



*La tutela penal societaria y la falsedad en el balance entre los límites normativos y las ambigüedades interpretativas**

Enzo Musco

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Roma*

1. El derecho penal societario ha vivido en el curso del último cuarto de siglo –y en particular en el último lustro– un período de extraordinario fulgor, una estación verdaderamente de oro, fruto de la acción conjunta de una serie de factores que a continuación resumiré brevemente.

El inicio de esta extraordinaria estación legislativa, científica y práctica puede estar situado en los primeros años setenta, en particular en 1974 con la entrada en vigor de la llamada minirreforma de las sociedades anónimas (Ley 216/1974).

Las etapas y los caminos más significativos, en el ámbito legislativo, están acompañados por una segunda intervención reformista aún más relevante realizada con el d. P. R. ** n.º 30 de febrero de 1986, sobre desarrollo de la segunda directiva C.E.E. en materia societaria. Mediante integraciones y modificaciones de los artículos 2.621, 2.629, 2.630 y 2.632 c.c. y con la creación de un nuevo y amplio artículo 2.630 bis, c.c., se ha fortalecido vigorosamente el *corpus* de las hipótesis de delito dirigidas a tutelar tanto intereses conexos a la integridad del capital social como intereses de otro tipo. Entre las nuevas figuras penales introducidas merecen mencionarse el delito de reparto ilegal de anticipos-dividendos, el delito de enajenación omitida de acciones o de cuotas excedentes en el caso de participaciones recíprocas, el delito de omisión de oferta en bolsa de los derechos de opción no ejercitados, la contravención del ejercicio obstaculizado de las funciones de la Consob, la contravención de la comunicación omitida, retrasada o falsa de participaciones sociales, o bien la comunicación omitida, retrasada o falsa de las retribuciones percibidas.

Por último, se han configurado nuevas figuras de delito con la ley que regula la oferta pública de venta, suscripción, adquisición y cambio de títulos (Ley 142/1992).

En un momento singular desde el punto de vista práctico, aparece la normativa introducida para el desarrollo de la IV Directiva C.E.E. en materia societaria con el d. P. R. n.º 127 de abril de 1991 que ha modificado la regulación del balance, estableciendo criterios analíticos de redacción de las correspondientes anotaciones.

Las razones político-criminales que han contribuido a la gran importancia del Derecho penal societario en el marco de la experiencia jurídico-penal se refieren, por un lado, a la exigencia, siempre presente en el mundo de la política y de la economía, de otorgar una tutela enérgica y adecuada al patrimonio social frente a los abusos cometidos por los administradores de las sociedades anónimas (factor endógeno) y, por otro lado, a la necesidad de desarrollar la directiva comunitaria en materia societaria, dirigida a la creación de una normativa de la sociedad anónima tendencialmente unitaria, como presupuesto indefectible del ejercicio de la empresa en condiciones efectivas de igualdad (factor exógeno).

Otras cuestiones posteriores y no menos significativas, tanto de naturaleza general como de origen claramente penal, han hecho después de soporte y de apoyo a estas razones.

Así, a la creciente importancia del Derecho penal societario ha contribuido en gran medida una fuerte motivación de carácter ideológico, es decir, la finalidad cada vez más asumida de eliminar del ordenamiento el odioso privilegio de la impunidad del delincuente de cuello blanco. Motivación que se resuelve tanto con la solicitud en la vertiente de la norma, del desplazamiento de la represión penal sobre hechos económicos y sobre sus autores, como en una petición al legislador de otorgar los instrumentos penales más eficaces para la regulación de los hechos económicos.

* Traducción realizada por Virginia Sánchez López (Universidad de Salamanca).

** Decreto del Presidente de la República (nota de la traductora).

No menos relevante ha sido, después, el papel desarrollado por la llamada concesión promocional del Derecho penal en la constitución de las nuevas disposiciones de tutela delineadas con las intervenciones reformistas de los últimos años: el paradigma «defensivo» de la *extrema ratio* de la tutela, considerado obsoleto y no en condiciones de regular un sector: en significativo incremento, ha sido sustituido por un modelo «intervencionista» de Derecho penal, después de la toma de conciencia de la publicidad, cada vez más acentuada, de la función asignada a la empresa. La separación entre propiedad y gestión de la empresa ha exigido modelos más rigurosos de regulación de los conflictos con la inevitable consecuencia del recurso a los instrumentos penales incluso allá donde las necesidades de tutela no emergieron con suficiente nitidez y donde la tutela civil parecía dotada de tal capacidad disuasoria que no dejaba de lado a las instancias de protección de intereses importantes.

No puede dejar de destacarse, por otra parte, la exigencia derivada de la limitada persecución penal de los hechos dañosos de la vida societaria: en la práctica, junto a las conocidas dificultades procesales en la comprobación de los delitos societarios, están surgiendo exigencias de tutela respecto a formas y modalidades de agresión de los intereses societarios considerados merecedores de protección.

Finalmente, queda resaltada la influencia de la reflexión científica de la doctrina mercantil –seguida después de la doctrina penal– que hasta los años ochenta ha representado de forma evidente la exigencia de la «información societaria» como valor fundamental en torno al cual polarizar las disposiciones en la materia desde una óptica destinada a privilegiar los intereses del mercado.

Todas estas tendencias expansivas en el ámbito de la operatividad de la intervención penal en materia económica han dado vida, al final, a una multiplicación relevante de las figuras incriminadoras.

Según parte de la doctrina se habrían creado dos núcleos de Derecho penal societario, uno tradicional y uno nuevo, núcleos que se moverían con dos velocidades y que tendrían diferente justificación político-criminal. Sea o no cierta dicha distinción, una cosa parece compartida: que esta ingente producción de delitos societarios y esta masiva inserción de «penal» en el viejo sistema no siempre ha estado orientada por cánones político-criminales rigurosos y de validez indiscutibles. Si la actividad de tipificación en general debe ser anclada a parámetros de racionalidad ligados a puntuales y rigurosos análisis de tipo empírico-criminológico, aquélla en materia económica lo debe

ser aún en mayor medida, en consideración a la indiscutible «alta opinabilidad» de las valoraciones correspondientes. En la nueva legislación societaria se ha apreciado hasta hoy sobre todo su escasa racionalidad, la falta de un diseño de intervención calibrado y su escasísima, si no inexistente, preocupación por los equilibrios y las relaciones sistemáticas. Y también –me parece obligado añadirlo– por su indiscutible carácter simbólico-expresivo.

2. Todo este gigantesco complejo normativo que, como ya se ha señalado, se asemeja más a una lozana y exuberante selva tropical que a una plantación construida según un diseño orgánico de utilización de los recursos, parece de difícil organización sistemática. No es casualidad que las elecciones efectuadas por los diversos intérpretes hayan venido siempre acompañadas de reservas y sobre todo que se hayan alejado mucho las unas de las otras.

En el intento de presentar un cuadro lo menos dividido posible, se ha propuesto ahora un esquema de clasificación fundado sobre el sujeto pasivo de los concretos delitos societarios, distinguiendo entre los delitos: a) que ofenden los intereses de la sociedad; b) que lesionan los intereses de los socios; c) que agreden los intereses de los acreedores o de terceros; o bien se ha recurrido a un criterio sistemático que toma en cuenta los distintos momentos temporales en los que se cometen los delitos individuales, separando los que son cometidos en la fase de constitución, de gestión, o de disolución de la sociedad, respectivamente; o, se ha distinguido entre delitos dirigidos a tutelar por un lado la actividad social, a evitar por otro lado hechos lesivos del funcionamiento regular de los órganos sociales y por último a proteger los cumplimientos relativos a la observancia de las obligaciones funcionales; y finalmente –quizás con mayor precisión– se ha decidido encuadrar juntos los delitos que constituyen fraude a la gestión social, de un lado, las infidelidades de los órganos sociales, de otro, y finalmente los excesos de poder o la inobservancia de las obligaciones funcionales cometidas por los propios órganos sociales.

Pero esquemas clasificatorios aparte, poniendo de relieve la *situación espiritual* del derecho penal societario después de las últimas intervenciones normativas, numerosas y detalladas, es difícil compartir la opinión de quien, con excesivo énfasis, ha sostenido que el Derecho penal societario ha dejado de ser desde hace tiempo un cuerpo normativo inerte, para mostrarse por el contrario, en su conjunto, muy vivo y vital. Y verdaderamente, aparte de algunos sectores (en particular, los concernientes a las falsas comunicaciones socia-

les) que parecen dotados, y no desde hoy, de una autónoma y singular capacidad de prestación y de funcionamiento, la normativa societaria en su conjunto no parece salvarse de un juicio de tutela inadecuada e insuficiente. Ésta se presenta fuertemente lagunosa respecto a los fenómenos de abuso del patrimonio social y, por ello, de la infidelidad en la gestión de la empresa, mientras que aparece sustancialmente ineficaz en el plano de la protección de las reglas fundamentales de la vida empresarial, además de en la tutela de la minoría.

A estos límites tradicionales debe añadirse el conectado a la carencia de disciplina de los grupos: este fenómeno creciente plantea serias cuestiones penales relativas tanto a la individualización de las responsabilidades propias de cada sujeto, como a los efectos que la llamada política de grupo produce en la valoración de los actos de gestión dañinos para el patrimonio de una de las sociedades controladas.

No aparece sustancialmente diferente la situación en lo que concierne a las técnicas de tutela, incluso cuando el recurso privilegiado al peligro abstracto en la construcción de las figuras penales parece orientar el juicio en sentido contrario. La excesiva anticipación de la tutela se ha resuelto de hecho en una suerte de *handicap* por el funcionamiento de las mismas figuras penales, ya sea en el sentido de constituir un freno a su aplicación en ausencia de un real y concreto peligro para los intereses tutelados, ya sea, por el contrario, en el sentido de consentir con frecuencia el surgimiento de interpretaciones decididamente formalistas.

Además, se ha advertido la oscilación legislativa entre una tipificación extremadamente sintética, fruto de una técnica poco específica, y una tipificación exasperantemente casuística que, por el contrario, ha dejado amplios espacios a las conductas de elusión de las prohibiciones.

El juicio sobre las técnicas de tutela pasa a ser más crítico si se refleja sobre dos hechos posteriores. En primer lugar, sobre la adopción bastante frecuente de una técnica meramente sancionatoria, de reforzamiento de las normas privadas mediante la sanción penal y, en segundo lugar, sobre la falta de una figura general de comisión culposa.

El reenvío a la específica regulación privada como instrumento de concreción de la prohibición penal—incluso si no es censurable como principio—suscita graves reservas por los reflejos que sobre el plano interpretativo produce el reclamo de las controversias civilistas, con inevitable perjuicio de las exigencias fundamentales de claridad, aplicabilidad y coherencia del sistema.

Por lo que se refiere a la falta de previsión de una figura de delito de comisión culposa de impedimento por omisión de los delitos cometidos en

el ejercicio de la empresa, se trata sin duda de una laguna relevante, sobre todo si se apoya sobre la circunstancia que tal modelo de incriminación ha previsto para los alcaldes, aunque sea de forma limitada, en el artículo 2.632, n.º 1, c.c. La introducción de esta figura habría tratado, de hecho, de reprimir todos aquellos comportamientos dañinos reconducibles a la falta de cumplimiento de los contenidos de la posición de garantía que la ley parece prever expresamente para los administradores.

Aún más, se producen dudas relevantes en orden a la utilización del modelo de ilícito contravenacional. A las menores dificultades de comprobación sobre el plano psicológico ha respondido la aplicación singularmente amplia del error sobre la ley extrapenal que ha terminado por reducir demasiado los efectos beneficiosos tomados como objetivo. La posibilidad del recurso a la oblación se ha revelado, por otro lado, como un fuerte factor de crisis del propio modelo.

Y, finalmente, permanece inmutable el principio de *societas delinquere non potest*. Esto asombra al menos por dos motivos. En primer lugar, porque la Recomendación del comité de ministros del Consejo de Europa n.º 18 de 10 de octubre de 1988 habría exhortado a los países miembros a aplicar sanciones directamente al jefe de la empresa. Y, en segundo lugar, porque la introducción del principio en el Código penal francés de 1993 habría podido tener una especie de efecto de arrastre sobre otros ordenamientos de *civil* law anclados aún al dogma tradicional.

3. Pero entremos ahora en el sector «muy vivo y vital».

Se trata de un grupo de figuras (ni siquiera numeroso a decir verdad) orientadas a la tutela de intereses centrados en las disposiciones societarias entre las cuales destaca la figura principal de las falsas comunicaciones sociales y que comprende la exagerada valoración de los nombramientos, el conflicto de intereses del administrador, la adquisición ilícita de acciones propias y la influencia ilícita sobre la formación de la mayoría social. Figuras todas que han experimentado el bautismo de la experiencia judicial de forma más o menos significativa y que, por tanto, han salido del limbo de la estéril y solipsista reflexión doctrinal para colocarse en el plano de la efectiva represión de los comportamientos ilícitos.

En el interior de este núcleo «muy vivo y vital» la posición central está ocupada por el delito de falsas comunicaciones sociales que merece ser examinado no sólo por conocidas razones relativas al papel que desde siempre ha desarrollado en la represión de los hechos lesivos del patrimonio

social, sino sobre todo por las razones contingentes que han acentuado últimamente su importancia.

Como es sabido, el delito de falsas comunicaciones sociales se ha convertido en un delito *à la page* por efecto de aquella experiencia temporal irreplicable denominada *tangentopoli* que ha puesto en evidencia la relación directa entre corrupción y materia societaria o, mejor, delitos societarios. Más específicamente puede decirse que la falsedad en el balance ha constituido el «instrumento típico de formación de las provisiones para el pago de las cuotas» oportunamente disfrazado a través de disposiciones contables después de haber sido recabado del patrimonio social. Y el descubrimiento judicial de esta trampa entre corrupción y materia societaria (*rectius*: falsas comunicaciones sociales) ha tenido inevitablemente una respuesta penal tan fuerte que hace temer para los próximos años la «celebración de muchas decenas –o quizás centenas– de procesos al año por falsedad en el balance». Y ya de esta sola consideración ha surgido la cuestión de si «las fiscalías de la República, en su meritorio celo por acosar y perseguir los fenómenos de corrupción, no adoptan por casualidad un concepto de falsa comunicación social bastante discutible –más que la corrupción, o la concusión, o la financiación ilícita a partidos políticos– sino la falsedad en el balance allá donde no hay en absoluto una falsa comunicación sobre las condiciones económicas de la sociedad»¹.

Realmente, quien refleje sobre la práctica la falsedad en el balance desde el punto de vista particular de la experiencia penal no puede evitar la tentación inmediata de colocar el fenómeno dentro de esa tendencia, en práctica desde hace algunos años, fuertemente expansiva en el área de aplicación de la figura de falsa comunicación social. Y no se puede sino revelar cómo esta tendencia es, más en general, expresión de la ideología, bastante difusa en la práctica penal contemporánea, que pretende colmar lagunas y vacíos de tutela por vía interpretativa, desconociendo de hecho la naturaleza fragmentaria del sistema penal y pretendiendo imponer necesidades de tutela (reales o presuntas) fuera de los mecanismos institucionales típicos. Para verificar entonces si esta impresión encuentra confirmación en la rigurosa y puntual reconstrucción del ámbito objetivo y subjetivo de la figura de falsa comunicación social o si, por el contrario, no permanece el fruto de una intuición más o menos sugestiva, pero privada de

una justificación real, parece necesario analizar con la oportuna síntesis el elemento objetivo de las falsas comunicaciones sociales.

4. Pero procedamos con orden y comencemos con el bien tutelado.

Creo que es difícilmente discutible que el motor real, el verdadero alma que ha impulsado y estimulado el proceso de expansión de las falsas comunicaciones sociales ha sido propiamente el bien jurídico protegido. Con el aumento de las exigencias de tutela reveladas por la aplicación práctica, la figura del artículo 2.621, n.º 1 c.c., ha perdido su originario sentido de tutela, su connotación inicial procedente del legislador del 42: no es ya una figura monoesiva sino una norma que protege una franja de intereses cada vez más amplia. Si en el diseño del legislador de la época la norma era funcional a la tutela de los intereses de los socios paralelamente a la de los terceros acordada por la figura de reparto ilegal de ganancias (artículo 2.621, n.º 2 c.c.), en la vida «real» (Derecho jurisprudencial y elaboración científica) el delito ha sido considerado como pluriofensivo de una pluralidad de intereses de distinta naturaleza, ya sea macro o microeconómica, mezclados entre sí sin ningún criterio selectivo. Por citar sólo algunos: fe pública, economía pública, patrimonio social, terceros acreedores, futuros acreedores, etc.

Este procedimiento interpretativo se ha desarrollado casi siempre junto a la disciplina de origen, aunque la norma haya sido concebida y constituida de forma totalmente autónoma. Hoy que en el Derecho empresarial está muy de moda el logotipo de la información societaria, también en el Derecho penal el *trend* está en el mismo sentido, casi como si se sintiera una clara necesidad de no estar en la vanguardia en las concretas teorizaciones conceptuales. Incluso si en el pasado he manifestado mi perplejidad sobre la naturaleza pluriofensiva del delito de falsas comunicaciones sociales por esta clase de mezcla, no sólo de varios objetos de tutela, sino también de elementos valorativos cuya colocación debería de ser más exactamente individuada sobre el plano del merecimiento de pena, no creo que se deban tener en general impedimentos para la categoría de la pluriofensividad como tal. Podemos sostener que el legislador había utilizado sólo una figura para tutelar todos los bienes jurídicos, también por razones exclusivas de economía, no queriendo aumentar más el número de supuestos de delito.

1. G.E. COLOMBO, «La "moda" dell'accusa di falso in bilancio nelle indagini delle Procure della Repubblica», en *Riv. Soc.*, 1996, p. 715.

El problema es, entonces, sólo de coherencia en el uso de la propia categoría: en la materia en la que el reclamo a la pluriofensividad no presupone la contemporánea lesión o puesta en peligro de todos los intereses que se tutelan, sino que, por el contrario, se configura con el juicio sobre la existencia del delito de la violación de uno sólo —y de uno cualquiera— de ellos. Y esto parece naturalmente contradictorio: porque postular la tutela de una pluralidad de intereses o bienes en la figura aludida debería comportar, de acuerdo al principio de lesividad del ilícito, su contemporánea lesión o puesta en peligro. Considerar suficiente, por el contrario, el perjuicio de uno sólo de los bienes tutelados, como hacen generalmente los que sostienen la pluriofensividad, significa, por un lado, hacer depender la existencia del delito de la negación de las mismas premisas de fondo y, por otro lado y sobre todo, confiar en el incontrolado juego de las contingentes y mutables exigencias de política criminal que pueden llevar fácilmente a negar o a afirmar la puesta en peligro (o la lesión) de uno de los bienes tutelados.

Es entonces evidente cómo de esta forma el bien jurídico, cuya individualización, como se sabe, es fruto de una delicadísima y no siempre racionalmente controlable operación de «pre-comprensión» del significado de la figura tomada en consideración, termina por convertirse en un auténtico *pass partout* por operaciones de signo equívoco. El resultado final es ver, entre otras, las mismas razones de garantía expresadas en la categoría del bien jurídico. Pero éste es uno, si no el más importante, *leit motiv* de la sinfonía penal que hemos escuchado en este último lapso de siglo.

5. Pasemos ahora a examinar el tipo objetivo.

No era infrecuente, hasta mediados de los años ochenta aproximadamente, leer hasta en la producción científica más acreditada cómo el elemento objetivo de la falsa comunicación social era sustancialmente inexplorado con el desprecio del empeño hermenéutico de la doctrina, en la sustancial incertidumbre del acercamiento metodológico oscilante desde una visión de tipo sancionatorio-condicional hasta una de tipo autónomo-limitado.

La reconstrucción normativa preveía, por un lado, las tensiones no resueltas sobre las grandes cuestiones del derecho de las sociedades, como la legitimidad de las llamadas políticas del balance,

derecho a los dividendos, relaciones entre mayoría y minoría, autofinanciación, política fiscal, significado y rango de los principios de certeza y transparencia del balance y, por otro lado, la situación de incertidumbre, de variabilidad y de complejidad del marco económico que obligaba a la sociedad empresarial a hacer cuentas con datos económicos extremadamente variables, como la previsible modificación de los costes de las materias primas, las oscilaciones de los cambios, etc.

La misma situación valía también para la noción de «comunicación social» que quedaba de alguna manera aún indefinida pero era utilizada sustancialmente de forma restrictiva.

Por su parte, la jurisprudencia se limitaba a ofrecer solamente un material limitado de trabajo para el proyecto de puesta al día de la investigación dirigida a definir de forma clara los contornos de la falsedad punible: como era oportunamente sabido, el tratamiento en juicio resultaba esencialmente fugaz o, cuando menos, escaso².

El proceso de clarificación-extensión del contenido del tipo aparece de todos modos largo y en cierto sentido contradictorio y empieza con la consolidación de la dirección jurisprudencial y doctrinal que alarga el objeto de la tutela. La tesis de la pluriofensividad tiene como origen el reconocimiento de la naturaleza pública de los intereses que giran en torno a la gestión de la empresa, y se resuelve, por otro lado, en una desmaterialización de los contornos del área penalmente relevante. La medida real de incidencia de la formalización y espiritualización del bien tutelado sobre el juicio de lesividad del hecho la veremos después en el análisis de la llamada falsedad cuantitativa: por ahora es suficiente confirmar la aporía fundamental de la tesis, la de conformarse con la lesión de uno cualquiera de los intereses en juego para afirmar la existencia del delito.

La segunda fase —obviamente no en orden temporal— del ya aludido proceso de clarificación-ampliación juega en torno a la noción de comunicación social que en la descripción objetiva del ilícito cierra las características de la conducta prohibida. Concepto considerado muchas veces «problemático», pero interpretado de manera fundamentalmente restrictiva, que ha sufrido una dilatación considerable por obra de la jurisprudencia que, con un procedimiento metodológico contrario (es decir, eliminando la relación teleológica con los intereses tutelados), ha sostenido la configuración del delito tanto en presencia de comuni-

2. A. BARTULLI, «Le violazioni in materia di bilancio: aspetti penalistici», en *Tre studi sulle falsità in bilancio e altri scritti di diritto penale societario*, Milán, 1980, p. 307.

caciones directas a un único destinatario que tiende a instaurar una relación bilateral (como en el caso de la comunicación a un banco)³, como en la hipótesis de declaraciones de naturaleza interna y reservada, o en las dirigidas a un único destinatario y que tienen como objeto intereses no relativos a la relación societaria (caso *Fabretti*: declaraciones procedentes de una sociedad de seguros y dirigida al Ministerio de Industria y Comercio)⁴, y hasta en las falsas informaciones contenidas en el folleto informativo enviado a la Consob según el artículo 18, Ley de 7 de junio de 1974, n.º 216⁵.

El dato cultural uniforme que se toma como base de dicha tendencia parece, esta vez, girar en torno al concepto de prevención general: dicho esto sobre la base de valoraciones que no tienen nada que hacer ni con la letra ni con la *ratio* de la norma, que se trata de hechos dañosos para la vida social; se elige la solución que sanciona de la forma más ejemplar posible la acción objeto del juicio.

La última fase del proceso de ampliación tiene como factor desencadenante el descubrimiento del nexo funcional con la corrupción, debido a la experiencia judicial de la *tangentopoli*.

Por efecto de las exigencias éticas y moralizantes provenientes de una opinión pública sabiamente orquestada y necesitada de sacudirse las escorias más impalpables de la corresponsabilidad política, exigencias recogidas por una magistratura ideológicamente orientada a no tolerar siempre los vínculos del derecho positivo, se ha dado un giro político-interpretativo de peso que trata de transformar de hecho la función represiva de la falsa comunicación social.

El objetivo de referencia ha sido, más o menos conscientemente, el de golpear a la llamada corrupción privada, aquella que concluye más allá de los esquemas públicos y que consiste, desde el punto de vista criminológico, en prometer, aceptar o dar una ganancia patrimonial para cumplir o para omitir actos de gestión relativos al ejercicio de la empresa. Hipótesis futura para el ordenamiento italiano, pero ya derecho positivo en ordenamientos jurídico-penales de países culturalmente afines al nuestro. Así, por ejemplo, el ordenamiento alemán sanciona a quien, en el ejercicio de un poder de disposición del patrimonio ajeno o de obligación de terceros, acepta y retiene indebidamente una ganancia patrimonial importante; tam-

bién los administradores, los alcaldes, los representantes y dirigentes de empresas públicas, sus asesores y colaboradores y los particulares en caso de que acepten, pretendan o se hagan prometer una ganancia para sí o para un tercero, para cumplir u omitir actos de gestión conformes o contrarios a los propios deberes (se trata de una normativa introducida con la primera y con la segunda ley anticorrupción respectivamente de 1964 y de 1982). Y a su vez, en el ordenamiento francés –y precisamente en el código laboral seguido de la reforma introducida por el artículo 152, apartado 6.º, Ley 1.336/1992– son sancionados los dirigentes y los dependientes de empresas privadas que solicitan o aceptan, directa o indirectamente, ofertas, promesas, donaciones, u otras ganancias para el cumplimiento o abstención del cumplimiento de actos funcionales.

El punto de ataque ha sido esta vez el inciso normativo en el cual se define el objeto de la falsedad: es decir, «las condiciones económicas» de la sociedad, noción pacíficamente acordada como poseedora de una función selectiva y limitadora del contenido del tipo. Este inciso indicaba que la mentira excepcionalmente punible del artículo 2.621, apartado 1.º, c.c. debía recaer sobre hechos idóneos para determinar una alteración de los resultados del ejercicio y de la compleja consistencia del patrimonio social. Utilizando el oropel metodológico de la *ratio* de tutela (llamada interpretación teleológica) se ha perfilado una noción diferente de «condiciones económicas» ampliada hasta el punto de comprender el «modo» en el cual se produce el resultado y cómo se ha determinado el patrimonio.

6. Y trataremos ahora la cuestión relativa al «parámetro de la falsedad».

El núcleo esencial del tipo objetivo de la falsedad en las comunicaciones sociales se ha tipificado por la ley como exposición de hechos que no se corresponden con la verdad acerca de la constitución y de las condiciones económicas de la sociedad, y como ocultación, total o parcial, de hechos relativos a dichas condiciones.

La aclaración de esta fórmula normativa ha constituido –como es sabido– uno de los problemas más difíciles que el penalista ha debido afrontar en el tratamiento de la parte especial del Derecho penal. La reciente atención que la norma ha

3. N. MAZZACUVA, «La tutela penale dell'informazione societaria», en *I reati societari e la tutela penale del mercato mobiliare*, Turin, 1990, p. 370.

4. A. CRESPI, «La comunicazione societaria con unico destinatario», en *Riv. Soc.*, 1988, p. 1.122.

5. S. SEMINARA, «Disposizioni penali in materia di società e consorzi», en *Giur. Comm.*, 1991, p. 126.

tenido por parte de la jurisprudencia y la doctrina ha contribuido a aclarar zonas de sombra y a abrir nuevas perspectivas interpretativas, cuyo fundamento necesita ser verificado posteriormente.

Entretanto, parece consolidarse definitivamente la tesis según la cual el término «hechos» no puede dejar de incluir también las valoraciones, que son los procedimientos mediante los cuales se atribuye un valor al conjunto de las realidades patrimoniales que constituye la empresa. La elaboración del balance reclama necesariamente una serie de valoraciones sin las cuales no podría existir. Y si teóricamente es posible distinguir entre hecho y valoración, es también cierto que la valoración apenas objetivada llega a ser en sí misma un hecho. Difícil es desconocer que a través de una valoración se puede realizar una falsedad. Por otra parte, es innegable que todas las veces en las cuales el legislador ha tratado de excluir del ámbito de la punibilidad las valoraciones, ha añadido al término «hechos» el adjetivo «materiales» como, por ejemplo, en la legislación penal tributaria. Y si no fuese así, el efecto sería el de anular *tout court* la propia figura penal: resultado éste que por sí solo basta para justificar la interpretación más amplia del término «hechos».

El procedimiento valorativo ha sido objeto de gran atención normativa: después de la primera reglamentación introducida con la minirreforma de 1974, nuevos criterios de valoración, más difusos y más complejos, han sido introducidos para el desarrollo de la IV Directiva C.E.E. en materia societaria con el d. Lgs. 127/1991. Y a ellos se ha subordinado un principio general fijado por el nuevo artículo 2.423, apartado 2.º, c.c., para el cual el balance debe ser elaborado con «claridad» y debe representar de forma «verídica» y «correcta» la situación patrimonial y financiera de la sociedad y el resultado económico del ejercicio.

Gran importancia ha asumido, del mismo modo, en el nuevo marco normativo *la introducción de la nota aclaratoria* a la cual se ha confiado la tarea de explicar las elecciones que el redactor del balance ha hecho tanto en la concreción de los márgenes de discrecionalidad concedidos por los parámetros normativos, como en la justificación, en homenaje al principio de claridad, de las derogaciones de los criterios legales de valoración.

Justamente estas innovaciones legislativas parecen haber dado fuerza por lo que se refiere a la individualización del parámetro de la falsedad, por un lado, al criterio de la veracidad legal y, por otro lado, al del *arbitrium boni viri*.

Según el primer punto de vista, hechos que no correspondan a la verdad serían aquéllos valorados de forma distinta de aquéllos previstos en la ley: la *immutatio veri* no sería sino la falta de ob-

servancia de las reglas que la ley prescribe analíticamente para la redacción del balance (así, por ejemplo, Cass. 19 de junio de 1992).

Para el segundo punto de vista deberían considerarse distintas de la verdad aquellas representaciones del balance que, más allá de las prefijadas por ley, se presentan como irracionales en concretar el espacio de la discrecionalidad valorativa de la cual por ley goza el intérprete (se piensa, por ejemplo, en el artículo 2.426 c.c.). El parámetro de la racionalidad tiende a considerar falsas aquellas valoraciones que se resuelven con la arbitrariedad del juicio.

Ambas tesis son aún inadecuadas y olvidan considerar que la valoración en términos de no correspondencia con la verdad debe ser hecha de manera autónoma sobre el plano penal. La norma del artículo 2.621, n.º 1, c.c., no es, de hecho, sancionadora del precepto civil del artículo 2.425 ss., c.c., incluso cuando su autonomía no le permite cerrar toda clase de acceso a la materia de referencia del fenómeno dictada por el derecho empresarial. Si estas tesis fueran verdad, cada valoración diferente de los criterios legales constituiría falsedad penalmente relevante, permitiendo una distinción entre valoraciones en términos de ilícito civil y en términos de ilícito penal. Lo cual constituiría un auténtico absurdo jurídico. También porque llevaría a considerar penalmente relevante incluso una irregular clasificación de las cantidades del balance.

Por lo que respecta específicamente a la «racionalidad», parece de difícil compatibilidad con las exigencias de determinación, ineludibles en materia penal, además de ser de incómoda utilización en los casos en los que falta en la normativa cualquier parámetro de referencia. Nadie podrá realmente decir con suficiente certeza que es una valoración razonable: situar el límite más allá del cual se verificaría un salto cualitativo que transforma la propia valoración en una auténtica mentira es una operación de contenidos ambiguos y resbaladizos.

Sin considerar, por otra parte, que una valoración puede ser falsa sin ser irracional y puede, por el contrario, ser irracional sin ser falsa. Se piensa en el conocido caso de la valoración de la vieja casa veneciana, vieja y en malas condiciones, pero construida con materiales de grandísimo valor que ya no se hallan en el mercado: ¿es también falsa, además de irracional, una apreciación elevada que valora la preciosidad de los materiales?

En la decisión de si «no corresponde a la verdad» en la fórmula de las falsas comunicaciones sociales, creo que es preciso partir de la función informativa del balance, actualmente enriquecida por la característica integradora y por la instru-

mentalidad de los criterios legales respecto a la representación verídica y correcta de la situación patrimonial y financiera de la sociedad y del resultado económico del ejercicio. Desde esta óptica, pasa a ser principal el procedimiento de valoración, y esto supone la indicación del conjunto de reglas que se han empleado en la reconstrucción de la situación económica de la sociedad y los efectivos cálculos desarrollados sobre la base de dichas reglas. Se trata, en definitiva, de convertir en inteligibles los caminos y las elecciones efectuados en la valoración contable y de verificar su congruencia. Es la reconstrucción del procedimiento valorativo y no la simple observancia de los cánones predeterminados por la ley civil o de aquellos etiquetados como razonables lo que permite hacer inteligible el balance y calificarlo como correspondiente a la verdad. Concretamente, por ello, para la Corte de Apelación de Milán (Sec. Instr. 18 diciembre de 1991) haber seguido un criterio diverso de inscripción en el balance de las contribuciones a fondo perdido derogadas a favor de la sociedad no incluye, por sí sólo, los extremos del delito; y para el Tribunal de Lanciano (25 de noviembre de 1985) la falsedad *ex* artículo 2.621 c.c. se configura solamente cuando el enunciado valorativo, sin explicitar criterios diversos, se presenta, en el contexto normativo en el que se desarrolla, como aplicación de los criterios legales violados.

Sí, por el contrario, la valoración viene expresada como conclusión de un argumento que explicita los criterios adoptados, podrá tenerse un argumento equivocado, no una valoración falsa, incluso si los criterios adoptados, son ilegales.

Superadas, por otro lado, las objeciones con la regla de la distinción entre los criterios seleccionados para la valoración y los criterios adoptados realmente:

a) en cuanto a la postura que, de esta forma, dejaría a los propios destinatarios del precepto penal la elección del criterio de juicio es fácil replicar que «si es el propio legislador quien deja márgenes de elección al operador, es después de las normas que prescriben el deber de la motivación cuando ha de impedir que el ejercicio del poder discrecional pueda convertirse en arbitrario» (Bartulli);

b) en cuanto a la postura de la tesis que lleva a resultados contrarios a la ratio de la norma en la hipótesis de que los administradores indiquen criterios de valoración faltos de correspondencia con

la realidad de la economía, es fácil replicar que los criterios seleccionados no deben nunca ser arbitrarios;

c) y, finalmente, en cuanto a la postura de la tesis no aplicable en la hipótesis en la que los administradores no declaren en la nota aclaratoria los criterios seguidos, es aún más fácil responder que dicho comportamiento no puede sino configurar las características del delito.

No es casualidad, por otro lado, que los propios detractores de la tesis no reconozcan implícitamente su validez. Al juzgar se considera delito incluir en el balance —en el pasivo— amortizaciones inferiores respecto a las previstas en la ley (caso de la sociedad eléctrica antes de la nacionalización) dándose noticia y justificación en la relación unida al balance se sostiene que «en particular se está frente a un balance que no puede no considerarse falso, porque la falsedad no prescinde del engaño y en general de la inducción a error, ni parece legítimo sostener, *sic et simpliciter*, que sea falso todo aquello que es contrario a la verdad legal»⁶.

Una última consideración: la tesis de la reconstrucción del procedimiento de elaboración del balance aparece como la más idónea para respetar la relación necesaria de equilibrio entre la tutela penal y la tutela civil, para evitar el riesgo de la tendencial superposición de las dos formas de tutela, con la consiguiente pérdida de autonomía de la valoración penal.

7. Y entremos ahora en «la falsedad en la fase de constitución».

El tipo de las falsas comunicaciones sociales cubre el marco entero de la vida societaria desde el momento de su origen. La norma de hecho prevé expresamente la hipótesis de la falsedad que surge propiamente en la fase de constitución de la misma sociedad. La exposición fraudulenta de hechos no correspondientes a la verdad sobre la constitución de la sociedad ha sido también objeto de examen en dos singulares casos judiciales que vale la pena considerar. Se trata de recientes detenciones judiciales que implican tanto al juez de legitimidad como al juez de primera instancia.

Según la Corte Suprema el delito de falsedad en las comunicaciones sociales prevé no sólo «las falsas comunicaciones que tienen como contenido las condiciones económicas de la sociedad, es decir, su propia situación patrimonial, sino también las referidas a la constitución de la sociedad». En

6. U. COMI, *Diritto penal e commerciale*, Turin, 1980, p. 335.

este concepto deben incluirse «las modificaciones del acto constitutivo y en general todas las modificaciones de los elementos indicados en el artículo 2.518 c.c. Y, realmente, también de tales variaciones deben ser informados los socios, los futuros socios, los acreedores, los posibles acreedores y, en general, los terceros interesados».

A su vez, según algún juez de primera instancia, existe falsa comunicación social en la constitución de la sociedad en la hipótesis de encabezamiento ficticio de las participaciones sociales (por ejemplo, por medio de un testaferro) «preorganizada para engañar a terceros, disimulando la pertenencia de la empresa a personas cuyos conocidos antecedentes penales y mercantiles disuadirían a los interesados de instaurar relaciones con la sociedad o los inducirían a mayores cautelas».

También estas dos decisiones me parecen el fruto de la tendencia ya señalada antes de la extensión del ámbito de aplicación del tipo fundado sobre presuntas exigencias de prevención general. La primera orientación olvida que la falsedad sobre la constitución debe ser referida a sujetos típicos indicados en la norma y a los promotores y a los socios fundadores y que, por tanto, al término «constitución» no puede sino ser atribuido el significado propio de la materia de referencia. En apoyo de esta interpretación se añade que la aplicación de una pena con límites tan altos parece en la ley estar reservada solamente a las falsedades que tienen por objeto exclusivamente las condiciones económicas y no otras comunicaciones.

La segunda orientación hipotiza la función informativa del balance, la extiende acriticamente también al acto constitutivo y a sus modificaciones, hace hincapié en un precedente de naturaleza teórica que destaca la inclusión en el programa ex artículo 2.333 c.c. de inexistentes adhesiones de personalidades destacadas del mundo de la economía y olvida que no es posible incluir las declaraciones de voluntad dentro del esquema verdadero-falso. En el negocio simulado permanece la voluntad efectivamente manifestada por los contratantes. También el más tenaz defensor de la información societaria ha expresado reservas enérgicas sobre la posibilidad de plantear «en la cabeza de los socios fundadores una obligación de verdad que vaya más allá de la identidad de aquellos que han prestado la conformidad formal necesaria con la finalidad de que el ente societario adquiera vida»⁷.

8. En conclusión de nuestra reflexión podemos afrontar ahora los nudos actuales de la falsedad en el balance.

Como ya ha habido ocasión de señalar, la tendencia expansiva en la aplicación del tipo de falsedad en las comunicaciones sociales se ha manifestado en conexión con la experiencia judicial de la *tangentopoli* (v. supra, p. 5).

Esta posterior ampliación del ámbito de aplicación del tipo ha modificado obviamente direcciones interpretativas suficientemente consolidadas y compartidas que se refieren respectivamente a: a) la llamada falsedad cuantitativa; b) la llamada falsedad cualitativa; c) el papel del principio *nemo tenetur se detegere*.

Aquí están en síntesis los términos de las distintas problemáticas.

a) Haciendo propia una elaboración de la doctrina civil, que contiene el fenómeno de la «moda» de la impugnación de las deliberaciones assemblearias de aprobación de los balances irregulares, también el Derecho penal ha tratado de poner un límite cuantitativo a la relevancia de la falta de correspondencia con la verdad del balance. Más en particular, se ha fundado este límite, por un lado, sobre una lectura de la falsedad omisiva en función generalizadora del contenido del tipo objetivo: como la obligación de informar no podría sino referirse sólo a aquello que puede inducir a los socios a error y no ya a todos los hechos que conciernen a las condiciones económicas de la sociedad, así para la falsedad comisiva debe ponerse un límite de relevancia para excluir la existencia del delito todas las veces en las cuales la información distinta de la verdad no parece en condiciones de engañar a los titulares de intereses protegidos en cuanto a las propias condiciones económicas. Y, por otro lado, sobre la necesidad de tener en cuenta el resultado global de la representación conjunta del valor patrimonial de la sociedad.

Para ejemplificar (también con referencia a un reciente caso judicial): la ocultación de actividad por cuantía modesta (ej. 500 millones) respecto a un capital social significativo (200.000 millones) y a una utilidad de balance de notables dimensiones (2 billones) no sería idóneo lesionar los intereses tutelados, dado que no incidiría sobre la función informativa del balance.

Por una mínima divergencia entre datos reales y datos representativos en el balance sería difícil hacer surgir una capacidad de engaño. Según un primer punto de vista, la relevancia del límite cuanti-

7. V. NAPOLEONI, «Costituzione di società mediante prestanome e false comunicazioni sociali», en *Cass. Pen.*, 1994, p. 2.326.

tativo constituiría un límite tácito de la norma, de *nuvoloniana*⁸ memoria. Según otro punto de vista, estaremos frente a un delito imposible. O, por decirlo mejor, a un hecho conforme al tipo pero inofensivo. Un tercer y último punto de vista hace hincapié sobre una consideración político-criminal y sería una paradoja condenar con la sanción penal irregularidades en el balance inidóneas para lesionar concretamente los intereses tutelados por el legislador con la regulación civil y, por lo tanto, insuficiente para justificar la sanción civil por la invalidez de la deliberación.

Son débiles las dos primeras tesis: juntas se demuestran con el objeto de la tutela que les hace de soporte. Sostenibles con suficiente fuerza persuasiva en un contexto argumentativo que gira en torno a los intereses internos de la sociedad (tutela de los socios, y en particular de aquellos minoritarios), terminan por volatilizarse cuando vienen limitados con una protección cada vez más externa, más pública, más impalpable por ser sustancialmente espiritualizada, como aquella que hoy es mayoritaria.

Más sugestivo es, por el contrario, el tercer modo de argumentar que, proveniente de un civilista, hace eje sobre un *topos* propio del razonamiento en términos penales⁹. Ello, aún a riesgo de no tomar en cuenta la autonomía de la valoración penal que ciertamente —y no sería la primera vez— puede decidir retroceder su límite de intervención más acá del espacio de la operatividad llamada natural en la materia civil. Se expresa ciertamente en contra, aunque honestamente no de forma decisiva, toda la descripción penal del artículo 2.621 c.c.

Por otra parte, en materia de tutela de intereses supraindividuales, la relevancia de un límite cuantitativo ha tenido necesidad de una expresa opción legislativa. El pensamiento va rápidamente al tipo del fraude fiscal en su originaria formulación de 1982 que incriminaba la falsedad sólo cuando era tal que «altera de manera relevante» el resultado de la declaración. No es quizás superfluo recordar que, a causa de su indeterminación, diese vida a no pocos problemas interpretativos que fueron la causa de la reformulación de la figura en la reforma de 1991.

A su modo, el límite más visible de la relevancia cuantitativa está justamente en la incertidumbre absoluta y objetiva del criterio, quedando del todo al gusto y a la opinión del operador del derecho. El reclamo a los límites de relevancia que en ma-

teria contable rigen en Estados Unidos (es relevante si excede del 10% el total de la cuenta o incide más del 2% sobre el margen bruto, o más del 1% sobre los beneficios, o más del 3% sobre el patrimonio neto o más del 5% sobre el resultado del ejercicio antes de impuestos) acaba por sostener, más que desmentir, la tesis de la punibilidad de la falsedad cuantitativamente irrelevante. Distinto es el discurso de *iure condendo*: la notable opinabilidad de las valoraciones en materia de balance sugiere una intervención reformista que destaque sobre el plano de la descripción del hecho una distancia cuantitativa que haga de límite expreso a la misma punibilidad.

b) La falta de punibilidad, o mejor de configuración, de los extremos objetivos del delito de falsas comunicaciones sociales en las hipótesis de justificación no verídica de un coste efectivamente alto ha sido dictada por la jurisprudencia romana primero y avalada después por el Supremo, con argumentaciones no muy sólidas, de las cuales hablaremos enseguida. Dos secciones diferentes del Tribunal de Roma (la III y la VII), casi literalmente (respectivamente en fecha de 9 de marzo de 1983 y 12 de marzo de 1983), habían establecido que la justificación ficticia de una partida pasiva anotada en el balance en su monto exacto nada quita y nada añade a la representación de las condiciones económicas de la sociedad. Dos de los itinerarios argumentativos: por un lado, el reclamo a la pluriofensividad del delito que tutela los intereses de los socios o de los acreedores (proveedores o accionistas) que están en relación con la sociedad y, por otro lado, la importancia de que no toda clase de falsedad hipotética puede entrar en el esquema descriptivo del artículo 2.621 c.c.

De la primera premisa se deduce que socios y terceros acreedores (actuales o probables) tendrían el único interés de conocer las vicisitudes del capital social en el cual en definitiva encuentran su garantía; de la segunda premisa se arguye que el enunciado de una justificación falsa sobre los gastos efectivamente sostenidos no incidiría sobre la exposición de las reales condiciones económicas de la sociedad. Tal vez, semejantes comportamientos deberían ser encuadrados bajo otras figuras (por ejemplo, la estafa) en caso de que correspondieran a sus características.

Con la explosión de la *tangentopoli* y con el descubrimiento de que la falsedad de la justificación

8. Referencia al penalista Nuvolone (nota de la traductora).

9 G.E. COLOMBO, *La "moda" dell'accusa*, op. cit., p. 719.

Revista Penal

La tutela penal societaria y la falsedad en el balance entre los límites normativos y las ambigüedades interpretativas

... sirve para cubrir el pago de las cuotas o de financiaciones ilícitas a los partidos se ha pensado en la Fiscalía de la República que el tipo de falsas comunicaciones sociales podría constituir un válido instrumento de represión de estas patologías. Incluso aquí los caminos interpretativos se mucven sobre el plano de la individualización del objeto de tutela y sobre el de la descripción del elemento material del delito.

Sobre el primer punto, el objetivo principal es la información societaria y la transparencia económica, obviamente desde una óptica de tutela de la fe pública y de la confianza que el público debe poder tener sobre las comunicaciones provenientes de una sociedad mercantil. Sobre el segundo punto, se hace hincapié sobre una visión parcelada de las singulares voces del balance y sobre el interés por conocer la dinámica tendente al procedimiento que conduce al balance de ganancias y pérdidas: el concepto de condiciones económicas de la sociedad que se sostiene, vislumbrado a la luz meridiana del interés cognitivo de los que disfrutan de la comunicación, asumiría un alcance más amplio que el reconocido por las ciencias económicas y contables y acabaría por incluir todos los datos que tienen directa o indirectamente relevancia en cuanto a la representación o valoración –sea bajo el perfil estático o dinámico– de la empresa social. Y sería la veracidad de cada voz –independientemente de la hipotética correspondencia con el marco económico-patrimonial– para realizar la tutela del interés protegido por la norma.

Bastante débiles también estas dos afirmaciones argumentativas. La primera se resuelve en una clara manipulación del significado de la norma; la segunda, en una injustificada ampliación del significado semántico de la fórmula normativa. Y realmente, frente a un coste efectivamente sostenido, su calificación inveraz normalmente no invalida la representación de las condiciones económicas, si bien es verdad que la contabilidad se desarrolla con referencia al principio de efectividad y no de legitimidad. Imputar como gasto de servicio el desembolso de una cierta suma de dinero destinada, por el contrario, al pago de una cuota o a la financiación de un partido político no significa hacer una anotación «falsa» sino una verdadera: la falsedad sobre la justificación no es la falsedad sobre la condición económica que queda intacta frente a una diferente calificación de la causa del gasto.

La condición económica de la sociedad no puede transformarse subrepticamente en su «condición ético-social» por razones de represión penal, aunque sean compartidas por todos.

La utilización en clave extensiva del tipo del método teleológico es la señal menos visible y más

sutil de la concepción totalizadora del sistema penal que se ha manifestado en la práctica de estos últimos años. En realidad, con reconducir la veracidad de la justificación a la veracidad de la condición económica se ha hecho una operación metodológicamente incorrecta, incluso aunque socialmente parece merecedora de apreciación. Tanto más incorrecta cuanto más permanecemos anclados por elección constitucional –confirmada también por los trabajos de la Comisión bicameral para las reformas constitucionales– a una concepción de la interpretación de la ley penal en términos restrictivos, como momento interpretativo –sobre el plano práctico– de un sistema de Derecho penal que se sitúa como *extrema ratio* de tutela y que continuamos definiendo con los principios de lesividad, materialidad, fragmentariedad y subsidiariedad.

Es difícil, valorando las cosas desde este punto de vista, atribuir a la fórmula «condiciones económicas» una extensión tan amplia que comprenda el significado y la finalidad de las operaciones económico-financieras. La condición económica no es otra cosa que la dimensión del patrimonio de la sociedad, que incluye la entidad de sus ganancias o de sus pérdidas, la entidad de sus costes o de sus beneficios.

Y, de todos modos, más allá del reclamo a los máximos principios, me parece obligado reconocer cómo no puede incidir en absoluto sobre la capacidad informativa del documento contable una «explicación distinta de la verdad» de un coste real y efectivo: las coordenadas a lo largo de las cuales se desarrolla el juicio sobre la sociedad por parte del mercado son las de hecho y no las ideológicas y/o morales.

En conclusión: es más correcto reconocer un vacío de tutela y mejor proceder en tal sentido de forma rápida, que proceder arbitrariamente a eliminarla por vía interpretativa, forzando (¿o violentando?) las elecciones legislativas. Frente a la omnipotencia del intérprete, el penalista (o al menos: el de origen liberal) prefiere –desde siempre– el respeto a las elecciones del legislador.

c) Quedan por hacer algunas breves consideraciones sobre el alcance, en materia societaria, del principio *nemo tenetur se detegere*. El esquema se repite también aquí: ante la *tangentopoli*, la Corte de Casación había establecido, con éxito en algunos procesos clamorosos, que si un administrador de una sociedad mercantil había cometido ilícitos penales, como corrupción, contrabando, etc., no puede ser obligado a contabilizarlos antes y a anotarlos después en la elaboración del balance: «La obligación de fidelidad y de veracidad en las escrituras contables y en las comunicaciones o en

los balances sociales no es exigible para los transgresores, para no revelar la fuente delictiva de los beneficios obtenidos y con ello dar origen a la prueba de los delitos cometidos».

Como paradoja: también este *dictum* se apoya sobre una específica reconstrucción del objeto de tutela. Y, por ello, sobre la importancia del artículo 2.621 c.c., que tutela a los socios y terceros frente al peligro de los administradores deshonestos que ocultan el real movimiento económico y patrimonial de la sociedad.

Por efecto de esta toma de posición, el derecho de defensa venía a salir de su natural ámbito de aplicación y a resurgir como principio general y, por ello, sustancial en la totalidad del ordenamiento penal, estableciendo, en realidad, la total impunidad para todos los hechos delictivos cometidos por los administradores de las sociedades comerciales (sobre todo en caso de que fuera seguida la vía de la configuración de una verdadera y propia causa de justificación).

El cambio de clima hacía, de todos modos, de estímulo para la reafirmación del principio contrario, también fundado sobre la mismísima individualización del bien protegido, más que sobre algunos indicios normativos de rango ordinario. Brevemente: contradiciendo su anterior proceder, la Corte de Casación distinguía los dos planos de operatividad del principio de defensa y reafirmaba el principio según el cual ello no implica la facultad de violar normas que tutelan intereses diversos.

Para sostener esta última orientación se puede hacer valer un doble orden de razones. Antes de todo, y en clave positiva, un dato sistemático de gran importancia es el proceder de la circunstancia agravante de la llamada conexión teleológica del artículo 61, n.º 2, c.p., en la hipótesis de que la falsa comunicación social haya nacido (no sólo para ejecutar, sino también) para ocultar un precedente delito (de corrupción, de apropiación indebida, de financiación ilícita de los partidos) y para conseguir o asegurar para sí o para otros el producto, el beneficio, el precio o la impunidad por otro delito. Una aplicación de este punto de vista se encuentra, a nivel legislativo, en la última normativa de concesión de amnistía por delitos tributarios, aplicada a la falsa comunicación social cometida para ejecutar, u ocultar, delitos tributarios o bien para conseguir su beneficio.

En segundo lugar, y en clave negativa, la imposibilidad de fundamentar el alcance general del principio *nemo tenetur se detegere* se apoya sobre un argumento de naturaleza sistemática, sacado

de la causa de impunidad del artículo 384 c.p. En *subiecta* materia nos parece que no se puede hablar de necesidad, sin tener en cuenta, después, el hecho de que la manifiesta «naturaleza excepcional» de la causa de no exigibilidad y su rigurosa taxatividad constituyen factores que impiden su aplicación extensiva.

9. En conclusión se examinará, si bien brevemente y a grandes líneas, el problema de la falsedad en el balance consolidado.

Como se sabe, la elaboración del balance consolidado, dentro de los grandes grupos, se imponía lentamente en la práctica y había llegado a ser obligatorio para las sociedades que cotizan en bolsa, además del sector editorial, del sector de comunicaciones y del asegurador. Con la entrada en vigor del d. lgs. 127/1991 la obligación se ha generalizado y se ha impuesto así a los grupos de redacción del balance consolidado, indicando con claridad y de modo verídico y correcto la situación patrimonial y financiera y el resultado económico tanto de la sociedad controladora como de las sociedades controladas.

El balance consolidado a través de una representación de segundo grado trata de suministrar el marco de la situación patrimonial y financiera y el resultado económico del conjunto de empresas formado por la controladora y por las controladas, incluso aunque no necesita de aprobación asamblearia. Su reconducibilidad al área de aplicación del delito del artículo 2.621, apartado 1 c.c., es reconocida pacíficamente por la jurisprudencia¹⁰, que la califica como comunicación social, aunque no parecen subsistir obstáculos para calificarlo, más correctamente, como «balance» *tout court* en consideración a la función informativa directamente exigida al grupo, más que a su idoneidad para suministrar información al exterior y, por ello, al mundo de los inversores institucionales y no institucionales.

Aparte de la cuestión calificadora, es necesario verificar entonces cuáles son los presupuestos en presencia de los que se configura la relativa responsabilidad penal que es, quizás no es superfluo añadirlo, autónoma (objetiva y subjetivamente) respecto a la de los redactores de los balances de las sociedades controladas.

En general, debe precisarse que la configuración de la falsedad depende de la presencia de los requisitos objetivos y subjetivos descritos por la norma. Y esto, antes que nada, es el hecho de que las sociedades controladas envían datos falsos y

10. Cass. 9 de julio de 1992, en *Cass. Pen.*, 1993, p. 2.108.

Revista Penal

La tutela penal societaria y la falsedad en el balance entre los límites normativos y las ambigüedades interpretativas

que el administrador de la sociedad controladora sea consciente de la falsedad. Es obvio que la responsabilidad del administrador de la sociedad controladora no deriva de su posición: se requiere la conciencia de la falsedad de la sociedad controladora, que puede también basarse en comprobadas políticas de empresa y en verificadas instrucciones de elaboración de los datos. Va más allá quien sostiene que debe excluirse la responsabilidad sobre la base del argumento según el cual, «desmentir, por parte del jefe del grupo, las comunicaciones de las sociedades controladas sonaría como clamorosa manifestación de inestabilidad económico-financiera, de confusión y de contrastes en la gestión. Del jefe del grupo se puede pretender una solución a través de la destitución de un administrador demasiado exuberante, pero no se le puede racionalmente imponer un castigo que equivalga a una denuncia penal».

La concepción de la legalidad limitada que tiene a la destitución no es aceptable: tanto más si se requiere desde el principio a los administradores de la sociedad controladora no sólo el poder-deber de requerir y obtener de las sociedades incluidas en el área de consolidación todos los datos y las informaciones necesarias para la elaboración de tal documento contable, sino una verdadera y propia obligación de valorar, según la medida de diligencia calificada impuesta por la ley, la completitud y la fidelidad de las informaciones transmitidas por las sociedades controladas (incluyendo eventualmente las inherentes a la constitución y al empleo de «provisiones» y «fondos negros» destinados a fines ilícitos)¹¹. Sin considerar, por otro lado, las posibilidades de reconducir la responsabilidad a la posición de garantía *ex* artículo 2.392 c.c., y, por tanto, a la obligación de impedir delitos que recaerá sobre los administradores de la sociedad controladora.

Pero la falsedad en el balance consolidado puede derivar también directamente de la formación del propio balance, sin pasar así por las falsedades

de los datos de las sociedades controladas. El balance consolidado por el jefe de grupo no se concreta, por el contrario, en un mero folleto contable, en un mosaico de elementos ofertados por las sociedades controladas y recibidas acriticamente¹², pero obliga a los administradores de la sociedad controladora a una serie de elecciones valorativas discrecionales idóneas para condicionar el marco de la representación económica del grupo y del resultado del ejercicio. A este respecto debe subrayarse cómo el d. lgs. 127/1991 concede una notable discrecionalidad en el uso de los criterios de elaboración del balance consolidado, aunque el artículo 35 dispone que los criterios de valoración sean los mismos adoptados para la elaboración del balance del ejercicio de la empresa que redacta el balance consolidado. También aquí con relación al criterio de la falsedad valen las consideraciones citadas a propósito del balance del ejercicio. No ya la irracionalidad sino la deformidad del parámetro declarado respecto al utilizado constituye la medida de la respuesta a la veracidad del documento contable¹³.

Es tiempo de extraer una rápida conclusión de las reflexiones efectuadas hasta aquí: nos dejan perplejos todos estos intentos (sean o no jurisprudenciales) que, partiendo de firmes necesidades de tutela (con frecuencia todas han de ser verificadas), desarrollan caminos interpretativos que se resuelven, frecuentemente, en una manipulación del contenido prescriptivo del tipo. Semejantes operaciones de ortopedia interpretativa, conductas sobre el objeto de la tutela, corren el riesgo de resolverse, y de hecho se resuelven, en una evitación del principio de taxatividad y —digámoslo claramente— en una traición de la función garantista de la propia categoría del bien jurídico. Y no podemos esperar construir, a través de la violación del principio de legalidad, órdenes de tutela más intensas tanto en el Derecho penal en general, como en el Derecho penal societario en particular¹³.

11. L. FOFANI, «Lotta allo corruzione e rapporti con la disciplina penale societaria (Osservazioni in margine alle proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell'illecito finanziamento di partiti)», en *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, p. 963.

12. Cass. 9 de julio de 1992, cit.

13. A. BARTOLI, «Riflessioni sulla tutela penale dell'informazione societaria: bilancio d'esercizio e bilancio consolidato», en *Riv. Soc.*, 1996, 17 y ss.; G.E. Colomba, «La "moda" dell'accusa», cit., 727 y ss., para un marco apreciable de las situaciones en las cuales podría considerarse la falsedad en un balance consolidado.