



“Crónica de una muerte anunciada”: la reforma de los delitos societarios en Italia\*

**Luigi Foffani**

*Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Módena y Reggio Emilia*

**SUMARIO:** I. Génesis de la reforma: del Proyecto Mirone de 2000 al d.lgs 11 abril 2002, n.º 61. II. La nueva política criminal en materia societaria: “patrimonialización” y “privatización” de la intervención penal. III. La tutela del patrimonio social: el nuevo tipo de “infidelidad patrimonial”. IV. La “corrupción societaria”. V. La tutela de la información societaria: el nuevo rostro de las “falsas comunicaciones sociales” tras la reforma. VI. Notas de Derecho comparado. Conclusiones. VII. Adenda en vísperas de una reforma de la reforma. VIII. Obras generales sobre la reforma de los delitos societarios.

## **I. Génesis de la reforma: del Proyecto Mirone de 2000 al d.lgs. 11 abril 2002, n.º 61**

La primera intervención legislativa adoptada por la mayoría parlamentaria de centro-derecha y por el Gobierno Berlusconi en el curso de la XIV legislatura, inaugurada en el verano de 2001, ha recaído sobre la materia de los delitos societarios, con la ley de delegación (*legge delega*) de 3 de octubre de 2001, n.º 366 y el decreto legislativo de 11 de abril, n.º 61. Una tal urgencia por parte del legislador, ha aparecido inmediatamente cualquier cosa menos casual, vista la significativa cantidad de causas penales pendientes por delitos societarios —en particular por el delito de falsas comunicaciones sociales— que afectaban al Presidente del Gobierno. Para comprender los tiempos y modalidades de la intervención legislativa penal, sin embargo, es necesario dar un paso atrás, a la legislatura anterior, caracterizada por una mayoría parlamentaria de signo contrario. En 1998 el Gobierno Prodi había encargado a una comisión de expertos la elaboración de un proyecto de reforma global del Derecho societario<sup>1</sup>: un proyecto destinado también a incluir también la normativa sobre delitos societarios, que —siguiendo una tradición consolidada en el tiempo en el ordenamiento italiano, que conoce un vastísimo Derecho penal

especial— no se encuentran sólo dentro del código penal, sino que desde siempre (ya desde finales del siglo XIX) representan un apéndice sancionador de la normativa civil del sector.

El esquema de la ley de delegación de reforma del Derecho societario (el llamado Proyecto Mirone) se presentó a las Cámaras en junio de 2000<sup>2</sup>: desde el punto de vista penal, el proyecto delineaba un apreciable esfuerzo de selección y racionalización de los tipos penales, que se redujeron en número y estaban contruidos según criterios más respetuosos con los principios fundamentales del Derecho penal; además el proyecto colmaba históricas lagunas de protección (con la introducción, sobre todo, del nuevo delito de “infidelidad patrimonial” o administración desleal), redefinía en términos más taxativos el delito de falsas comunicaciones sociales y por último, representó el preludio de la superación, también para el sector de la criminalidad societaria, del principio “*societas delinquere non potest*”, en conexión con la paralela introducción de la nueva institución de la responsabilidad (administrativa) de las personas jurídicas, que mientras tanto venía prevista en la ley de 29 de septiembre de 2000, n.º 300 y en el D.lgs. de 8 de junio de 2001, n.º 231.

Las incertidumbres del clima político —con la caída del Gobierno Prodi y la precaria existencia

\* Traducción de María José Pifarré de Moner, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.

1. Cfr. G.M. FLICK, “Gli obiettivi della Commissione per la riforma del diritto societario”, en *Riv. soc.*, 2000, pp. 1 y ss.

2. Cfr. *Riv. Soc.* 2000, pp. 14 y ss.

de los siguientes Gobiernos D'Alema y Amato, caracterizados por una conflictividad constante dentro de los partidos de la coalición de centro-izquierda— impidieron sin embargo que el camino de la reforma llegara a su promulgación antes del final natural de la legislatura, en el verano de 2001. La vieja mayoría, derrotada en las urnas, acabó así sirviendo en bandeja de plata a la nueva mayoría la ocasión (y la coartada) de intervenir en vía legislativa sobre una materia que desde el principio se había presentado como políticamente delicadísima, además de técnicamente compleja. La ocasión —como ya se ha mencionado al principio de esta introducción— no tardó en ser aprovechada: el Gobierno Berlusconi, apenas subido al poder, presentó de nuevo a las Cámaras el proyecto Mironi, tal cual había salido de la anterior legislatura: la operación obtuvo inmediatamente el beneplácito de la oposición, que incluso dio su consentimiento a la adopción de un procedimiento legislativo de urgencia.

Una vez presentado ante el Parlamento, sin embargo, con una serie de enmiendas *ad hoc* —específicamente (y casi exclusivamente) en materia penal— al texto, advertida y deliberadamente, se le dio la vuelta como a un guante: las modificaciones se realizaron sobre todo degradando la clase y la entidad de las sanciones (con importante reflejo en los plazos de prescripción), con el cambio del régimen de la procedibilidad y, por último, con la introducción de límites cuantitativos para la punibilidad así como de causas de no punibilidad inexistentes en la normativa anteriormente vigente. El resultado de estas modificaciones era el de un intento científico, por parte del legislador, de que la nueva normativa fuera inafectiva<sup>3</sup>: los delitos societarios —sobre todo el más temido por sus potenciales destinatarios, es decir la norma que castiga las falsas comunicaciones sociales— prácticamente venían neutralizados; el mensaje implícito lanzado a la opinión pública era el de haber dejado “manos libres” en la gestión de la empresa y la renuncia al control penal en el sector de la criminalidad económica: para estos tipos de autor (y sólo para éstos) la política criminal se presentaba de este modo con el dulce rostro de la “tolerancia máxima”.

En un clima político que se había convertido en incandescente, con una radical contraposición entre mayoría y oposición, el texto enmendado de reforma del Derecho societario se aprobó a los pocos meses del inicio de la legislatura, bajo la forma de la ley de delegación (ley de 3 de octubre de 2001, n.º 361); poco después, en la primavera de

2002, se promulgó el “decreto delegado” con las disposiciones penales (D.Lgs. 11 de abril de 2002, n.º 61), que —con una inversión de los términos tan técnicamente irracional como reveladora del intento político del legislador— precedió en un año la elaboración de la parte de la reforma que afectaba al Derecho civil y mercantil, cuando esta última habría debido ser un presupuesto lógico indispensable de la normativa penal. De este modo, la reforma de los delitos societarios se convirtió en la primera de una larga serie de leyes *ad personam* que han caracterizado la XIV legislatura, dando vida a un fenómeno de abuso sistemático del instrumento legislativo sin igual en la Historia de la Italia republicana.

## II. La nueva política criminal en materia societaria: “patrimonialización” y “privatización” de la intervención penal

La bajada casi sistemática del nivel de las sanciones, la despenalización de un tipo penal como el impedimento del control de la gestión social, la “mutación genética” de las objetividades jurídicas y la intervención sistemática sobre los engranajes de la procedibilidad y de la no punibilidad representan las piezas de un mosaico de redimensión del papel del Derecho penal en materia societaria, en clave de una acentuada *patrimonialización y privatización* de la normativa. Sobre todo este escenario domina el “cambio de paradigma” imprimido a los tipos de falsedad en las cuentas y en las comunicaciones sociales. La protección penal de la *información societaria* y del *capital social*, entendida como salvaguardia de bienes jurídicos de naturaleza institucional, piedras angulares tradicionales de la normativa penal del sector, se debilitan hasta casi desaparecer, para dejar paso a una protección individual de las posiciones patrimoniales de los *socios* y de los *acreedores sociales* actuales, que de manera muy amplia podrá ser objeto de pactos y de intercambios, evidentes u ocultos (que unas veces afectarán a la presentación o la remisión de la “*querrela*”, o a la medida del resarcimiento del daño, estando en juego la extinción del delito o de la acción penal), sin tomar en consideración en modo alguno —excepto en casos totalmente marginales— los intereses generales de los inversores y del mercado.

En lo tocante a los tipos penales que debieran actuar en (al menos sobre el papel) salvaguardía de la efectividad e integridad del capital social (los nuevos arts. 2626, 2627, 2628, 2629 y 2632 CC), otorgando una inusitada relevancia extintiva de la norma penal a cuestiones posteriores al hecho —en unos casos el

3. Cfr. C.E. PALIERO, “Nasce il sistema delle soglie quantitative: pronto l'argine alle incriminazioni”, en *Guida dir.*, 2002, n. 16, p. 37.

resarcimiento del daño a los acreedores (en el caso de las operaciones en perjuicio de los acreedores) y en otros la restitución de los útiles o de las reservas antes de la aprobación de las cuentas anuales (para el tipo penal de repartición ilegal de útiles o reservas y para los casos de operaciones ilícitas sobre las acciones o cuotas sociales o de la sociedad controlante)— de hecho se legitiman las más osadas maniobras de dispersión, contaminación o vaciado del capital durante el entero curso del ejercicio anual, con tal de que al cabo del plazo para la aprobación de las cuentas anuales los útiles y las reservas sean “reconstituidas” (en otras palabras, paradójicamente, se otorga plena libertad de maniobra sobre el capital y las reservas durante 364 días al año...).

Se trata por tanto de una estrategia de política criminal que —bajo el modesto semblante de la *causa extintiva de la punibilidad*— en realidad acaba por *volver del revés las coordinadas de la intervención penal*: se protegen las posiciones actuales de los acreedores sociales existentes en la realidad, pero se atropella la idea de fondo —que se encontraba en la base tanto de los principios existentes en el código civil como en el proyecto Mirone— que consiste en la constante y necesaria presencia de una cuota de patrimonio social correspondiente a la entidad del capital y de las reservas indisponibles puestas a garantizar de *quienquiera que tenga o pueda tener relaciones de negocios con la sociedad*. La *confianza* que cualquiera podía y debía poner en cualquier momento en la integridad del capital y de las reservas no tiene ya tutela efectiva alguna en el nuevo sistema esbozado por la reforma, de manera que es la propia función de garantía del capital social la que viene minada de raíz de manera subrepticia. Por supuesto, el capital social no es un tabú y en teoría podría verse sustituido por otros varios mecanismos de garantía; pero la reforma no lleva a nada de parecido por el lado civil, mientras que de hecho ha proporcionado las bases para el desmantelamiento de las tradicionales protecciones penales y ha supuesto una desregulación disfrazada.

### III. La tutela del patrimonio social: el nuevo tipo de “infidelidad patrimonial”

El sector en el que por el contrario se han advertido menos las repercusiones del cambio de le-

gislatura es sin duda alguna el de la tutela penal del *patrimonio social* contra los *abusos de los administradores*: quizá porque se le suponga más afín —bajo el punto de vista de la naturaleza de los intereses protegidos— a las orientaciones político-criminales del nuevo legislador, o quizá simplemente por un cierto desinterés que deriva de la tradicional escasa vitalidad aplicativa de esta parte de los delitos societarios. Sin embargo, es precisamente éste el sector en el que tiene lugar las innovaciones más importantes y significativas desde el punto de vista de los tipos penales. Las figuras penales de la “*infedeltà patrimoniale*” (art. 2634 CC) y de la “*infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*” (art. 2635 CC), efectivamente representan —sobre todo la primera— novedades absolutas para el ordenamiento italiano, largamente esperadas por la doctrina<sup>4</sup>. Se trata de tipos penales que vienen a colmar lagunas históricas de la tutela penal del sector, tomando el lugar de una serie de figuras delictivas de cuño formalístico como las previstas en los viejos (y casi nunca aplicados por la jurisprudencia) arts. 2631, 2624, 2630.2 n.º 1 CC.

La *infedeltà patrimoniale* viene descrita como el hecho de los administradores, directores generales o liquidadores que, en una situación de conflicto de intereses con la sociedad, “con la finalidad de procurar para sí o para otros un enriquecimiento injusto u otra ventaja, realizan o concurren en la deliberación de actos de disposición de los bienes sociales, ocasionando intencionadamente a la sociedad un daño patrimonial”. Respecto a las indicaciones originariamente trazadas por el proyecto Mirone, sobresale —al lado de la previsión de la perseguibilidad mediante “*querella*”— la inserción del *dolo intencional*, que referido por parte del legislador al resultado de daño para el patrimonio social, parece restringir de manera excesiva el ámbito de aplicación del tipo penal, dejando irrazonablemente exento de pena al sujeto que, aun persiguiendo de propósito un interés extrasocial y convergente con el de la sociedad, se limita a aceptar el riesgo (quizá esperando que éste no se concrete) de la verificación de un daño para el patrimonio social, que después puntualmente se realiza en la realidad<sup>5</sup>.

La ulterior presencia —por lo demás ya prevista en el proyecto Mirone— de un *elemento subjetivo*

4. Ya a partir de G. DELITALA, “I reati concernenti le società di commercio e la legge Rocco del 1930”, en *Riv. dir. comm.*, 1931, I, pp. 176 y ss.; P. NUVOLONE, *L’infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1941; C. PEDRAZZI, “Gli abusi degli amministratori sul patrimonio sociale”, en *Riv. dir. pen.*, 1953, pp. 529 y ss.

5. En sentido contrario a la construcción de un tipo penal de administración desleal en campo societario fundada sobre el dolo intencional, cfr. por todos la significativa toma de posición —dirigida sobre todo al legislador español— de K. TIEDEMANN, Presente y futuro del Derecho penal económico, en *Hacia un Derecho penal económico europeo*. Jornadas en honor del Professor Klaus Tiedemann, Madrid, BOE, 1995, p. 41.

*del injusto* (“enriquecimiento injusto u otra ventaja”) corre el riesgo de traducirse en una “copia” inútil: efectivamente, una vez que se ha establecido que el sujeto agente tiene que representar los términos concretos y actuales de la situación de conflicto y tiene que ser plenamente consciente de la dañosidad potencial (para la sociedad) de la operación social a que tiende el conflicto, la proyección finalista de la conducta en realidad no añade nada a lo que el tipo penal ya pediría sobre la base de un simple dolo genérico. Bien mirado, ese elemento subjetivo del injusto no pretende otra cosa que satisfacer la misma exigencia que ya se puso en la base de la tipificación de la situación de conflicto de intereses como presupuesto de la conducta. Trasladándola desde el plano subjetivo de la finalidad al plano objetivo de los intereses, la desviación funcional otorgada a la asunción del riesgo de empresa, acaba por reflejarse igualmente en la comprobación del dolo; de tal manera que la presencia adicional de una especificación de este último entraña el riesgo, en realidad, de ser sólo fuente de ambigüedades e incertidumbres interpretativas.

Pero el punto que se presenta como el más delicado, en los equilibrios del tipo penal, viene representado sin duda del tratamiento otorgado a la problemática de los *grupos de sociedades*. El legislador de la reforma —conforme al proyecto Mirone— ha escogido el camino (ambicioso, pero insidioso) de una cláusula expresa sobre los grupos (art. 2634.3 CC), que corre el riesgo sin embargo de no ser plenamente en armonía con las líneas de fondo de la normativa civil referente a los grupos. Pero ante todo, es el punto de partida el que no convence, es decir, la referencia al elemento de la “*injusticia del provecho*”: efectivamente, se trata de una referencia equívoca, en cuanto que la compensación de la sociedad que sufre desventaja y un correcto reequilibrio de las relaciones intra-grupales necesariamente debe pasar por la consideración del elemento del *daño* (de la sociedad sacrificada), y no ya del provecho (de la sociedad conexas o del grupo) perseguida por el sujeto agente. Sobre la base de la fórmula elegida, paradójicamente, el que menor riesgo correría desde el punto de vista penal sería el grupo “programáticamente ineficiente”, es decir, el que, aun penali-

zando el interés social particular de cada una de sus componentes, no revele la finalidad de perseguir —ni se revele capaz de producir— provecho alguno<sup>6</sup>.

En cualquier caso, el problema de los grupos se debe afrontar y resolver ante todo en el terreno civil, para conjurar el riesgo de crear fracturas o desfases entre la normativa civil y la penal (aunque esto no significa que el Derecho penal se doblegue ante los criterios de solución elaborados en sede civil): habrá que evitar, en particular, que la individuación de los límites de la ilicitud de la operatividad de los grupos de sociedades acabe por ser impropriamente sotopuesta a la obra interpretativa de la jurisprudencia penal en la aplicación del tipo penal de la “infidelidad”, sin el apoyo de una elección clara y preliminar en el terreno de la normativa civil. Se trata, por tanto, de evitar la creación de los presupuestos para una nueva (y siempre preñada de insidias) obra de suplencia de la jurisprudencia penal, resolviendo de manera anticipada a nivel normativo y en sede civil las cuestiones fundamentales de la regulación de los grupos de sociedades y de los consiguientes conflictos de intereses.

#### IV. La “*corrupción societaria*”

Al lado del tipo penal de la “*infedeltà patrimoniale*” aparece —confinada a un papel sumisamente “*accesorio*”— otra figura delictiva igualmente inédita para el ordenamiento italiano, que el legislador delegado ha denominado “*infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*” (art. 2635 CC). Esta novedad habría sido mucho más significativa si —siguiendo la originaria inspiración del proyecto Mirone— se hubiese introducido un auténtico delito de “*corrupción*”, con el cual se habría exportado al campo societario privado, con las adaptaciones oportunas, un modelo punitivo tradicionalmente propio y exclusivo (al menos en nuestro ordenamiento) del estatuto penal de la Administración pública<sup>7</sup>. De este modo se habría dado actuación (aunque sea parcial) a una serie de iniciativas supranacionales que —siguiendo una tendencia político-criminal que cuenta ya con numerosos precedentes en otros ordenamientos europeos y extraeuropeos<sup>8</sup>— requieren, también

6. Más ampliamente sobre el punto L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa: profili penalistici*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 400 y s.; *Id.*, *Le infedeltà*, in A. ALESSANDRI (cur.), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, IPSOA, 2002, pp. 359 y ss.; por el contrario, a favor de la formulación legislativa, V. MILITELLO, *Infedeltà patrimoniale e corruzione nel futuro del diritto societario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, pp. 917 y s.; *Id.*, *L'infedeltà patrimoniale (art. 2634)*, in A. GIARDA/S. SEMINARA (cur.), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, CEDAM, 2002, pp. y 490 y s.

7. Cfr. la Exposición de motivos del Proyecto Mirone (*Relazione*, en *Rev. soc.*, 2000, p. 80).

8. Cfr. R. ACQUAROLI/L. FOFFANI (cur.), *La corruzione fra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Milano, Giuffrè, 2003.

al legislador italiano, una intervención en materia de *corrupción en el sector privado*. Es cierto que, respecto a la amplísima noción recortada a tal fin por parte del legislador comunitario<sup>9</sup>, la solución del proyecto Mirone era ya fuertemente “minimalista” en lo que se refiere a destinatarios, contenido y en cuanto a la finalidad del precepto penal: pero la ley de delegación y el decreto delegado de todos modos han comprimido ulteriormente el talante innovativo de esta iniciativa, reconduciendo (y aplastando) el nuevo tipo penal al interno de la órbita de la “infidelidad patrimonial”, respecto de la cual —tan como actualmente viene concebida (con la previsión de un resultado de *daño* para la sociedad, en lugar de peligro, como originalmente se había previsto)— efectivamente acaba por perder cualquier margen efectivo de autonomía y razón de ser real.

### V. La tutela de la información societaria: el nuevo rostro de las “falsas comunicaciones sociales” tras la reforma

Por tanto, si ya dentro del control de los abusos cometidos por los administradores sobre el patrimonio social, se evidencian las huellas de un debilitamiento sustancial de las líneas maestras que en su día trazó el proyecto Mirone, es sin embargo en el ámbito de la *información societaria* donde las modificaciones aportadas por el legislador del 2001/2002 han producido el mayor y más clamoroso impacto, que se ha concretado en la nueva versión de los arts. 2621 y 2622 CC. Las nuevas figuras penales describen una conducta típica (activa y omisiva) sobrecargada de requisitos tanto en cuanto a la parte objetiva como a la subjetiva: como se verá, no parece que el legislador se haya visto tan movido por la preocupación de seguir una pauta de política criminal rigurosa y coherente cuanto por el inconfesable intento pragmático de reunir en un único precepto todas las soluciones técnicas disponibles para circunscribir al máximo el ámbito de la punibilidad, incluso a costa de crear desarmonías y contradicciones internas.

La salvaguardia del bien jurídico de la información societaria —en los términos en que ya se había convertido en normal entenderla en los últimos años (es decir, como tutela de la *fiabilidad y veracidad de las fuentes de información económica para los socios y para el público particularmente cualificadas*, como las cuentas anuales y las

demás comunicaciones oficiales emanadas de los sujetos a ello obligados por la ley)— se confina dentro de los angostos límites de una falta de corte “bagatelar”, que prevé como pena el arresto de hasta un año y seis meses. Se trata del supuesto básico trazado por la ley para el caso en que la falsedad no haya ocasionado un daño patrimonial a los socios o a los acreedores. Precisando, no se discute tanto la elección técnica de la falta, que en sí no sería criticable cuando viniera acompañada de una estrategia global de recalificación de tal modelo de ilícito: al contrario, la opción legislativa revela todo su carácter instrumental —dirigido a alcanzar objetivos de mera comprensión del marco de la pena y, sobre todo, de una posible maduración lo más rápida posible de los términos de prescripción— tan pronto como se considere que el tipo penal del nuevo art. 2621 CC no tenga nada de los rasgos característicos de una falta, tratándose por el contrario de un delito marcado incluso por una combinación de dolo intencional y elemento subjetivo del tipo.

El marco delictivo viene por el contrario conservado, en materia de falsas comunicaciones sociales, sólo para los casos en que la conducta —o sea, la información falsa u omitida— haya provocado “*un daño patrimonial a los socios o a los acreedores*”, con reclusión de seis meses a tres años y procedibilidad previa “querella” para todas las sociedades y reclusión de uno a cuatro años y persecuibilidad de oficio cuando se trate de una sociedad que cotice en bolsa (art. 2622.1 y 3 CC). Con la relevancia otorgada al daño patrimonial individual como momento de consumación (resultado naturalístico) del delito, el tipo penal vuelve de nuevo a la matriz originaria de la *estafa* —de la cual se había ido separando ya desde la segunda mitad del siglo XIX tanto en Italia como en otros ordenamientos europeos— pero al mismo tiempo pierde su propia identidad y su razón de ser autónoma. El nexo de causalidad entre la falsa exposición (o información omitida) y una lesión patrimonial individualizable corre el riesgo de convertirse en el escollo contra el que está destinado a varar la comprobación procesal<sup>10</sup>; y en cualquier caso, incluso cuando se pueda probar en el juicio un daño patrimonial específico, hay que dudar de que tal daño pueda manifestar verdaderamente la carga ofensiva real de la falsa comunicación social, entendida en términos de *imposibilidad para los socios y para terceros de orientar de modo consciente e informada*

9. Cfr. *Acción común* de 22 diciembre 1998, en *DOCE*, L 358 del 31/12/1998; *Decisión marco* 2003/568/GAI de 22 julio 2003, en *DOCE*, L 192 del 22/7/2003.

10. Cfr. S. SEMINARA, “I nuovi reati di false comunicazioni sociali, falso in prospetto, falso nell’attività di revisione contabile e ostacolo alle funzioni delle autorità di vigilanza”, en *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 683.

las propias decisiones económicas en base a la comunicación social fraudulentamente viciada.

Coherentemente (al menos en apariencia) con esta visión *patrimonialista e individualista* de la objetividad jurídica, se condiciona la procedibilidad (para las sociedades que no cotizan en bolsa) a la presentación de la querrela por parte de los socios o de los acreedores (entendidos, probablemente, como socios y acreedores actuales); pero la coherencia del diseño legislativo desaparece en el momento en que pide que el sujeto agente (administrador, director general, sindaco o liquidador) tenga “intención de engañar a los socios o al público”, donde la noción de *público*, evidentemente, no se puede circunscribir sólo a los acreedores.

Para finalizar, se ha previsto la introducción de “mínimos cuantitativos” con los que se ha querido dar el máximo de taxatividad a la indicación —formulada por la ley de delegación y expresamente retomada por los arts. 2621 y 2622 CC— dirigida a excluir la punibilidad de las falsedades que no alteren “de modo sensible la representación de la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo al que ésta pertenezca”. El legislador delegante había dejado completamente abierta la referencia a la previsión de estos mínimos, en términos tales que pueden surgir dudas fundadas sobre el respeto de los principios contenidos en los arts. 76 y 25.2 de la Constitución<sup>11</sup>. El legislador delegado, por su parte, no se ha limitado a recoger tal indicación, sino que ha llegado a prever mínimos puramente porcentuales, sin fijar un valor mínimo absoluto en términos monetarios (como los previstos, en particular, en materia penal tributaria por el D.lgs. de 10 de marzo de 2000, n.º 74). El primer mínimo cuantitativo se ha fijado en el 5% respecto al “resultado económico del ejercicio, antes de impuestos”; mínimo al que posteriormente se le ha añadido, en la versión definitiva del decreto —que de este modo ha querido acoger la opinión expresa de la comisión de Justicia del Senado—, el ulterior límite representado por el 1% del patrimonio social neto. Otro parámetro específico se ha introducido para las “valoraciones estimativas”, para las que se ha fijado un nivel de tolerancia del 10% de diferencia respecto de la estimación correcta.

Incluso antes de entrar a valorar la entidad de estos mínimos —entidad que de todas maneras ya a primera vista aparece muy significativa— lo que deja fuertemente perplejo es la misma idea de la aplicación de mínimos cuantitativos a una materia como la tutela de la información societaria. En primer lugar, hay una dimensión *cualitativa* de la información societaria que no se puede obviar (la falsedad en las cuentas anuales no es asimilable en modo alguno al fraude fiscal, en cuyo ámbito la entidad del tributo evadido identifica necesariamente la medida de la agresión al interés tutelado): efectivamente, es evidente que hay datos totalmente obvios respecto a la apreciación del resultado económico global de la empresa social que sin embargo externamente pueden ser significativos para algunos destinatarios de la información societaria; y esto es evidente no sólo partiendo de una concepción institucional del bien jurídico como la que se ha afirmado en los últimos años (transparencia de la información societaria), sino también partiendo de una visión atomizada y patrimonialista de la objetividad jurídica como la que el legislador de la reforma ha querido afirmar.

En segundo lugar, la idea de un mínimo de tolerancia es razonable y coherente cuando estamos en materia de *errores* inculpables o de *inexactitudes* culposas, cometidas por mera (o también por grave) negligencia; como mucho, concediendo el máximo, se podría haber admitido una solución de este tipo para ser aplicada a un tipo de falsas comunicaciones sociales de dolo simple. Pero no es éste el caso; aquí se prevén mínimos de tolerancia aplicados a conductas de falsificación que ya *a priori* se califican de “idóneas para inducir a error a los destinatarios” de la información societaria y caracterizadas por la *intención de engañar* a los socios o al público y por un ulterior *elemento subjetivo* de enriquecimiento ilícito. Ahora, si se considera que estos mínimos porcentuales de relevancia penal, si se aplican a las cuentas consolidadas de grandes grupos de empresas, pueden determinar concretamente —y de hecho determinarán— la no punibilidad de falsedades fraudulentas de proporciones ingentísimas, bien se pueden comprender las dudas y las críticas emergidas de manera numerosa en la doctrina<sup>12</sup>.

11. CFR. G. MARINUCCI, “Depenalizzazione del falso in bilancio con l’avallo della SEC: ma è proprio così?”, en *Dir. pen. proc.*, 2002, pp. 138 y s.

12. Cfr., entre tantos, A. ALESSANDRI, “La legge delega n. 366 del 2001: un congedo dal diritto penale societario”, en *Corr. Giur.*, 2001, pp. 1545 y ss.; ID., “Il ruolo del danno patrimoniale nei nuovi reati societari”, en *Le Società*, 2002, pp. 797 y ss.; ID., “La riforma dei reati societari: alcune considerazioni provvisorie”, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 993 y ss.; A. CRESPI, “Le false comunicazioni sociali: una riforma faceta”, en *Riv. soc.*, 2001, pp. 1349 y s.; M. DONINI, “Abolito criminis e nuovo falso in bilancio. Struttura e offensività delle false comunicazioni sociali (art. 2621 e 2622 c.c.) dopo il d.lgs. 11 aprile 2002”, n. 61, en *Cass. pen.*, 2002, p. 1240 ss.; L. FOFFANI, “Rilievi critici in tema di riforma del diritto penale societario”, en *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1193 ss.; ID., “La nuova disciplina delle false comunica-

En tercer lugar, la previsión de mínimos cualitativos —y, sobre todo, de mínimos de esta naturaleza y de este nivel— acaba por ser *íntima y profundamente contradictoria* con la *ratio* que se encuentra bajo la elevación del daño patrimonial para los socios y acreedores al rango de resultado consumativo del delito del art. 2622 CC (un resultado que, como se ha podido apreciar, actúa además como verdadero “catalizador” exclusivo del incremento de la respuesta penal). El resultado de daño, efectivamente —necesariamente relacionado con el individuo aisladamente considerado (socio o acreedor)— podrá tener, en principio, incluso dimensiones mínimas; por el contrario, un daño ingente para el sujeto afectado considerado de manera aislada podría perfectamente derivar incluso de una variación porcentualmente imperceptible de los valores de las cuentas anuales. ¿Cómo puede por tanto justificarse, desde un punto de vista de patrimonialización e individualización de la tutela penal el hecho de que el gran acreedor de una pequeña sociedad que haya sufrido un leve perjuicio debido a una falsa información de entidad modesta (pero porcentualmente con incidencia superior a la del mínimo punible) se vea atribuido del poder de interponer una “querrela” por el delito previsto en el art. 2622 CC del que obviamente podrá hacer uso como eficaz amenaza para satisfacer su crédito más que para activar realmente el proceso penal mientras que el pequeño acreedor de una gran sociedad, que haya sufrido un grave daño a raíz de una falsedad de enorme entidad (pero porcentualmente diluida en las conspicuas dimensiones del patrimonio social y del resultado económico del ejercicio) no podrá disfrutar siquiera del efímero paraguas protector de la falta del art. 2621 CC? ¿Y cómo se puede justificar, bajo el punto de vista del principio constitucional de la igualdad, la evidente disparidad de tratamiento que se creará en el caso de que la misma conducta (por ejemplo, una misma falsa valoración de un bien inmueble del mismo valor) acabe por ser punible para el administrador de una pequeña sociedad y no punible para el *manager* de un gran grupo?

Es evidente, por tanto, como al guiar las opciones político-criminales del legislador (delegante y delegado) no ha sido tanto la exigencia de valora-

ción de las posiciones patrimoniales individuales de los socios y los acreedores, ni lo ha sido una instancia de afirmación de los ideales garantistas que se hallan bajo el reconocimiento del principio que requiere la lesión de un bien jurídico en materia penal (principio de ofensividad) (como sin embargo se puede observar en la exposición de motivos que acompaña al decreto), cuanto más bien la búsqueda indiscriminada de espacios de impunidad por conductas fraudulentas en la gestión de la empresa social, en la implícita convicción que el Derecho penal —cuando pretende hacer valer una exigencia de transparencia informativa hacia los socios y los terceros— represente un peso sofocante para la libertad de empresa.

## VI. Notas de Derecho comparado. Conclusiones

En las muchas veces declaradas intenciones de los proponentes, las modificaciones aportadas a la normativa de la falsedad en las cuentas y en comunicaciones sociales pretenderían la adecuación de la legislación italiana a los estándares europeos e internacionales. En realidad, las opciones de fondo de la nueva normativa parecen moverse en neta contratendencia respecto a los datos ofrecidos de un análisis comparativo<sup>13</sup>: datos que indican en la falsedad en las cuentas una auténtica constante de la intervención penal en materia societaria y económica, respecto a la cual algunas experiencias nacionales revelan orientaciones político-criminales de particular rigor, sea en cuanto al tratamiento sancionador (es emblemática la pena de hasta siete años de reclusión prevista para el “*false accounting*” en la *Theft Act* inglesa del 1968), sea en cuanto a los elementos del tipo (piénsese, por ejemplo, a algunos casos de incriminación de la falsedad *culposa* en las cuentas como ocurre en el código penal danés y en el recentísimo código finlandés de 2000).

Además, la relevancia penal de la falsedad en las cuentas no resulta ligada en ningún país a la existencia de un *daño patrimonial* concreto (sea como resultado o como condición de culpabilidad) en perjuicio de los socios o de los acreedores: en la gran mayoría de los casos (por ejemplo en Alemania, Francia, Inglaterra, Austria, Dinamarca, Finlandia, etc.) la conducta de falsificación por sí so-

zioni sociali (arts. 2621, 2622)”, en A. GIARDA/S. SEMINARA (cur.), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, CEDAM, 2002, pp. 231 y ss.; G. MARINUCCI, “Dpepenalizzazione”, cit., pp. 137 y ss.; C. PEDRAZZI, “In memoria del ‘falso in bilancio’”, en *Riv. soc.*, 2001, pp. 1369 y ss.; D. PULITANO, “La riforma del diritto penale societario fra dictum del legislatore e ragioni del diritto”, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 934 y ss.; S. SEMINARA, “I nuovi reati”, pp. 676 y ss.; en sentido favorable a la reforma, sin embargo, I. CARACCIOLI, “Falso in bilancio: dietro le polemiche norme più aderenti alla realtà societaria”, en *Guida dir.*, 2001, n. 36, pp. 10 y s.; A. LANZI, “La riforma del reato di falso in bilancio: la nuova frontiera del diritto penale societario”, en *Le Società*, 2002, pp. 269 y ss.

13. L. FOFFANI, *Rilievi critici*, cit., p. 1198.

la es suficiente para que exista el tipo penal, sin tener que esperar a un concreto resultado lesivo. Las únicas excepciones parciales provienen de Suiza (art. 152 CP) y de España (art. 290 CP), pero en realidad no van más allá de la previsión de una mera *idoneidad* de la falsedad para provocar un perjuicio económico a la sociedad, a los socios o a *terceros en general*.

Aparecen aún más disonantes las opciones relativas a los mínimos cualitativos de relevancia penal y a la perseguibilidad mediante “querrela”. Para las primeras se ha buscado un enganche en la experiencia norteamericana, esencialmente en la práctica seguida por la *Security Exchange Commission*<sup>14</sup>; pero, en realidad, la idea de los mínimos de tolerancia nace exclusivamente de la práctica de las sociedades de revisión y ha sido expresamente excluida por la SEC, y en cualquier caso, nunca se considera aplicable en los casos de fraude<sup>15</sup>. Consideraciones análogas valen también para el régimen de perseguibilidad mediante querrela, que se encuentra totalmente aislada en Europa con la única excepción, una vez más, de España: pero en realidad se trata de una excepción parcial, ya que el código español también prevé la perseguibilidad de oficio cuando el delito societario afecte a intereses generales o de una pluralidad de personas (art. 297 CP); y además, la instancia de parte —tratándose de un delito “semi-público”— es necesaria sólo para el inicio del procedimiento penal, pero no para su prosecución, ni la eventual renuncia del afectado puede comportar efecto alguno extintivo de la procedibilidad o de la punibilidad.

Por último —y sobre todo— la limitación del poder de querrela a sólo los *socios y acreedores (actuales)*, sitúa a la nueva normativa penal societaria italiana (especialmente al art. 2622 CC) en puntual *contradicción con el Derecho comunitario*<sup>16</sup>, que reconoce a través del art. 6 de la directiva CEE en materia societaria (68/151/CEE), que se fundamenta en el principio general del art. 44.3.g del Tratado CE, el particular valor —*para socios y para terceros*— de la información contenida en las cuentas anuales de las sociedades, requiriendo entre otras cosas a los legisladores nacionales una adecuada tutela sancionadora para los casos de omisión de cumplimiento de los deberes de publicidad (caso, evidentemente, de mucha menor incidencia lesiva, respecto a la misma esfera de in-

tereses tomados en consideración por el legislador comunitario, de los casos de cuentas que contengan informaciones falsas). Según la interpretación proporcionada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en dos recientes y significativas sentencias dictadas contra la República Federal Alemana<sup>17</sup>, desde ese punto de vista no está en juego ni la elección de la naturaleza (penal o administrativa), ni la medida de la tutela de la información societaria: elección que el legislador comunitario deja totalmente al arbitrio y respecto a la que el legislador nacional puede decidir como le parezca. Lo que interesa al Derecho comunitario es más bien la conformación por parte del ordenamiento nacional del *mecanismo de activación de la tutela sancionadora*, que no se puede dejar legítimamente en manos de algunos, sino sólo de los sujetos que el legislador comunitario indica como destinatarios de la información societaria y de la relativa protección jurídica: no sólo *los socios y los acreedores*, o los órganos de control internos a la sociedad, sino —como subraya significativamente el Tribunal— *los terceros en general*, cuyas exigencias de tutela vienen totalmente olvidadas en la nueva normativa italiana al respecto.

En conclusión, se trata de una reforma que en el panorama del Derecho comparado (europeo y extraeuropeo) representa una singular e inquietante anomalía; y más aún hoy cuando a raíz de los escándalos financieros europeos y norteamericanos (*Enron, Worldcom, Arthur Andersen*, etc.) emerge de los mercados —empezando por el de los EE.UU.— una fuerte y motivada petición de mayor transparencia en las cuentas de las empresas y de fiabilidad y rapidez de los controles (incluidos los penales). Sólo la experiencia futura podrá revelar si la cuestión de la reforma penal societaria italiana pasará a la Historia únicamente como un episodio circunscrito y dictado por lógicas políticas (y judiciales) contingentes, o más bien como el primer paso hacia una progresiva transformación de nuestro país en el “paraíso penal” (en lugar de fiscal) de la criminalidad económica europea. En cualquier caso, aunque así no sea, sigue siendo la señal de una preocupante caída moral: “*The bill would shame even the voters of a banana republic*”<sup>18</sup>.

14. Exposición de motivos del d. lgs. 61/2002 (*Relazione*), en *Guida al diritto*, 2002, n.º 16, p. 30.

15. G. MARINUCCI, “Depenalizzazione”, cit., pp. 138 y s.

16. C. SOTIS, “Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?”, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 174-178.

17. CGCE, 4 diciembre 1997, C-97/96; CGCE, 29 septiembre 1998, C-191/95.

18. *The Economist*, 11 de agosto 2001, p. 22.

## VII. Adenda en vísperas de una reforma de la reforma

En los últimos meses de 2003 y en el principio de 2004 en Italia ha tenido lugar una explosión prácticamente contemporánea de una serie de escándalos financieros —los más importantes son aquellos en los que se han visto implicados dos de los mayores grupos industriales alimentarios del país, *Cirio* y *Parmalat*— caracterizados por proporcionar un riquísimo muestrario de comportamientos criminosos en la gestión de la empresa y de las operaciones de mercado (falsedad en las cuentas y en las comunicaciones sociales, quiebra, manipulaciones bursátiles, obstaculización de las funciones de vigilancia, falsas comunicaciones de los auditores, etc.), con consecuencias ruinosas para una vastísima platea de inversores, afectados como accionistas y, sobre todo, como obligacionistas de las sociedades protagonistas.

La criminalidad económica en Italia nunca ha dejado de llenar las primeras páginas de los periódicos en estos últimos años: desde el *crack* Sindona y del Banco Ambrosiano hasta la “epopea” de los procesos de Tangentopoli, la atención de la opinión pública se ha visto periódicamente atraída por la intervención de la Justicia penal en materia económica; en estos últimos sucesos, sin embargo, sea por las dimensiones y por lo difundido de los daños sufridos por los inversores, sea por la estridente contradicción con la línea de sustancial disminución de los controles penales sobre la gestión de la empresa que se venía imponiendo a nivel legislativo —sin encontrar obstáculos ni en sede parlamentaria ni a nivel de opinión pública— desde el verano de 2001 en adelante, la presión ejercida sobre el legislador ha sido mucho más fuerte que en otras ocasiones.

En primer plano se ha situado el tema de la reforma del complejo de los controles institucionales sobre el ejercicio de la actividad económica, con particular referencia al papel de las autoridades de vigilancia (empezando por la Banca d'Italia y la CONSOB, las dos agencias de control que más se han puesto en discusión estos últimos meses); y, en conexión con este debate, la cuestión penal ha vuelto prepotentemente a la actualidad. Obligados en colocarse a la defensiva, exponentes del Gobierno (y el mismo Presidente del Gobierno) han declarado públicamente que la reforma de los delitos societarios no ha tenido nada que ver con los escándalos que han impresionado al público de los inversores y a la misma “comunidad de los

negocios”, en cuanto que los comportamientos criminosos emergentes de las investigaciones en curso se remontaban esencialmente a períodos anteriores a la reforma legislativa a la que aquí nos hemos referido. Pero la autodefensa del legislador, obviamente, no es suficiente: porque si es cierto —y nadie lo había puesto en duda— que no se puede reconstruir ninguna relación causa-efecto entre la reforma de los delitos societarios y los fenómenos de patología de la gestión que se encuentran en el origen de estos escándalos, también es igualmente cierto e indiscutible que la reforma en cuestión hace que su persecución penal sea mucho más difícil que antes.

Llamado en causa, el legislador ha intervenido con la presentación —a iniciativa del Gobierno— de un proyecto de ley sobre la tutela del ahorro (D.d.l. 16 febrero 2004, n.º 4705), que prevé —además de una reordenación de las funciones de diversas autoridades de vigilancia— una nueva intervención penal en materia económica, pero en términos tales que se revela la verdadera naturaleza de las intenciones del legislador: mientras se dejan inalterados los factores estructurales de ineficacia de la normativa penal societaria introducida por la reforma de 2001/2002, se anuncian aumentos increíbles de pena allí donde el Derecho penal no conseguirá nunca, verosímelmente, ser aplicado (por ejemplo, frente a los abusos de información privilegiada o a las manipulaciones del mercado) y, sobre todo, se delinea un nuevo tipo penal —el delito de “daños al ahorro”— que castigará con la reclusión de tres a doce años (y en algunos casos de cuatro a dieciséis años) a quienes cometan uno o más ilícitos administrativos —de entre los previstos por la normativa penal bancaria y de la intermediación financiera— causando un daño al ahorro que afecte a uno por mil de la población del país o afecte a una cantidad de títulos de valor correspondiente al uno por mil del producto interno bruto (art. 44 del proyecto). Tras el feroz semblante del nuevo tipo penal, se esconde un tigre de papel: un monstruo jurídico de clara inconstitucionalidad y, en cualquier caso, prácticamente inaplicable por la propia colosal dimensión del resultado típico y por la práctica imposibilidad de reconstruir un nexo de causalidad con una conducta típica definida en términos absolutamente indeterminados<sup>19</sup>.

Durante la discusión en la comisión parlamentaria, por otra parte —gracias también al impulso ejercitado por otras iniciativas legislativas presentadas por parte de las fuerzas políticas de la opo-

19. Para una severa crítica al tipo penal en proyecto y al conjunto del proyecto de ley gubernativo, cfr. S. SEMINARA, “Considerazioni penalistiche sul disegno di legge in tema di tutela del risparmio”, en *Dir. pen. proc.*, 2004, pp. 503 y ss.

sición (en especial por la P.d.l. 27 *gennaio* 2004, n. 4639, a iniciativa de los diputados de grupo DS)— parece que se haya llegado a la formulación de un texto unificado que representaría, desde el punto de vista penal, un cambio radical: se abandonaría la idea del delito de “daño al ahorro” y llevaría a cabo una seria obra de re-penalización de los ilícitos societarios, reparando los más graves daños provocados por la reforma de hace dos años. Si verdaderamente así fuese, al final de un íter parlamentario que se presenta de todas maneras largo y lleno de obstáculos, quizá se podrá nutrir alguna esperanza más para el futuro. Entonces será evidente, por otra parte, que el único interés real que el legislador de la reforma del inicio de la legislatura persiguió fue aquél —perfectamente realizado y a estas alturas ya inmodificable— de dar vida a una especie de amnistía oculta a algunos imputados excelentes, con referencia a los procesos pendientes en el momento de la intervención legislativa; una conclusión, ésta, que no puede más que dejarnos desconcertados sobre las actua-

les condiciones de salud del Estado de derecho en Italia.

## VIII. Obras generales sobre la reforma de los delitos societarios

ALESSANDRI, A. (cur.), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, IPSOA, 2002

FOFFANI, L., voce *Società*, in PALAZZO, C.E./PALIERO, C.E. (cur.), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, CEDAM, 2003, 1795 ss.

GIARDA, A./SEMINARA, S. (cur.), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, CEDAM, 2002

GIUNTA, F. (cur.), *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, Torino, Giappichelli, 2002

LANZI, A./CADOPPI, A. (cur.), *I nuovi reati societari*, Padova, CEDAM, 2002

MUSCO, E., *I nuovi reati societari*, 2.<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 2004