



Revista

América

MÉXICO

Número 3 • Junio 2012



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

Luigi Foffani

Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia

Revista Penal México, núm. 3, enero-junio de 2012

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 más 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 Unión Europea sobre la transparencia y veracidad de las cuentas.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal, Derecho comunitario, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, principio de la *lex mitior*, delitos societarios, falsedad en las cuentas.

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.

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.

* Este artículo es una versión renovada, complementada y ampliada del trabajo que se publicó 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 penal económico*, Cádiz, 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 italiano—² 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 europeo):³ 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 ha-

¹ TJCE, 3.5.2005, causas C-387/02, C-391/02 y C-403/02, en *Rev. Esp. Der. Eur.*, N° 17, 2006, pp. 79 y ss., con comentario de Alonso García; sobre esta sentencia cfr. también Bortfeld, en *NJW*, N° 13, 2005, p. III; Dirrig, en *Revue trimestrielle de droit européen*, 2005, pp. 933 y ss.; Dubos, en *La Semaine juridique*, 2006, II, 10020; Gebbie, *Journal of European Criminal Law*, vol. 1, núm. 3, 2007, pp. 31 y ss.; Gelter/Siems, en *Harvard International Law Journal*, 2005, pp. 487 y ss.; Gross, en *EuZW*, 2005, pp. 371 y ss.; Hermann, en *EuZW*, 2005, pp. 436 y ss.; Luther, en *EgrZ*, 2005, pp. 350 y ss.; Magnier, en *Revue des sociétés*, 2006, pp. 140 y ss.; Satzger, en *JZ*, 2005, pp. 997 y ss.; Soulard, en *Gazette du Palais*, 2005, I Jur., pp. 6 y ss.; Van der Wilt, en *European Constitutional Law Review*, 2, 2006, pp. 303 y ss.; Wegener/Lock, en *Europarecht*, 2005, pp. 802 y ss. En Italia esta sentencia ha tenido una resonancia especialmente grande (tanto en la literatura jurídico-penal como para los constitucionalistas y los comunitaristas: *vid.* Arnone, en *Foro italiano*, IV, 2005, c. 285 y ss.; Biondi/Mastroianni, en *Common Market Law Review*, 2006, pp. 553 y ss.; Crespi, en *Rivista delle società*, 2005, pp. 710 y ss.; D'Amico, en *Quaderni costituzionali*, 2005, pp. 177 y ss. y pp. 675 y ss.; Davigo en *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione Europea*, 2007, pp. 181 y ss.; Di Martino, en *Foro italiano*, 2005, IV, pp. 285 y ss.; Insolera/Manes, en *Cassazione penale*, 2005, pp. 2764 y ss.; Izzo, en *Il Fisco*, 2005, pp. 4746 y ss.; Lanzi, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, pp. 889 y ss.; Munari, en *Il diritto dell'Unione Europea*, 2006, pp. 211 y ss.; Nebbia, en *Giurisprudenza italiana*, 2006, pp. 293 y ss.; Nicoletta, en *Gazette du Palais*, Nr. 102-103, 2006, I Jur., p. 27; Riondato, en *Diritto penale e processo*, 2005, pp. 782 y ss.; Onida, en *Il Sole 24 Ore*, 4.5.2005; Salcuni, en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2005, pp. 93 y ss. A esta sentencia están también dedicadas unas actas de congreso: Bin/Brunelli/Pugiotto/Veronesi (coords.), *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 arts. 2621 y 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, por medio 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*, Milán, IPSOA, 2002; Ambrosetti/Mezzetti/Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, Zanichelli, 2008, pp. 95 y ss.; Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. I, Milán, 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., Padua, CEDAM, 2007, pp. 2443 y ss.; Giarda/ Seminara (coords.), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padua, CEDAM, 2002; Giunta (coord.), *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, Turin, Giappichelli, 2002; del mismo, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, 2ª ed., I, Turin, Giappichelli, 2004; Lanzi/Cadoppi (coords.), *I reati societari*, 2ª ed., Padua, CEDAM, 2006; Lunghini, en Dolcini/Marinucci (coords.), *Codice penale commentato*, 2ª ed., Milán, IPSOA, 2006, pp. 5111 y ss.; Masullo/Bianconi, en Padovani (coord.), *Leggi penali complementari*, Milán, Giuffrè, 2007, pp. 2359 y ss.; Musco, *I nuovi reati societari*, 3ª ed., Milán, Giuffrè, 2007; Rossi (ed.), *Reati societari*, Turin, UTET, 2005; Zannotti, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milán, Giuffrè, 2008, pp. 93 y 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, pp. 997 y 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.

berse 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

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 aplicarla,⁶ 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 en 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 con-

sentía (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 la 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 modo tan sencillo 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 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,

⁵ TJCE, 3.5.2005, punto 70.

⁶ *Ibid.*, punto 72.

⁷ *Ibid.*, 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, (nota 1), pp. 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 uguaglianza”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, pp. 50 y ss.

expresión de orientación político-criminal diferente en cuanto a la cantidad de merecimiento de pena o a los criterios normativos de selección de determinadas conductas.¹² 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, aunque necesaria a una ley *comunitaria y constitucionalmente legítima*.¹³

Por lo demás, una interpretación restrictiva como ésta¹⁴ se encuentra en línea 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 esta última,¹⁵ o bien, no aplicabilidad de ésta, ni de la anterior y revivida por la declaración de inconstitucionalidad de la norma posterior más favorable),¹⁶ no puede, por el contrario, 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 cometidos,¹⁷ no pudiéndose configurar en este caso fenómeno alguno de sucesión de leyes ex art. 2.3 Código penal italiano, en forma análoga a cuanto ha sido afirmado por la Corte constitucional para la hipótesis del Decreto ley no convertido.¹⁸

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 esperadas,¹⁹ sobre todo 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 examinada.²⁰ Según el abogado general, en efecto,

en particular no puede tolerarse de ninguna manera 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*, aun 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 permitiese que en las cuentas anuales se efectuaran declaraciones falsas, intencionalmente y con el objetivo de engañar o de enriquecerse, tal confianza vendría lesionada en forma permanente y se violarían con ello los fines de la directiva sobre el Derecho societario.²¹

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, pp. 86 y 92; Padovani, *Diritto penale*, 7ª ed., Milán, Giuffrè, 2004, p. 39; Pecorella, en Dolcini/Marinucci, *Codice penale commentato*, 2ª ed., 2006, art. 2, N° 51; *id.*, *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, Milán, CUEM, 2008, p. 11.

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 de 2004 (*vid. 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*, 3ª ed., Milán, I, 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), pp. 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, pp. 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*, pp. 372 y ss.

²¹ Conclusiones del abogado general, punto 99.

De ello se deriva 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

Quizá sea 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 general),²³ induciéndole a adoptar una decisión claramente inspirada en la prudencia y la cautela “política”.²⁴

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 respeto del cual constituye un objetivo de máxima relevancia de la IV [y 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 constituye 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 con el 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 aquéllas, *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 societario²⁸

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, en 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

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 de 85% de los casos.

²⁴ Muy significativos parecían los temores y la perplejidad expresados, en relación con las conclusiones del abogado general, por una parte de la doctrina italiana: cfr. p. ej. Caraccioli, en *Diritto e pratica delle società*, N° 23, 2004, pp. 6 y ss.; Crespi, en *Rivista delle società*, 2004, pp. 1548-1549; Izzo, en *Il Fisco*, 2004, pp. 16653 y ss.

²⁵ TJCE, 3.5.2005, puntos 54 y 55.

²⁶ *Ibid.*, punto 56.

²⁷ *Ibid.*, 3.5.2005, punto 62 (cursivas mías).

²⁸ *Ibid.*, 3.5.2005, punto 63.

²⁹ *Ibid.*, 3.5.2005, punto 65 (cursivas mías).

Una lectura extensiva similar de la exigencia comunitaria de sanciones adecuadas en materia de información societaria no era fácilmente previsible,³⁰ 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 balances.³¹ 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, de cara al futuro, una armonización en el ámbito 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 mediante el recurso por infracción, ya sea ante 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 años—³³ 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 italiano.³⁴

³⁰ Para una interpretación más restrictiva cfr. p. ej. Satzger, *JZ*, 2005 (nota 3), pp. 1000 y 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*, Milán, Giuffrè, 2003, pp. 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 sobre todo, entre los primeros comentarios: Alessandri, “La legge delega n. 366 del 2001: un congedo dal diritto penale societario”, en *Corriere giuridico*, 2001, pp. 1.545 y ss.; del mismo, “I nuovi reati societari: irrazionalità e arretramenti della politica penale nel settore economico”, en *Questione Giustizia*, 2002, pp. 1 y ss.; del mismo, “Simbolico e reale nella riforma del diritto penale societario”, en *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, pp. 146 y ss.; del mismo, “Il ruolo del danno patrimoniale nei nuovi reati societari”, en *Società*, 2002, pp. 797 y ss.; Belcredi, “A rebours, ovvero: la riforma del ‘falso in bilancio’”, en *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, pp. 132 y ss.; Crespi, “Le false comunicazioni sociali: una riforma faceta”, en *Rivista delle società*, 2001, pp. 1.345 y ss.; Donini, “Abolito criminis e nuovo falso in bilancio. Struttura e offensività delle false comunicazioni sociali dopo il d.lgs. 11 aprile 2002”, en *Cassazione penale*, n. 61, 2002, pp. 1.240 y ss.; Foffani, “Rilievi critici in tema di riforma del diritto penale societario”, en *Diritto penale e processo*, 2001, pp. 1193 y ss.; del mismo, “Verso un nuovo diritto penale societario: i punti critici della legge delega”, en *Cassazione penale*, 2001, pp. 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, pp. 329 y ss.; del mismo, “La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali”, en Giarda/Seminara (coords.), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padua, CEDAM, 2002, pp. 232 y ss.; del mismo, en Palazzo/Paliero, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padua, CEDAM, 2003, pp. 1.797 y ss.; del mismo, “Cronica de una muerte anunciada: la reforma de los delitos societarios en Italia”, en *Revista Penal*, No. 15, 2005, pp. 57 y ss., también publicado en García Rivas (coord.), *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*, Cuenca, UCLM, 2005, pp. 233 y ss.; Foffani/Vella, “Nuovo falso in bilancio: un passo indietro nel cammino verso l’Europa”, en *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, pp. 125 y ss.; Manna, “La riforma dei reati societari: dal pericolo al danno”, en *Foro italiano*, V, 2002, c. 111 y ss.; Marinucci, “Falso in bilancio: con la nuova delega avviata una depenalizzazione di fatto”, en *Guida al diritto*, No. 45, 2001, pp. 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, pp. 137 y ss.; Paliero, “Nasce il sistema delle soglie quantitative: pronto l’argine alle incriminazioni”, en *Guida al diritto*, 2002, pp. 37 y ss.; Pedrazzi, “In memoria del ‘falso in bilancio’”, en *Rivista delle società*, 2001, pp. 1369 y ss.; Pulitanò, “Falso in bilancio: arretrare sui principi non contribuisce al libero mercato”, en *Guida al diritto*, 2001, pp. 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, pp. 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*, No. 36, 2001, pp. 10 y ss.; del mismo, “Una riforma in linea con la realtà economica”, en *Legislazione penale*, 2002, pp. 531 y ss.; Lanzi, “La riforma sceglie una risposta ‘civile’ contro l’uso distorto dei reati societari”, en *Guida al diritto*, 2002, pp. 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, pp. 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, en 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.

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 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 cotizada 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 ocasione 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 IS-TAT”, o bien como una “destrucción o reducción del valor de títulos de entidad en su conjunto superior al 0.1 por mil del producto interno bruto” (art. 2.622.4 y 5 del Código civil).

Comenzando por el art. 2.621 del Código civil, se debe observar cómo 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

(3) Se excluye la punibilidad si la falsedad y las omisiones no alteran en 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 por ciento.

(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 o 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 de 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.

(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 ciento del producto interno 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 en 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 por ciento.

(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 les 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.

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 —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 partir de la descripción del resultado consumativo del delito y por la exigencia de presentación de querrela.

La norma prevé, por otro lado, en el art. 2.621 del Código civil, una condición cuantitativa de punibilidad,³⁷ que es un *unicum*, una absoluta anomalía en el panorama del Derecho comparado (no existe en ningún país un ejemplo normativo de este tipo en materia de información societaria) y que despliega un evidente efecto “crimínogeno”, 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 fatídicos límites de punibilidad, reiterando tal actividad de ejercicio en ejercicio, sin riesgo alguno de incurrir en sanción penal.³⁸ Se olvida, en fin, completamente, en la perspectiva de la reforma, la dimensión *cualitativa* 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 más 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 así. Los partidarios de la tesis criticada han afirmado que el art. 2.621 sería aplicable no sólo cada vez que no se hubiera comprobado un daño a los intereses de los socios o de los terceros, sino también cuando se haya comprobado el daño, no se presente la querrela, o una vez presentada ésta, se retire con posterioridad. Si bien se mira, 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

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 de 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. Además, debe recordarse que en Italia, a diferencia de 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 generalmente no puede “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 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 a 5%, o bien una variación del patrimonio neto superior a 1%, o bien —si se trata de valoraciones estimativas— difieren en medida superior a 10% de las valoraciones correctas.

³⁸ Con la excepción, hoy, de la aplicación de la sanción administrativa prevista en los arts. 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*.

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 esta que hace tal norma absolutamente no idónea 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 española,³⁹ 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, 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 aho-

ro⁴⁰ (tan alardeada propagandísticamente en sede política), que se ha limitado, en su versión definitiva (y después de una serie de pasajes intermedios que hacían esperar una más seria y rigurosa reforma);⁴¹ sólo ha sido un modestísimo *maquillaje* de 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 aplicabilidad)⁴² 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 vea 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 Parmalat—,⁴⁴ 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*— delineado 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 De-

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, pp. 375 y 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 por 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 de 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*, No. 21, 2005, pp. 6 y ss.

⁴² Véase *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, pp. 549 ss.

⁴⁴ Para una descripción del caso Parmalat, cfr. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, Il Mulino, 2020, pp. 106 y 107; Capolino/Massaro/Panerai, *Parmalat. La grande truffa*, Milán, 2004; Cingolo, *Lo schema Tanzi*, Roma, 2004; Dalcò/Galdabini, *Parmalat. Il teatro dell'assurdo*, Parma-Milán, 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 y Messori).

recho 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 Europea 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. 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 supranacional.⁴⁷

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, en el

plano europeo. En la misma línea se ha pronunciado, 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 —aunque 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 camino parece abierto para la adopción —sobre una escala más amplia y mediante los instrumentos propios del Derecho comunitario, primer pilar— de iniciativas dirigidas a intervenir no sólo en 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 de la Comunidad Europea (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, etcétera).⁴⁹

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)”, véase 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*, Milán, 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*, Milán, Giuffrè, 2003, pp. 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 de septiembre de 2005, causa C-176/03.

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*, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 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, UCLM, 2004], y en México [Arroyo Zapatero/Tiedemann/Nieto Martín (coords.), *Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea*, México, INACIPE, 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.

Finalmente, el fracasado proyecto de Constitución para Europa y la siguiente reforma de los tratados (adoptada con el Tratado de Lisboa de diciembre de 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 lo 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 duda de que el Derecho societario pertenece a estos sectores de políticas comunitarias, que ya han sido desde hace mucho tiempo objetos de medidas de armonización en el plano extrapenal, y que tipos penales como la falsedad en las cuentas podrán ser, en el futuro próximo, objeto de directivas europeas dirigidas a establecer “normas mínimas relativas a la definición de los delitos y de las sanciones”: de manera verosímil en una dirección y con contenidos muy diferentes de los que han sido perseguidos en los últimos años por parte del legislador italiano.

⁵⁰ Sobre esta “competencia penal accesoria (*Annexkompetenz*) para los sectores de las políticas comunitarias ya armonizados en el plano extrapenal”, *vid.* Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil mit wichtigen Gesetzes- und Verordnungstexten*, 2ª ed., Múnich, Heymanns, 2008, Rn. 42.



Instituto Nacional de Ciencias Penales
Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal
Editorial Ubijus