

DEI S. PRAVIDE ET PRO

Revista

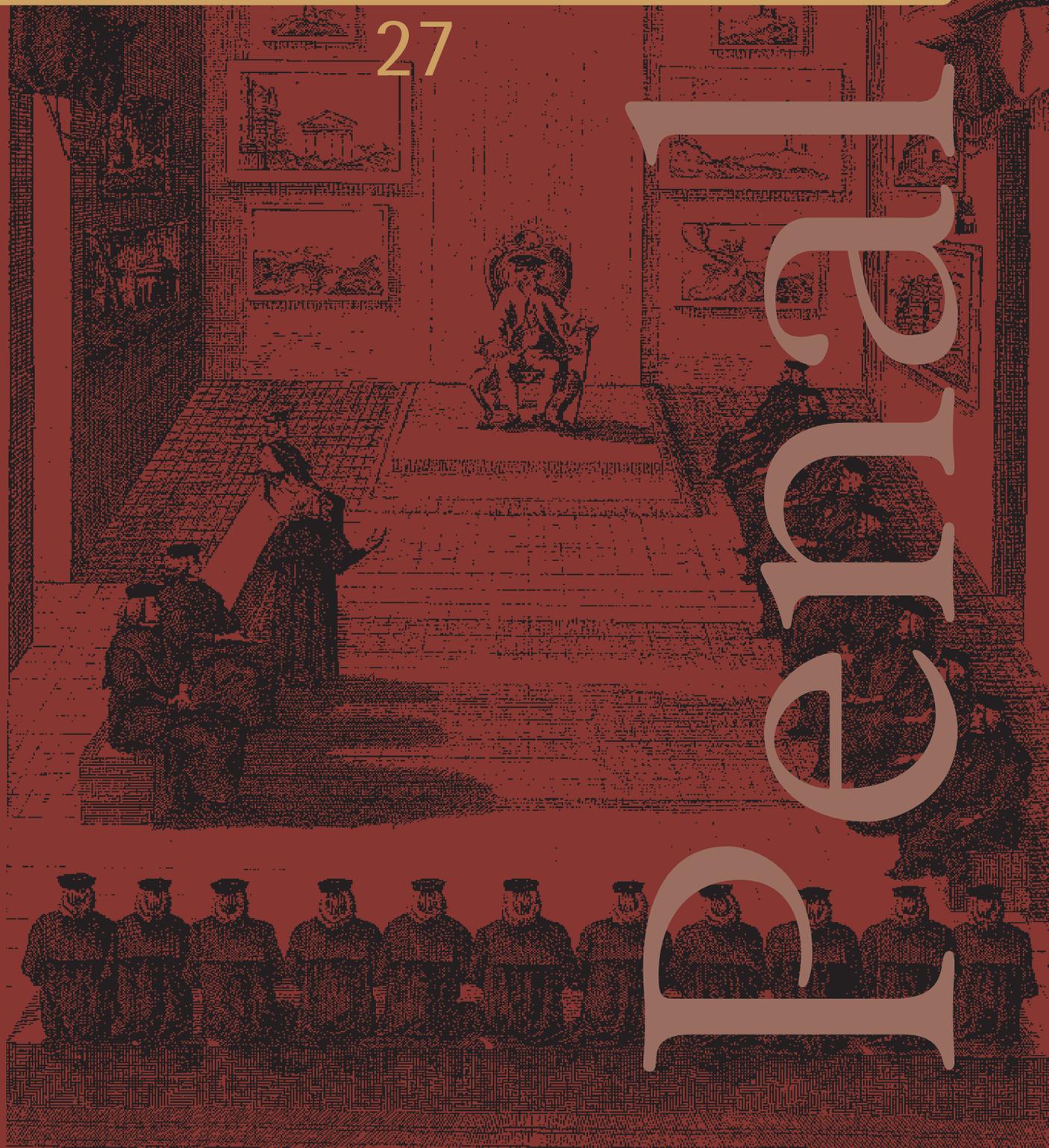
Enero 2011

27

Revista Penal

Enero 2011

Penal



Revista Penal

Número 27

Sumario

Especial Doctrina: El Derecho penal en la Unión Europea

- Obtención transnacional de pruebas. Diez tesis sobre el Libro Verde de la Comisión Europea sobre «Obtención de pruebas en materia penal en otro Estado miembro y la garantía de su admisibilidad», por *Kai Ambos* 3
- La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas, por *Alessandro Bernardi* 15
- Bienes jurídicos de relevancia comunitaria y protección penal: el caso de las falsedades en las cuentas de sociedades mercantiles por *Luigi Foffani* 41
- Evaluación Legislativa y Racionalidad en el Ámbito Penal Europeo (y Nacional) por *Marta Muñoz de Morales Romero* 51
- La armonización del derecho penal ante el Tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo. *European Criminal Policy Initiative* y el Manifiesto sobre Política Criminal Europea, por *Adán Nieto Martín* 78
- Manifiesto sobre política criminal europea 83

Doctrina

- ¿Un nuevo sistema de penas?: La *probation* y la suspensión de la ejecución de la pena, por *Miguel Abel Souto* 93
- Medios de comunicación y populismo punitivo. Revisión teórica del concepto y análisis de la reforma penal en materia de hurto, por *Joan Baucells Lladós y Luiz Peres-Neto* 111
- A setenta años de la migración republicana: los juristas, por *Sergio García Ramírez* 132
- La paulatina metamorfosis del juez de instrucción como juez de garantías: pautas jurídicas para la pervivencia de una arraigada institución por *Faustino Gudín Rodríguez-Magariños* 141
- La herencia de Franz von Liszt, por *Francisco Muñoz Conde* 159
- La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España: desde el juicio a las juntas militares argentinas hasta los casos contra Abimael Guzmán, Alberto Fujimori y los líderes políticos colombianos vinculados al paramilitarismo por *Francisco Muñoz Conde y Hector Olásolo* .. 175
- La relevancia justificante del consentimiento de las menores de edad en el nuevo sistema de aborto no punible (Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo) *Prof. Dr. Sergio Romeo Malanda* 191
- Introducción al sistema Anti-corrupción de la República Popular China, por *Shizhou Wang* 211

Sistemas penales comparados: Derecho Penal Tributario 216

Bibliografía: Notas bibliográficas sobre terrorismo y seguridad colectiva, por *Francisco Muñoz Conde* 271

Crónica. II International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era, Beijing, 2010 por *Juan Carlos Ferré Olivé y Miguel Ángel Núñez Paz* 283



Universidad de Salamanca



Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.
Con el apoyo económico de la Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
David Baigún. Univ. Buenos Aires
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P.Fletcher. Univ.Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Vicente Gimeno Sendra. UNED
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense
José Luis González Cussac – Univ. Valencia
Winfried Hassemmer. Univ. Frankfurt
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla

Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Enzo Musco. Univ. Roma
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
John Vervaele. Univ. Utrecht
Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
William Terra de Oliveira y Alexis Couto de Brito (Brasil)
Felipe Caballero Brun (Chile)
Shizhou Wang (China)
Alvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)
Walter Antillón y Roberto Madrigal (Costa Rica)
Adán Nieto Martín y (España)
Dimitris Ziouvras (Grecia)
Alejandro Rodríguez Barillas (Guatemala)
Angie Andrea Arce Acuña (Honduras)
Luigi Foffani y Luca Ramponi (Italia)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)

Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Carlos E. Muñoz Pope (Panamá)
Victor Prado Saldarriaga (Perú)
Barbara Kunicka- Michalska (Polonia)
Federico de Lacerda Da Costa Pino (Portugal)
Ana Cecilia Morún y David Infante Henríquez (República Dominicana)
Svetlana Paramonova (Rusia)
Baris Erman y Pinar Yazici (Turquía)
Wolodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Rincón Rincón (Venezuela)

ISSN: 1138-9168

Dep. Legal: B-28.940-1997

www.revistapenal.com

Suscripciones: Marcial Pons
Departamento Suscripciones
revistas@marcialpons.es
Tel: 0034 913043303
Fax: 0034 913272367

Especial Doctrina: El Derecho penal en la Unión Europea



Bienes jurídicos de relevancia comunitaria y protección penal: el caso de las falsedades en las cuentas de sociedades mercantiles*

Luigi Foffani

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Modena y Reggio Emilia

Revista Penal, n.º 27.— Enero 2011

ABSTRACT: *The essay analyses the sentence passed by the Court of Justice of the European Community on the 3rd. of May, 2005, on the principle of retroactivity of the more favorable penal law (lex mitior) and on the problematic compatibility of the reform of the laws on corporation crimes carried away in Italy, especially in matter of false accounting, with the European Union principles of openness and truthfulness of the accounting.*

KEY WORDS: *Criminal Law – European Community Law – Court of Justice of the European Community – Principle of Lex mitior - Corporation Crimes – False Accounting.*

RESUMEN: *El trabajo analiza la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 3 de Mayo de 2005, sobre el principio de retroactividad de la ley penal mas favorable (lex mitior) y sobre la problemática compatibilidad de la reforma de los delitos societarios en Italia, especialmente por lo que se refiere a las falsedades en las cuentas, con los principios de la Union Europea sobre la transparencia y veracidad de las cuentas.*

PALABRAS CLAVES: *Derecho penal – Derecho comunitario – Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas – Principio de la lex mitior – Delitos societarios - Falsedad en las cuentas.*

SUMARIO: *1. La sentencia del TJCE sobre las falsedades en las cuentas y el principio de retroactividad de la ley penal más favorable – 2. La transparencia de la información societaria como bien jurídico de relevancia comunitaria – 3. La reforma de la regulación penal de las falsedades en las cuentas en Italia – 4. Hacia la «europeización» del Derecho penal económico.*

* Algunas partes de este trabajo, que se presenta aquí en una versión renovada, complementada y ampliada, se publicaron bajo el título «Hacia la europeización del Derecho penal económico: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sobre la falsedad en los balances», en TERRADILLOS BASOCO/ACALE SÁNCHEZ (COORDS.), *Nuevas tendencias en Derecho penale económico*, Cádiz, ed. UCA, 2008, con traducción de MARÍA ACALE SÁNCHEZ, Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz.

1. La sentencia del TJCE sobre las falsedades en las cuentas y el principio de retroactividad de la ley penal más favorable

En el largo y contrastado camino hacia la construcción de un Derecho penal económico europeo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 3 de mayo de 2005¹ —provocada por la reforma de la regulación penal de la falsedad en las cuentas de sociedades mercantiles introducida en el 2002 por parte del legislador italiano²— representa sin duda una de las etapas más significativas de los últimos años.

Dos son las cuestiones de mayor relieve que dicha sentencia propone a la atención del penalista (italiano y europeo³): la primera, de orden más general, se refiere a la retroactividad de la ley penal más favorable al reo, con consecuencias relativas a los límites de la garantía de la legitimidad (constitucional y comunitaria) de las normas penales favorables, mientras la segunda se refiere específicamente a la adecuación de la nueva regulación italiana

de las falsedades en las cuentas a las exigencias de tutela afirmadas por el Derecho comunitario.

Respecto a la primera cuestión —que afecta a uno de los nudos neurálgicos y fundamentales de la relación entre ciudadano, juez y ley penal— la sentencia afirma que «*el principio de la aplicación retroactiva de la pena más favorable forma parte de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros*»; se deriva de ello que «*tal principio debe ser considerado como parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario* que el juez nacional debe observar cuando aplica el Derecho nacional adoptado para actuar el ordenamiento comunitario y, en particular, las directivas sobre derecho societario»⁴.

Lo cierto es que el juez comunitario no llega a resolver la posterior y decisiva cuestión —que se limita a poner incidentalmente sobre la mesa (y que, de haberse resuelto en sentido afirmativo, hubiera estado cargada de profundas consecuencias)— relativa a «*si el principio de la aplicación retroactiva de la pena más favorable se aplica cuando ésta sea contraria a otras normas de Derecho comunitario*»⁵.

1 TJCE, 3.5.2005, causas C-387/02, C-391/02 y C-403/02, en *Rev. Esp. Der. Eur.*, 2006, N° 17, p. 79 ss., con comentario de ALONSO GARCÍA; sobre esta sentencia cfr. también BORTFELD, en *NJW* 2005, N° 13, p. III; DIRRIG, en *Revue trimestrielle de droit européen*, 2005, p. 933 ss.; DUBOS, en *La Semaine juridique*, 2006, II, 10020; GEBBIE, *Journal of European Criminal Law*, 2007, vol. 1, Issue 3, p. 31 ss.; GELTER/SIEMS, en *Harvard International Law Journal*, 2005, p. 487 ff.; GROSS, en *EuZW*, 2005, p. 371 ss.; HERMANN, en *EuZW*, 2005, p. 436 ss.; LUTHER, en *EgrZ*, 2005, p. 350 ss.; MAGNIER, en *Revue des sociétés*, 2006, p. 140 ss.; SATZGER, en *JZ*, 2005, p. 997 ss.; SOULARD, en *Gazette du Palais*, 2005, I Jur., p. 6 ss.; VAN DER WILT, en *European Constitutional Law Review*, 2006, 2, p. 303 ss.; WEGENER/LOCK, en *Europarecht*, 2005, p. 802 ss. En Italia esta sentencia ha tenido una resonancia especialmente grande (tanto en la literatura jurídico-penal como para los constitucionalistas y los comunitaristas: v. ARMONE, en *Foro italiano*, 2005, IV, c. 285 ss.; BIONDI/MASTROIANNI, en *Common Market Law Review*, 2006, p. 553 ss.; CRESPI, en *Rivista delle società*, 2005, p. 710 ss.; D'AMICO, en *Quaderni costituzionali*, 2005, p. 177 ss. y p. 675 ss.; DAVIGO en *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione Europea*, 2007, p. 181 ff.; DI MARTINO, en *Foro italiano*, 2005, IV, p. 285 ss.; INSOLERA/MANES, en *Cassazione penale*, 2005, p. 2764 ss.; IZZO, en *Il Fisco*, 2005, p. 4746 ss.; LANZI, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, p. 889 ss.; MUNARI, en *Il diritto dell'Unione Europea*, 2006, p. 211 ss.; NEBBIA, en *Giurisprudenza italiana*, 2006, p. 293 ss.; NICOLELLA, en *Gazette du Palais*, 2006, Nr. 102-103, I Jur., p. 27; RIONDATO, en *Diritto penale e processo*, 2005, p. 782 ss.; ONIDA, en *Il Sole24Ore*, 4.5.2005; SALCUNI, en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2005, p. 93 ss. A esta sentencia están también dedicadas unas actas de congreso: BIN/BRUNELLI/PUGIOTTO/VERONESI (coord.), *Ai confini del «favor rei»*. *Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Turin, Giappichelli, 2005.

2 Se trata de la reformulación de los art. 2621 e 2622 del Código civil italiano (*Codice civile*), que prevé la regulación penal y sancionador-administrativa de las falsedades en las cuentas de sociedades mercantiles. La reforma se ha llevado a cabo en el marco de una reforma general del Derecho societario y en particular del Derecho penal de las sociedades mercantiles, a través del Decreto legislativo N° 61 del 11 de abril de 2002. Sobre el nuevo Derecho penal societario italiano, cfr. ALESSANDRI (coord.), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, IPSOA, 2002; AMBROSETTI/MEZZETTI/RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, Zanichelli, 2008, p. 95 ss.; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2007; CONTI, *Disposizioni penali in materia di società e di consorzi*, 4ª ed., Bologna-Roma, Zanichelli-Foro it., 2004; FOFFANI, en PALAZZO/PALIERO (coords.), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, 2ª ed., Padova, CEDAM, 2007, p. 2443 ss.; GIARDA/ SEMINARA (coords.), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, CEDAM, 2002; GIUNTA (coord.), *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, Torino, Giappichelli, 2002; del mismo, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, I, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2004; LANZI/CADOPPI (coords.), *I reati societari*, 2ª ed., Padova, CEDAM, 2006; LUNGHINI, en DOLCINI/MARINUCCI (coords.), *Codice penale commentato*, 2ª ed., Milano, IPSOA, 2006, p. 5111 ss.; MASULLO/BIANCONI, en PADOVANI (coord.), *Leggi penali complementari*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 2359 ss.; MUSCO, *I nuovi reati societari*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 2007; ROSSI (ed.), *Reati societari*, Torino, UTET, 2005; ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 93 ss.

3 El interés y la atención por dicho pronunciamiento fuera de los confines italianos está ligado no sólo a la relevancia política e institucional de los personajes implicados en el juicio, sino también por el significado del objeto del pronunciamiento: cfr. al respecto sobre todo SATZGER, *EuGH*, 3.5.2005-Rs. C-387/02, C-391/02 u. C-403/02 *Berlusconi u. a. Zum Lex-mitior-Grundsatz im Gemeinschaftsrecht*, en *JZ*, 2005, p. 997 ss.

4 TJCE, 3.5.2005, puntos 68 y 69 (cursivas añadidas al original). Sobre la relevancia —ex art. 7 par. 1 CEDH— del principio de la retroactividad de la ley penal más favorable al reo, más recientemente, también TEDH, 17.9.2009, Scoppola.

5 TJCE, 3.5.2005, punto 70.

La espinosa cuestión se esquivo de hecho en virtud de la siguiente argumentación: si la nueva regulación penal italiana de la falsedad de información social debiese ser entendida como contraria a «la obligación del Derecho comunitario relativa a la adecuación de las sanciones» para la tutela de la información societaria, los jueces de reenvío deberían no aplicarla⁶; pero —tratándose de una obligación que encuentra su fuente en una directiva comunitaria (o mejor, en un complejo de directivas)— a ello se opone el principio según el cual «una directiva no puede tener como efecto, de por sí e independientemente de una ley interna de un Estado miembro adoptada por su actuación, determinar o agravar la responsabilidad penal de aquel que actúe en violación de dichas disposiciones»⁷.

A esta última afirmación del juez comunitario —que se refiere (pero tal vez de forma poco afortunada) a la denominada doctrina *Kolpinghuis*⁸— parece fácil replicar, ciertamente, que las hipotéticas consecuencias desfavorables para los imputados de los juicios *a quibus* —en la eventualidad de una no aplicación de los nuevos arts. 2.621 y 2.622 del Código civil, en el caso de que se considerara que se contraponen al Derecho comunitario— no serían jamás el fruto de la aplicación inmediata de una directiva en los juicios penales, sino que se derivarían por el contrario del renacimiento del originario art. 2.621.1 del Código civil, «durante cuya vigencia —como apunta correctamente la sentencia— se han cometido los hechos que dan lugar a las acciones penales que se dirimen en la causa principal»⁹.

El juez comunitario, por otro lado, habría podido y debido establecer que el ordenamiento interno consentía (y, quizás, imponía) una solución alternativa a la de la no aplicación, esto es, la del juicio de legitimidad constitucional, evitándole así al órgano encargado de garantizar la legitimidad comunitaria encallarse en el escollo del enunciado en el punto 74 y en el disposición final de la sentencia.

Prescindiendo aún de este tipo de consideraciones, lo que suscita perplejidad es sobre todo la fundamentación del principio enunciado en el punto 68 y las consecuencias que parece que en principio se proyectan sobre el plano

del juicio de legitimidad constitucional y comunitaria de la norma penal favorable. El «principio de la aplicación retroactiva de la pena más favorable» (mejor, de la ley penal más favorable al reo) no parece de forma tan sencilla que forme «parte de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros»¹⁰ (comenzando por el ordenamiento jurídico italiano, que no le reconoce rango constitucional) y suena sobre todo como aplicación anticipada del principio análogo enunciado por la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea (art. 109.1, *in fine*), que —hasta la ratificación del Tratado de Lisboa— no poseía todavía un pleno valor jurídico. En sentido estricto, en efecto, ninguna de las tradicionales *ratio* sometidas al principio de legalidad, en sus diversas ramificaciones (defensa contra posibles abusos del poder ejecutivo, judicial o legislativo), pueden ser consideradas como el fundamento de dicho principio, que —si debiese ser entendido en términos absolutos, sin posibilidad de otras interpretaciones más equilibradas— podría ser a su vez fuente de posibles abusos por parte del poder legislativo (como lamentablemente ha enseñado la reciente experiencia de las leyes *ad personam*¹¹).

En realidad, el principio de la retroactividad de la ley penal más favorable al reo parece encontrar su justificación racional exclusivamente en una exigencia de igual tratamiento de sujetos que han cometido el mismo hecho bajo la vigencia de leyes distintas, expresión de orientación político-criminal diferente en cuanto a la cantidad de merecimiento de pena o a los criterios normativos de selección de determinadas conductas¹². Si es justo y razonable no hacer recaer sobre el destinatario de la ley penal las consecuencias negativas de las oscilaciones político-criminales del legislador, cuando se trata de juzgar hechos cometidos con anterioridad, no por ello se puede oponer como garantía de la legitimidad (constitucional y comunitaria) frente a las elecciones político-criminales operadas. Parece por tanto del todo razonable entender la reclamada norma de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea («*si, posteriormente a la comisión del delito, la ley prevé la aplicación de una pena más leve, se deberá aplicar esta última*») como mera referencia implícita,

6 TJCE, 3.5.2005, punto 72.

7 TJCE, 3.5.2005, punto 74 y disposición final.

8 Cfr. TJCE, 8.10.1987, causa 80/86 (Kolpinghuis Nijmegen), en *Racc.*, 1987, 3.986, punto 13; más recientemente TJCE, 7.1.2004, causa C-60/02, X, en *Racc.*, 2004, I-651, punto 61, con otras referencias jurisprudenciales. Más indicaciones pueden verse en SATZGER, JZ 2005 (nota 3), p. 999, nota 10; BERNARDI, *Brevi osservazioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia sul falso in bilancio*, en *Ai confini del «favor rei»*, 2005, cit. (nota 1), p. 32-33, nota 2.

9 TJCE, 3.5.2005, punto 76.

10 Para una análoga crítica cfr. SATZGER, JZ 2005 (nota 3), p. 1000.

11 Cfr. DOLCINI, *Leggi penali 'ad personam', riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, p. 50 y ss.

12 Sobre el principio de igualdad como fundamento del principio de retroactividad de la ley penal más favorable al reo, cfr. p.ej., en la doctrina italiana, FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 5ª ed., Bologna-Roma, Zanichelli-Foro it., 2007, p. 86 y 92; PADOVANI, *Diritto penale*, 7ª ed., Milano, Giuffrè, 2004, p. 39; PECORELLA, en DOLCINI/MARINUCCI, *Codice penale commentato*, 2ª ed., 2006, Art. 2, N° 51; lo., *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, Milano, CUEM, 2008, p. 11.

aunque necesaria a una ley *comunitaria y constitucionalmente legítima*¹³.

Por lo demás, una interpretación restrictiva como ésta¹⁴, está en línea también con lo previsto por el ordenamiento interno italiano. Si, en efecto, —en el caso de declaración de inconstitucionalidad de una norma penal más favorable sucedida a una norma más severa— existen diversas opiniones en la doctrina sobre la regulación que ha de aplicarse a los *hechos cometidos durante la vigencia* de la norma declarada inconstitucional (aplicabilidad de ésta última¹⁵, o bien no aplicabilidad si quiera de ésta, ni de la anterior y revivida por la declaración de inconstitucionalidad de la norma posterior más favorable¹⁶), no puede por el contrario hacer surgir la duda sobre la suerte de los *hechos cometidos antes* del periodo en el que la ley inconstitucional más favorable ha estado presente en el ordenamiento, pues dichos hechos siguen siendo punibles según la ley del momento en el que fueron cometidos¹⁷, no pudiéndose configurar en este caso fenómeno alguno de sucesión de leyes ex art. 2.3 Código penal italiano, de forma análoga a cuanto ha sido afirmado por la Corte constitucional para la hipótesis del Decreto ley no convertido¹⁸.

2. La transparencia de la información societaria como bien jurídico de relevancia comunitaria

En relación con este primer aspecto, la sentencia del TJCE ha producido más desilusiones de las esperadas¹⁹, sobretudo a la luz de las conclusiones del Abogado general, hechas públicas unos meses antes de la sentencia, que dejaba entrever una decisión de un tenor bien distinto, orientada además en el sentido de abrir la puerta a una no

aplicación de la normativa examinada²⁰. Según el Abogado general, en efecto, «en particular no puede tolerarse de ninguna forma que, como presuponen los nuevos arts. 2.621 y 2.622 del Código civil, se inserten en una cuenta anual informaciones falsas *intencionalmente* y con *el objetivo de engañar o de enriquecerse*, aún cuando los efectos de la falsificación sean cuantitativamente mínimos. El principio de la reconstrucción fiel de la situación patrimonial y financiera, así como del resultado económico de una sociedad, se dirige [...] a la tutela de los intereses de los terceros y de la confianza que los operadores comerciales ponen sobre la corrección de las cuentas anuales. Si se permitiera que en las cuentas anuales se efectuaran declaraciones falsas, intencionalmente y con el objetivo de engañar o de enriquecerse, tal confianza vendría lesionada de forma permanente y se violarían con ello los fines de la directiva sobre el Derecho societario»²¹. De ello se deriva por tanto que, «cuando las disposiciones nacionales se contrapongan con el Derecho comunitario, los jueces de reenvío vienen obligados a garantizar la aplicación de los preceptos del Derecho comunitario, dejando de aplicar las disposiciones nacionales incluso cuando se trate de leyes penales más favorables. [...] Una ley penal que se contraponga con el Derecho comunitario adoptada posteriormente no constituye una ley penal más favorable *aplicable*»²². Quizás es ciertamente la radicalidad de esta última consecuencia —abiertamente planteada por el Abogado general en sus conclusiones— lo que ha contribuido de manera decisiva al clamoroso *revirement* del Tribunal de Justicia (que muy pocas veces se distancia de las conclusiones del Abogado general²³), induciéndole a adoptar una decisión claramente inspirada en la prudencia y la cautela «política»²⁴.

13 En este sentido, entre otros, se ha pronunciado expresamente el Abogado general designado por la Corte de Justicia Juliane Kokott en sus conclusiones del 14 octubre 2004 (v. *infra*, nota 20).

14 En la misma línea puede verse —en un comentario de la sentencia examinada— también DI MARTINO, *Foro italiano*, 2005 (nota 1), c. 105 y ss.

15 Así, por ejemplo, FIANDACA-MUSCO 2007 (nota 13), p. 101. En la misma línea se orienta también la jurisprudencia del Tribunal constitucional italiano (*Corte costituzionale*): cfr. p.ej. Corte cost. 3.6.1983, N° 148, en *Foro italiano*, 1983, I, c. 1800.

16 Cfr. en este sentido, ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 2004, p. 78.

17 Expresamente, en este sentido, ROMANO 2004 (nota 17), p. 79.

18 Corte cost., sent. n. 51/1985.

19 Cfr. al respecto INSOLERA/MANES, *Cassazione penale*, 2005. (nota 1), p. 2.764 y ss.

20 Las ya mencionadas conclusiones del Abogado general *Juliane Kokott*, presentadas ante la Corte el 14 de octubre de 2004 —de las que se deduce claramente una valoración fuertemente negativa de la normativa contenida en los arts. 2.621 y 2.622 del Código civil, en los términos de una radical incompatibilidad con los principios del Derecho comunitario— pueden leerse por ejemplo en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2005, p. 379 y ss., bajo el título «*Illegittimità comunitaria dei nuovi reati di falso in bilancio*», precedidas de un comentario de RIONDATO, *L'influenza del diritto comunitario sul diritto penale societario (il caso Berlusconi e aa.)*, *ivi*, p. 372 y ss.

21 Conclusiones del Abogado general, punto 99.

22 Conclusiones del Abogado general, punto 165.

23 Como subraya SATZGER, *JZ* 2005 (nota 3), p. 999, nota 14, es muy notable que el Tribunal no se haya conformado a las conclusiones del Abogado general, lo que pasa en más del 85% de los casos.

24 Muy significativos aparecían los temores y la perplejidad expresados —en relación a las conclusiones del Abogado general— por una parte de la doctrina italiana: cfr. p.ej. CARACCIOLI, en *Diritto e pratica delle società*, 2004, N° 23, p. 6 y ss.; CRESPI, en *Rivista delle società*, 2004, p. 1548-1549; IZZO, en *Il Fisco*, 2004, p. 16653 y ss.

Muy distinta, por el contrario, es la valoración de la sentencia del TJCE por lo que se refiere a la segunda cuestión anunciada anteriormente, en la que se concreta quizás el aspecto más innovador e interesante de la decisión, desde la perspectiva de la relación entre el Derecho comunitario y el Derecho penal: se alude con ello al reconocimiento expreso, por primera vez, de la necesidad de sanciones adecuadas no sólo por la omisión de la publicación del balance del ejercicio —como expresamente reclama el art. 6 de la I Directiva en materia societaria (68/151/CEE)— sino también, y mucho más ampliamente, para las diversas y más graves hipótesis de *falsedad* en los balances de ejercicio, en los balances consolidados y, más en general, en todo el sistema de la información societaria de contenido económico, en los intereses de los socios y de los terceros.

Los puntos de la sentencia en los que se contienen estos argumentos son los números 53-65: en particular, allí donde la Corte reconoce que las figuras delictivas de los arts. 2.621 y 2.622 del Código civil italiano «se dirigen a reprimir las violaciones graves y manifiestas del principio fundamental el respecto del cual constituye un objetivo de máxima relevancia de la IV [e VII] Directiva sobre Derecho societario [...], el de que las cuentas anuales [y las cuentas consolidadas] de la sociedad [...] deben presentar un cuadro fiel de la situación patrimonial y financiera así como del resultado económico de la misma»²⁵. «Por lo que respecta al régimen sancionatorio previsto por el art. 6 de la I Directiva [...], la formulación de dichas disposiciones constituyen de por sí un indicio en el sentido de que tal régimen debe ser entendido como concerniente no sólo a los casos de una omisión de cualquier publicidad de las cuentas anuales, sino también a la publicación de cuentas anuales no redactadas conforme a las disposiciones previstas por la IV Directiva [...] en relación al contenido de tales cuentas»²⁶.

«A tal respecto, hay que tener en consideración, en particular, [...] el papel fundamental de la publicidad de las cuentas anuales redactadas conforme a la norma armonizadora relativa al contenido de aquellas, a fin de tutelar los

intereses de terceros, objetivo claramente subrayado en el preámbulo tanto de la primera como de la cuarta Directiva sobre Derecho societario»²⁷. «De donde se colige que la exigencia relativa a la adecuación de las sanciones con las previstas por los nuevos arts. 2.621 y 2.622 del Código civil para los delitos resultantes de falsedad en escritura contable es impuesta por el art. 6 de la primera Directiva sobre Derecho societario»²⁸ y que, «aun conservando la elección de las sanciones, los Estados miembros deben principalmente velar para que las violaciones del Derecho comunitario sean castigadas, desde una perspectiva sustancial y procesal, de forma análoga a las previstas para las violaciones del derecho interno, similar por naturaleza e importancia, y que, en todo caso, *confieran a las sanciones un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio*»²⁹.

Una lectura extensiva similar de la exigencia comunitaria de sanciones adecuadas en materia de información societaria no era fácilmente previsible³⁰, a pesar de la objetiva mayor gravedad de las conductas de falsedad en la información, respecto a las hipótesis de mera omisión de la publicación de los balances³¹. A dicho resultado interpretativo la Corte puede llegar sólo a través de un expreso reconocimiento de la *transparencia de la información societaria como bien jurídico de relevancia comunitaria*³², bien jurídico para el que se reclama una tutela adecuada y, cara al futuro, una armonización a nivel europeo. Se trata de un paso adelante muy significativo, que podría sin más anunciar una reformulación de las cuestiones de legitimidad de los actuales arts. 2.621 y 2.622 del Código civil, ya sea frente a la misma Corte comunitaria a través del recurso por infracción, ya sea ante de la Corte constitucional.

3. La reforma de la regulación penal de las falsedades en las cuentas en Italia

Por lo tanto, no es inútil recordar sucintamente en esta sede las razones —ya tantas veces rebatidas por la gran mayoría de la doctrina en el curso de los últimos años³³—

25 TJCE, 3.5.2005, puntos 54 y 55.

26 TJCE, 3.5.2005, punto 56.

27 TJCE, 3.5.2005, punto 62 (cursivas añadidas).

28 TJCE, 3.5.2005, punto 63.

29 TJCE, 3.5.2005, punto 65 (cursivas añadidas).

30 Para una interpretación más restrictiva cfr. p.ej. SATZGER, JZ 2005 (nota 3), p. 1000-1001.

31 Sobre la necesidad de sanciones adecuadas para las hipótesis de omisión de la publicación de los balances y de las cuentas anuales de la sociedad, cfr. ya TJCE, 4.12.1997 (C-97-96, Daihatsu Deutschland) y 29.9.1998 (C-191-95, Comisión CE/República federal alemana).

32 Sobre los bienes jurídicos «comunitarios», cfr. p.ej. SICURELLA, en GRASSO/SICURELLA (coords.), *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 68 y ss.

33 En un sentido claramente crítico respecto de la reforma operada por el Decreto legislativo de 11 de abril de 2002, n. 61, véase sobretudo, entre los primeros comentarios: ALESSANDRI, *La legge delega n. 366 del 2001: un congedo dal diritto penale societario*, en *Corriere giuridico*, 2001, p. 1.545 y ss.; del mismo, *I nuovi reati societari: irrazionalità e arretramenti della politica penale nel settore economico*, en *Questione Giustizia*, 2002, p. 1 y ss.; del mismo, *Simbolico e reale nella riforma del diritto penale societario*, en *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, p. 146 y ss.; del mismo, *Il ruolo del danno patrimoniale nei nuovi reati societari*, en *Società*, 2002, p. 797 ss.; BELCREDI, *A rebours, ovvero: la riforma del 'falso in bilancio'*, en *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, p. 132 y ss.; CRESPI, *Le false comunicazioni sociali: una riforma faceta*, en *Rivista delle società*, 2001, p. 1.345 y ss.; DONINI, *Abolito criminis e nuovo falso in bilancio*.

de una crítica radical de la nueva tutela penal de la información societaria delineada por la reciente reforma y contenida en los nuevos arts. 2.621 y 2.622 del Código civil italiano³⁴.

Dichas normas, transformando radicalmente la originaria tipificación del Código civil de 1942, prevén una regulación penal de las falsedades de la información social articulada según una progresión ofensiva que tiene como

Struttura e offensività delle false comunicazioni sociali dopo il d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, en *Cassazione penale*, 2002, p. 1.240 y ss.; FOFFANI, *Rilievi critici in tema di riforma del diritto penale societario*, en *Diritto penale e processo*, 2001, p. 1193 y ss.; del mismo, *Verso un nuovo diritto penale societario: i punti critici della legge delega*, en *Cassazione penale*, 2001, p. 3.246 y ss.; del mismo, *Riforma dei reati societari e tutela penale dell'informazione: dalla 'lunga marcia verso la trasparenza' alla rapida corsa verso l'opacità*, en *Verso un nuovo diritto societario*, (coord. por la Associazione Disiano Preite), Bologna, Il Mulino, 2002, p. 329 y ss.; del mismo, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali*, en GIARDA/SEMINARA (coords.), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, CEDAM, 2002, p. 232 y ss.; del mismo, en PALAZZO/PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, CEDAM, 2003, p. 1.797 y ss.; del mismo, *Crónica de una muerte anunciada»: la reforma de los delitos societarios en Italia*, en *Revista Penal*, 2005 (15), p. 57 y ss., también publicado en GARCÍA RIVAS (coord.), *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*, Cuenca, ed. UCLM, 2005, p. 233 y ss.; FOFFANI/VELLA, *'Nuovo' falso in bilancio: un passo indietro nel cammino verso l'Europa*, en *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, p. 125 y ss.; MANNA, *La riforma dei reati societari: dal pericolo al danno*, en *Foro italiano*, 2002, V, c. 111 y ss.; MARINUCCI, *Falso in bilancio: con la nuova delega avviata una depenalizzazione di fatto*, en *Guida al diritto*, 2001 (45), p. 10 y ss.; del mismo, *'Depenalizzazione' del falso in bilancio con l'avallo della SEC: ma è proprio così?*, en *Diritto penale e processo*, 2002, p. 137 y ss.; PALIERO, *Nasce il sistema delle soglie quantitative: pronto l'argine alle incriminazioni*, en *Guida al diritto*, 2002, p. 37 y ss.; PEDRAZZI, *In memoria del 'falso in bilancio'*, en *Rivista delle società*, 2001, p. 1369 y ss.; PULITANÒ, *Falso in bilancio: arretrare sui principi non contribuisce al libero mercato*, en *Guida al diritto*, 2001, p. 9 y ss.; SEMINARA, *False comunicazioni sociali, falso in prospetto e nella revisione contabile e ostacolo alle funzioni delle autorità di vigilanza*, en *Diritto penale e processo*, 2002, p. 676 y ss. Se muestran por el contrario a favor de la reforma llevada a cabo por el legislador, en particular, CARACCIOLI, *Falso in bilancio: dietro le polemiche norme più aderenti alla realtà societaria*, en *Guida al diritto*, 2001 (36), p. 10 y ss.; del mismo, *Una riforma in linea con la realtà economica*, en *Legislazione penale*, 2002, p. 531 y ss.; LANZI, *La riforma sceglie una risposta 'civile' contro l'uso distorto dei reati societari*, en *Guida al diritto*, 2002, p. 9 y ss.; del mismo, *La riforma del reato di falso in bilancio: la nuova frontiera del diritto penale societario*, en *Società*, 2002, pp. 269 y ss.; NORDIO, *Novella necessaria e doverosa per riportare certezza nel diritto*, en *Guida al diritto*, 2001, p. 12 y ss.

34 Art. 2.621 c.c. (Falsas comunicaciones sociales): «(1) Con la salvedad de lo establecido en el art. 2.622 del Código civil, los administradores, los directores generales, los síndicos y los liquidadores, que con la intención de engañar a los socios o al público y con la finalidad de conseguir para sí mismo o para un tercero un ilícito beneficio, en los balances, en las relaciones o en las otras comunicaciones sociales previstas por la ley, dirigidas a los socios o al público, expongan hechos materiales que no se correspondan con la realidad, aunque objeto de valoraciones, o bien omitan información, cuya comunicación es obligada por la ley sobre la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo al que pertenezca, de forma idónea para inducir a error a los destinatarios sobre la mencionada situación, serán castigados con la pena de arresto de hasta dos años.

(2) La punibilidad se extiende también a los casos en los que las informaciones se refieran a bienes poseídos o administrados por la sociedad por cuenta de terceros.

(3) Se excluye la punibilidad si la falsedad y las omisiones no alteran de forma sensible la representación de la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo al que pertenezca aquélla. La punibilidad se excluye también si las falsedades o las omisiones determinan una variación del resultado económico del ejercicio, al bruto de las impuestas, no superior al 5% o una variación del patrimonio neto no superior al 1%.

(4) En todo caso, el hecho no es punible a consecuencia de valoraciones estimativas que, singularmente consideradas, difieran en medida no superior al 10% de la correcta.

(5) En los casos previstos en los puntos tercero y cuarto, a los sujetos a los que se refiere el punto primero se les impondrán las sanciones administrativas de 10 a 100 cuotas y la inhabilitación para el ejercicio de la profesión de directivo de persona jurídica y de la empresa de 6 meses a 3 años, del ejercicio de oficio de administrador, síndico, liquidador, director general y dirigente para la redacción de los documentos contables societarios, así como para cualquier otro oficio con poderes de representación de la persona jurídica o de la empresa».

Art. 2.622 del Código civil (Falsas comunicaciones sociales en perjuicio de los socios o de los acreedores): «(1) Los administradores, los directores generales, los síndicos y los liquidadores, que con la intención de engañar a los socios o al público y con la finalidad de conseguir para sí o para un tercero un injusto beneficio, en los balances, en las relaciones, en las otras comunicaciones sociales previstas por la ley, dirigidas a los socios o al público, exponiendo hechos materiales que no se correspondan con la realidad, aun cuando sean objeto de valoración, o bien omitiendo información, cuya comunicación sea obligatoria por la ley, sobre la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo al que pertenezca, de forma idónea para inducir a error a los destinatarios sobre dicha situación, ocasionen un daño patrimonial a los socios o a los acreedores serán castigados, mediante querrela de la persona ofendida, con la pena de reclusión se seis meses a tres años.

(2) Procede la querrela también si el hecho es constitutivo de otro delito, aunque sea agravado, de daño del patrimonio o de sujetos distintos de los socios y de los acreedores, salvo que sea cometido en daño del Estado, de otros entes públicos o de la Comunidad Europea.

base una simple figura contravencional (art. 2621 CC), castigada con la pena de arresto de hasta un año y seis meses (límite máximo recientemente elevado a dos años por la Ley 262/2005); en el siguiente nivel se encuentra una figura delictiva (art. 2662.1 del Código civil), sancionada con la pena de reclusión de seis meses a tres años, perseguible mediante querrela de la persona ofendida y caracterizada por la presencia de un resultado de daño patrimonial para los socios y los acreedores (actuales) de la sociedad; un mayor incremento de pena (reclusión de uno a cuatro años), con perseguibilidad de oficio, se prevé si la falsedad en la información social es cometida en el ámbito de una sociedad cotizadas en los mercados regulados italianos o de la Unión Europea (art. 2622.3 del Código civil), mientras en el vértice de la pirámide punitiva se encuentra la hipótesis³⁵ (sancionada con la pena de reclusión de dos a seis años) en la que la falsedad en la información de la sociedad cotizada ocasionen un «grave daño a los ahorradores», configurado como un daño patrimonial que afecte a una cantidad de ahorros «superior al 0.1 por mil de la población resultante del último censo ISTAT», o bien como una «destrucción o reducción del valor de títulos de entidad en su conjunto superior al 0.1 por mil del producto interior bruto» (art. 2.622.4 y 5 del Código civil).

Comenzando por el art. 2.621 del Código civil, se debe observar como dicha norma configura una tutela casi inexistente, *tamquam non esset*: por la conversión de la infracción de delito a contravención, por la irrisoria medida de la pena y por la brevedad del término de la prescripción³⁶ frente a una averiguación judicial que se ha convertido en extraordinariamente más compleja que en el pasado. Si ya bajo el imperio del viejo art. 2.621.1 del Código civil no se habría podido concluir un proceso dentro de los términos actuales de prescripción, llevar hoy a término un procedimiento para la nueva contravención de falsedad en la información social, con todos los elementos de dificultad introducidos, es absolutamente imposible.

Así pues, frente a la falsedad en la información societaria, queda sólo —como único baluarte penal verdadero— la figura delictiva del art. 2.622 del Código civil, la cual por otro lado tutela exclusivamente el patrimonio de los socios y acreedores, como se pone de manifiesto a través de la descripción del resultado consumativo del delito y por la exigencia de presentación de querrela.

La norma prevé por otro lado —como ya el art. 2.621 del Código civil— una condición cuantitativa de punibilidad³⁷, que es un *unicum*, una absoluta anomalía en el panorama del derecho comparado (no existiendo en ningún país un

(3) En el caso de sociedad sujeta a las disposiciones de la IV Parte del Título III, Capítulo II del Decreto Legislativo de 24 de febrero de 1998, n. 58 la pena para los hechos previstos en el punto 1 será de 1 a 4 años y el delito será perseguible de oficio.

(4) La pena será de 2 a 6 años si, en los casos a los que se refiere el punto 3, el hecho ocasiona un grave daño a los ahorradores.

(5) El daño se considera grave cuando haya afectado a un número de ahorradores superior al 0.1 por mil de la población reflejada por el último censo ISTAT o bien si ha consistido en la destrucción o reducción de los valores de títulos de la entidad que alcance un valor superior al 0,1 por 100 del producto interior bruto.

(6) Se impondrá la misma pena prevista en los puntos 1 y 3 en el caso en que las informaciones se refieran a bienes poseídos o administrados por la sociedad por cuenta de terceros.

(7) Se excluye la punibilidad para los hechos previstos en los puntos 1 y 3 si la falsedad y las omisiones no alteran de forma sensible la representación de la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo al que pertenezca. La punibilidad se excluye también si la falsedad o las omisiones determinan una variación del resultado económico del ejercicio, al bruto de las impuestas, no superior al 5% o una variación del patrimonio neto no superior al 1%.

(8) En todo caso, el hecho no es punible a consecuencia de valoraciones estimativas que, singularmente consideradas, difieran en medida no superior al 10% de la correcta.

(9) En los casos previstos por los puntos 7 y 8, a los sujetos señalados en el punto primero se le impondrán la sanción administrativa de 10 a 100 cuotas y la inhabilitación para el oficio de directivo de las personas jurídicas y de las empresas de 6 meses a 3 años, para el ejercicio de la profesión de administrador, síndico, liquidador, director general y dirigente dedicado a la redacción de los documentos contables societarios, así como de cualquier otra profesión con poderes de representación de la persona jurídica o de la empresa».

35 Introducida por la Ley 262/2005.

36 El plazo de prescripción para el delito del nuevo art. 2.621 del Código civil, está hoy reducido a cuatro años, según el art. 157 del Código penal, recientemente reformulado por la Ley 5 de diciembre de 2005, n. 251 (conocida como Ley ex-Cirielli), mientras que sobre la base de la anterior regulación de la prescripción del delito al que se refería el originario art. 2.621.1 del Código civil, el plazo era de 10 años, elevado a 15 en el caso en el que subsistieran circunstancias agravantes. Se debe además recordar que en Italia, a diferencia de en España, el plazo de la prescripción se interrumpe en el caso de sentencia de condena no definitiva, pero —como regla general— la interrupción de la prescripción no puede generalmente «comportar el aumento de más de un cuarto del tiempo necesario para prescribir» (art. 161.2 del Código penal); es decir, en el caso del art. 2.621 del Código civil, la prescripción está destinada a terminar inexorablemente en el término de cinco años, si en este lapso de tiempo no se han agotado todos los grados del juicio hasta llegar a una sentencia de condena definitiva.

37 La falsedad en la información societaria se castiga sólo si determina una variación del resultado económico del ejercicio, al bruto de la impuesta, superior al 5%, o bien una variación del patrimonio neto superior al 1%, o bien —si se trata de valoraciones estimativas— difieren en medida superior al 10% de las valoraciones correctas.

ejemplo normativo de este tipo en materia de información societaria) y que despliega un evidente efecto «crimínógeno», en el sentido de dejar a los administradores de la sociedad las manos absolutamente libres para falsificar balances y comunicaciones sociales por debajo de los fácticos límites de punibilidad, reiterando tal actividad de ejercicio en ejercicio, sin riesgo alguno de incurrir en sanción penal³⁸. Se olvida en fin completamente, en la óptica de la reforma, la dimensión *cuantitativa* de la información societaria, que, por el contrario, el Tribunal de Justicia expresamente reconoce: aquella dimensión cualitativa en virtud de la cual existen datos de la situación económica de la sociedad, que pueden ser esenciales para los socios y los terceros, sin poder ser cuantificados según los criterios que el legislador ha tipificado con la previsión de la condición de punibilidad.

Todo este conjunto de elementos, en sustancia, se traduce en un *cambio radical del paradigma de tutela*: el bien jurídico ya no es la transparencia de la información societaria, como en la regulación originaria del Código Civil de 1942, sino bien el patrimonio de los socios y de los acreedores. La tutela del bien jurídico originario de la figura delictiva analizada —que ha asumido hoy el rango de bien jurídico comunitario (o de relevancia comunitaria)— puede decirse tranquilamente que ha desaparecido en nuestro ordenamiento, habiéndose transformado sólo en una mera consecuencia indirecta, eventual y esporádica de la tutela acordada a los intereses patrimoniales de socios y acreedores.

Son conocidas, en este sentido, las objeciones de los partidarios de la reforma, que han apelado a la presencia, aunque débil y matizada, del art. 2.621 del Código civil: por poco que sea, se trataría en general de una norma capaz de garantizar un mínimo de tutela al bien jurídico de la transparencia. En realidad, no es en absoluto así. En efecto, se ha afirmado por los partidarios de la tesis criticada, que el art. 2.621 sería aplicable no solo cada vez que no se hubiera comprobado un daño a los intereses de los socios o de los terceros, sino también cuando, aún se haya comprobado el daño, no se presente la querrela, o, una vez presentada ésta, se retire con posterioridad. Si se mira bien, una crítica como ésta es insostenible: el art. 2.621 es simplemente la reproducción calcada de la figura delictiva

del art. 2.622, de la que se diferencia sólo por la ausencia del resultado de daño; así pues, no es otra cosa que una figura delictiva de tutela anticipada del mismo bien jurídico tutelado por el art. 2.622, es decir el patrimonio de los socios y de los acreedores. Otro significado no es atribuible a la cláusula de reserva puesta en el inicio del art. 2.621, que hace aplicable dicha norma salvo cuando sea aplicable el art. 2.622, o sea —como pone de manifiesto también la inequívoca previsión de la ley de delegación—, salvo cuando se verifique un daño a los socios o a los acreedores; previsión ésta, que hace tal norma absolutamente inidónea para proteger la exigencia de transparencia de la información societaria. Nos encontramos por tanto frente a una tutela absolutamente *inadecuada, no eficaz, no proporcionada, no disuasoria*, y ante una tutela, por lo demás, absolutamente lejana de aquella perspectiva de armonización europea prefigurada por la sentencia de la Corte comunitaria.

Se ha recordado muchas veces —ya a partir de los trabajos preparatorios de la reforma— el ejemplo de la legislación española³⁹, como si fuese un ejemplo adecuado, cuando en realidad en Italia el delito de falsedad de las comunicaciones sociales prevé un resultado de daño para los socios y acreedores, mientras que en España el art. 290 CP prevé un mero resultado de peligro, y no sólo para los intereses de los socios y de los acreedores, sino de casi cualquier interés económico, interno o externo a la sociedad; por otro lado, es cierto que se condiciona en línea de principio también en el ordenamiento español la persecución a instancia de parte (para la falsedad en los balances, así como para la generalidad de los delitos societarios: art. 296 CP), pero se trata de un régimen de procedibilidad que decae cada vez que se produzca la ofensa de intereses referibles a una pluralidad de sujetos o a la colectividad, en cuyo caso entra en juego la perseguibilidad de oficio. Nada que ver, por tanto, con el modelo trazado por el legislador italiano.

Poco o nada ha incidido, finalmente, la reciente reforma realizada con la Ley para la tutela del ahorro⁴⁰ (tan alardeada propagandistamente en sede política), que se ha limitado, en su versión definitiva (y después de una serie de pasajes intermedios que hacían esperar en una más seria y rigurosa reforma⁴¹) a un modestísimo *maquillaje* de

38 Con la excepción, hoy, de la aplicación de la sanción administrativa prevista en el art. 2.621.5 y 2.622.9 del Código civil, en la versión actualizada por la ley para la protección del ahorro (Ley 262/2005). La sanción administrativa pecuniaria, por otro lado, es en realidad inaplicable, en cuanto el legislador ha omitido incluir el mecanismo de medición de la cuota, previsto actualmente en el ordenamiento italiano sólo para las personas jurídicas (en el sentido del Decreto Legislativo de 8 de junio de 2001, n. 231) y no para las personas físicas. Una eventual extensión a estas últimas, *sic et simpliciter*, de los mecanismos medidores previstos por los arts. 10 y 11 del Decreto legislativo 231/2001, chocaría inevitablemente con la prohibición constitucional de analogía *in malam partem*.

39 Sobre la cual puede verse, en particular, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 375 ss.

40 L. 28 diciembre 2005, n. 262, Disposiciones para la protección del ahorro y la regulación de los mercados financieros.

41 Cfr. en particular el Texto unificado aprobado por el Senado el 12 de octubre de 2005. Sobre la normativa penal prevista en el Proyecto, con particular referencia a la problemática de la falsedad en el balance, cfr., para un breve comentario: PALIERO, en *Il Sole 24 Ore*, 13 octubre de 2005, p. 25; BRICCHETTI, *Falso in bilancio: nel nuovo disegno di legge torna ad essere reato di pericolo*, en *Diritto e pratica delle società*, 2005 (21), p. 6 y ss.

la normativa existente, que deja inalterada la estructura de fondo de la incriminación de la falsedad en la información social (conservando intactas, sobre todo, las condiciones cuantitativas de punibilidad), limitándose a la introducción de una nueva sanción administrativa (además, de dudosa aplicabilidad⁴²) para la falsedad en la información social que se haya mantenido por debajo de la condición de punibilidad y a la inserción (de valor meramente simbólico) en el art. 2.622 del Código civil de una circunstancia agravante formada por una gran cantidad de requisitos y prácticamente imposibles de probar (el «grave daño al ahorro»⁴³). La reforma, más bien, hace aún más actuales y radicales las críticas anteriores, en cuanto la nueva ley ve la luz después de una serie de escándalos financieros que han girado en torno a falsedades en balances de dimensión colosal —el primero entre todos, el caso Parmalat⁴⁴— que han provocado daños enormes a los inversores y han puesto en evidencia de la forma más clamorosa y dolorosa ante la opinión pública la intolerabilidad moral y político-criminal del tratamiento privilegiado de la falsedad en los balances —a la medida de un «*Kavaliersdelikt*»— delimitado por el legislador de 2002.

4.- Hacia la «europeización» del Derecho penal económico

En conclusión, la tormentosa y compleja historia judicial de la normativa italiana sobre la falsedad en los balances ante la Corte de Justicia de la Comunidad Europea se presenta como una etapa muy significativa en el proceso histórico de las relaciones entre derecho penal y derecho comunitario, en la perspectiva trazada, en primer lugar, por el Tratado que instituyó una Constitución para Europa y, en último, por el Tratado de Lisboa.

La sentencia de la Corte de Justicia de la Comunidad de 3 de mayo de 2005 —o mejor, la materia que es examinada en su interior— representa, en efecto, un ejemplo entre los más significativos de un fenómeno histórico más vasto,

frente al cual nos encontraremos con mayor frecuencia en los próximos años, esto es, el de la expansión de los bienes jurídicos de relevancia comunitaria, tanto bajo el perfil de los «bienes propiamente supranacionales»⁴⁵, como bajo aquel otro de los «bienes de interés común»⁴⁶.

En parte se trata de bienes de nuevo cuño, en parte por el contrario se trata de bienes que se van progresivamente «comunitarizando»: la transparencia y la confianza en la información societaria y en los mercados financieros son ejemplos de este segundo tipo de bienes jurídicos, es decir, de bienes que han nacido sobre el terreno nacional, pero que están destinados inexorablemente a convertirse en bienes jurídicos de directa relevancia comunitaria. Ya hoy los podemos definir como bienes de interés común —en virtud de la creciente interdependencia de los mercados— pero están destinados ciertamente a transformarse en verdaderos bienes jurídicos supranacionales, cuando se haya producido realmente la formación de un mercado financiero europeo, con la institución de una autoridad de vigilancia supranacional⁴⁷.

Respecto a los bienes jurídicos de dicha naturaleza no puede ignorarse, en un futuro, la exigencia de una tutela uniforme —o, por lo menos, armonizada— a nivel europeo. En la misma línea se ha pronunciado, solo pocos meses después de la sentencia sobre la falsedad en las cuentas, la misma jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo, con la histórica decisión en materia de protección del medio ambiente, que —aún que siga excluyendo, en línea de principio, una competencia comunitaria general en materia penal— reconoce que ello «no puede aún impedir al legislador comunitario, cuando la aplicación de las sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias por parte de las autoridades competentes nacionales constituya una medida indispensable de lucha contra violaciones ambientales graves, adoptar medidas en materia de Derecho penal de los Estados miembros que sea necesario para garantizar la plena eficacia de las normas emanadas en materia de tutela del ambiente»⁴⁸. El

42 Ver *supra*, nota 27.

43 En sentido claramente crítico, en relación con la parte penal de la ley para la protección del ahorro, cfr. en particular SEMINARA, *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, en *Diritto penale e processo*, 2006, p. 549 ss.

44 Para una descripción del caso Parmalat cfr. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, Il Mulino, 2020, p. 106-107; CAPOLINO/MASSARO/PANERAI, *Parmalat. La grande truffa*, Milano, 2004; CINGOLO, *Lo schema Tanzi*, Roma, 2004; DALCÒ/GALDABINI, *Parmalat. Il teatro dell'assurdo*, Parma-Milano, 2004; FRANZINI, *Il crac Parmalat*, Roma, 2004; DI STASIO, *Il caso Parmalat*, Roma, 2004; VELLA (ed.), *Parmalat: tre anni dopo*, en www.lavoce.info, 19.10.2006 (con contribuciones de ONADO, VELLA, FOFFANI, MUCCIARELLI, STANGHELLINI, BARUCCI/MESSORI).

45 Sobre la necesidad de una extensión del «área de los bienes jurídicos de relevancia comunitaria», respecto a la «selección ciertamente reducida del *Corpus Juris* (que limitaba el sistema penal supranacional que se intenta crear a la tutela exclusiva de los intereses financieros de la Comunidad)», ver GRASSO, *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione Europea*, en DOLCINI/PALIERO (coords.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006, vol. I, p. 386.

46 Sobre la distinción apuntada cfr., en la doctrina más reciente, SICURELLA, *Il Corpus juris e la definizione di un sistema di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, en GRASSO/SICURELLA (coords.), *Il Corpus juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 68 y ss.

47 Véanse en esta dirección las líneas trazadas por el proyecto *Lamfalussy*, aprobado por el Consejo de Ministros Europeos en el curso de la cumbre de Estocolmo de marzo de 2001.

48 CGCE, Gr. Sez., 13 septiembre 2005, causa C-176/03.

camino parece pues abierto, en principio, para la adopción sobre una escala más amplia —también a través de los instrumentos propios del Derecho comunitario (primer pilar)— de iniciativas dirigidas a intervenir no solo para la protección del medio ambiente, sino también en otros sectores, cada vez que la armonización del Derecho penal de los Estados miembros sea necesaria para garantizar la eficacia y efectividad del Derecho comunitario y la protección de los intereses fundamentales reconocidos por el Tratado CE (p.ej. para la protección de la transparencia de las cuentas y de la información societaria, así como de la integridad de los mercados financieros, de la libertad y lealtad de la competencia, de los intereses de los consumidores, de la salud y seguridad en el trabajo, etc.)⁴⁹.

Finalmente el fracasado proyecto de Constitución para Europa y la siguiente reforma de los Tratados (adoptada con el Tratado de Lisboa de Diciembre 2007) suministra por primera vez una explícita base jurídica de legitimación para futuras vías de armonización del Derecho de los Estados miembros que abarquen también la vertiente de

la tutela penal. Nos referimos, en particular, a cuanto está previsto por el párrafo 2 del art. 67 del Tratado, sobre la base del cual las directivas europeas «pueden establecer normas mínimas relativas a la definición de los delitos y de las sanciones [...] en cuanto al acercamiento de las disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal sea indispensable para garantizar la actuación eficaz de una política de la Unión en un sector que ha sido objeto de medidas de armonización»⁵⁰. No hay dudas que el Derecho societario pertenezca a estos sectores de políticas comunitarias que ya han sido desde hace mucho tiempo objetos de medidas de armonización a nivel extrapenal, y que tipos penales como la falsedad en las cuentas podrán ser en el próximo futuro objeto de directivas europeas dirigidas a establecer «normas mínimas relativas a la definición de los delitos y de las sanciones»: verosimilmente en una dirección y con contenidos muy diferentes de los que han sido perseguidos en los últimos años por parte del legislador italiano.

49 Cfr. en esta dirección sobre todo el proyecto de los llamados «Eurodelitos»: proyecto nacido de la iniciativa privada —sin un específico mandato de los órganos comunitarios— de un grupo de estudiosos de diversa procedencia (alemanes, españoles, franceses, italianos), coordinados por Klaus Tiedemann. La versión original e integral del proyecto, acompañada de las ponencias ilustrativas de los diversos sectores, ha sido publicada en lengua alemana: TIEDEMANN (coord.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Rechtsdogmatik, Rechtsvergleich, Rechtspolitik. Freiburg–Symposium*, Köln-Berlin-Bonn-München, Heymanns, 2002. Una versión resumida del proyecto ha sido publicada también en España [TIEDEMANN/NIETO MARTÍN (coords.), *Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea*, Cuenca, ed. UCLM, 2004 y en México [ARROYO ZAPATERO/ TIEDEMANN/NIETO MARTÍN (coords.), *Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea*, México, ed. INaCP, 2006]. La misma edición resumida está en curso de publicación también en Italia, en la colección de los Quaderni di diritto penale comparato, internazionale ed europeo de la editorial Giuffrè: L'armonizzazione del diritto penale dell'economia nell'Unione Europea: il progetto «Eurodelitti», coordinada por FOFFANI y PICOTTI.

50 Sobre esta «competencia penal accessoria (*Annexkompetenz*) para los sectores de las políticas comunitarias ya armonizados a nivel extrapenal», v. por todos TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil mit wichtigen Gesetzes- und Verordnungstexten*, 2. ed., München, Heymanns, 2008, Rn. 42.