

Técnicas de tutela y de intervención en el nuevo Derecho penal bancario italiano

ANDREA CASTALDO

Profesor de la Universidad de Urbino

SUMARIO: 1. El porqué de la reforma: 1.a) La exigencia comunitaria: el modelo de banca universal.—1.b) La lucha contra la criminalidad económica: 2. El proceso ético del derecho penal bancario. 3. Los perfiles del nuevo sistema penal bancario: 3.a) La anticipación del umbral de la tutela.—3.b) La opción en favor del dolo específico.—3.c) La simplificación de los supuestos de hecho a nivel probatorio: 4. Los principales defectos entre la antigua y la nueva estructura normativa. 5. El art. 7, inciso 2 del TU y su función de filtro. 6. Consideraciones conclusivas.

1. EL PORQUÉ DE LA REFORMA

Desde hace mucho tiempo, la doctrina señala los aspectos anacrónicos y lo inadecuado de la normatividad relativa a la tutela penal de la actividad bancaria. Este estado de malestar era la proyección —en un sector específico— del alejamiento general, en el ámbito del Derecho penal económico, entre disposiciones reglamentarias y una realidad en continua evolución, sin contacto con los modelos originales de referencia.

Las pocas y limitadas intervenciones legislativas, determinadas por la necesidad de taponar las fallas más evidentes de un sistema en crisis, también habían acentuado el defecto de la falta de un cuadro global.

En el plano jurídico, la técnica fragmentaria utilizada había producido una legislación «estratificada», de tipo aluvional, meramente añadida a las normas vigentes, en vez de ser de tipo sustitutivo o integrativo.

Además, la consecuente desorientación interpretativa había dado como resultado el fenómeno de la desorientación jurisprudencial, alimentado por unas pronunciaci3nes raras pero significativas, las cuales, tratando de llenar las supuestas lagunas punitivas, terminaba recortando los espacios de operatividad de algunas tipologías clásicas, mediante operaciones de suplencia, de dudosa compatibilidad con el principio de legalidad (1).

Las razones de fondo del proceso de envejecimiento legislativo y de la relativa implementaci3n normativa han sido justamente reconducidas a la superaci3n de un modelo econ3mico atrasado, dise1ado seg1n valoraciones solipsísticas, y viceversa al ingreso de un mercado inspirado en esquemas de tipo solidario (2).

Si de la perspectiva global se pasa al análisis del derecho penal de la empresa bancaria, las argumentaciones en perspectiva asumen mayor eficacia. Efectivamente, el núcleo original de la ley bancaria (un conjunto de disposiciones que se remonta a los años treinta) había sufrido operaciones de rejuvenecimiento periódicamente, resistiendo, como fuerza centripeta, a las *microrreformas* que rediseñaban las fronteras de la tutela penal con ritmos y técnicas de hechura más ágil (3).

Sin embargo, reconducir la etiología de la reforma a unas causas cronológicas de orden *natural*, sería minimizarla: en realidad, factores *externos e internos* están en la base del cambio.

1.a) La exigencia comunitaria: el modelo de banca universal

Bajo el primer perfil, el rostro de la banca delineado por el r.d.l. del 1936, de tipo publicista y especializado, parecía estar en perfecto contraste con la imagen de banco universal, preferida a nivel comunitario.

La adopci3n de un modelo no especializado, adecuado a la normatividad comunitaria, responde así a la intenci3n de lograr la homogeneizaci3n del sistema.

(1) Se pueden señalar, por ejemplo, la extensi3n del estatuto penal de la PA, ciertas orientaciones discutibles en materia del artículo 2.621 Código civil, la considerada inexistencia del dolo específico en el art. 216 inciso 1, numeral 1, primera parte L. FALL.

(2) Cfr MARINUCCI, «Gestione d'impresa e pubblica amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici», *Ridpp*, 1988, pp. 424 y ss.

(3) El análisis del fenómeno de las diferentes velocidades lo desarrolla exhaustivamente BRICOLA, «Profili penali della disciplina del mercato finanziario», *Banca e Borsa*, 1990, vol. I, pp. 16 y ss.

1.b) La lucha contra la criminalidad económica

Sin embargo, un papel preponderante en la aceleración del cambio fue el jugado por las exigencias *internas*.

La mayor importancia (inclusive en términos de conciencia) del fenómeno de la criminalidad organizada, de sus infiltraciones masivas en el tejido financiero para fines de lavado de dinero resaltó la vulnerabilidad particular del sistema bancario, y la necesidad correlativa de buscar soluciones (4).

El refuerzo de los poderes de control, la normatividad *antirreciclaje*, los nuevos dictámenes en materia de sociedad de intermediación son solamente algunos de los indicios más evidentes del *revirement* ocurrido.

Por cierto, es preciso señalar cómo estos impulsos al cambio hayan generado un proceso curioso de intercambio: efectivamente, mientras el ordenamiento italiano, en su proceso de adecuación a las directrices comunitarias, ha *importado* modelos extranjeros, contemporáneamente ha *exportado* normas o estrategias de intervención relativas a la lucha contra la criminalidad económica en los países tradicionalmente «sensibles» a las políticas de cooperación (5).

Al lado de las razones de armonización y de política criminal, también la posibilidad de superar las dificultades interpretativas ligadas a la formulación de los supuestos de hecho originales ha jugado un papel importante en el impulso al cambio.

2. EL PROCESO ÉTICO DEL DERECHO PENAL BANCARIO

La tarea de traducir en realidad normativa a las nuevas instancias delineadas le tocó primero al Decreto Legislativo núm. 481 del 14 de diciembre de 1992, en desarrollo de la segunda directriz de la CEE (No 89/646), que coordinaba las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de las entidades crediticias y su ejercicio; y luego al Decreto Legislativo núm. 385 del 1 de septiembre de 1993, en vigencia desde el 1 de enero de 1994, que aprobó el Texto Único de las leyes en materia bancaria y crediticia.

(4) Esta tendencia es recogida, con su acostumbrada precisión, por PEDRAZZI, «Mercati finanziari (disciplina penale)», *Dig. Disc. Penal.*, 1993, vol. VII, pp. 655 y ss.

(5) Piénsese, en el plano procesal, a los acuerdos interestatales de asistencia y, en el plano sustancial, a las normas sobre transparencia y señalización de operaciones sospechosas, adoptadas por un proyecto de ley de la República Federal Alemana. Cfr. MAIWALD, «Responsabilità penale ed attività bancaria. Nuove tendenze nella Repubblica federale tedesca», en *Diritto penale e attività bancaria*, compilador MARINI, 1994, pp. 41 y ss.

Los límites de esta ponencia no nos permiten un examen específico de las diferentes figuras de delito: por tanto, nos detendremos en las líneas generales y en *la metodología de fondo adoptada, intentando iluminar el contexto global en el cual está el proyecto de reforma.*

No hay duda que las medidas introducidas encuentran su explicación en la transformación del mundo bancario y del mercado financiero hacia principios reglamentarios inspirados en una visión ética.

Éticas *en los negocios y de los negocios*: así se puede resumir el objetivo del legislador, presionado por las exigencias ineludibles contrastantes con el crimen organizado, y reconocible en las normas en materia de actividad bancaria.

Sin duda, se trata de una escogencia valiente, la cual sin embargo presenta riesgos que no se pueden subestimar.

Este punto merece una breve profundización.

Para las organizaciones criminales es indispensable reinvertir los grandes ingresos obtenidos ilegalmente por canales lícitos, y por supuesto un instrumento útil es la intromisión en el sistema de intermediación de finca raíz (6). Esta forma de agresión constituye una deseconomía externa que produce costos, disfuncionales para el sistema, capaces de falsear las normas del juego y la *par condicio* de los que intervienen en él, poniendo en peligro también —y sobre todo— la credibilidad de la institución, esencial para su funcionamiento.

Ahora bien, si los costos (negativos) han de ser eliminados, el problema consiste en preguntarse: a) *¿bajo qué condición?*; y b) *¿quiénes deben soportarlos?*

La respuesta del ordenamiento jurídico es simple, así como muy poco meditada en sus implicaciones: moralizar el mercado por medio de una red espesa de controles sobre el *acceso* y el *ejercicio* de la actividad bancaria, depurándolo de las tentativas meramente especulativas; con el corolario inmediato de monitorear el sistema con la ayuda de «sensores» diseminados por doquier en la forma de reglas de conducta. Ahora, hasta podemos convenir sobre la estrategia de prevención utilizada, pero suscita perplejidad el recurrir masivamente a la opción penal para casos de poca necesidad; además, la tendencia a encomendar al *intraneus* no sólo el respeto de los pactos, sino sobre todo la vigilancia sobre su observancia, podría falsear los modelos «culturales» consolidados.

Bajo el primer perfil, el peligro de la inflación de supuesto de hecho penal está representado por la menor eficacia general-preven-

(6) Por último, es muy instructiva la obra de VEST, «Überlegungen zur Kriminalpolitischen Instrumentalisierung eines Begriffs», en *Organisierte Kriminalität, Schw. Zeit. f. Straf.* 112 (1994), pp. 142 y ss.

tiva de la pena, con el consecuente empobrecimiento hacia una legislación simbólica, privada de incidencia efectiva, y apta para tranquilizar las ansias de la opinión pública.

Pero las dificultades son mayores en relación con el otro ámbito. Mientras tanto, el proceso ético del derecho penal bancario y financiero (7) debe hacer sus cuentas con una doble resistencia inicial: el escepticismo, para no hablar de desinterés sustancial por parte del hombre común, y la *neutralidad* moral del hombre de negocios, propenso a considerar el mercado como impermeable a los valores comunes y centrado en la filosofía de la ganancia (8).

Y esto no es todo. Investigaciones en este campo han demostrado cómo formas estafadoras de gestión y movimiento de capitales con técnicas de corrupción conexas son consideradas lícitas por la mayoría de los dirigentes de empresas multinacionales, cuya ética se inspira en directrices diferentes de aquellas sentidas por el promedio (9).

A la escasa receptividad de las normas impregnadas de principios «normalizadores» se debe añadir la difícil convivencia entre imposición de cargas para respetar (con limitación de las facultades) y un mercado «ontológicamente» orientado al dinamismo. El riesgo está en la *burocratización* gestional del sistema, seguramente debilitado por un armazón poco atento en salvaguardar los espacios típicos de operatividad.

Indudablemente, las nuevas formas han acentuado las obligaciones de colaboración de los operadores bancarios y financieros, confirmando la tendencia a involucrar fuerzas diversas a las institucionales en la represión de los fenómenos ilícitos (10).

(7) En realidad, en este ámbito ya se debería discutir si la secularización del Derecho penal permite perseguir unas finalidades éticas por medio de los instrumentos penales.

(8) Cfr. BAUMHART, *Ethics in Business*, 1986.

(9) Cfr. BOCKSTIEGEL, *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, 1971, p. 322; HOPT, «Recht und Geschäftsmoral multinationaler Unternehmen. Unlautere Finanztransaktionen Wirtschaftsrecht», en *Tradition und Fortschritt im Recht, Festschrift gewidmet der Tübinger Juristenfakultät*, 1977, pp. 279 y ss.

(10) En materia de lucha al reciclaje, parecen emblemáticas las disposiciones que conciernen a la señalización de operación sospechosas

Tampoco se puede olvidar que inclusive se introducen medidas (extrapenales) que, aun estando destinadas a golpear transacciones potencialmente criminales, terminan golpeando las mismas instituciones de crédito (por ejemplo: el cierre de la cuenta corriente cuando el cliente no comunica sus datos fiscales, «sanción» que conlleva un costo para el banco).

A propósito, en una perspectiva comparada, preocupaciones análogas sobre la validez de una política dibujada con base en la cooperación pedida a los bancos, son expresadas en STRATENWERTH, «Geldwäscherei—ein Lehrstück der Gesetzgebung», en *Bekämpfung der Geldwäscherei: Modellfall Schweiz?*, compilador PIETH, 1992, p. 101.

La reacción desde el interior ha sido de aceptación condicionada; es decir que si el mercado ha demostrado que puede absorber el *surplus* de tareas asignadas, dirigido a la reglamentación del sector, también es claro que la tendencia a trasladar la actividad de defensa frente el crimen de los órganos oficiales del Estado a los operadores económicos particulares no puede ser infinita, sobre todo si los costos comunes no son absorbidos por los entes institucionales

3. LOS PERFILES DEL NUEVO SISTEMA PENAL BANCARIO

En relación con la normatividad bancaria anterior, el Decreto Legislativo 481/1992 y el TU han seguido, por una parte, el camino de la introducción de nuevos supuestos de hecho (como en el caso de la así llamada falsedad interna), y por la otra han seguido la modificación de las anteriores.

Ciertamente, un panorama global resalta (aun cuando los límites de la reforma se deben obviamente a la forma de la legislación delegada que impedía realizar unos retoques más significativos) cómo cada momento esencial de la actividad bancaria sea vigilada por medio del recurso a la alternativa penal: así, la estrategia «panpenalista» abraza el momento del *ingreso* (abusivismo bancario y financiero), del *ejercicio* (las comunicaciones falsas al órgano de vigilancia), de la *vigilancia* (el impedimento a las funciones institucionales típicas de la Banca d'Italia) (11)!

Entonces, la intervención penal involucra cualquier *etapa* de la actividad bancaria, por cierto con una técnica bastante homogénea.

3.a) La anticipación del umbral de la tutela

Efectivamente, una característica frecuente es la anticipación del umbral de la tutela, una escogencia seguramente ligada a la anterior legislación, y recordada enérgicamente.

La preferencia por la incriminación del peligro en vez que por la lesión efectiva, sin duda es reconducible a unas motivaciones de oportunidad.

(11) La calificación privada de los operadores bancarios debida a la inversión de ruta operada por la jurisprudencia de legitimidad, había dejado al «descubierto» el ataque a su integridad: en este sentido, ver MARINUCCI, *op. cit.*, (nota 2), p. 441.

Tampoco se puede olvidar cómo, al lado de la extensa latitud asignada a los delitos contra la Administración Pública, los presuntos vacíos de tutela en el pasado fuesen llenados con el recurso a los delitos comunes contra el patrimonio. Sobre este tema, véase CESARE, «I nuovi reati bancari», *CP*, 1993, p. 1864.

Frente a supuestos de hecho que, por su tecnicismo y por su infeliz redacción han tenido una muy escasa aplicación jurisprudencial (12), el recurso (y la confirma) a la estructura del delito de peligro era necesario, siendo casi imposible demostrar el daño (piénsese, por ejemplo, en la especulación bancaria, art 138 TU).

Dentro de una visión optimista de los objetivos de la política criminal que motivan al legislador para la producción normativa, es posible individualizar supuestos que justifican este tipo de técnica.

Se hace alusión, en primer lugar, a la conexión entre «anticipación» de la incriminación y tutela de funciones, considerando la inferrabilidad de los bienes jurídicos tradicionales.

Sobre todo la creación de un delito de peligro encuentra su fin en la protección actual de los principios de *transparencia* y de *par condicio*, entendibles por cuanto son proyecciones de los valores constitucionales como el ahorro y el ejercicio del crédito (art. 47, inciso 1) y de la igualdad (art. 3), que penetran completamente la reforma bancaria, pero difícilmente conciliables con la figura tradicional del delito de perjuicio.

El énfasis hecho sobre estas escogencias se encuentra fácilmente en los delitos conexos a comunicaciones falsas u omitidas relativas a la participación en el capital (arts. 139, 140, 141 TU) o en los casos de declaración omitida de los requisitos de honorabilidad (art. 142 TU).

La preocupación evidente para asegurar el respeto de las reglas de juego y evitar así la manipulación por parte de sujetos no «filtrados» anteriormente, tiene entonces un papel protagónico: el atar la ilicitud del comportamiento a la causación del perjuicio, frustraría, por supuesto, el efecto preventivo, revelándose poco funcional para un sector que, alimentado por la confianza del público, se nutre de una imagen delicada de *eficacia de la prevención*, en vez de *severidad de la represión*.

La exactitud de esta impostación está certificada, por así decirlo, por una especie de «interpretación auténtica». En efecto, el art. 5 TU (Finalidades y destinatarios de la vigilancia), en su tarea de definir los parámetros a los cuales el órgano de vigilancia debe ligar su propia discrecionalidad en el ejercicio de sus poderes, contiene un verdadero decálogo de las funciones a tutelar. Y es interesante notar cómo, al lado de la tradicional «gestión sana y prudente», a la «estabilidad general», se recuerda inclusive la «eficiencia y la competitividad del sistema financiero», casi para recordar, de paso, la exigencia de un *desarrollo ordenado* según criterios de competencia leal.

Por supuesto, el otro lado de la medalla está constituido por el empobrecimiento de la *ofensividad*. Justamente, el ejemplo de los

(12) Sobre este tema, *infra*, 4.

artículos 139, 140 TU es extremadamente elocuente al respecto: por complicidad de una técnica legislativa discutible, que asimila la omisión a la falsedad (13), en los delitos en cuestión se asiste a la criminalización de comunicaciones no realizadas, que teóricamente no podrían tener consecuencias negativas.

En estos casos, la tutela de la transparencia corre el riesgo de perder el equilibrio frente a la exigencia de una conducta efectivamente peligrosa. Por tanto, son deseables unas correcciones técnicas de «robustecimiento» de la tipicidad objetiva.

3.b) La opción en favor del dolo específico

La segunda característica común de la reforma está constituida por el enriquecimiento del elemento subjetivo, bajo la forma de *dolo específico*. Esto hace referencia al art. 134 TU (Tutela de la actividad de vigilancia bancaria y financiera), al art. 137 TU (Mentira y falso interno bancario).

Este peculiar matiz del supuesto de hecho es apreciable, puesto que tendencialmente sirve para precisar mejor el ámbito de incriminación y para exigir un *quid pluris* de la intención del sujeto que actúa, como función restrictiva, mas no dilatoria de los espacios de punibilidad.

Por otro lado, en la aplicación práctica será interesante notar si las innovaciones pretendidas se traducirán en una operación de fachada, peligro que no se debe subestimar, considerando el empobrecimiento jurisprudencial en la búsqueda del dolo específico, que la mayoría de las veces se presume sustancialmente *in re ipsa*.

3.c) La simplificación de los supuestos de hechos a nivel probatorio

No de última, emerge una ulterior tendencia, también presente en el texto anteriormente vigente. Se trata del intento por reducir las dificultades probatorias mediante la simplificación de los supuestos de hecho.

En otras palabras, la culpabilidad de la difícil búsqueda de la prueba de fenómenos sumamente complejos y entrelazados se traduce en el abandono de elementos que enriquecen el comportamiento típico, y en la búsqueda de figuras de delito fácilmente demostrables.

(13) Muy crítico es D'AGOSTINO, «Il nuovo testo unico delle leggi in materia bancaria e crediticia: brevi considerazioni di carattere generale», en *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 796.

Así, la renuncia a la producción del evento (y por ende, al nexo causal) es un ejemplo significativo de este modelo «reductor» (piénsese en el art. 138 TU); la nueva contravención de falsedad interna (art 137, inciso TU) también se alinea en este sentido; naturalmente, los casos más clásicos se encuentran en los ilícitos de comunicaciones omitidas y de abuso bancario y financiero, donde la subsistencia del delito está ligada simplemente a la inobservancia de prescripciones reglamentarias, así que la tarea de probar el hecho típico se facilita enormemente.

4. LOS PRINCIPALES DEFECTOS ENTRE LA ANTIGUA Y LA NUEVA ESTRUCTURA NORMATIVA

La comparación entre viejo y nuevo inevitablemente lleva a la pregunta sobre la superación de los principales defectos del pasado.

Desafortunadamente, la infeliz técnica del aplazamiento queda como constante en el TU. Y con ella queda la consecuencia negativa de la carente taxatividad del supuesto de hecho, puesto que el contenido de la incriminación se diluye en la norma de referencia, que a menudo contiene una selva de disposiciones técnicas (14).

Además, frecuentemente se hace un llamado a normas emanadas por organismos gubernamentales, cuya obra se erige en forma mediata a fuente de importancia penal, en violación al principio de reserva de ley.

Una mayor atención a este punto, a través de por lo menos la circunscripción del llamado únicamente a los hechos que explican la *ratio* de la tutela, es entonces deseada como primera intervención correctiva.

En cuanto al lenguaje utilizado en la descripción del hecho típico, éste oscila entre el tecnicismo extremo y la ingenuidad lexical.

Así, la técnica de formulación se revela deficiente en su totalidad, confirmando un vicio histórico de nuestro legislador.

No se trata sólo de escogencia de campo entre delitos y contravenciones, donde es evidente la ausencia de un proyecto global (y es criticable la presencia de contravenciones ontológicamente dolosas); no es solamente el recurso, en el plano subjetivo, en términos ambiguos (se refiere a las expresiones «dolosamente» y «conscien-

(14) En el art. 130 TU (actividad abusiva de recaudo de ahorros), el llamado art. 11 deja desorientado al intérprete por la cantidad de prescripciones que éste contiene, y no todas son de importancia análoga.

Cfr. MONTEDORO, en *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, 1994, sub art. 130, pp. 644 y ss. El art. 143 TU (emisión de valores), además, es un raro ejemplo de indeterminación del precepto y de la misma sanción.

Ver también MARINI, «Introduzione», en *Diritto penale e attività bancaria* (nota 5), VIII s.

temente» contenidas en el art. 137, incisos 1 y 2 TU), sino se trata del uso de una terminología poco feliz y ampliamente superada que revela la brecha frente al lenguaje común y las dificultades de comunicación entre quien produce la norma y quien la utiliza.

Un ejemplo para todos: ¿qué comentar a propósito del agiotismo bancario (art. 138 TU), de conductas retóricamente definidas como «*capaces de perturbar los mercados financieros o de inducir el pánico en los depositantes*», o bien del «quedan en firme», todos en la misma norma?

Como es sabido, la casi inexistente aplicación jurisprudencial de los delitos bancarios (15) retrataba, en el pasado, el fracaso de la norma citada.

Las razones de dicha operatividad reducida han sido explicadas de diversas maneras.

La posición tradicional surge de la escasa colaboración ofrecida desde siempre por los bancos, algo renuentes a dar a conocer al exterior sus propias estrategias y sospechosos frente a los riesgos de obstaculización burocrática derivada de la presencia de órganos de policía al interior, para las averiguaciones e indagaciones necesarias (16).

En el fondo, está la voluntad de proteger al cliente, para evitar contragolpes en el ámbito de las relaciones fiduciarias. Los precedentes judiciales incompletos en materia de falsedad se deben, según la opinión sobre el tema, a los temores de la institución de crédito de denunciar ocurrencias cuyos efectos negativos sean mayores que los positivos, y que irían en beneficio de la competencia.

Verdaderamente, una orientación similar parece inspirada en una visión históricamente superada y que reduce la actividad bancaria, unida a un mercado no reglamentado en el cual predomina la ley del más astuto. Las dimensiones internacionales actuales de la actividad bancaria, las relaciones de colaboración y las afinidades entre bancos parecen, por tanto, poco conciliables con las explicaciones ofrecidas, también porque la actitud pasiva o neutral de las entidades crediticias —convertida en un lugar común— nunca ha sido seriamente demostrada, ni puede sostenerse que, cuando existe, traiga consigo ganancias en términos de imagen (17).

(15) Una antología de pronunciamientos sobre esta materia puede leerse en *I reati bancari*, curador PIETROCARLO-TRONCI, 1993.

(16) Véase D'AGOSTINO, «Le nuove disposizioni penali in materia di reati bancari (Decr. Legisl. 14 Dicembre, núm. 481)», en *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 292.

(17) Recientemente, REIFNER sostuvo que la actitud de escasa colaboración sería la expresión de una convicción ideológica de los bancos (alemanes), basada en el hecho que el respeto que merecían (y la capacidad de penetración en el mercado) sería directamente proporcional al misterio que los rodeaba (en *Jur. Zeit.*, 1993, p. 280). Cfr. sobre el tema MAIWALD, *op. cit.*, nota 5, pp. 42 y ss.

De otra parte, tampoco parece acogerse la tesis opuesta de una capacidad preventiva eficaz de la norma penal tal, que sirva para desalentar de raíz comportamientos criminales. En la óptica general-preventiva (de significación negativa o positiva) no existen indicadores en favor de dicha solución, por cuanto la amenaza de penas (aunque sean elevadas) se atempera en el cuadro total de un sistema de ejecución que sigue unos esquemas de indulgencia.

Probablemente, las causas de la cifra oscura se deben buscar en razones más banales, debidas por un lado, al limitado conocimiento por parte de los operadores bancarios de los remedios penales, especialmente entre empleados de bajo nivel, donde se registran específicamente comportamientos tendentes a la estafa, en los cuales el banco es la víctima; por otro lado, debidas a la escasa familiaridad de los órganos de la acusación pública frente a delitos particulares, y no muy bien definidos. Para no subvalorar, además, que en el pasado se favoreció el recurso a figuras de delito común, las cuales terminaron por aplicarse en función *sustitutiva*.

Es muy temprano para decir si con el pasaje al TU se producirá una inversión de esta tendencia. Ciertamente, el legislador apostó (e invirtió en) al cambio, como se demuestra por la creación de nuevos supuestos de hecho criminales.

Será sobre todo el papel del órgano de vigilancia el que decidirá en un sentido o en otro: sus mayores tareas institucionales reforzarán la credibilidad del presidio penal y la posibilidad de averiguación de los delitos, colocándose como una «cremallera» ideal entre el mercado y la represión del ilícito (18).

5. EL ARTÍCULO 7, INCISO 2 DEL TU Y SU FUNCIÓN DE FILTRO

Amerita una breve reflexión el art. 7, inciso 2 del T.U., con indicios de ser inconstitucional.

La disposición obliga a los trabajadores de la Banca d'Italia, en el ejercicio de sus funciones de vigilancia, referirle exclusivamente al Gobernador cualquier irregularidad encontrada, aunque asuma el carácter de delito.

Se trata de una excepción a la regla general, según la cual el empleado público está obligado a denunciar a la autoridad judicial los delitos de los cuales tenga conocimiento por el ejercicio o a causa

(18) Como testimonio, se pueden citar numerosos procedimientos penales sucedidos con relación al fenómeno del abuso bancario y financiero, solicitados por la actividad de inspección de la Banca d'Italia, que siguieron al periodo de letargo vivido por la norma después del caso de la «Anonima Banchieri».

Por último, cfr. Cass. Sez. V 08-10-1993, CP 1994, pp. 1341 ss., con nota de AMATO, en *In tema di esercizio abusivo di attività bancaria*, igualmente, pp. 1343 ss.

de sus funciones, principio deducible de la combinación de los artículos 331 del c.p.p. y 361 del c.p., que además considera la omisión de denuncia como delito.

No existe ninguna duda de que el artículo 7, inciso 2 del TU prevalezca —en su calidad de norma especial— sobre el artículo 361 del Código penal, razón por la cual no se puede hipotizar ningún comportamiento ilícito. Igualmente, el adverbio *exclusivamente* contenido en el art. 7, inciso 2 del TU subraya la inexistencia de obligaciones *concurrentes* de comunicación.

¿Cuál es la *ratio* de una disposición criticada por las repercusiones negativas en materia de transparencia?

Es preciso decir que el alcance de las consecuencias por efecto de la norma citada es más limitado de lo que a primera vista parece. En efecto, ya que el Gobernador es un empleado público, será su tarea transmitir la *notitia criminis* a la autoridad judicial: la obligación de avisar a la autoridad competente se traslada por lo tanto en cabeza de un sujeto diverso, y el único y modesto resultado es un deslizamiento temporal de la presentación de la denuncia.

Leída la norma *in positivo*, ésta responde por otro lado a criterios de facilitar la vigilancia y el monitoreo continuo del sistema de flujo de información en cabeza del Gobernador, que podrá entonces empezar mejor los procedimientos sancionatorios internos (19).

6. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Un balance de la reforma sería ciertamente prematuro.

Pero sobre todo es preciso ponerse de acuerdo sobre cuáles parámetros y objetivos deben guiar su redacción.

La superación de una normatividad anacrónica y el esfuerzo de racionalización y modernización del sistema, no eran las únicas metas respecto de las cuales el juicio podría resultar positivo.

La resistemización de la tutela de la actividad bancaria se volvió para el legislador la ocasión para reglamentar, sobre bases de transparencia y de equilibrio del mercado el sector del crédito, con el doble fin de evitar manipulaciones derivadas de la reutilización de los ingresos de capitales ilícitos y de garantizar un modelo de desarrollo bancario apto para sostener la competencia comunitaria.

Sin embargo, al perseguir este objetivo se cometieron evidentes ingenuidades.

Por una parte, como ya se señaló, los costos de la lucha contra la delincuencia se descargaron sobre las entidades de crédito, mas

(19) Cfr. el informe sobre el Decr. Legisl. 481/1992, *sub. art. 8*, en *Banca e Borsa*, 1993, p. 264, y también el informe sobre el art. 7 del TU, en *Il testo unico del crédito-annotato con la relazione governativa*, 1994, p. 10, y MONTEDORO, en *Commentario* (nota 14), *sub. art. 7*, p. 52.

no sobre la clientela, lo que evidentemente redundará en beneficio de la popularidad y de la apreciación de los operadores internos hacia las escogencias político-criminales.

En segundo lugar, la carta blanca acordada, una vez más, al instrumento penal en menosprecio de las medidas alternativas de intervención, puede llegar a disminuir la misma eficacia preventiva de la pena, especialmente si el destinatario percibe el puro valor simbólico de la norma.

Como atenuante, frente a las descompensaciones que se han presentado en el tema de la penalización y la tipología del ilícito, debe recordarse cómo el contenido de la ley de delegación no autorizaba grandes construcciones dogmáticas.

Desde este punto de vista es seguramente preferible la técnica adoptada en el esquema del proyecto de ley de delegación al Gobierno para la emanación de un nuevo código penal, que introduce oportunamente en la parte especial del código penal los delitos bancarios, sensiblemente reducidos en número y simplificados en su formulación (20).

Aun con los límites evidenciados, la reforma presenta contenidos apreciables y diseña una estrategia de mediano plazo que presupone intervenciones futuras combinadas, inaugurando una nueva temporada que rompe con la apatía del pasado.

En definitiva, el éxito final depende como siempre del mismo legislador: su capacidad de razonar y de incidir, no mediante intervenciones sectoriales, sino afrontando la realidad total del mercado y el uso razonable de la sanción penal, inspirado por un serio programa político-criminal, determinarán el éxito o el fracaso de la iniciativa.

(20) El texto puede leerse en *Per un nuovo codice penale Schema di disegno di legge delega al Governo*, compilador PISANI, 1993.

