

41

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

DEI S PRAVIDE ET PRO

Revista

Enero 2018

41

Revista Penal

Penal



Enero 2018



tirant
lo blanch



tirant
lo blanch

Revista Penal

Número 41

Sumario

Doctrina:

– Estado y futuro del Derecho Penal Comparado, por <i>Kai Ambos</i>	5
– Prevención y control de los medios de financiación del terrorismo como estrategia político-criminal, por <i>Miguel Bustos Rubio</i>	27
– Entre el Derecho Penal de clase y la expansión punitiva: el delito de obtención indebida de prestaciones (art. 307 ter CP.), por <i>Sergio Cámara Arroyo</i>	47
– Sobre la progresiva despenalización de la imprudencia en el Ordenamiento penal español, por <i>Alberto Daunis Rodríguez</i>	73
– El protagonismo de los discípulos de Liszt luego de 1919. Proyecciones reales e hipotéticas de la obra de Liszt entre 1920 y 1945, por <i>Carlos Elbert</i>	91
– Análisis comparado de la intervención penal peruana y española ante la lacra de la siniestralidad laboral: el objeto de protección, por <i>Rosa M^a Gallardo García</i>	104
– Derecho Penal, obligaciones internacionales y justicia de transición, por <i>Elena Maculan</i>	117
– La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea. Estrategias de actuación penal conforme al Tratado de Lisboa y respuestas legislativas, por <i>Silvia Mendoza Calderón</i>	136
– Expolio de bienes culturales y protección penal internacional, por <i>Miguel Ángel Núñez Paz</i>	153
– ¿Puede cumplir la responsabilidad civil ex delicto una función preventiva frente a la delincuencia relacionada a la corrupción pública? Reflexiones desde el sistema penal paraguayo, por <i>Pablo Andrés Rojas Pichler</i>	181
– Crisis bancarias y Derecho penal económico: entre la necesidad de tutela del ahorro y la autonomía del mercado. Aspectos problemáticos e ideas de reforma, por <i>Pietro Sabella</i>	200
– Pruebas ilícitas en el proceso penal polaco, por <i>Blanka Julita Stefńska</i>	214
Sistemas penales comparados: Terrorismo (terrorism)	226



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Enzo Musco. Univ. Roma
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
George P. Fletcher. Univ. Columbia	Claus Roxin. Univ. München
Luigi Foffani. Univ. Módena	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume Iº	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Jasmin Bertlings (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Jiajia Yu (China)	Víctor Prado Saldarriaga (Perú)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Sofía Lascano (Uruguay)
Ludovico Bin (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



Crisis bancarias y Derecho penal económico: entre la necesidad de tutela del ahorro y la autonomía del mercado. Aspectos problemáticos e ideas de reforma

Pietro Sabella

Revista Penal, n.º 41. - Enero 2018

Ficha técnica

Autor: Pietro Maria Sabella

Title: Banking crisis and Economic Criminal Law: between the need of protecting savings and the autonomy of market. Problems and ideas for reform.

Adscripción institucional: Doctor en Derecho y Empresa (Universidad LUISS Guido Carli, Roma)

Sumario: 1. Una premisa. 2. La dimensión del Derecho penal económico en tiempo de crisis sistémica: sistema bancario, competencia y tutela del ahorro. 2.1. (*continuación*) ¿Sale a cuenta el delito? 3. La recapitalización interna y las nuevas necesidades de prevención de las crisis financieras sistémicas: entre una regulación europea y una nacional. 4. La regulación penal italiana en materia de tutela del ahorro. 5. Conclusiones e hipótesis de reforma.

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivo comprender cómo la ciencia penal moderna pueda regular los fenómenos delictivos relacionados con las actividades del sistema bancario, particularmente afectados por crisis sistémicas que, por ejemplo, en Italia, han determinado, entre 2015 y 2016, la adopción de instrumentos legislativos específicos destinados a mitigar el efecto del potencial colapso de todo el sistema bancario. El impulso dado por la nueva normativa europea sobre la prevención y resolución de crisis bancarias, contenida en la Directiva 2014/59/UE (*Bank Recovery and Resolution Directive* o *BRRD*), ha planteado de forma clara la cuestión de las formas de protección del ahorro también a través del uso de sanciones penales.

En esta contribución, en primer lugar, se examina cuál debe ser el papel del Derecho penal italiano en la lucha contra estas formas de criminalidad, considerando correctamente cómo proteger las formas de ahorro y el mercado libre inspirado en la competencia. Es evidente, sin embargo, que esta intervención debe lograr un equilibrio adecuado entre el uso de sanciones y el mercado libre, por lo tanto, entre el capitalismo y la tutela de los intereses colectivos en relación con el principio de legalidad y sus corolarios.

Examinamos las últimas intervenciones normativas a nivel nacional de tipo extrapenal como el instrumento de recapitalización interna o *bail-in*, destinado a asegurar la supervivencia de los bancos y, por otra parte, la insuficiencia parcial del sistema penal en materia de delitos empresariales, para prevenir y reprimir las conductas infieles y en conflictos de intereses que puedan perjudicar a los acreedores, ya particularmente afectados por las consecuencias negativas de la crisis económica mundial.

Finalmente, se esperan algunas intervenciones legislativas, con especial referencia al delito de infidelidad patrimonial (art. 2634 CC), que puedan determinar una más efectiva protección de la ley penal, en la conciencia de que todo el sistema bancario y empresarial debe inspirarse en el respeto de algunos principios éticos fundamentales que garantizarían una relación de confianza entre las empresas y los ciudadanos.

Palabras clave: Derecho penal económico, derecho penal bancario, tutela del ahorro, infidelidad patrimonial, crisis económica, *bail-in*, fenomenología criminal “endoempresarial”.

Abstract: The present work aims to understand how the modern criminal science can approach the regulation of the criminal phenomena related to the activities of the banking system, particularly affected by systemic crises that, in Italy, have determined, between 2015 and 2016, the adoption of specific legislative instruments aimed to mitigate the effect

of the potential collapse of the entire banking system. The impetus given by a recent European regulation on the prevention and resolution of banking crises, contained in Directive 2014/59 / EU (*Bank Recovery and Resolution Directive - BRRD*), has strongly reiterated the issue of forms of protection of savings also using the criminal sanctions.

In this contribution, we first examine what the role of Italian criminal law should be in fighting these forms of crime, considering correctly how to protect the forms of savings and the free market, inspired to the respect of the roles of competition. It is evident, however, that this intervention must achieve an adequate balance between the use of the sanction and the free market, therefore, between capitalism and the care of collective interests in respect of the principle of legality and its corollaries.

In this context, we examine the last national extra-criminal legislative interventions such as “*bail-in*”, aimed at ensuring the rescue of banks and the partial inadequacy of the criminal system of corporate offenses to prevent and repress the infidel conducts or those one realized in conflicts of interest that may prejudice internal creditors and shareholders, already particularly affected by the negative consequences of the global economic crisis.

Finally, some legislative interventions are hoped, with reference to the crime of patrimonial infidelity, provided by the art. 2634 of the Civil Code, which could make the protection of criminal law more effective, in the awareness that the entire banking and business system must be inspired to the respect of ethical principles that guarantee a relationship of trust between business and citizens.

Key Words: business criminal law, banking criminal law, protection of savings, patrimonial infidelity, economic crisis, bail-in, criminal phenomenology within the company.

Rec: 13-11-2017 **Fav:** 04-12-2017

1. Una premisa

En la actualidad, la actividad bancaria, entendida como la captación de ahorro de las personas físicas y jurídicas y el otorgamiento de crédito, ha asumido una evidente función decisiva en la estructura de una economía moderna, “líquida”¹ y con vocación global. Si incluimos en esta actividad la especulación financiera que tiene lugar en el mercado de valores tanto nacional como internacional, comprobamos que representa el corazón palpitante de un sistema capitalista al borde del colapso, caracterizado por manifestaciones patológicas y comportamientos desviados potencialmente constitutivos de distintos tipos de delito.

Por otra parte, los hechos que en la última década han afectado de una u otra manera a algunas entidades de crédito tanto en Italia como en otros países han demostrado hasta qué punto el sistema bancario y financiero está impregnado por fenómenos de criminalidad “en-

doempresarial” y “exoempresarial”, es decir, por conductas realizadas tanto por sujetos que integran el gobierno corporativo² como por sujetos ajenos al mismo.

En este contexto, es necesario para quien se acerca a la ciencia del Derecho penal determinar qué papel debe desarrollar la ley penal³, cuál puede ser el equilibrio correcto entre el uso de sanciones penales y el mercado libre, es decir, entre el capitalismo y la tutela de los intereses colectivos⁴. En resumen, tienen que tomarse decisiones político-criminales eficaces y coherentes con el sistema constitucional nacional y con el acervo jurídico derivado de las decisiones de los tribunales europeos, así como de los tratados. Y todo esto solo puede lograrse teniendo en cuenta también las recientes reformas en el orden extrapenal que, en particular en el sector bancario y financiero, no parecen estar hechas para salvaguardar específicamente los intereses colectivos de los ahorradores, sino los de las entidades de crédito o, lo que es lo mismo, los de quienes, en algunos casos,

1 Z. BAUMAN – T. LEONCINI, *Nati liquidi*, trad. it., Milán, 2017.

2 Cfr. A. MIRIELLO, *L'abusivismo finanziario*, en *Diritto penale dell'economia*, Tomo I, Turín, 2016, pág. 571 y ss.; I. CARACCIOLI, *Governance e responsabilità penale*, Milán, 2006.

3 Entendido el Derecho penal de acuerdo con la difundida interpretación hecha por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la *materia penal*. En particular, v. la sentencia de la Gran Cámara de 15 de noviembre de 2016, A. y B. c. *Noruega*, con comentario de F. VIGANO, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo sul ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, en www.penalecontemporaneo.it del 18 novembre 2016; v. también A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, en *Giur. Comm.*, 2014, pág. 855 y ss.; C.E. PALIERO, “*Materia penale*” e *illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione classica e una svolta radicale*, en *Riv. it. Dir. e proc. Pen.*, 1985, pág. 984.

4 En particular, respecto al papel del Derecho penal en el sistema de los mercados financieros, v. A.F. TRIPOLI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, Padova, 2013, pág. 24 y ss.

han causado las crisis económicas y las bancarrotas en cadena. No es una coincidencia, incluso desde un punto de vista terminológico, que las diversas leyes sobre esta cuestión se conozcan en Italia como “salvabancos”⁵, es decir, como leyes más centradas en las empresas que en los ahorradores.

En este texto prestaremos atención especial a los fenómenos de criminalidad “endoempresarial” y a los sistemas de prevención y represión necesarios o deseables⁶.

2. La dimensión del Derecho penal económico en tiempo de crisis sistémica: sistema bancario, competencia y tutela del ahorro

Antes de entrar en los asuntos más complejos de la materia, es necesario establecer otra premisa, de naturaleza sistémica.

No podemos olvidar nunca que, en cualquier segmento de la vida de una comunidad democrática, el Derecho penal debe ser utilizado como *extrema ratio*⁷, respetando los principios fundamentales de fragmentariedad, taxatividad, ofensividad⁸ y proporcionalidad. En este sentido, el legislador nacional solo debe poder utilizar el instrumento penal como última modalidad de intervención, identificando específica y claramente la conducta que realmente puede perjudicar o poner en peligro el interés jurídico que se considera merecedor de protección⁹.

Por esta razón, el primer nudo a desatar está precisamente vinculado con la identificación de la dimensión en la que el Derecho penal puede ser usado para prevenir y reprimir los comportamientos delictivos en materia de tutela del ahorro, al no ser protegido adecuadamente por los otros sectores del ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, dado que la sanción penal puede intervenir exclusivamente en la protección de bienes jurídicos relevantes que tengan una referencia explícita o implícita en la Constitución, es necesario, en primer lugar, determinar con precisión cuál es el interés legal y cómo puede ser convenientemente salvaguardado, evitando siempre que la sanción penal asuma una función moralizadora que pueda distorsionar los comportamientos de las partes que participan en este sector del mercado hacia una forma de operar disconforme con los principios de libre competencia y libre circulación de bienes, servicios y capital, así como también de personas¹⁰.

Por esta razón, hablar de un “Derecho penal bancario” puede ser engañoso si se trata de imponer conductas capaces de orientar el fondo de las decisiones en el mercado, ya sea en una dirección o en otra. En esta área, de hecho, es necesario recordar que la tutela del ahorro y, por lo tanto, de los consumidores y los ciudadanos, debería ser equilibrada y adecuada en el contexto de un mercado en régimen de libre competencia, en el que los bancos y las empresas también merecen una forma de tutela, incluida la de tipo penal¹¹. Por lo tanto, antes de proceder a indicar los delitos vigentes en el ordenamiento jurídico penal italiano que son aplicables en este ámbito y, en consecuencia, cuáles son los presupuestos de una reforma necesaria, es preceptivo aclarar cómo el Derecho penal económico puede, o mejor, debe abordar los desafíos de este nuevo siglo para dar una respuesta adecuada.

Estas cuestiones se remontan en el tiempo, ya que, entre el final de los años setenta y el principio de los ochenta, algunos de los más influyentes autores en el ámbito del Derecho penal¹² comenzaron a interesarse en las polémicas relaciones existentes entre “los intereses económicos y el Derecho penal”¹³. En comparación

5 Nos referimos al llamado Decreto “salvabancos” (Decreto-ley nº 183 de 22 de noviembre de 2015, convalidado por la Ley de estabilidad de 2016).

6 Sin embargo, por razones de exhaustividad, es necesario afirmar que los sujetos que operan dentro de los bancos y entidades de crédito pueden convertirse además en sujetos pasivos del delito, junto con las empresas en las cuales operan, siempre que los órganos societarios sean destinatarios de conductas fraudulentas cometidas por terceros.

7 V. F. MUCCIARELLI, *Diritto penale e attività bancari: aspetti problematici e spunti di riforma*, en www.penalecontemporaneo.it del 13 de abril de 2017.

8 En particular, en materia de ofensividad, remitimos a M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, en *Riv. Trim. dir. pen. cont.*, 2013, pág. 4 y ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Turín, 2005, pág. 209 y ss.; C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, en *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, coord. por G. VASSALLI, Napoli, 2006, pág. 91 y ss.; G. FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile*, en *Foro it.*, 2001, pág. 7 y ss.

9 Cfr. F. SGUBBI, *Il risparmio come oggetto di tutela penale*, en *Foro It.*, 2004, V, 136 y ss.

10 Cfr. F. BRICOLA, *Il diritto penale del mercato finanziario*, en *Contratto e impresa*, 1992, pág. 682 y ss.

11 Già A. FIORELLA, *Problemi attuali del diritto penale bancario (Reati bancari in senso stretto)*, en *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 1988, pág. 489.

12 Cfr. L. FOFFANI, *Sicurezza dei mercati e del risparmio*, en *Sicurezza e diritto penale*, coord. por M. DONINI y F. PAVARINI, Bologna, 2011, pág. 273 y ss.; C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, en AA.VV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, 1979, pág. 17 y ss.

13 Así, P. SEVERINO, *Sicurezza dei mercati finanziari: interessi tutelati e strumenti di tutela*, en *Riv. It. dir. E proc. Pen.*, 2014, pág. 672 y ss.

con aquel momento, hoy es inevitable enfrentarse con una nueva explicación de los delitos financieros, bancarios o societarios en general, que no solo han aumentado en número, sino que se han caracterizado por una tangible evolución fenomenológica.

En los últimos años, de hecho, teniendo en cuenta también la integración de Italia en el sistema legal europeo, basado en principios de clara inspiración liberal que, entre otras cosas, colocan al Estado en una posición diferente a la del pasado en la gestión de los asuntos económicos, por lo tanto, como *Estado regulador*¹⁴, ha cambiado también la propia influencia del mismo en la Administración y en el control del sistema bancario y financiero interno. En pocos años, este cambio ha conducido a una transformación radical de la naturaleza jurídica de la actividad bancaria, tanto a través de reformas legislativas¹⁵ como por obra de la jurisprudencia, con claras reflexiones sobre la tipificación de delitos que castigan las violaciones que afectan en mayor grado al ahorro de los ciudadanos y contribuyentes y a la *confianza en el mercado*.

Por lo tanto, incluso desde el punto de vista de la calificación de la naturaleza del servicio bancario, no puede olvidarse el significativo impacto que supusieron los procesos de privatización iniciados a principios de la década de los noventa del siglo pasado, ya que los mecanismos de gobierno de tipo dirigista y programático y las diversas formas de protección que caracterizaban los procesos administrativos han sido reemplazadas por un *modus operandi* típicamente empresarial, basado, por lo tanto, en la lógica del riesgo y del beneficio. El encuadre tradicional de la disciplina bancaria en el Derecho público, que tiene origen en el reconocimiento que el artículo 47 de la Constitución italiana hace del interés general en la captación de ahorro y en el otorgamiento de crédito (según el cual: "La República alienta y salvaguarda el ahorro en todas sus formas"), ha sido progresivamente reemplazado por una lógica típicamente privada, también como resultado de los fuertes requerimientos realizados primero por la CEE y luego por la UE.

Desde esta óptica, aunque la actividad bancaria asuma una función fundamental para garantizar que el ahorro sea productivo en beneficio de la comunidad, el proceso de privatización, también reconocido por los tribunales penales, ha transformado la naturaleza del

servicio, de público a privado, por lo que a finales de la década de los ochenta y la fase final de *Tangentopoli* (1992 y 1993) se dejaron de aplicar los delitos contra la Administración pública y, en particular, el peculado, para castigar las distracciones realizadas por personas pertenecientes a los órganos bancarios¹⁶.

Sin embargo, el Derecho penal no debe asumir una tarea de promoción de valores no sedimentados suficientemente en la conciencia social, ya que, con la caída de las Torres Gemelas, el inicio del proceso fragmentado de globalización y, sobre todo, con los escándalos financieros de la primera década del siglo XXI, ha aumentado drásticamente la necesidad de reelaborar la tutela penal del mercado financiero y del ahorro. En pocos años, en Italia, hemos sido testigos del uso de la "bandera de la tutela del ahorro"¹⁷ como instrumento de política criminal diseñado para administrar, aunque no de manera orgánica, las diversas distorsiones de los mercados financieros y del sector bancario, las cuales no solo afectaron a los accionistas, sino a un gran número de ahorradores. A partir de ese momento, hemos asistido a diversas intervenciones legislativas que, explícita o implícitamente, han tendido a establecer un cierto "comportamiento ético mínimo" en las conductas de los sujetos que participan en el sector del crédito y de las finanzas.

Sin embargo, a pesar de la conciencia de la gravedad de los hechos de este tipo, el legislador penal ha procedido de manera fragmentada y poco incisiva, regulando separadamente los fenómenos criminales relacionados con las finanzas de aquellos directamente conectados con la gestión del ahorro, sin tener en cuenta que las empresas bancarias habían comenzado a ejercer actividades típicamente financieras¹⁸. Este comportamiento es una consecuencia del hecho de que el legislador se ha movido de manera discontinua, sin atender al deber de repensar cómo el Derecho penal económico podría representar un modelo válido globalmente, capaz de implementar modelos apropiados de prevención y tutela.

Hasta hoy en día podemos contemplar la existencia de diferentes subsistemas penales económicos: uno para los mercados financieros, uno para los bancos, otro para las empresas y aun otro para las bancarrotas. Además, encontramos algunos delitos, como la infidelidad patrimonial, prevista entre los delitos societarios

14 Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2015, pág. 25 y ss.; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2000; A. LA SPINA – G. MAJONE, *Lo stato regolatore*, Bologna, 2000;

15 Se remite a la Ley n.º 218 de 30 de julio de 1990, conocida como la Ley Amato-Carli y el Decreto legislativo n.º 356 del 20 de noviembre de 1990, con comentario de S. CASSESE, *La ristrutturazione delle banche pubbliche e gli enti conferenti*, en ACRI, *La legge 30 luglio 1990, n.º 2018*, Roma, 1991.

16 En la jurisprudencia, Corte Cass. SS.UU., sentencia del 23 de mayo de 1987, *Tuzet*, en *Foro it.*; C. PEDRAZZI, *Gli abusi degli amministratori sul patrimonio sociale*, en *Riv. it. Dir. pen.* 1953, pág. 529 y ss.

17 Así, P. SEVERINO, *Sicurezza dei mercati finanziari*, op. cit., pág. 673 y ss.

18 Cfr. L. FOFFANI, *Reati bancari*, en *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000, pág. 445 y ss.

en el art. 2634 CC, que no es adecuada para prevenir y reprimir algunos comportamientos ilícitos de conflicto de intereses o de distracción de dinero de la empresa, los cuales son castigados penalmente solo en un segundo momento, cuando tiene lugar la bancarrota¹⁹.

Además, la creciente complejidad de las materias bancaria, financiera y empresarial, así como su constante necesidad de adaptación al desarrollo normativo y operativo de los mercados y de todos estos subsistemas, tanto a nivel nacional como europeo, hacen más difícil abordar una reforma unitaria de todo el Derecho penal económico²⁰. Un ejemplo emblemático es el *Texto único de las leyes bancarias y crediticias*, aprobado por el Decreto legislativo n° 385/1993, y el *Texto único de las disposiciones en materia de intermediación financiera*²¹, aprobado por el Decreto legislativo n° 58/1998²², los cuales regulan el sector bancario y financiero de manera separada.

Las intervenciones legislativas, tanto en el área de la prevención como en la de represión de los delitos empresariales, bancarios y financieros cometidos por personas físicas y jurídicas, siguieron teniendo en los años siguientes una naturaleza discontinua²³ y, de alguna manera, poco incisiva. Piénsese solo en la Ley sobre el ahorro, n° 262/2005²⁴ y en las otras varias reformas del Derecho penal de la empresa que han modificado el delito de falsedad en los documentos sociales (arts. 2621 y 2622 CC²⁵) desde el año 2002 hasta la reciente reforma por obra de la Ley n° 69/2015²⁶.

A modo de ejemplo, basta recordar que las aplicaciones del delito de infidelidad patrimonial del art. 2634 CC²⁷, que castiga sustancialmente el comportamiento

de los administradores, directores generales y liquidadores que, en conflicto de intereses, hacen actos de disposición de los activos patrimoniales de la sociedad para obtener para ellos o para un tercero una ganancia injusta, fueron esporádicas, cuando no totalmente ineficaces²⁸.

No obstante, si bien por un lado el flujo de producción legislativa en esta área fue y es muy sintomático de una toma de conciencia de las instituciones de este tipo de delitos, por otro lado, la división entre las disciplinas de los delitos societarios y financieros ha sido más evidente con respecto al tratamiento sancionador. De hecho, frente a sanciones no particularmente graves para los delitos societarios (por ejemplo, el artículo 2634 CC castiga estos comportamientos con una pena principal de reclusión máxima de tres años), se registra una respuesta sancionadora *draconiana*²⁹ en el Derecho penal de los mercados financieros, donde, por otra parte, existe una duplicación de la sanción, tanto administrativa como penal, lo cual ha despertado muchas dudas sobre la compatibilidad de este sistema normativo con el principio del *ne bis in idem*³⁰.

Por lo tanto, en el estudio de la identificación del interés jurídico protegido, parece necesario que el legislador permanezca ajeno a cuestiones de fondo que puedan tener un impacto directo en la elección de los comportamientos de los ciudadanos. Y esta es precisamente la razón por la que la protección del ahorro no puede garantizarse “asegurando” todo el sistema bancario mediante el uso de la sanción penal como un medio de prevención y represión dirigido a guiar el comportamiento de ahorradores, accionistas, etc. De hecho,

19 V. la reciente sentencia, Corte Cass., Sez. V Pen., sentencia n° 17819 del 24 de marzo de 2017.

20 Así, C. PEDRAZZI, *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive*, Milán, 1993, pág. 350 y ss.

21 Cfr. T. PADOVANI, *Leggi penali complementari. Leggi in materia bancaria*, Milán, 2007, pág. 946 y ss.; L. FOFFANI – S. SEMINARA – G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000, pág. 446 y ss.

22 Se recuerda en cualquier caso que ya en 1992, con el proyecto Pagliaro, se buscó unificar el sistema penal bancario-financiero-societario, intentando también su precisa colocación dentro del Código penal. Sobre este particular, v. C. PEDRAZZI, *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive*, Milán, 1993, pág. 350 y ss. V. también L. FOFFANI, *Reati bancari, op. cit.*, pág. 448, donde se subraya cómo el legislador de los años treinta y cuarenta miraba la criminalidad empresarial y bancaria como una misma realidad.

23 Cfr. T. PADOVANI, *Leggi penali complementari. Leggi in materia bancaria, op. cit.*, pág. 947; L. FOFFANI – S. SEMINARA – G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa, op. cit.*, pág. 448.

24 Cfr. F. SGUBBI – D. FONDAROLI – A.F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, 2013, pág. 3 y ss.

25 Cfr. S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di riforma dei reati societari*, en *Dir. Pen. e Proc.*, 2014, pág. 139 y ss.; E. MUSCO – M.N. MASULLO, *I nuovi reati societari*, Milán, 2007, pág. 39 y ss.

26 Cfr. F. MUCCIARELLI, *Le Sezioni Unite e le false comunicazioni sociali: tra legalità e ars interpretandi*, en www.penalecontemporaneo.it del 13 de julio de 2016; V. MANES, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali*, en www.penalecontemporaneo.it, del 22 de febrero de 2016.

27 Cfr. E. MUSCO – M.N. MASULLO, *I nuovi reati societari, op. cit.*, pág. 197 y ss.; V. MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.) en AA.VV., I nuovi reati societari*, Padova, 2002, pág. 471 y ss.

28 Cfr. L. FOFFANI, *Economia, sistema bancario e intervento penale*, en *Dir. Pen. E proc.*, 2016, pág. 985 y ss.

29 Così P. SEVERINO, *Sicurezza dei mercati finanziari, op. cit.*, pág. 674 y ss.

30 En particular, cfr. A.F. TRIPODI, *Il doppio binario sanzionatorio all'esame del giudice delle leggi: una decisione in materia di abusi di mercato tra corsi e ricorsi storici*, en *Giur. Cost.*, 2016, pág. 1489 y ss.; G.M. FLICK – V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? "Materia penale", giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte Edu, 4 marzo 2014 sul market abuse*, en *Rivista AIC*, 2014, pág. 13 y ss.

si aceptamos la idea de que el bien jurídico digno de protección penal es la “seguridad” misma del ahorro y del sistema financiero, solo crearíamos un nuevo contenedor jurídico capaz de incluir diferentes instancias punitivas y preventivas, modificable con el tiempo debido a la mutabilidad de la sensibilidad del mercado, de la opinión pública y de las necesidades contingentes de política criminal³¹. Traducido en términos típicamente político-criminales, estaríamos creando un sistema vulnerable y no exhaustivo o taxativo ni, por lo tanto, respetuoso con el principio de legalidad previsto en el art. 25.2 de la Constitución italiana.

Ni el adecuado funcionamiento del sistema bancario ni la gestión del ahorro pueden considerarse como un autónomo y funcional bien jurídico protegido, ya que esta obra reguladora debería ser exquisitamente asignada a otras áreas del Derecho, con el fin de evitar, como en el caso de los delitos de los mercados financieros, que el Derecho penal se imponga como un instrumento que obstaculice la correcta comprobación de los hechos o como punto de referencia alrededor del cual se mueve el mercado. Tampoco el mercado podría representar un autónomo bien jurídico a ser protegido en el campo del Derecho penal bancario y financiero, ya que, como afirma correctamente una parte de la doctrina más autorizada, eso resulta ser más la colocación sistemática o “lugar jurídico”³² y no el objeto de protección.

Parece más conveniente, considerando el contexto de las lucidas reflexiones ya realizadas en el pasado por alguna doctrina³³, sostener que la función del Derecho penal debería limitarse a regular exclusivamente la modalidad de acceso al mercado bancario, garantizando así la fiabilidad del servicio y su funcionamiento en conformidad con el principio de leal concurrencia. Por lo tanto, se debería ceder a la normativa sectorial el propósito de fijar las “reglas del juego” del mercado y las dinámicas económicas subyacentes, mientras que el Derecho penal debería intervenir solo para garantizar que las mismas se respeten, en el sentido de asegurar a todos los operadores, consumidores y, en general, ciudadanos, un clima de “confianza”³⁴.

Salvaguardando la confianza de los ahorradores y, en consecuencia, el ahorro en el sistema bancario, en conformidad con el citado art. 47 de la Constitución, el Derecho penal también estaría promoviendo indirectamente la integridad del mercado en el que se mueven los bancos y la integridad del patrimonio del banco. La confianza puede solo salvaguardarse cuando la sanción actúa como un perímetro dentro del cual los sujetos

pueden moverse libremente y no cuando es un instrumento de control o un centro de gravedad de los comportamientos de los operadores. Y, sin duda, salvaguardar el bien jurídico de la confianza de los ahorradores en el mercado competitivo no solo significa proteger su patrimonio, sino también garantizar la supervivencia de un sistema, de un bien intangible y de carácter colectivo, cuya afectación determinaría, casi como en un efecto dominó, su ocaso y declive, tal y como sucedió en los Estados Unidos con los escándalos en los que se vieron envueltas las sociedades bancarias Lehman Brothers y Goldman Sachs. Sin embargo, señalando las correctas diferencias, los escándalos que han sido identificados o sobre los que se está investigando con respecto a varias instituciones bancarias italianas, han afectado tanto al patrimonio de muchos ciudadanos como a la confianza de toda la comunidad, poniendo en crisis el sistema bancario-financiero capitalista.

2.1. (continuación) ¿Sale a cuenta el delito?

Una vez que hemos identificado el bien jurídico protegido, parece necesario comprender cuál puede ser la sanción que la ley penal podría, o mejor, debería aplicar. A la luz de los sucesos que han caracterizado el sistema bancario en los últimos años y, en general, el sistema financiero y económico nacional e internacional, es obvio que no se puede prescindir de la tutela penal.

Por otra parte, también los sucesos recientes que han afectado a algunos pequeños pero muy importantes bancos italianos, fuertemente vinculados al desarrollo empresarial de algunas zonas altamente productivas, tales como la Banca Etruria, la Caja de Ahorros de Ferrara, la Banca de las Marcas y la Caja de Ahorros Chieti, entre 2015 y 2016, muestran al jurista y al ciudadano una imagen profundamente caracterizada por los conflictos de intereses, los grandes préstamos de los bancos a sus directores, los honorarios exorbitantes en momentos de grave crisis, la distracción de dinero y, sobre todo, un porcentaje muy alto de créditos “enfermos”, con frecuencia como consecuencia de unas relaciones insanas con una parte de la clientela o con terceros.

Por último, el alto nivel de préstamos “deteriorados”, que ha aumentado de una manera desproporcionada desde el inicio de la crisis económica mundial de 2007 y que ha sido señalado también por el Banco de Italia, sigue representando un grave factor de vulnerabilidad de los bancos italianos.

31 De esta opinión, en los años pasados, T. PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, en *Dir. Pen. E proc.*, 1995, pág. 641.

32 Cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, op. cit., pág. 642.

33 Cfr. C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, op. cit., pág. 19 y ss.

34 Cfr. M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014; F. SGBUBBI, *Il risparmio come oggetto di tutela penale*, en *Giur. Comm.*, 2005, pág. 343.

Todo esto, como veremos en seguida, ha inducido al legislador nacional y al europeo a adoptar instrumentos reguladores extrapenales específicamente dirigidos a resolver o mitigar los efectos de la crisis sistémica que afectó a todo el sector bancario³⁵, optando por una regulación potencialmente contraria al art. 47 CI, en materia de tutela del ahorro, ya que la misma restringe fuertemente los derechos de los ahorradores y no solo de los accionistas³⁶.

Sin embargo, es necesario resituarse todo el sistema penal económico y bancario en el respeto a los principios de taxatividad, fragmentariedad y ofensividad para que los delitos se construyan sobre una base más específica y orientada a prevenir y reprimir las conductas más lesivas o idóneas para poner en peligro el bien jurídico puesto bajo la tutela penal. Desde este punto de vista, el camino a seguir solo puede dirigirse hacia un sistema de protección más armonioso, en el que el Derecho penal restrinja su papel a la intervención respecto a las lesiones más graves, en conformidad con el principio de legalidad y sus corolarios (en primer lugar, la taxatividad³⁷).

Sólo de esta manera se puede garantizar el “respeto del mínimo ético” a través de una ley penal “leve, pero eficiente”³⁸ sin que la misma parezca un instrumento de control del sistema económico-bancario. Esto sería suficiente para evitar el dominio de los emprendedores menos escrupulosos y garantizar al mismo tiempo la supervivencia del actual sistema capitalista, todavía necesitado de mejoras, según el cual la competencia es una de las fuerzas más eficaces en la distribución de los recursos y en la conservación de un proceso democrático, también en el sistema económico.

Todo esto significa que el Derecho penal moderno, especialmente el económico, debe confrontarse constantemente con una sociedad en la que los comportamientos menos conformes con la ley penal y el irrespeto a los valores fundadores de la legalidad parecen, algunas veces, ser aceptados y casi socialmente necesarios. Estos comportamientos no pueden ser completamente eliminados o prevenidos mediante la aplicación

clásica del castigo personal o patrimonial de la pena, hasta que no se afronte el tema fundamental, es decir, la cuestión de la distribución de la riqueza en las sociedades con un modelo capitalista, en la que los medios contemporáneos de comunicación son capaces de inocular mensajes con respecto a los que los ciudadanos pierden gradualmente la capacidad de crítica.

Y precisamente la ausencia del sentido crítico y de la toma de conciencia de la comunidad del peligro de ciertos comportamientos y en particular de aquellos con un desvalor con relevancia penal y con efectos sobre la economía global, ese lo que eventualmente dará lugar, con el tiempo, a la acumulación de comportamientos ilegales capaces de causar *resultados* lesivos y generalizados como los que han originado la crisis económica mundial de 2007-2014 (al menos para Italia) o el comienzo de las crisis bancarias sistémicas que han debilitado el tejido económico-empresarial sano de una nación o un territorio.

En esta confrontación continua, el fin de la ley penal económica y moderna, leve pero eficiente, será probar que *el delito no sale a cuenta*.

3. La recapitalización interna y las nuevas necesidades de prevención de las crisis financieras sistémicas: entre una regulación europea y una nacional

Como ya hemos adelantado, la crisis sistémica que ha afectado a las empresas bancarias en Italia y en otros países europeos en los últimos años como consecuencia indirecta de la *burbuja financiera* que estalló en todo el mundo a partir del 2007 con la bancarrota de Lehman Brothers ha determinado la introducción, entre otras, de una específica regulación europea de mecanismos de prevención y resolución de las crisis financieras con la *Directiva 2014/59/UE* o BRRD, por sus siglas en inglés (*Bank Recovery and Resolution Directive*), transpuesta en Italia con los Decretos legislativos n° 180 y 185 del 2015. Esta nueva regulación está destinada, por un lado, a fortalecer el proyecto de la Unión Bancaria Europea³⁹; por otro lado, ha producido efectos peculia-

35 Cfr. G.L. CARRIERO, *Crisi bancarie, tutela del risparmio, rischio sistemico*, en *Analisi giuridica dell'Economia*, 2016, pág. 369, donde el autor analiza los orígenes de la crisis bancaria y de las soluciones en una perspectiva europea; A. DE ALDISIO, *La gestione delle crisi nell'Unione Bancaria*, en *Banca, Impresa, Società*, 2015, pág. 391 y ss.

36 Cfr. P. ROSSI, *Banking resolution e tutela del risparmio, tra bail-out e bail-in*, en *Amministrazione in cammino*, 2017, pág. 21 y ss. Aquí el autor afirma que el Estado ya no es el último garante del ahorrador, ya que la intervención pública será solamente un instrumento totalmente excepcional o, en todo caso, complementario, en relación con la capacidad del banco de resolver autónomamente su propia crisis. En otras palabras, de acuerdo con las nuevas regulaciones de 2015 y 2016, ahora el ahorrador está destinado a enfrentar la posibilidad concreta de ver expropiados sus bienes privados por parte de ese Estado que, hasta ahora, lo había salvaguardado de dicho riesgo. De hecho, la autoridad pública tiene el poder de intervenir de manera autónoma y autoritaria cargando el coste de la insolvencia de la empresa bancaria en los ahorradores.

37 V. G. FIANDCA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte Generale*, Bologna, 2014, pág. 29 y ss.

38 Así, F. MUCCIARELLI, *Diritto penale e attività bancaria, op. cit.*, pág. 6.

39 Cfr. C. BRESCIA-MORRA, *La nuova architettura della vigilanza bancaria in Europa*, en *Banca, Impresa, Società*, 2015, pág. 73 y ss.

res en materia de tutela del ahorro de los ciudadanos y de las inversiones financieras, hasta el punto de resucitar la cuestión de las modalidades de tutela mediante la utilización de la sanción penal⁴⁰.

Además, de acuerdo con la idea de que la legislación debe limitarse a salvaguardar el clima de confianza en el mercado, la BRRD ha puesto en marcha un instrumento de recapitalización interna de la deuda (conocido en inglés como *bail-in*) mediante el cual, en presencia de algunas condiciones, la autoridad de resolución del Estado miembro, por indicación del Consejo de Estabilidad Financiera⁴¹, puede reducir el valor de las acciones y de algunos créditos, tales como obligaciones u otros instrumentos financieros, depósitos, etc., o bien predisponer su conversión en acciones para absorber las pérdidas y restablecer una capitalización bancaria adecuada, al fin de mantener la confianza del mercado. De esta forma, los accionistas y acreedores no sufrirían mayores pérdidas de las que recibirían en el caso de la liquidación del banco.

Intentemos comprender esta normativa y su origen a nivel europeo. Los decretos legislativos mencionados anteriormente, que entraron en vigor en el ordenamiento italiano en 2016, parecen destinados a la tutela del ahorro en un mercado y a un sistema bancario en profunda crisis. De hecho, la normativa italiana en cuestión se inspira directamente en la BRRD, la cual instaura a su vez en el ordenamiento jurídico europeo una nueva concepción no intervencionista del Estado, abiertamente liberal, que busca atribuir a los bancos, a las empresas y a sus accionistas y obligacionistas la resolución de las crisis, sin recurrir a las arcas públicas⁴².

En este sentido, la normativa del 2016 representa un giro con respecto a la legislación precedente, ya que durante muchos años se resolvieron las crisis bancarias o económicas a través de la utilización de sistemas de fiscalidad pública y general o con la utilización de

fondos de garantía públicos, financiados por el Estado. Esta filosofía, conocida como “rescate” o *bail-out*, según la cual es responsabilidad final del Estado resolver las crisis con el empleo de dinero público, ha sido utilizada durante todo el siglo XIX en América y en Europa, hasta la última crisis americana de las hipotecas *subprime* y la consiguiente quiebra de Lehman Brothers.

De hecho, en el 2008, el gobierno federal de los Estados Unidos intervino con masivas ayudas públicas con el fin de evitar que la bancarrota del banco infectase todo el sistema económico bancario americano, causando con ello el completo fin del capitalismo. De igual modo, al inicio de la crisis global, considerada completamente excepcional, los estados europeos aplicaron varias fórmulas legislativas y económicas inspiradas en el clásico sistema de rescate, considerado en ese momento compatible con la regulación de la UE en materia de ayudas estatales⁴³.

Sin embargo, el aumento de las consecuencias negativas de esta crisis global, junto con las numerosas formas de tensiones especulativas en los mercados financieros europeos y del mundo, causaron en primer lugar el debilitamiento de las arcas públicas y, en un segundo momento, la pérdida de la confianza en el mercado de acciones de los ahorradores y de los intermediarios financieros. En este contexto, las instituciones europeas decidieron intervenir de modo decisivo, adoptando el Mecanismo Europeo de Estabilidad⁴⁴ para salvaguardar los bancos y, sobre todo, para garantizar la estabilidad de los estados europeos que vieron aumentar su deuda pública.

Casi como un efecto dominó, la crisis económica mundial estaba causando la bancarrota de los estados y de todos los mercados bancarios. Ya en el 2011, los estados comunitarios decidieron crear también el Consejo de Estabilidad Financiera con el fin específico de

40 Trata este tema en profundidad, R. GAROFOLI, *Il bail-in e le implicazioni sulla sicurezza e la tutela anche penale del risparmio*, en *www.penalecontemporaneo.it*, del 8 de mayo de 2017.

41 P. ROSSI, *Banking resolution*, op. cit., pág. 1 y ss.; A. DE ALDISIO, *Il Meccanismo di Risoluzione Unico. La distribuzione dei compiti tra il Comitato di Risoluzione Unico e le Autorità di risoluzione nazionali e altri aspetti istituzionali*, en *Scritti sull'Unione bancaria. Quaderni di ricerca giuridica Banca Italia*, Roma, 2016, pág. 137 y ss.; L. DI BRINA, “*Risoluzione*” delle banche e dell'applicazione del “*bail-in*”, *alla luce dei principi della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e della Costituzione nazionale*, en *RTDE*, 2015, pág. 184 y ss.; F. CARIGLIONE – A. TROISI, *L'ordinamento finanziario dell'UE dopo la crisi*, Turin, 2014, cap. III e IV; V. CHITI, *The new banking union, the passage from banking supervision to banking resolution*, en *TDCP*, 2014, pág. 608 y ss.

42 Cfr. C. BRESCIA-MORRA, *La nuova architettura della vigilanza bancaria in Europa*, op. cit., pág. 75 y ss.

43 Así, COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione 13 ottobre 2008, l'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottare per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria globale*, en *GUCE*, 25 ottobre 2008; para el paso del sistema de rescates al sistema de recapitalización interna y el papel del TJUE, B. RAGANELLI, *Dal Bail-out al Bail-in: la posizione della Corte di Giustizia*, nota a la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2016, en *Foro it.*, 2016, pág. 600 y ss.

44 En esta materia, entre muchos otros, A. PISANESCHI, *L'ESM, le condizionalità, i “memorandum of understanding”*. *Un nuovo diritto europeo fuori dall'Europa*, en *Percorsi Costituzionali*, 2016, pág. 511 y ss, donde el autor reconstruye el origen del MEDE y los principales mecanismos de gobierno del mismo. Se recuerda que para institucionalizar el MEDE se cambió el texto del art. 136 TFUE, cuyo apdo. 3 ahora afirma que: “*Los Estados miembros cuya moneda es el euro podrán establecer un mecanismo de estabilidad que se activará cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona del euro en su conjunto. La concesión de toda ayuda financiera necesaria con arreglo al mecanismo se supeditará a condiciones estrictas.*”

responsabilizar a los bancos, a sus administradores y a sus propietarios, eliminando o disminuyendo el riesgo económico para las arcas públicas.

Sin embargo, el nuevo sistema de *regulación* para la resolución de las crisis bancarias ha sido introducido sin la previsión de una regulación transitoria a nivel europeo capaz de acompañar a los estados europeos hacia la asunción de un papel diferente. Se trataba, de hecho, de transformar el Estado de un *garante* a un *regulador*⁴⁵. En este contexto, no fue afectable para los estados, en particular, para los más débiles, adecuarse a las reformas, absorbiendo en un cierto tiempo todos los problemas producidas por el sistema bancario interno.

Todo esto ha causado, en Italia en particular, la aparición acelerada de la debilidad de una parte del tejido bancario y de ello son hoy seguramente una manifestación las crisis que han afectado a diferentes bancos, como Banca Etruria, Banca de las Marcas, Carichiati y Cariferrara y, sobre todo, el Monte dei Paschi de Siena. Estos sucesos han determinado que el Estado italiano intervenga rápidamente, adoptando el Decreto-ley nº 183/2015, con el sobrenombre de “salvabancos”, para administrar y evitar, de acuerdo con un sistema de resolución controlada, la bancarrota⁴⁶.

No obstante, a través del reciente Decreto-ley nº 237/2016, llamado “salvaahorro”, el Gobierno italiano ha sido capaz de intervenir en la economía con el objetivo de evitar la aplicación de un procedimiento de resolución específico que podría haber puesto todas las consecuencias negativas de una quiebra en los ahorradores, de acuerdo con el nuevo sistema europeo de recapitalización interna. Y ello, pese a ser consciente de los límites derivados de la normativa comunitaria, porque ha sacado provecho de los espacios libres y ha contado con un apoyo público significativo y extraordinario. Con el Decreto “salvaahorros”, el Estado italiano quería prevenir tanto la bancarrota del Monte dei Paschi di Siena, el cual estaba al borde del colapso como consecuencia del resultado final de la aplicación de la prueba de resistencia querida por el BCE, como salvar a otros bancos domésticos, por ejemplo, Banca Veneta o Banca Popolare di Vicenza, que estaban a punto de quebrar, lo que habría supuesto un grave perjuicio para todos los ahorradores.

De este modo, el Estado italiano ha intentado posponer la utilización de la regulación en materia de recapitalización interna con el fin de tutelar, por un lado, a los bancos y a sus administraciones que han producido, incluso a través de la realización de conductas poco prudentes o delictivas, significativos efectos negativos

para la economía y para los ciudadanos y, por otro lado, a los ahorradores, que no tenían ninguna responsabilidad en esta materia. Indirectamente, mediante estas reformas legislativas, se quiso hacer frente a otro y no menos importante elemento crítico del sistema bancario italiano, constituido por el inadecuado nivel de capitalización de los bancos, promoviendo instrumentos de fusión entre bancos pequeños.

Volviendo nuevamente al BRRD y a la regulación en materia de recapitalización interna, podemos afirmar que, más allá de supuestos particularmente extraordinarios, en presencia de algunas condiciones, la autoridad de resolución puede reducir el valor de las acciones y de algunos créditos (por ejemplo: obligaciones u otros instrumentos financieros) o bien predisponer la conversión de estos créditos en acciones para reducir las pérdidas y garantizar una adecuada capitalización del banco, de modo tal que salga fortalecida la confianza en el mercado⁴⁷. Sin embargo, el accionista o el gran ahorrador correrá el riesgo de poder perder sus propias inversiones, sin tener la posibilidad de recuperarlos a través del específico procedimiento de recuperación de crédito.

Todos estos elementos parecen ser las novedades más significativas sobre las que intentar realizar un análisis sobre la regulación en materia de tutela penal del ahorro y del mercado. De hecho, si bien el propósito específico del nuevo sistema de resolución de la crisis bancaria es el de ofrecer una regulación más efectiva y menos perjudicial para el interés del Estado a través del uso de recursos económicos privados, reduciendo así los efectos adversos para la economía nacional, no deja de ser necesario reevaluar el sistema de protección normativo en materia de ahorro, evitando que todos los riesgos recaigan sobre los acreedores del banco en quiebra, lo cual los pondría en una posición más o menos pareja a la de los accionistas⁴⁸.

Consecuentemente, hay que volver a plantearse algunas cuestiones fundamentales como: 1) el comportamiento de los administradores y los dirigentes de los bancos en relación con la utilización del dinero de los accionistas y de los ahorradores; 2) la corrección de la comunicación interna y externa de los bancos, sobre todo la publicitaria; y 3) la implementación de una educación de la ciudadanía en materia financiera. Todos estos elementos han planteado dudas difíciles de resolver con respecto a la capacidad del Derecho penal actual de perseguir y reprimir eficazmente los abusos de la administración bancaria en áreas particulares de la gestión del crédito y del ahorro.

45 Cfr. P. ROSSI, *Banking resolution*, op. cit., pág. 6.

46 En particular, cfr. B. INZITARI, *Crediti deteriorati (NPL), aiuti di Stato nella BRRD e nella comunicazione sul settore bancario del 30.07.2012 della Commissione Europea*, en *Banca e Borse e titolo di credito*, 2016, pág. 641 y ss.

47 A. DE ALDISIO, *La gestione delle crisi nell'Unione Bancaria*, en *Banca, Impresa, Società*, 2015, pág. 391 y ss.

48 Cfr. R. GAROFOLI, *Il bail-in*, op. cit., pág. 69.

4. La regulación penal italiana en materia de tutela del ahorro.

Parece pues muy importante preguntarse si el actual sistema penal substancial prevé tipos delictivos que pueden prevenir y suprimir los abusos de administradores, directores y empleados de bancos y de entidades de crédito en la gestión del ahorro en un mercado libre y competitivo.

De hecho, la Encuesta en materia de delitos bancarios realizada por la Comisión de Finanzas y Tesorería italiana de 2016 y 2017 ha resaltado que, en el área de gestión del ahorro y de emisión de créditos, existen comportamientos antijurídicos estructurales que están vinculados, sobre todo, a fenómenos de conflicto de intereses y de infidelidad patrimonial⁴⁹. Según esta encuesta y de acuerdo con lo que ha sido juzgado en tribunales italianos⁵⁰, dentro de los bancos y entidades de crédito, los fenómenos criminales más comunes se refieren a comportamientos de infidelidad patrimonial y conflicto de intereses que se traducen en: a) distracciones del dinero del banco; b) venta de obligaciones con alto riesgo no acompañada de una información adecuada y transparente al cliente; c) concesión de préstamos en violación de la normativa en materia de estabilidad del banco; d) préstamos del banco a sus administradores o dependientes en conflicto de intereses; e) otorgamiento del crédito o de préstamos a clientes condicionados al cumplimiento de específicas operaciones financieras en beneficio de la propia entidad de crédito o de un tercer sujeto; f) supuestos de falsedad en los folletos de emisión; g) supuestos de alteración de precios y especulación en el mercado o manipulación del mismo.

Precisamente en relación con esta fenomenología criminal, es necesario verificar si la respuesta de la ley penal es eficaz o no. No se puede olvidar que una parte de los tipos delictivos en materia de delitos bancarios y societarios en Italia, tales como la infidelidad patrimonial (art. 2634 CC), no resultan ser adecuados en

términos de ofensividad y de clara aplicabilidad. Como ya hemos adelantado en este artículo, una parte de las dificultades para la correcta y eficaz aplicación de la sanción penal en materia bancaria surgió en los años noventa, cuando fue modificada la calificación jurídica objetiva y subjetiva de la naturaleza del servicio bancario por obra de la legislación y la jurisprudencia italianas⁵¹.

De hecho, la Corte de Casación italiana, con la sentencia *Tuzet* de 1987, excluyó que esta actividad pudiera ser considerada pública, en atención a la nueva regulación en materia de privatización del sistema bancario. Hasta ese momento, todos los comportamientos ilícitos relativos a los grandes escándalos bancarios italianos (se puede hacer referencia al caso Sindona y al caso del Banco Romano) se combatieron con la aplicación del estatuto penal de la Administración pública, principalmente mediante la aplicación del art. 314 CP en materia de peculado⁵², lo cual aseguró una buena y eficaz represión de estos ilícitos. Posteriormente se declaró la naturaleza privada del servicio bancario, como ya se dijo anteriormente, como consecuencia directa de las reformas normativas de la Comunidad Europea.

A partir de aquel momento, la legislación penal italiana ha sido afectada por diferentes reformas que han conducido a la introducción de diferentes estatutos penales: bancario, societario y de los mercados financieros. Así, por una parte, el legislador italiano intervino con la reforma de 2005 (Ley nº 262/2005 de tutela del ahorro⁵³) en materia de delitos de los mercados financieros, introduciendo tipos delictivos sancionados muy gravemente que, consistiendo en abusos de gestión, requerían la concreta lesión del “mercado”. Se hace referencia al caso de la alteración de precios (art. 2637 CC), la manipulación del mercado (art. 185 TUF), el abuso de información privilegiada (art. 184 TUF)⁵⁴ y la obstrucción de las funciones de vigilancia de las autoridades como la CONSOB (art. 2638 CC)⁵⁵. Sin embargo, estos tipos delictivos regulan conductas relativas a una

49 Se indica, Commissione Permanente Finanze e Tesoro, *Indagine conoscitiva sulle condizioni del sistema bancario e finanziario italiano e la tutela del risparmio, anche con riferimento alla vigilanza, la risoluzione delle crisi e la garanzia dei depositi – Valutazione degli elementi di criticità del sistema bancario e finanziario nella prospettiva del magistrato penale*, presso Senato della Repubblica, 9 de febrero de 2017 y 15 de septiembre de 2016.

50 De entre muchas, Corte Cass., Sez. V Pen, sentencia de 5 mayo de 2017, nº 37932; Corte Cass., Sez. V Pen., sentencia 14 de junio de 2016, nº 35384; Corte Cass., Sez. V Pen. sentencia de 20 de enero de 2010, nº 8588.

51 En particular, se habla de la importante sentencia del Pleno de la Corte de Casación, sentencia *Tuzet* de 23 de mayo de 1987.

52 Cfr. L. FOFFANI, *Economica, Sistema bancario e intervento penale*, op. cit., pág. 985.

53 Cfr. Recientemente, para un análisis de estos delitos en clave de comparación con la normativa europea, F. CONSULICH – F. MUCCIARELLI, *Informazione e tutela penale dei mercati finanziari nello specchio della normativa eurounitaria sugli abusi di mercato*, en *Le società*, 2016, pág. 179 y ss; F. SGUBBI, *Riflessioni introduttive*, en *Diritto penale dei mercati finanziari*, op. cit., pág. 2.

54 Cfr. F. MUCCIARELLI, *Art. 184 T.U.F.*, en *Il testo unico della finanza*, a cura de M. FRATINI-G. GASPARRI, Turín, 2012. L. FOFFANI, *Commento all'art. 184 T.U.F.*, en *Commentario breve alle leggi penali complementari*, coord. por F. PALAZZO e C.E. PALIERO, 2007, pág. 720 y ss.

55 Cfr. M.N. MASULLO, *Commento all'art. 2638 c.c.*, en *Leggi penali complementari. Le fonti del diritto italiano*, coord. por T. PADOVANI, Milán, 2007, pág. 2488 y ss.

clara realización de un daño en el mercado, a pesar de que algunos de ellos están contruidos como delitos de peligro y que toman en consideración la macrocriminalidad económica y financiera⁵⁶.

Podemos encontrar un ejemplo muy claro si tenemos en cuenta que se considera que el delito de manipulación del mercado es funcional en el análisis de la relevancia penal de los grandes fenómenos de criminalidad bancaria y financiera realizados en sociedades cotizadas en el mercado bursátil que crean una tangible distorsión del funcionamiento del mercado mismo⁵⁷ (casos *Antonveneta*, *Unipol*, etc.). Sin embargo, si prestamos atención a los tipos de conductas “endoempresariales”, a las que prestamos particular atención en este breve artículo y que destacan sobre todo por su importancia en relación con los delitos de infidelidad patrimonial, falsedad y conflicto de intereses, tipificados para tutelar el ahorro, observamos que los mismos presentan algunos puntos críticos respecto a la adecuación y efectividad de la tutela penal que pretende garantizar los intereses de acreedores y ahorradores⁵⁸.

En general, se trata de tipos contruidos como delitos de lesión, cuya consumación requiere la verificación de un perjuicio de tipo patrimonial económicamente evaluable.

Centrándonos específicamente en la última gran reforma de 2002, podemos señalar que el sistema relativo

a los delitos societarios está caracterizado por una ausencia de tipos penales relativos a la ayuda financiera y a las operaciones realizadas en perjuicio de los acreedores⁵⁹. Después de la derogación del art. 2630.1.2 CC se ha registrado un profundo déficit normativo en materia de ayuda financiera. Además, el actual 2628 CC, en materia de “operaciones en perjuicio de los acreedores” resulta ser fundamentalmente ineficaz tanto por la pena irrisoria prevista como por el efecto extintivo de la responsabilidad penal dado al resarcimiento del daño.

Dejamos fuera del objeto de este estudio el delito de falsedad en las cuentas, previsto en los arts. 2621 y 2622 CC, que han sido recientemente modificados por la Ley nº 69/2015, la cual ha determinado su “renacimiento”⁶⁰, al haber sido eliminados los umbrales cuantitativos de punibilidad.

Por el contrario, es necesario centrar la atención en los delitos de infidelidad patrimonial, que se caracterizan por la violación de las obligaciones de confianza y de las reglas en materia de conflicto de intereses. En primer lugar, se trata de la corrupción entre privados, prevista en el art. 2635 CC⁶¹, introducido por la Ley nº 190/2012⁶² por presión internacional (Decisión marco 2003/568/GAI) y modificado en 2015 por la Ley nº 69 y de la infidelidad patrimonial⁶³, prevista por el art. 2634 CC⁶⁴.

56 Se recuerda que en este sistema, en Italia, se habla de un problema de *ne bis in idem* respecto a la aplicación contemporánea de una sanción administrativa y una penal, cfr. A.F. TRIPODI, *Il doppio binario sanzionatorio all'esame del giudice delle leggi*, op. cit., pág. 1451.

57 Cfr. F. SGUBBI, *La manipolazione del mercato*, en *Diritto penale dei mercati finanziari*, op. cit., pág. 86 y ss.

58 L. FOFFANI, *Economia, Sistema bancario e intervento penale*, op. cit.

59 Léase F. MUCCIARELLI, *La tutela penale del capitale sociale e delle riserve obbligatorie per legge*, en *Il nuovo diritto penale delle società d.lgs. 11 aprile 2002, nº 61*, coord. por A. ALESSANDRI, Milán, 2002, pág. 289.

60 Sobre este tema, V. MANES, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali*, en www.penalecontemporaneo.it, del 22 de febrero de 2016.

61 Art. 2635 CC: “*Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, che, a seguito della dazione o della promessa di denaro o altra utilità, per sé o per altri, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, cagionando nocumento alla società, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni. Si applica la pena della reclusione fino a un anno e sei mesi se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma. Chi dà o promette denaro o altra utilità alle persone indicate nel primo e secondo comma è punito con le pene ivi previste.*”

Le pene stabilite nei commi precedenti sono raddoppiate se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, nº 58, e successive modificazioni.

Si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi.

62 Cfr. M. BELLACOSA, *La corruzione privata societaria*, en *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, coord. por A. DEL VECCHIO – P. SEVERINO, Padova, 2014, pág. 31 y ss.

63 Art. 2634.1 CC: “*Gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori, che, avendo un interesse in conflitto con quello della società, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale, sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni.*”

64 De entre muchos, cfr. E. MUSCO – M.N. MASULLO, *I nuovi reati societari*, op. cit., pág. 197; M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministrazione di società e sanzioni penali*, Milán, 2006; V. MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.)*, en *I nuovi reati societari*, 2002, pág. 126 y ss; ID, *Infedeltà patrimoniale e corruzione nel futuro del diritto penale societario*, en *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 2000, pág. 907 y ss; C. PEDRAZZI, *Gli abusi del patrimonio sociale*, op. cit., pág. 529.

El primero de los delitos fue tipificado por el legislador italiano, en un primer momento, como un tipo que requiere necesariamente la realización de un daño a la sociedad, a pesar de que la “voluntad” de la decisión marco iba dirigida más a la tutela de la competencia, evitando prever como elemento significativo de la consumación del tipo el perjuicio patrimonial para la empresa. El tipo requería también una promesa o una dádiva de dinero como contraprestación de la realización o de la omisión de un acto en violación de las obligaciones fiduciarias realizado por administradores, dirigentes generales y otro tipo de dirigentes. Sin embargo, el art. 2635 CC requiere una querrela como presupuesto para que la acción penal sea ejercitable por parte del Ministerio fiscal, salvo los casos en los que el hecho criminal determine una *distorsión de la competencia*. De esta manera, el delito de corrupción entre privados no parecía muy adecuado para tutelar el ahorro y el patrimonio de los accionistas que sufren un daño por la actividad infiel realizada por administradores y dirigentes.

En un segundo momento, el tipo fue reformado con la adopción del Decreto legislativo n.º 38/2017, de 10 de marzo, por el que se implementa parcialmente la Decisión marco de 2003 en materia de lucha contra la corrupción en el sector privado⁶⁵. De acuerdo con esta nueva redacción, la infracción se realiza con la mera aceptación de dinero o de otra utilidad, incluso en ausencia de la realización de un acto en violación de obligaciones derivadas del cargo u oficio o de las obligaciones de fidelidad por parte de los administradores y dirigentes, que se convierte en objeto de dolo específico, y del daño a la sociedad. Sin embargo, a pesar de este cambio, este delito todavía parece ser ineficaz en la mayoría de los casos, ya que se subordina su aplicación a la querrela de la parte ofendida.

Más problemática, como ya hemos adelantado, parece la cuestión de la eficacia de la ley penal en la prevención de las conductas que afectan a los ahorradores a la hora de analizar la infidelidad patrimonial del art. 2634 CC. Por cómo ha sido escrita, esta norma presenta características que han determinado que sea difícil aplicar su sanción penal a los comportamientos infieles y de distracción realizados en perjuicio de los ahorradores y, en general, de los acreedores. En catorce años de existencia, este delito ha sido aplicado muy pocas veces⁶⁶, debido a ciertas razones que han hecho evidentes los

grandes límites de este hecho típico, en particular modo durante la crisis bancaria sistémica de 2014 y 2015. De acuerdo con la norma, la realización de actos infieles que afectan al patrimonio de la empresa constituye un delito consumado cuando el comportamiento se apoya en la existencia de un dolo doble, uno específico y otro intencional, en el que el primero está vinculado a la realización de un beneficio económico ilícito, mientras que el segundo está vinculado al daño. Además, este tipo requiere siempre la querrela de la parte perjudicada⁶⁷. Sin embargo, el hecho de que la norma establezca la centralidad del perjuicio patrimonial como *resultado natural* del delito, objeto del dolo intencional, ha llevado a la mayoría de la doctrina a creer que el bien jurídico protegido fuese la mera integridad patrimonial de la empresa, configurando así el conflicto de intereses como un simple presupuesto de la conducta.

En conclusión, parecen ser tres los límites estructurales de la infidelidad patrimonial: a) el necesario cumplimiento de actos de disposición de los bienes sociales y la irrelevancia penal de conductas omisivas o simplemente organizativas; b) la necesaria presencia de un dolo intencional y de un dolo específico; c) el perjuicio al patrimonio empresarial; d) el régimen de querrela por parte ofendida. Estos aspectos han determinado, incluso en el sector bancario, efectos significativos: básicamente, los sujetos internos de la empresa pueden realizar diversos tipos de conductas penalmente relevantes en perjuicio de los acreedores y de los consumidores sin que se pueda recurrir a la tutela penal hasta el momento de una insolvencia inminente, cuando ya nada se puede hacer⁶⁸.

Por otra parte, el reciente aumento en el número de casos confirma que la mayoría de los delitos relacionados con el otorgamiento de crédito se caracterizan como fenómenos de infidelidad patrimonial del art. 2634 CC y conflictos de intereses que surgen o bien en ausencia de información fundamental o bien en presencia de información falsa. Es precisamente en esta área donde existen las mayores incertidumbres en términos de efectividad de la respuesta criminal, considerando también que algunos de los delitos actuales carecen de una adecuada ofensividad o están vinculados a la realización de un resultado de lesión difícilmente verificable en la realidad. El resultado de lesión que ha de verificarse es con mucha frecuencia difícil de calcular en términos económicos.

65 En esta materia, cfr. S. SEMINARA, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, en *Dir. pen. e proc.*, 2017, pág. 713 y ss., donde sostiene el autor que el legislador pospone el cumplimiento de las obligaciones europeas con respecto a este delito.

66 Cfr. L. FOFFANI, *Economia, sistema bancario e intervento penale*, op. cit., pág. 987.

67 Sobre el problema, V. MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.)*, op. cit., pág. 488; E.M. MANCUSO, *Le condizioni di procedibilità nel nuovo diritto penale societario*, en *I nuovi reati societari*, op. cit., pág. 672 y ss.

68 Cfr. F. MUCCIARELLI, *La tutela penale*, op. cit., pág. 318 y ss.

5. Conclusiones e hipótesis de reforma.

La ineficacia parcial del sistema penal para la prevención y represión de los delitos “endoempresariales” cometidos contra el interés de los acreedores y ahorradores, así como del patrimonio de la empresa, requiere un cambio de rumbo que garantice una aplicación más efectiva de ciertos delitos, especialmente en tiempos de crisis sistémica, cuando se imputa al Derecho penal la tarea de evitar el colapso de la economía.

Este cambio de rumbo se podría fundamentar en los siguientes elementos:

- la construcción de delitos más compatibles con el principio de ofensividad y de proporcionalidad⁶⁹ de la respuesta sancionadora⁷⁰;
- la instauración de una equilibrada relación entre la sanción penal y la sanción administrativa para evitar conflictos con el principio de *ne bis in idem*;
- la construcción del tipo delictivo como delito de mera actividad y no solo de lesión, configurable también con dolo eventual, siempre en el respeto general al principio de taxatividad;
- la eliminación de la querrela de parte como presupuesto para la acción penal.

Con estas modificaciones se podría pensar en construir un tipo delictivo de infidelidad patrimonial realmente adecuado para prevenir y reprimir muchas conductas lesivas sin esperar realmente al *resultado*, tal

como la quiebra, la cual hace ineficaz la sanción con respecto a la tutela de los ahorradores.

Queriendo tomar una posición más específica a este respecto, como se ha hecho por parte de una doctrina muy influyente⁷¹, que ya había propuesto esta configuración del delito de infidelidad antes de la reforma del 2002⁷², se podría pensar en la específica introducción del tipo delictivo francés del “*abus des biens sociaux*”⁷³, que ha sido creado para ponerse en el centro del sistema punitivo económico como delito dirigido a garantizar el correcto uso del poder y de la función por parte de los administradores y de los dirigentes y a prevenir, de hecho, el quebrantamiento de la relación de confianza existente entre los ahorradores y los bancos y entidades de crédito. Mediante una formulación revisada del delito de infidelidad patrimonial más coherente con el modelo francés se construiría un tipo penal capaz de incriminar los hechos de los administradores, de los presidentes, de los directores generales o de otros dirigentes que, con dolo, directo o eventual, hacen un uso de los bienes o de los créditos, o de poder o función, contrario al interés de la empresa o del banco, para perseguir propósitos personales o para ayudar a otras empresas o a un tercero en detrimento de los consumidores, ahorradores y acreedores.

Este delito sería tipificado como un delito de mera actividad, sin requerir un resultado, y la sanción penal personal podría, en conformidad con los principios de proporcionalidad y ofensividad, ser pensada entre un

69 Para profundizar en el tema de la importancia de los principios de ofensividad y de proporcionalidad, V. MANES, *I principi penalistici nel “network” multilivello: trapianto, palingenesi, “cross-fertilization”*, en *Riv. it. dir. E proc. Pen.*, 2012, pág. 839 y ss.

70 Sobre estos aspectos, C.E. PALIERO, *La riforma della tutela penale del risparmio: continuità e fratture nella politica criminale in materia economica*, en *Corr. Merito*, 2006, pág. 615; S. SEMINARA, *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, en *Dir. E proc. Pen.*, 2006, pág. 563 y ss.

71 Así, L. FOFFANI, *Economía, sistema bancario e intervento penale*, en *Dir. pen. e proc.*, 2016, pág. 985 y ss.

72 En el periodo de la reforma se discutió sobre dos diferentes modelos: el primero, de origen alemán (*Untreue*), regulado por el §266 StGB, que constituye un delito patrimonial y que, en este caso, concentra todo el desvalor penal en la *deminutio patrimonii*; el segundo, de origen francés (*abus de bien sociaux*), regulado por los artículos L- 241-3 y L-242-6 del *Code de Commerce*, que por el contrario pone todo el desvalor de la conducta sobre el *detournement de pouvoirs*, es decir, el exceso de poder, que determina la fractura del vínculo de confianza entre los administradores y los ahorradores; cfr. E. MUSCO – M.N- MASULLO, *I nuovi reati societari*, *op cit.*, pág. 204.

73 Cfr. Art. L-241-3 *Code de Commerce*: “Est puni d’un emprisonnement de cinq ans et d’une amende de 375 000 euros : 1° Le fait, pour toute personne, de faire attribuer frauduleusement à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle ; 2° Le fait, pour les gérants, d’opérer entre les associés la répartition de dividendes fictifs, en l’absence d’inventaire ou au moyen d’inventaires frauduleux ; 3° Le fait, pour les gérants, même en l’absence de toute distribution de dividendes, de présenter aux associés des comptes annuels ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle du résultat des opérations de l’exercice, de la situation financière et du patrimoine à l’expiration de cette période en vue de dissimuler la véritable situation de la société ; 4° Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu’ils savent contraire à l’intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ; 5° Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des pouvoirs qu’ils possèdent ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, un usage qu’ils savent contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou une autre entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement.

Outre les peines complémentaires prévues à l’article L. 249-1, le tribunal peut également prononcer à titre de peine complémentaire, dans les cas prévus au présent article, l’interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue à l’article 131-26 du code pénal.

L’infraction définie au 4° est punie de sept ans d’emprisonnement et de 500 000 € d’amende lorsqu’elle a été réalisée ou facilitée au moyen soit de comptes ouverts ou de contrats souscrits auprès d’organismes établis à l’étranger, soit de l’interposition de personnes physiques ou morales ou de tout organisme, fiduciaire ou institution comparable établis à l’étranger”.

mínimo de dos años y medio y un máximo de cinco años. Obviamente, el decomiso sería siempre un instrumento indispensable. Esta nueva construcción, además, garantizaría una renovada evaluación de la regulación relativa a las “ventajas compensatorias” en materia de grupo de empresas, lo cual merece un específico estudio en profundidad⁷⁴.

Finalmente, se garantizaría también una centralidad efectiva al elemento de la grave violación de las reglas propias en materia de gestión y otorgamiento de crédito. Este delito sería capaz de reprimir y sancionar adecuadamente las conductas infieles y de conflicto de intereses realizadas por los sujetos que integran el gobierno corporativo sin la necesidad de esperar a la verificación del resultado, lo cual conlleva con frecuencia el final de la empresa.

De esta manera se sanciona realmente la conducta cometida en violación de la relación de confianza y de lealtad que debe ser requisito para la intervención de la sanción penal. Lo que se castiga es la conducta de los que, traicionando un deber en pos de sus propios fines o de los fines de terceros, rompen la relación de confianza sobre la que se basa el correcto funcionamiento

del mercado, la cual fundamenta también el sistema bancario. Sin embargo, la intervención de la ley penal debería mitigarse siempre por la regulación previa por parte de otras áreas del ordenamiento. En primer lugar, por lo estrictamente bancario y mercantil, que ha de aplicarse a nivel comunitario para conseguir una efectiva armonización de los sistemas jurídicos de los países de la UE.

Todo ello para garantizar que la ponderación entre capitalismo, “reglas del mercado” y tutela colectiva del ahorro no pueda ser sometida al más afflictivo de los instrumentos de resolución de los conflictos sociales⁷⁵. Al Derecho penal se le puede pedir que responda mediante la contribución a la construcción de un mínimo ético en la vida de los negocios, pero la construcción de un entero sistema de ética pública solo depende de las instituciones públicas o políticas o de otros sectores del ordenamiento, principales responsables de llegar a un equilibrio real entre libertad, capitalismo y tutela de los intereses colectivos reconocidos en la Constitución, tales como el caso del ahorro en el artículo 47 de la misma.

74 E. MUSCO – M.N. MASULLO, *I nuovi reati societari*, op. cit., pág. 222-227.

75 Cfr. M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Módena, 2014.