriormente, absolutamente inaplicables, porque el legislador en realidad por una parte, no ha definido conductas criminales específicas, sino que ha dicho, de variada manera, que las establecerá en el futuro, y por la otra no les ha fijado pena, reproduciéndose respecto de estas supuestas figuras criminales, todo lo dicho anteriormente con relación a los delitos en la liquidación de las anónimas.

En efecto, en el supuesto delito de frustración de intervención por disposición de fondos o existencias sin noticia del interventor⁴⁵, en realidad lo que hace el legislador es establecer genéricamente, que los administradores tendrán la responsabilidad penal en la cual se hayan comprometido, pero no dice concretamente en que consiste esa conducta prohibida, sino que, si les incumbe alguna responsabilidad penal, deberán responder por ella.

Es como decir algo así como: serán responsables de delito los que incurran en delito, dependiendo para que sean responsables, precisamente de que hayan delinquido, sin especificarse en que consiste la conducta prohibida. Una forma por demás anómala de crear un tipo. Algo similar ocurre con las conductas criminales establecidas en el art. 43⁴⁶, (disimulación de activos suposición de acreedores y exageración de créditos, omisión o postergación de acreedores, pacto de ventajas especiales), en lo referente a la remisión que hace la norma a una responsabilidad criminal que se establecerá en el futuro, si bien en este caso, el indudablemente derogado art. 44, parece definir tales

⁴⁴ FERNÁNDEZ, G., ob., cit., p. 70

⁴⁵ Art.42 : “...los administradores que frustren los efectos de la intervención disponiendo de alguna parte de los fondos o existencias sin noticia del interventor incurrirán en responsabilidad civil ilimitada **además de la criminal que les incumba**”.

⁴⁶ Art. 43: “Los representantes o administradores contraen asimismo responsabilidad civil ilimitada **además de la criminal que se establecerá**: : 1) Si para determinar o facilitar la aceptación del concordato han disimulado, de cualquier manera que sea, una parte de su activo: 2) si han hecho intervenir en las deliberaciones uno o más acreedores supuestos, o cuyos créditos se hayan exagerado; 3) si han omitido o preterido algunos acreedores en la lista de ellos; 4) si hubieren pactado ventajas especiales a favor de uno o más acreedores para obtener o asegurar su adhesión al concordato”

conductas como delitos, al referir precisamente a “los delitos especificados en el artículo anterior”⁴⁷

La derogación de esta norma especial de coparticipación resulta en virtud de lo dispuesto por el art. 2 de la ley 9.435 y en cuanto se trata de una norma anterior al Código Penal vigente, y en oposición con él, lo que le hace perder vigencia.

En efecto, el concurso de delincuentes se regula conforme a lo que disponen el Título IV del Libro II, capítulo II, del Código (art. 59 y ss.) y resulta incompatible con el tenor del art. 44 de la vieja ley de 1893.

Pero tanto las “figuras” del art. 42, como las más precisas del 43, carecen absolutamente de pena, y esto es un obstáculo insuperable para su punición, ya que como hemos dicho antes, no es un delito la figura que no tenga pena (art. 1 C.P.), y éstas a todas luces carecen de sanción.

En efecto en el art. 76 no hay ninguna remisión a estas figuras y no puede sostenerse, nos parece evidente, que las penas del viejo y abrogado Código Penal de 1889 vuelvan también aquí a recobrar una ultra actividad de la que obviamente carecen.

Nosotros negamos el pretendido “valor polifuncional” de la penalidad⁴⁸, del artículo 76, en cuanto a que suministraría la pena básica para los delitos del concurso, y reiteramos en cuanto al fondo, idénticos argumentos a los esgrimidos respecto de la impracticabilidad de la aplicación del Código derogado, de 1889, en este punto.

Si el delito está “huérfano de penalidad”⁴⁹ no es un delito (art. 1 Código Penal).

5. Sustitución total de las previsiones de la ley 2.230, por el delito de insolvencia societaria fraudulenta de la ley de Ilícitos Económicos No. 14.095 de 17.11.72

Me parece un error jurídico, y aún político criminal, pretender seguir aplicando, a macha martillo como se dice, un texto tan anticuado, deficiente, criticado y derogado como el de la ley de sociedades anónimas de 1893, por todo lo expuesto antes, pero por sobre todas las cosas, porque la nueva figura, que pretendió expresamente cubrir el vacío que planteaba lo que dio en llamarse “vaciamiento de empresas”, el actual delito de insolvencia societaria fraudulenta, cubre perfectamente todas las necesidades de la represión, sin necesidad de artificios que desnaturalicen lo que debe ser la correcta y severa interpretación de los textos legales en materia penal.

A ello puede conducir, en primer lugar la consideración contemporánea del bien jurídico, como regla de interpretación de los textos⁵⁰, sobre todo en la versión dominante que considera que no existe un concepto a priori o trascendente del mismo.

En efecto desde las pioneras concepciones de Birnbaum (1834) hasta la reforma de 1974, en Alemania, se partió de la idea de un bien jurídico previo, preexistente a la norma, correspondiente en cierto modo al viejo concepto del delito “natural”, anterior al sistema penal, de modo que la legislación debería defender ese derecho penal básico o nuclear donde poca cabida tenían los derechos universales colectivos o supra individuales como los protegidos por el derecho penal económico (salvo en su parte de defensa de la propiedad) dirigido fundamentalmente a la protección de los derechos directos de las personas individualmente consideradas.

⁴⁷ Art. 44: “Incurrn también en responsabilidad civil y criminal las personas que hayan cooperado a la ejecución *de los delitos especificados en el artículo anterior*”.

⁴⁸ La expresión pertenece a FERNÁNDEZ, G. ob.cit., que pretende a mi juicio ineficazmente, encontrar una pena que no existe en la ley, y que debería llevar, sin hesitaciones, me parece, a la inaplicabilidad de las figuras, porque un delito sin sanción es la nada jurídico penal.

⁴⁹ FERNÁNDEZ, G., ob., cit., p. 87.

⁵⁰ LANGON CUÑARRO, M. ob. cit., T I, No. 3.6

Hoy si bien no puede perderse de vista el principio de lesividad como ancla o guía del legislador, se piensa que, al fin de todo, el bien jurídico es de algún modo inmanente a la ley, que es creado por el derecho positivo, de donde deriva el delito como lesión de un deber donde el bien jurídico adquiere fundamentalmente valor en cuanto su función sistémica de interpretación del derecho positivo que, claro está, en nuestro sistema permite una ventana o apertura a lo trascendente a través de las construcciones del derecho⁵¹ internacional humanitario y del propio derecho constitucional (art. 72 de la Carta).

Lo que da contenido material al bien jurídico es el daño social que produce la conducta criminal, sobreviniendo la crisis del bien jurídico, cuando se produce un proceso de “espiritualización” exagerada o de desnaturalización el mismo, por las posibilidades expansivas que tiene, particularmente en áreas de difícil concreción como el derecho penal económico de que nos ocupamos ahora, pero también en materia de protección del consumidor, del medio ambiente o del tráfico vial en especial por la propensión existente a la creación de tipo de peligro abstracto que desde un bien jurídico idealizado llega a considerar delito de lesión (por ejemplo de “la seguridad del tráfico”), lo que ópticamente es un delito de peligro (de lesión de personas).

Por medio de este delito, como es sabido, y ante situaciones similares y grandes escándalos surgidos en la Argentina, se pretendió llenar una laguna que supuestamente tenía el orden represivo, y aunque se advirtió desde el principio por parte de Reta⁵², que las conductas estaban contempladas de alguna manera en la legislación vigente (como estafas o asociación para delinquir), y que era mejor prevenir e impedir la producción de estos resultados negativos a través de la mejora o reforma del régimen societario y no por medio de normas penales, se introdujo a requerimiento de la Comisión del Senado (porque no estaba previsto el delito en el Proyecto originario del Poder Ejecutivo), y sobre un proyecto originario de la Comisión de Represión de Ilícitos Económicos, en el Anteproyecto Forteza, del Ministerio de Economía y Finanzas de 2.5.72, con el nombre de “vaciamiento de empresas”⁵³.

De inmediato se advirtió (Ortiz) que la figura podía incriminar al que por mala suerte, por irle al en el negocio, o por incompetencia perdiera su patrimonio, por lo que se propuso (Korseniak) la introducción del término “con malicia”, para definir el tipo subjetivo proyectado⁵⁴.

Lo cierto es que finalmente, para evitar una expresión proveniente del “lunfardo” o “grosera” como vaciamiento de empresas, se aceptó la propuesta de Bayardo Bengoa de denominarlo insolvencia societaria fraudulenta, encomendándosele a este Profesor la redacción del texto.

Para Bayardo se trata de una verdadera estafa, de una estafa calificada, que se autonomiza por su especificidad, que requiere claramente intencionalidad criminal, lo que se llamaba antes un “dolo específico” y ahora se considera un requisito subjetivo

⁵¹ Art. 72 de la Constitución: “La enumeración de derechos deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno” Esto constituyó se ha dicho, por Real y Sampay una positivización del derecho natural. El artículo se complementa con la disposición encartada en el art. 332 que dice: “Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas”

⁵² RETA Adela en: *Delitos económicos*. Publicación del BCU 1973:131

⁵³ Era el art. 4 que decía: “(Vaciamiento de empresas). El que oculte, disimule o haga desaparecer, parcial o totalmente, el patrimonio de una empresa, será castigado con pena de doce meses de prisión a diez años de penitenciaría”

⁵⁴ Todo el proceso resulta de la edición citada del BCU, en este caso p. 549 y 609.

del tipo, consignado claramente en la exigencia del fin de “procurarse un provecho injusto”, no aceptándose tan solo su sugerencia de crear la figura como delito de daño, condicionándose a que se hiciera efectivamente desaparecer el patrimonio⁵⁵.

La norma redactada por Bayardo que además le dio el nombre que tiene, fue aprobada por unanimidad.

Grezzi explicó con acierto en qué consiste la maniobra criminal: “los autores investigan el activo y pasivo de la empresa a vaciar, y eligen una con estado financiero deficitario pero propietaria de bienes valiosos. Interviene entonces una persona que actúa con nombre falso, o en representación de un grupo de inversionistas extranjeros u otra calidad vaga, la que concierta la compra del paquete accionario de la empresa, o las acciones suficientes para obtener el dominio de la sociedad. Se sustituye el directorio y el nuevo o está integrado por “hombres de paja”, pagos o de favor, o utiliza un apoderado general con amplias facultades de disposición y administración de los bienes,” vendiéndolos de inmediato a esa sociedad que a su vez los liquida rápidamente por un precio vil⁵⁶.

Explica esta autora que bajo el desenvolvimiento aparentemente lícito de la actividad empresarial, se oculta el vaciamiento con la intención de defraudar a los acreedores o al Estado.

El delito de insolvencia societaria fraudulenta, elaborado por Bayardo, en definitiva vino a plasmar una figura de peligro, un delito de tendencia⁵⁷ estructurado sobre los mismos verbos que la vieja ley de 1893. el fraude y la simulación.

Asistimos así al espectáculo de dos normas que regulan la misma cuestión, dictadas en dos momentos diferentes y sucesivos, en el tiempo, lo que plantea, por lo menos un caso de concurso aparente de leyes penales, que se resuelve por la regla de la especificidad, si es que no se considera, como yo prefiero, que estamos ante una derogación lisa y llana de la norma anterior, por la posterior⁵⁸

“Entre quiebra fraudulenta e insolvencia societaria fraudulenta la relación es de alternatividad”, enseña Grezzi⁵⁹, para quien no solo estamos en presencia de dos normas penales que tienen un elemento común, sino que todos los elementos de una (L. 2.230) están contenidos en la otra al punto de que la ley de sociedades anónimas es la norma general y la ley 14.095 la especial, que debe prevalecer, aunque al aplicar esta teoría se admite una sobrevivencia residual de la para nosotros derogada ley de 1893⁶⁰.

6 El delito de insolvencia civil fraudulenta (art. 255 Código Penal).

Esta disposición⁶¹ plasma el delito de “alzamiento de bienes” en fraude de los acreedores por parte de deudor civil⁶²

⁵⁵ BCU ob., cit., p. 610.

⁵⁶ GREZZI, Ofelia, “*Insolvencia societaria fraudulenta*”, en: *Ilícitos Económicos Ley 14.095 FCU*, Montevideo, 1973:218.

⁵⁷ BAYARDO BENGOA, Fernando “*Delitos económicos en la ley especial*”. Montevideo: 1974:40.

⁵⁸ LANGON CUÑARRO, Miguel, ob. cit. T. I No.8.4

⁵⁹ GREZZI, O., ob.cit. p. 258

⁶⁰ En los casos que no describe, de violación de estatutos o de leyes de orden público, y aún para los de fraude y simulación, ajenos a los descriptos especialmente en la última ley, ob., cit., p. 260.

⁶¹ Art. 255 Código Penal: “(De la insolvencia fraudulenta). El deudor civil que, para substraerse al pago de sus obligaciones ocultara sus bienes, simulara enajenaciones o créditos, se trasladara al extranjero o se ocultare sin dejar persona que lo represente, o bienes a la vista en cantidad suficiente para responder al pago de sus deudas, será castigado con pena de tres meses de prisión a tres años de penitenciaría. La acción penal no podrá ser ejercitada sino a denuncia de parte, y solo en el caso de que la insolvencia del deudor resulte comprobada por actos infructuosos de ejecución en la vía civil”

Así como los comerciantes quiebran (arts. 253 y 254 del C.P.), los deudores civiles pueden insolventarse, generando responsabilidad penal, claro que no por efectuar malos negocios, sino por actuar maliciosamente en perjuicio de los acreedores, única situación en que podrían ser perseguidos luego de los “progresos de la legislación”⁶³ que abolió la prisión por deudas.

Se quiso alcanzar específicamente a los que caigan en insolvencia precisamente “fuera de los casos de bancarrota”⁶⁴, teniéndose presente que el ciudadano que cae en la insolvencia por simples desgracias, “no tiene responsabilidad ante la ley penal”.

Esta interpretación de Vásquez Acevedo ratifica nuestra opinión, y la de toda la doctrina nacional, de que la ley 2.230 está en perfecta consonancia con lo establecido para los deudores comerciantes, que quiebran, mientras que las sociedades anónimas, que no son deudoras civiles, quiebran impropriamente, cuando caen en cesación de pagos o bancarrota, lo que solo puede determinarse a través del previo proceso de liquidación.

La figura que comentamos requiere como es obvio, un requisito subjetivo típico, la intención específica de actuar para sustraerse al pago de sus obligaciones, una objetividad material (que incluye actos de simulación que culminan en un fraude), denuncia de parte, y previa comprobación de la insolvencia en vía de ejecución civil⁶⁵.

Así puede decirse, sintetizando, que en nuestra sistemática, los comerciantes quiebran, las empresas (incluidas las sociedades anónimas), se insolventan fraudulentamente, (por parte de sus directores o administradores), y los deudores civiles también se insolventan fraudulentamente, respondiendo en este último caso, cuando hubieran efectivamente irrogado un daño al acreedor.

Estas figuras vistas en conjunto, cubren ampliamente todas las necesidades de la represión, sin necesidad de acudir al defectuoso, inaplicable y derogado estatuto creado por la ley 2.230, cuya materialidad queda atrapada, si fuere el caso, en el delito del art. 5 de la ley 14.095.

⁶² Disposición similar ya estaba incluida en el Código Penal de 1889 art. 275: “El deudor civil que se alzare con sus bienes, los ocultare, los enajenare maliciosamente, o simulare créditos en fraude de sus acreedores, será penado con prisión de quince a dieciocho meses. Si las deudas no llegasen a quinientos pesos, la pena será de tres meses a seis meses de prisión. La acción penal no podrá ser ejercida sino por querrela de parte, y solo en el caso de que la insolvencia del deudor resulte comprobada por actos infructuosos de ejecución en la vía civil.”

⁶³ VASQUEZ ACEVEDO, Alfredo, “*Concordancias i anotaciones del Código Penal de la República Oriental del Uruguay*”, Ed., Sierra Antuña, Montevideo, 1893:235.

⁶⁴ VASQUEZ ACEVEDO, A., ob., cit., p. 236.

⁶⁵ Ver Nota No. 61.