

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION  
ESCUELA DE DERECHO  
CHILE



# REVISTA DE DERECHO

AÑO XLI — N° 162

JULIO - DICIEMBRE DE 1974

Director: HUBERTO TORRES RAMIREZ  
Subdirector: LUIS HERRERA REYES  
Secretario: MARCELO FERREIRA BIZAMA

Consejo Consultivo:

JORGE ACUÑA ESTAI	MARIO ROJAS RODRIGUEZ
SERGIO GALAZ ULLOA	BERNARDO GESCHE MULLER
ARTURO PARADA KREFT	HECTOR RONCAGLIOLO DOSQUE
ELIZABETH EMILFORK SOTO	

## **¿PENA ESPECIFICA O AGRAVANTE ESPECIFICA?**

**HECTOR OBERG YAÑEZ**  
Departamento de Derecho Procesal

La Ley de Quiebras en sus arts. 199 y 200 fija las penas para los delitos de quiebra ilícita, y al efecto la primera de las disposiciones citadas dispone: "La quiebra culpable será penada con reclusión o relegación menores en su grado mínimo.

"La quiebra fraudulenta será penada con presidio o extrañamiento menores en su grado medio, salvo que cualquiera de los actos delictuosos que el fallido hubiere cometido, tuviese asignada mayor pena, pues entonces se aplicará ésta".

Por su parte el art. 200, que es el que nos interesa directamente analizar, prescribe: "Las penas señaladas en el artículo precedente se elevarán en un grado, cuando los acreedores sufrieren una pérdida de más del cincuenta por ciento de sus créditos.

"Si al dictarse la sentencia no estuviere aún liquidada la quiebra, el Tribunal regulará prudencialmente la pérdida, oyendo al Síndico y al fallido".

Esta última disposición, ¿es una pena específica o una agravante específica?

Según sea la solución que se adopte, diferentes serán también las repercusiones prácticas que podrán observarse. En efecto, esta situación hemos tenido oportunidad de apreciarla en forma concreta, al aplicar los Tribunales el art. 103 del Código Penal, cuyo texto dice: "Si el reo se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del

que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el Tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los arts. 65, 55, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta.

"Esta regla no se aplica a las prescripciones de las faltas y especiales de corto tiempo".

Pues bien, si se considera al art. 200 de la Ley de Quiebras una agravante específica, el juez no podrá prescindir de ella, y frente al art. 103 del citado Código Penal tendrá aplicación preferente y excluyente, dada su condición de especialidad. Por el contrario, de seguirse la tesis opuesta, primero será menester determinar la pena que de acuerdo con el art. 200 de la Ley de Quiebras, pueda corresponder al delito, y a renglón seguido se aplicaría el art. 103 del Código Penal, para fijar en definitiva la sanción que corresponda.

Pues bien, hay quienes estiman que es discutible la afirmación de que la disposición del art. 200 de la Ley de Quiebras constituye una agravante específica. Más bien la consideran como una pena específica, atendida la cuantía del daño causado, del mismo modo como ocurre en el Código Penal, respecto de la penalidad de los delitos contra la propiedad. Así según este criterio, no puede existir conflicto alguno entre lo dispuesto en el art. 200 de la ley citada y el art. 103 del Código Penal, pues establecida la pena contemplada en el art. 200, entra a jugar la disposición de la ley penal mencionada.

Sin embargo, a esta posición se le puede argumentar sobre la base del contenido del art. 63 del Código Penal, dado que dentro de las definiciones que este precepto contiene, la situación prevista en el art. 200 de la Ley de Quiebras no está comprendida en ninguno de los casos descritos en el referido art. 63. En consecuencia, cabe concluir que el art. 200 de la Ley de Quiebras importaría una agravante específicamente prevista respecto de este delito, con lo cual no puede afirmarse que el cometido por el fallido se hallaría ajeno a toda circunstancia agravante, desde que existiría la ya indicada del art. 200.

A la luz de esta nueva motivación se contrargumenta por los sostenedores de la tesis de que el art. 200 importa una penalidad específica, expresando que no cabe considerar la posibilidad de aplicar la situación del art. 200, en alguno de los tres casos previstos en el art. 63 del Código Penal, pues éste se refiere a un determinado efecto de las circunstancias agravantes. Es el caso, por ejemplo, del art. 447 del Código Penal, que al establecer el llamado "hurto calificado", supone el abuso de confianza por parte del responsable, de modo que no procede considerar la agravante del art. 12 Nº 7 del Código Penal.

Se dice, además, que la disposición del art. 200 de la Ley de Quiebras no participa de las reglas consideradas esenciales para las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, y particularmente de las agravantes.

Desde luego, agregan, nuestra legislación penal ha establecido taxativamente las circunstancias agravantes, ya sea en el art. 12 del Código Penal, o en relación con algunos delitos específicos, diciéndolo expresamente. No se ha querido dar a los Tribunales la posibilidad de establecer otras circunstancias agravantes, que las dispuestas por la ley. Y si se examinan las diversas disposiciones que establecen circunstancias agravantes, se verá que siempre lo dicen. Nunca lo dan a entender. Así ocurre con los arts. 120, 296, 366 y 456 bis del Código Penal, o con el art. 113 del Código de Justicia Militar. En cambio, tanto el art. 446 como el 467 del Código Penal, van graduando la penalidad de los delitos de hurto y estafa, respectivamente, según el daño causado por el delincuente.

Por otra parte, se añade, la jurisprudencia de nuestros tribunales ha establecido, en lo tocante a las agravantes, que es necesario que el delincuente haya conocido la existencia del hecho que la constituye y que haya perpetrado el hecho punible aprovechando la circunstancia que la ley tiene como agravante (Edo. Novoa: Curso de Derecho Penal Chileno. Tomo II, pág. 113). Y según esta opinión es bien difícil de conciliar la norma del art. 200 de la Ley de Quiebras, con esta exigencia, tanto por las características particulares de la generación del delito de quiebra culpable o dolosa, como porque la determinación de la pérdida se produce después de cometido el delito y, muchas veces, por circunstancias bien ajenas a la voluntad del fallido.

No obstante lo expuesto, nos parece que el cuestionado art. 200 de la ley de Quiebras, en definitiva, importa una agravante específica, y no una pena específica.

En efecto, además de las razones expuestas precedentemente que abonan esta posición, hay que considerar que el actual art. 200 de la Ley de Quiebras, tiene su origen en el art. 465 del Código Penal que establecía: "En los casos de los dos artículos precedentes (aluden a la insolvencia fraudulenta y culpable), si la pérdida ocasionada a los acreedores no llegare al veinte por ciento de sus respectivos créditos, se impondrán las penas en su grado inferior.

Cuando la pérdida exceda del cincuenta por ciento, las penas se aplicarán en su grado superior.

Si antes de pronunciarse la sentencia no se hubiere liquidado el concurso, el tribunal regulará prudencialmente la pérdida tomando por base los antecedentes del caso".

De la comparación de ambas disposiciones se desprende que el legislador de 1929 suprimió la atenuante que significaba el hecho de que los acreedores hubieren perdido menos del 20% de sus respectivos créditos.

A su vez, en las Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno, los legisladores dejaron constancia en su sesión N° 98, de 28 de junio de 1872, en la parte que nos interesa, el siguiente pensamiento: "Respecto de las quiebras, se convino en tomar como base las disposiciones del Código Penal Español, que guarda analogía con las que contiene nuestro Código de Comercio sobre la misma materia".

La disposición que se contenía en el Código Penal Español, era la misma de nuestro antiguo art. 465 del Código Penal, y sólo variaba los porcentajes de pérdida. No obstante las alteraciones o reformas que ha experimentado el Código Penal Español, se ha mantenido hasta la fecha lo relacionado con el delito de las quiebras en análoga forma que lo conocieron nuestros primitivos legisladores. Y es así como hoy día el Código Penal Español, en su art. 527, dice: "En los casos en que la pérdida ocasionada a los acreedores no llegare al 10% de sus respectivos créditos, se impondrá al quebrado o concursado las penas inmediatamente inferiores a las señaladas en los arts. 520 a 525.

Cuando la pérdida excediere del 50%, se impondrán en su grado máximo las penas señaladas en los mencionados artículos".

Ahora bien, ¿cuál es la idea de la doctrina y de los Tribunales españoles sobre esta materia?

Como cosa previa dejamos constancia que hemos recurrido a estos antecedentes extranjeros, en atención a que en nuestro país el tema no ha sido discutido en su mayoría por los autores, ni conocido por los tribunales.

Federico Puig Peña, en su obra Derecho Penal, refiriéndose al punto en comento, expresa:

"8° PENALIDAD.— El concurso culpable se castiga con la pena de arresto mayor, y el fraudulento, con la de presidio menor; pero estas penas básicas son susceptibles de sufrir **atenuación o agravación**, según los casos que a continuación describimos: "A) Agravación en el concurso.— Las penas del concurso se **agravan** en los supuestos siguientes:

a) ...

b) Cuando la pérdida ocasionada a los acreedores excediere del 50%.

Algún autor, como Asenjo, critica este precepto agravatorio del Código Penal..." (Derecho Penal, 5ª ed., T. IV, parte especial V. 2, pág. 247).

Por su parte, Antonio Quintano Ripollés, también considera que esta disposición es agravante del delito que sanciona, y así

dice: "Y, correlativamente, el art. 527, sendas atenuaciones y AGRAVACIONES en atención a las cuantías; ... y la de la pena en grado máximo excediendo el 50% de los mismos (créditos)". (Compendio de Derecho Penal, T. II, vol. II, parte especial, pág. 345. Madrid).

Reafirmando este concepto, Isaías Sánchez Tejerina, expresa en su obra: "E) ATENUANTE Y AGRAVANTE en atención al perjuicio causado. El criterio que se sigue en este artículo (527) es exactamente igual al de los robos, hurtos y estafas; se atiende a la cuantía del daño producido al perjudicado para AGRAVAR o atenuar la penalidad". (Derecho Penal Español, T. II, parte especial, pág. 418. Madrid, 1950).

Un autor chileno, Robustiano Vera, cercano a la época de la dictación de nuestro Código Penal, tratando sobre la materia que nos preocupa, reconoce que se trata de un agravante o de una atenuante lo prescrito en el antiguo art. 465, y agregaba que dicho artículo "contiene una declaración especial de circunstancias atenuantes y agravantes...". (Código Penal de la República de Chile Comentado. 1883, pág. 685).

Más modernamente Alfredo Etcheberry O., es de parecer que "Con respecto al delito de quiebra fraudulenta o culpable existe en el art. 200 de la Ley de Quiebras una agravante especial...". (Derecho Penal, T. 3º, pág. 405).

En lo que toca a los Tribunales Españoles sobre el particular, también éstos han reconocido que en la disposición del art. 527 existe una agravante o una atenuante, según el caso, y así por sentencia de 26 de diciembre de 1914 el Tribunal Supremo, falló que: "Excediendo la pérdida para los acreedores en una quiebra fraudulenta del 50% de sus respectivos créditos, la pena señalada en este artículo 537, hoy 520, (actual 537), debe imponerse en su grado..., e imponerse en su grado medio cuando no ocurra ninguna CIRCUNSTANCIA MODIFICATIVA" (Doctrina Penal del Tribunal Supremo, T. 3º, por Manuel Rodríguez Navarro, pág. 4558. Madrid, 1947).

Con fecha posterior el mismo Tribunal Supremo, sentenció: "En la quiebra fraudulenta es procedente esta agravante si el déficit excede del 50% de los créditos" (s. 15 octubre 1943. Medina y Marañón: Apéndice de las Leyes Penales de España, pág. 436. Madrid, 1957).

Nuevamente en 1958 se pronunció sobre esta materia el Tribunal Supremo de España, y un Magistrado que forma parte de

él —don Quintano Ripollés—, comentando ese fallo, manifestó: "De lo imperativo de ambos preceptos, el de agravación cualificada y el de atenuación privilegiada (ambos están en el art. 527), cuya obligada estimativa acaba de ser reconocida por la sentencia de 13 de noviembre de 1958, se infiere...". (Rev. Derecho Mercantil N° 70, Vol. XXVI, octubre-diciembre 1958. Madrid, artículo titulado: "Concordancias y discordancias entre quiebras penales y mercantiles", pág. 262).

Este mismo criterio siguen ciertas legislaciones latinoamericanas, como ser: Honduras (arts. 520, 521, Código Penal); Nicaragua (art. 497 Código Penal); El Salvador (art. 481 Código Penal); Cuba (art. 536 Código Penal anterior a la Revolución).

Hay que considerar, además, que para poder hablar de circunstancia agravante, se precisa de una relación entre un hecho principal y un hecho accesorio. Y para poder tener efectivamente una circunstancia de tal índole es necesario que no se trate de un elemento esencial del delito, sino de algo que puede o no existir, sin que el delito en su forma normal, falte. En suma, debe tratarse de un suceso eventual, de un mero accidente del delito. Ahora bien, no nos cabe duda que tal calidad inviste el art. 200 de la Ley de Quiebras.

Es preciso también tener en cuenta que dicha disposición usa la fórmula típica de las circunstancias ("las penas... se elevarán"), fórmula que sólo puede interpretarse con referencia al art. 62 del Código Penal. Y es lógico que así sea, porque el juez debe sopesar el perjuicio patrimonial derivado del conjunto de hechos de la quiebra culpable o fraudulenta en que incurre el fallido.