

# CONOCIMIENTO Y ACTUALIZACIÓN DEL DERECHO

## Fallido Penas y castigos

POR GASTÓN A. MONTAGNA

**SUMARIO:** I. Introducción. — II. Repasando un poco de historia. — III. Hacia dónde nos orientamos, escuchando a Maquiavelo. — IV. Colofón.

"Los hombres se atreven más a ofender al que se hace amar que al que se hace temer, porque el afecto no se retiene por el mero vínculo de la gratitud, que, en atención a la perversidad ingénita de nuestra condición, toda ocasión de interés personal llega a romper, al paso que el miedo a la autoridad política se mantiene siempre con el miedo al castigo inmediato que no abandona nunca a los hombres" (1).

### I. Introducción

Al analizar el instituto de la quiebra poniendo énfasis en el tratamiento de la conducta del fallido, sorprendente resulta el cambio de pensamiento que se ha producido en torno a las penas y castigos que han sido aplicadas a fin de paliarla, sin haber podido encontrar el remedio justo y sano que finiquite tal enfermedad.

Es que a través del paso del tiempo, no obstante las costumbres humanas han variado al ritmo en que el mundo se ha desarrollado, la naturaleza del hombre demuestra ser siempre la misma; las tentaciones y pecados lo han atrapado en sus más vastas manifestaciones, nada ha cambiado en el ser mismo de cada individuo, la evolución mundana no ha podido corregir defectos propios del ser humano, quien muestra los mismos rasgos que desde un primer comienzo.

### II. Repasando un poco de historia

En la primera época de Roma y rigiendo la ley de las XII Tablas (451-450 a.C.), la ejecución por las deudas estaba vinculada directamente a la persona del deudor, tomando como basamento el hecho que las obligaciones se cumplieran in natura; las medidas no se dirigían al patrimonio del deudor, sino a su persona a fin de forzarlo al cumplimiento de las mismas; no se perseguía un resarcimiento sino una sanción sobre la persona del infractor, en donde muchas veces la justicia era privada, la intervención de un magistrado

era poca o nula, y el mero incumplimiento de la deuda y no la insolvencia patrimonial era lo que determinaba la iniciación de los procedimientos de ejecución.

El primer medio de ejecución que encontramos, es la manus iniectio, mediante la cual el acreedor ejercía su derecho contra la persona endeudada forzándolo a comparecer ante un pretor, colocándole sus manos encima de su cuerpo pronunciando que lo hacía por el incumplimiento acaecido, a lo que el deudor no podía resistirse. Cumplidos algunos trámites ante el pretor, (i) se le podía adjudicar como esclavo con facultad de venderlo en el extranjero, (ii) autorizar a darle muerte al otro lado del Tíber, (iii) de ser varios los acreedores, a dividir y repartirse su cuerpo, conocido como *partis secando*.

Aparece también el *nexum*; acto privado como una suerte de contrato, a diferencia de la *manus iniectio*, mediante el cual el deudor o alguna persona por él, se sometía a los derechos del acreedor, quien los fijaba a su libre arbitrio, hasta que la obligación incumplida fuera satisfecha.

En Italia, en el correr de los siglos XIV, XV, XVI, en lo que a las penas respecta, debemos poner énfasis en que los fallidos eran equiparados a ladrones, pudiendo ser arrestados hasta por los propios acreedores. Aparece así la pena del bando, trayendo aparejada la publicación del nombre del fallido y su oficio, incluso la pintura de su imagen en la pared de edificios públicos para poder así ser reconocido hasta por los analfabetos, transformándolo al mismo tiempo en objeto de agresiones en su persona o bienes, sin que la ley lo protegiera. Esta forma de publicidad típica de Florencia, fue luego reemplazada por la inclusión del nombre en un registro *ad hoc*; consecuentemente el fallido era excluido de la sociedad civil no pudiendo invocar derecho alguno.

Asimismo, propio de la investigación para saber con que bienes contaba el fallido se hizo presente la tortura, aplicándose al fallido y a sus allegados relacionados con sus bienes y actividad practicada, a fin de que denunciara la totalidad de sus bienes.

(1) MAQUIAVELO, Nicolás, "El Príncipe", p. 129, Ed. Rueda, Buenos Aires, 1968.

Otro castigo fue la berlina o picota; poste en que se ataba al quebrado fraudulento y se lo colocaba en la intersección de los caminos que confluían en la ciudad.

En otras oportunidades se colocaba al fallido en una jaula de barrotes donde se lo exponía a la burla. También se le prohibía al igual que a su mujer la vestimenta de ropa de seda y el uso de alhajas, ello bajo pena de cárcel. Asimismo, en ciertas ciudades, en caso de concurrir a un espectáculo público, debían ocupar determinado recinto a fin de ser identificados como quebrados.

Por otra parte, el deudor podía evitar la quiebra, cediendo sus bienes, pero sometándose a diversas humillaciones, consistiendo el procedimiento en que el deudor debía ser llevado desde el palacio comunal hacia la plaza pública, generalmente precedido por un trompetero y seguido por un cortejo de ciudadanos con bolsas vacías en símbolo de pobreza. Arribado a la plaza el deudor se aproximaba a una piedra especialmente colocada piedra del vituperio y allí se lo despojaba de sus ropas exhibiéndose al desnudo, demostrando al público que con nada se quedaba, luego desnudo como estaba debía dejarse caer tres veces sobre la piedra, acullatata, al mismo tiempo que gritaba ante el público que todos sus bienes eran cedidos a sus acreedores. Amén de lo hasta aquí expuesto, el deudor luego de efectuar tal demostración en público, debía llevar de por vida un gorro del color que determinaran los estatutos de las ciudades por ejemplo el color verde prevalecía en Francia, en Venecia el rojo si el deudor era judío, y hasta en algunas ciudades se pintaba el dibujo de un zorro.

Francia no ha quedado lejos de estas prácticas; el derecho privado francés consistía en un principio en costumbres según los usos locales, los que eran tan vastos como el régimen feudal amparó, sin existir una legislación uniforme. El vacío concursal producido, fue posteriormente llenado al regular el aspecto penal de la quiebra. Así, la ordenanza del emperador Francisco I, del año 1536, para la ciudad de Lyon, estableció que los quebrados fueran encarcelados hasta que pagaran el total de lo adeudado.

Se aplicó el carcán, consistente en un aro de hierro colocado en los tobillos del fallido para hacer pública y notoria su condición; al igual que en las comunas italianas se utilizó la berlina o picota.

Para el año 1540, también en Lyon, mediante un edicto del emperador Carlos V, se dispuso que el deudor en bancarrota calificada como fraudulenta fuera muerto en la horca, haciéndose extensiva a las ciudades de Orleans y Blois en 1579; numerosos edictos de los años 1580, 1609, 1617, 1739, 1759, disponían que los quebrados fueran castigados con la pena capital.

Por el Reglamento de la Plaza de Cambios dictado en Lyon en el año 1667, se aplicaron en las ciudades de la Liga Hanseática (Hamburgo, Bremen etc.) disposiciones similares a las de las comunas italianas,

arribándose a la ordenanza francesa de 1673, considerada por algunos autores como el primer Código de Comercio del mundo. Entre las soluciones concursales previstas por esta ordenanza en lo que respecta a la conducta del deudor, se llegó a autorizar la pena de muerte para los quebrados fraudulentos.

Adentrándonos ahora en nuestras tierras, Las Ordenanzas de Bilbao (2) fueron el único ordenamiento legal que rigió la materia de quiebras hasta la sanción del Código de Vélez Sarsfield y Acevedo, vigente desde octubre de 1859 para Buenos Aires y aplicable a toda la Nación desde 1862. En la misma se denominan "atrasados" a los que teniendo bastantes bienes para pagar enteramente a sus acreedores dejaban de hacerlo a su debido tiempo debido a un accidente o imposibilidad momentánea, se les concedía esperas en acuerdo con sus acreedores, con intereses o no, debiéndoseles guardar el honor de su crédito, buena opinión y fama. Los "quebrados" eran los que inculpablemente y por infortunio de mar o tierra perdían lo que tenían para afrontar sus deudas, se les permitía solicitar quitas y esperas, sin perjuicio de tener que saldar todas sus cuentas pasivas para recuperarse en sus derechos de comerciante y volver a tener voz activa o pasiva en el Consulado. Finalmente, los "alzados" eran los infames ladrones públicos robadores de la hacienda ajena, con la que se alzan, o sea los incursos en causales de quiebra culpable o fraudulenta. Se entendía que arriesgaban los caudales ajenos con dolo o fraude, compraban mercaderías a plazo y la vendían de contado por menos de su justo valor en perjuicio de todo el comercio. Se establecía su persecución, captura y castigo proporcional a sus delitos, demostrando un gran interés en la faz penal; declarada la quiebra se procedía al arresto del fallido, y se resolvía sobre su libertad con posterioridad a la calificación de su quiebra.

Juan Manuel de Rosas, mediante el decreto del 29 de marzo de 1836, respecto a la Provincia de Buenos Aires, adelantó su opinión sobre los concursos, aboliendo todos "los juicios de concurso de acreedores llamados de espera o moratorias y de remisión o quita, debido a los manejos fraudulentos [...] con perjuicio del derecho de propiedad [...] que sólo sirven para que los malos pagadores se burlen de todo [...] paralizando las relaciones de comercio y difundiendo por todas partes el temor y la desconfianza sobre el exacto cumplimiento de los contratos[...]". Este decreto de Rosas fue derogado por otro del gobernador Valentín Alsina del 24 de marzo de 1858, de cuyos fundamentos se desprende que mereció la opinión favorable del Tribunal de Comercio o Consulado y el parecer contrario del fiscal de Estado y del Tribunal Superior de Justicia. La derogación se basó en la repercusión que sobre el comercio extranjero y nacional podría tener la crisis mercantil europea, y considerando además "que uno de los primeros deberes

(2) El nombre completo es "Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de contratación de la muy noble y muy leal Villa de Bilbao".

de la administración [...] es indudablemente venir en auxilio del comercio, de cuya prosperidad depende en gran parte la prosperidad del Estado".

El Código de Comercio de 1862, fue sancionado por ley 15 (Adla, 1852-1880, 219), del 10 de septiembre de 1862 en uso de la facultad otorgada al congreso de la nación por el inc. 11 del art. 67 de la Constitución Nacional. En el informe realizado por Vélez Sarsfield y Acevedo acompañando a su proyecto disponía: "[...] el comerciante fallido, desde los tiempos más remotos, ha estado sujeto a la más dura legislación respecto a su persona. La civilización y las conveniencias mismas de los acreedores han traído sucesivamente la moderación en el rigor con que era tratado, pero él, siempre y desde el primer día de la quiebra, quedaba sujeto a una presunción de fraude que lo conducía necesariamente a prisiones de duración indefinida. Mas la industria, libre en su acción en casi todos los pueblos del mundo, el desenvolvimiento del comercio, la mayor facilidad en las comunicaciones, el uso inmenso de los papeles de crédito y todo el estado social de los pueblos modernos, anima y arrastra a mil empresas cuyos ensayos no siempre son felices. Las observaciones más comprobadas nos demuestran hoy que en el mayor número de los fallidos no hay fraude punible. Los jurisconsultos modernos del más alto crédito aconsejan hacer cesar la presunción de fraude en las quiebras mientras no hubiere motivos especiales para ella en el olvido de los deberes que las leyes imponen al que ejerce el comercio. Esta doctrina dirige los primeros procedimientos que se establecen en el título correspondiente, variando las leyes y costumbres judiciales hasta aquí observadas sin ventaja alguna para los acreedores y sin que pudiese decirse que habían sido medidas preventivas de alguna eficacia[...]".

El libro IV, del Código de 1862, trataba la insolvencia de los comerciantes. A la declaración de quiebra seguía el arresto del fallido, mientras se calificaba su conducta, aunque sin perjuicio de la libertad provisional bajo fianza.

La reforma legislativa del Código de Comercio de 1862 vino por vía de la ley 2637 (Adla, 1889-1919, 15), promulgada el 9 de octubre de 1889 con una serie de modificaciones propugnadas por la comisión de Códigos de la Cámara de Diputados. En el informe de esta comisión se reconocen como antecedentes los proyectos de Quesada y Villegas de 1873 y de Segovia de 1887. La reforma de 1889, cuya vigencia se dispuso a partir del 1 de mayo 1890 mantuvo la estructura del Código de 1862, aunque cambiando el título del libro IV, por el título "De las Quiebras". Esta solución de la quiebra sólo era procedente en defecto de concordato, y no influyó en la prosecución del juicio criminal que se hubiere seguido al fallido. Se omitió autorizar la excarcelación del fallido, el auto que declaraba la quiebra disponía la orden de arresto del fallido que no hubiera hecho manifestación de su estado de cesación de pagos dentro de los tres días del cese. El arresto procedía también en caso de ocultación o fuga.

La detención se mantenía hasta que el síndico presentara su informe sobre las causas de la quiebra, por lo que el quebrado era puesto en libertad, si no existían indicios de culpa o fraude. Este informe del síndico suprimió el juicio de calificación de conducta.

Esto dio lugar al dictado de la ley 2739 de 1890 (Adla, 1889-1919, 212) sobre excarcelación bajo fianza en las quiebras, la 2889 de 1892 (Adla, 1889-1919, 251) que reformó el artículo 1592 del Código de Comercio en lo que respecta al término de la moratoria.

La ley 4156 de 1902 (Adla, 1889-1919, 564) fue aprobada por ambas cámaras del congreso el 23 de diciembre de 1902 y, fue promulgada por el Poder Ejecutivo el 30 de diciembre de ese mismo año, vigente hasta la sanción de la ley 11.719 de 1933 (Adla, 1920-1940, 325). El senador Carlos Pellegrini, destacó en consideración a la práctica del convenio privado que "[...] desde que el comercio ha encontrado en esta forma un medio de evitar los inconvenientes de la quiebra, lo que corresponde es dar forma legal a estos arreglos, para que en vez de realizar un acto clandestino, sea un acto público y por este medio se corrijan todos los inconvenientes y peligros que esta práctica comercial tiene. El arreglo privado expone a todos los abusos de lo clandestino, a todas las confabulaciones de algunos acreedores en perjuicio de otros, y es esta la razón por la cual ha sido condenado generalmente. haciendo de este arreglo privado un acto público, bajo la vigilancia de los jueces y fiscales, se evitan estos peligros de lo clandestino y se entra de lleno en la práctica comercial" (3).

La ley 11.719 publicada el 30 de septiembre de 1933, sobre la base del anteproyecto de Castillo, restableció el incidente de calificación de conducta, calificando a las mismas eran tres: fraudulenta, culpable y, casual.

La ley 19.550 (Adla, XLIV-B, 1310) omitió toda consideración respecto de sanciones penales a seguir, entendiendo que la proposición de normas de orden penal excedía de sus facultades; en suma, estimaron que es fundamental para el principio de tutela del crédito un cuerpo legal posterior. Así los incidentes de calificación de conducta eran eternos y cuando concluían el plazo de prescripción de la acción penal se había extinguido.

Finalmente, la ley 24.522 (Adla, LV-D, 4381), sancionada el 20 de julio de 1995 eliminó la calificación de conducta del fallido y/o terceros involucrados con éste, tal como estaba previsto en los arts. 235 y sigtes. de la ley 19.550. El fin intentó ser remitir a sede penal todo lo relativo a las conductas asumidas por el fallido antes, durante y después de su decreto de quiebra.

Desafortunadamente, los jueces penales, a los que la ley 24.522 reserva la punición de las conductas ilícitas de los concursados o fallidos, tampoco cuen-

(3) ARMENGO, "Fundamentos y crítica de la ley de quiebras", ps. 91 y 92, Buenos Aires, 1914.

tan con una normativa legal clara y contundente que castigue tales conductas antijurídicas y, aunque contrastaran con las normas, carecen de los medios estructurales necesarios para desentrañar conductas delictivas de excepcional complejidad (4).

Debo resaltar que las legislaciones modernas más avanzadas han elaborado el sistema dual de sanciones comerciales y penales, es que las normas sobre calificación de conducta deben aparecer no a título resarcitorio, sino como castigo o defensa de valores generales de la comunidad y economía (5), lo que lamentablemente no ha podido ser instaurado en la República Argentina.

### III. Hacia dónde nos orientamos, escuchando a Maquiavelo

Tras haber analizado los pasos de la historia en lo que respecta a las penalidades que se han aplicado al fallido, cabe preguntarse hacia donde pretendemos que nuestra legislación falencial se oriente; es allí donde se abren dos caminos (i) el primero nos conduce hacia un término represivo al estilo romano, generador de temor como medio preventivo; o (ii) el segundo nos guía hacia uno benigno y clemente, generador de tolerancias?

Si nos inclinamos hacia el extremo romano, lo más certero es que nos encontremos con una persona que debería tomar las previsiones necesarias para no caer en quiebra, ya que será consciente que caerá sobre él todo el peso de la ley; ¿es entonces el temor el remedio necesario para evitar la insolvencia?, veamos qué opinaría Maquiavelo.

Maquiavelo narra que "[...] entre las acciones más admirables de Aníbal (6), resalta la que, mandando un ejército integrado por hombres de los países más diversos (7), y que iba a pelear en tierra extraña, su conducta fue tal, que en el seno de aquel ejército, tanto en lo favorable como en la adversa fortuna, no hubo la menor disensión entre los soldados ni la más leve iniciativa de sublevación contra su jefe. Ello no pudo provenir más que de su impiedad inhumana, que juntada a las demás dotes suyas, que eran muchas y excelentes, le hizo respetable por el terror para sus hombres de armas, y, sin su crueldad no hubieran bastado las demás partes de su persona para obtener tal efecto [...]" (8).

(4) LORENTE, Javier, "Nueva ley de concursos y quiebras", p. 361, Ed. Gowa, Buenos Aires, 1995.

(5) Conf. CNCom., sala A, sentencia del 7 de julio de 1986, La Ley, 1986-C, 926.

(6) Aníbal Barca (h. -247 a -183). General cartaginés, hijo de Amílcar Barca. Fue educado en un ambiente hostil a los romanos y concibió la idea de aniquilar a Roma.

(7) Su ejército constaba de soldados cartagineses, africanos, ligures, galos, nómadas y mercenarios.

Respondida la primera pregunta, cabe ahora analizar la segunda. Siguiendo la línea de pensamiento de Maquiavelo, cabe responder al interrogante planteado por la segunda pregunta con las siguientes líneas del ilustre pensador que responde por sí misma al dilema: "Pero no tema incurrir en la infamia ajena a ciertos vicios si no le es dable sin ellos conservar su Estado, ya que, si pesa bien todo, hay cosas que parecen virtudes, como la benignidad y la clemencia y, si las observa, crearán su ruina, mientras que otras que parecen vicios, si las practica, acrecerán su seguridad y su bienestar" (9).

Terminante se ha mostrado el pensador citado, es que si una cosa debe quedar clara, amen de compartir o no la posición de Maquiavelo, es que conforme lo sostengan los árabes "la quiebra era el acto más denigrante y vergonzoso, al extremo de que al fallido lo hacían montar al revés, en un burro y lo paseaban por los barrios de la ciudad, exponiéndole al escarnio público. Desde esa fecha el hombre era considerado como un muerto, pues no podía volver a ejercer el comercio, no sólo porque nadie le vendería, sino porque nadie le iba a comprar" (10).

### IV. Colofón

Un barco sin nadie que lo guíe se encontrará rápidamente a la deriva; una persona sin saber que es lo que quiere nunca llegará a nada; una ley que no previene la quiebra ni reprime "ciertas conductas..." del quebrado se encuentra condenada a no ser eficaz.

La validez del derecho es independiente de su eficacia, una ley pierde su eficacia cuando pese a ser válida, es decir aplicable a un lugar determinado, surge una diferencia entre lo normado por la ley y la realidad misma, es allí donde debe aparecer el derecho como orden coactivo.

En cuanto orden coactivo, se diferencia el derecho de otros sistemas sociales. El momento de la coacción —es decir, la circunstancia de que el acto estatuido por el orden como consecuencia de un hecho considerado como socialmente dañino, deba llevarse a cabo inclusive contra la voluntad del hombre a que toca y, en caso de oposición, recurriendo a la fuerza física— es el criterio decisivo (11).

(8) MAQUIAVELO, Nicolás, ob. cit., ps. 130 y 131.

(9) MAQUIAVELO, Nicolás, ob. cit., p. 119.

(10) GUARIEB, José E., "Sabiduría Árabe", p. 351, Ed. Peuser, Buenos Aires, 1949. En igual sentido, cita la misma frase en DOCTRINA JUDICIAL, 1999-3-799. GASTON A. MONTAGNA, "Desnaturalización del Instituto Falencial".

(11) KELSEN, Hans, "Teoría pura del derecho", p. 48, Ed. Porrúa, México, 1993.