

UNIVERSIDAD PÚBLICA DE NAVARRA



**TRATAMIENTO PENAL DEL
FALSEAMIENTO DE CUENTAS Y
OTROS DOCUMENTOS EN LAS
SOCIEDADES.**

(Art. 290 del Código Penal)

TESIS DOCTORAL

PAZ FRANCÉS LECUMBERRI

Dirigida por:

Prof. Dr. D. Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO

PAMPLONA/IRUÑA, 2014

**TRATAMIENTO PENAL DEL FALSEAMIENTO
DE CUENTAS Y OTROS DOCUMENTOS EN LAS
SOCIEDADES.
(Art. 290 del Código Penal)**

PAZ FRANCÉS LECUMBERRI

ÍNDICE SISTEMÁTICO

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	17
INTRODUCCIÓN	33
INTRODUZIONE	41

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO 1: APROXIMACIÓN AL DERECHO PENAL ECONÓMICO, A LOS DELITOS SOCIETARIOS Y EN CONCRETO AL FALSEAMIENTO DE LOS DOCUMENTOS DE LA SOCIEDAD.

CUESTIONES INTRODUCTORIAS

I.	CONCEPTO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO.....	51
II.	CONCEPTO DE DERECHO PENAL SOCIETARIO Y PAPEL DE LA EMPRESA EN EL SISTEMA ECONÓMICO.....	67
III.	¿NECESIDAD Y JUSTIFICACIÓN DE LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS SOCIETARIOS?	80
A.	La fundamentación constitucional.....	83
B.	Fundamento de la ética de empresa	89
C.	Necesidad de protección de bienes jurídicos.....	101
IV.	LOS DELITOS SOCIETARIOS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. ELECCIÓN SISTEMÁTICA DEL LEGISLADOR.....	105
V.	EL CONCEPTO DE SOCIEDAD EN EL ART. 297 CP.....	113
A.	Las sociedades mencionadas expresamente en el art. 297 CP	115
	1. Sociedades de base mutualista. Las cooperativas y las mutuas	115
	2. Cajas de Ahorro	118
	3. Entidades financieras o de crédito	120
	4. Fundaciones	121
	5. Sociedades mercantiles	122
	6. Algunas reflexiones finales	123

B.	La expresión “cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de manera permanente en el mercado”	126
C.	Un supuesto problemático. Las sociedades irregulares.....	134

CAPÍTULO 2: DERECHO COMPARADO

I.	JUSTIFICACIÓN DEL CAPÍTULO.....	143
II.	LA ALTERACIÓN DE DOCUMENTOS SOCIALES EN LA LEGISLACIÓN ITALIANA: EL FALSEAMIENTO DE CUENTAS (ARTS. 2621-2622 CCI)	144
A.	Introducción y evolución del delito.....	144
B.	La protección frente a las falsas comunicaciones sociales en la legislación italiana	148
C.	La protección penal frente a las falsas comunicaciones sociales. Arts. 2621 y 2622 CC	155
	1. El bien jurídico protegido. Postura: la privatización del bien jurídico	158
	2. La expresión “hechos materiales que no responden a la verdad, aunque objeto de valoración”. La cuestión de la valoración	165
D.	Las críticas generales de la doctrina penal italiana a la regulación de las falsas comunicaciones sociales. Recapitulación y conclusiones	168
III.	LA ALTERACIÓN DE LOS “BILANZDELIKTE” EN LA LEGISLACIÓN ALEMANA.....	172
A.	Introducción y evolución del delito.....	172
B.	La protección frente a las falsas comunicaciones sociales en la legislación alemana	175
IV.	CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	189

CAPITOLO 2: DIRITTO COMPARATO

I.	GIUSTIFICAZIONE DEL CAPITOLO	195
II.	IL TRAVISAMENTO DELLE COMUNICAZIONI SOCIALI NELLA LEGISLAZIONE ITALIANA: IL FALSO IN BILANCIO, ARTT. 2621-2622 CCI	196
A.	Introduzione ed evoluzione del reato	196
B.	La protezione delle false comunicazioni sociali nella legislazione italiana	200
C.	La protezione penale delle false comunicazioni sociali. Artt. 2621 e 2622 CCI	205
	1. Il bene giuridico protetto. Impostazione: la privatizzazione del bene giuridico	209
	2. L'espressione "fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni". La questione della valutazione	215
D.	Le critiche generali della dottrina penalistica italiana alla regolazione delle false comunicazioni sociali. Ricapitolazione e conclusioni	218
III.	IL TRAVISAMENTO DEI "BILANZDELIKTE" NELLA LEGISLAZIONE TEDESCA	222
A.	Introduzione ed evoluzione del reato	222
B.	La protezione delle false comunicazioni sociali nella legislazione tedesca.....	224
IV.	CONCLUSIONI DEL CAPITOLO	237

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO 3: UN DERECHO PROTECTOR DE BIENES JURÍDICOS. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL ART. 290 CP Y LA TÉCNICA DE TUTELA EMPLEADA

I.	CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL BIEN JURÍDICO EN DERECHO PENAL. TOMA DE POSICIÓN.....	245
A.	Introducción. Aproximación a un concepto de bien jurídico	245
	1. Teorías constitucionalistas	248
	2. Teorías sociológicas	252
	2.1. Teorías funcionalistas extremas	252
	2.2. Teorías funcionalistas moderadas	255
	2.3. Teorías personalistas	257
	3. Teorías iushumanistas	258
B.	Toma de posición	259
II.	ESPECIAL PROBLEMÁTICA DE LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS	263
III.	APROXIMACIÓN AL OBJETO DE TUTELA DEL ART. 290 CP	272
A.	Cuestiones preliminares	272
B.	Razones de la inconveniencia de la protección de algunos bienes jurídicos propuestos por la doctrina	274
	1. La veracidad e integridad de las cuentas.....	275
	2. El orden económico.....	285
	3. El correcto funcionamiento de las sociedades	289
IV.	LAS TÉCNICAS DE TUTELA PRESENTES EN EL ART. 290 CP.....	296
A.	Los delitos de lesión y el fundamento de la punición de los delitos de peligro.....	296
B.	Algunos apuntes sobre los delitos de peligro concreto, delitos de peligro abstracto y delitos de aptitud.....	301
	1. Los delitos de peligro concreto y abstracto.....	301
	2. Los delitos de aptitud.....	305
C.	Las peculiaridades de tutela por ser un delito especial.....	312
V.	TOMA DE POSICIÓN: LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS POR EL ART. 290 CP Y SU RELACIÓN CON LA FORMA DE PROTECCIÓN.....	317
A.	Los bienes jurídicos protegidos por el art. 290 CP.....	317
	1. Primer bien jurídico. La funcionalidad del documento.....	317

2. Segundo bien jurídico. El patrimonio.....	327
B. La forma de protección del bien jurídico.....	331
1. Aproximación.....	331
2. El concepto “correcto funcionamiento de las sociedades” como criterio de valoración <i>ex ante</i> de “la posibilidad de resultado de depeligro”	337
2.1. Introducción.....	337
2.2. El correcto funcionamiento de las sociedades como correcta gestión. Los deberes de diligencia y lealtad de los administradores.....	337
2.3. Las obligaciones de los administradores en relación con las cuentas anuales.....	342
2.4. Mi propuesta.....	344
3. Criterios de valoración <i>ex post</i> de “la posibilidad de resultado de peligro” en la situación concreta.....	348
4. Recapitulación.....	350

TERCERA PARTE

CAPÍTULO 4: LA CONDUCTA TÍPICA

I. LA CONDUCTA TÍPICA DEL ART. 290 CP.....	357
A. La acción falsaria	357
1. El término falsear	357
2. Las modalidades de conducta del art. 290 CP	365
2.1. Alterar el documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial	367
2.2. Simular un documento en todo o en parte de manera que induzca a error respecto de su autenticidad.....	369
2.3. Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido o atribuyendo a las	371

	que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.....	
	2.4. Faltando a la verdad en la narración de los hechos	373
	3. Problemas derivados del uso de la contabilidad creativa....	376
	3.1. Introducción y objetivos de la aproximación a esta cuestión.....	376
	3.2. ¿Qué es la contabilidad creativa?.....	378
	3.3. Lo que es y lo que no es contabilidad creativa.....	384
	3.3.1. Técnicas de contabilidad creativa.....	384
	3.3.2. Al gunos ejemplos de lo que no es contabilidad creativa.....	398
	3.4. Toma de posición: El encaje de la contabilidad creativa en el art. 290 CP.....	399
B.	¿Comisión por omisión de la acción falsaria?.....	405
II.	La consumación de la conducta.	407
A.	Consideraciones generales sobre el <i>iter criminis</i>	407
B.	La consumación parcial frente a la funcionalidad del documento.....	412
C.	La consumación parcial frente al patrimonio.....	417
	1. Apuntes previos.....	417
	2. El resultado de peligro hipotético del patrimonio (art. 290.1. CP).....	419
	3. El resultado de lesión del patrimonio (art. 290.2 CP).....	423
	4. La consumación total, global o absoluta.....	423
III.	LA IMPOSIBILIDAD DE LA TENTATIVA EN EL DELITO DEL ART. 290 CP.....	425

CAPÍTULO 5: EL OBJETO MATERIAL

I.	EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO DEL ART. 290 CP.....	433
A.	Cuestiones iniciales.....	433
B.	Concepto de documento y de documento mercantil. Sobre la adecuación del objeto material del art. 290 CP al concepto de documento mercantil.....	437
C.	Las cuentas anuales como objeto material del delito del art. 290 CP	441
	1. El plan general contable. Delimitación de las cuentas anuales, función y obligación de llevanza.....	441
	2. Algunas nociones previas.....	444
	3. Las cuentas anuales de la sociedad.....	448
	3.1. El balance.....	456
	3.2. La memoria.....	459
	3.3. La cuenta de pérdidas y ganancias.....	462
	3.4. El estado de cambios en el patrimonio neto	463
	3.5. El estado de flujos de efectivo.....	464
	3.6. El informe de gestión.....	464
	4. La expresión “otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad”	467
	4.1 Documentos reflejo de la situación jurídica o económica de la sociedad	468
	4.2. Documentos societarios	474
	4.3. Documentos mercantiles	476
	4.4. Documentos de la esfera del administrador	477
	5. Conclusiones	481

CAPÍTULO 6: PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA AUTORÍA

I.	CUALIDADES REQUERIDAS EN EL SUJETO ACTIVO	493
A.	Planteamientos de partida	493
B.	Particularidades de la determinación objetiva y positiva del hecho en los delitos especiales	499
C.	La especial y previa posición de los sujetos calificados: por qué el tipo limita los posibles sujetos activos	505
D.	La relevancia de la condición de administrador de hecho o de derecho.....	512
	1. El administrador de Derecho	515
	2. El administrador de hecho	518
	2.1. Las tesis mercantilistas	519
	2.2. Los conceptos materiales de administrador de hecho	523
	2.2.1. El concepto material amplio	523
	2.2.2. El concepto material estricto	526
	2.3. Toma de posición.....	529
	3. Consideraciones en torno al actuar por otro y la delegación de funciones.....	546
II.	MODALIDADES DE AUTORÍA.....	552
A.	Introducción.....	552
B.	Autoría directa (inmediata unipersonal).....	555
C.	Coautoría dentro y fuera de órganos colegiados	558
D.	Autoría mediata.....	569
	1. Consensos generales en torno a la autoría mediata	569
	2. Supuestos discutidos en torno a la autoría mediata	570
	3. Casos problemáticos en el art. 290 CP.....	572
	4. Toma de posición.....	574

CAPÍTULO 7: LA PARTICIPACIÓN

I.	INTRODUCCIÓN.....	581
II.	LA PARTICIPACIÓN EN EL ART. 290 CP.....	586
A.	La inducción.....	586
B.	La cooperación o complicidad necesaria.....	589
C.	La complicidad.....	593

CAPÍTULO 8: LA PARTE SUBJETIVA DEL TIPO

I.	INTRODUCCIÓN.....	597
A.	El concepto de dolo del cual se parte: el planteamiento de LUZÓN PEÑA	598
B.	El dolo del art. 290.1 CP como dolo de peligro	600
II.	TIPO SUBJETIVO DEL FALSEAMIENTO DE CUENTAS SOCIALES: EXIGENCIA DE DOLO.....	603
A.	La inexistencia de un elemento subjetivo específico en el tipo de injusto..	603
B.	La necesidad de concurrencia de dolo de peligro	605
III.	PROBLEMAS DE ERROR. ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN	611
A.	Algunos problemas de error de tipo	612
B.	Algunos problemas de error de prohibición	616

CAPÍTULO 9: PROBLEMAS CONCURSALES

I.	CUESTIONES INTRODUCTORIAS.....	623
II.	LA FALSEDAD EN DOCUMENTOS DE LA SOCIEDAD Y SU RELACIÓN CON OTROS DELITOS SOCIETARIOS. EN CONCRETO CON LOS ARTS. 291, 292 Y 295 CP	629
A.	La relación entre el art. 290 CP y los arts. 291 y 292 CP	629
B.	Con la administración desleal. Art. 295 CP	638

III.	EL DELITO DE FALSEDAD EN LAS CUENTAS DE LAS SOCIEDADES Y LOS DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA	643
IV.	EL DELITO DE FALSEDAD EN LOS DOCUMENTOS SOCIALES (ART. 290 CP) Y EL DELITO DE FALSEDAD CONTABLE (ART. 261 CP)	647
V.	EL DELITO DE FALSEDAD EN LAS CUENTAS DE LAS SOCIEDADES Y EL ART. 282 BIS CP	651
VI.	EXCURSO. EL NUEVO ART. 433 BIS. DUDAS Y CLAVES PARA SU INTERPRETACIÓN A LA LUZ DEL ART. 290 CP	654
A.	Introducción	654
B.	Estudio del art. 433 bis en relación al art. 290 CP y dudas que se suscitan.....	656
	1. El bien jurídico	656
	2. La acción típica	658
	3. El objeto material	660
	4. La técnica de tutela del delito de peligro hipotético	662
C.	Conclusiones sobre el art. 433 bis.....	662
	CONCLUSIONES	667
	CONCLUSIONI	701
	BIBLIOGRAFÍA	707
	ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS	765

ABREVIATURAS

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

§, §§	Parágrafo, párrafos.
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado (cit. por número y año).
AD	Anales del Derecho (cit. por número y año).
ADC	Anuario de Derecho Concursal (cit. por número y año).
ADCrim	Archiv des criminalrechts (cit. por tomo y año).
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (cit. por año).
AECA	Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas.
AEJ	Anuario de la Escuela Judicial (cit. por número y año).
AFDUA	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá (cit. por número y año).
AFDUC	Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (cit. por número y año).
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi (cit. por número y por año).
AktG	Aktiengesetz.
AP	Actualidad Penal (cit. por número y año).

AP	Audiencia Provincial.
APD	Asociación para el progreso de la Dirección
Archipiélago	Archipiélago. Cuadernos de crítica de la cultura (cit. por número y año).
Art./arts.	Artículo/artículos.
AT	Allgemeiner Teil (Parte General).
AudP	Actualidad pública. Revista de los Organos Autónomos de Control Externo (Cit. por número y año).
BICAM	Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (Cit. por número y año).
BORM	Boletín Oficial del Registro Mercantil.
BMDC	Boletín Mexicano de Derecho Comparado (cit. por número y año).
Cap.	Capítulo.
Cass. Pen.	Cassazione Penale (cit. por número y año).
CC	Código Civil.
CCI	Codice Civile Italiano.
CCAA	Comunidades Autónomas.
CCom	Código de Comercio.
C.com	Codice di Commercio.
CdI	Cuadernos de Investigación (cit. por número y año).

CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial (del Consejo General del Poder Judicial, cit. por año y volumen).
CE	Constitución Española.
CEE	Cuaderno de Estudios Empresariales (cit. por número y año).
CEu	Comunidad Europea.
CES	Consejo Económico y Social.
CIF	Certificado de Identificación Fiscal.
CNMV	Comisión Nacional de Mercado de Valores.
Consejeros	Consejeros: la revista del buen gobierno y la responsabilidad corporativa (cit. por número y año).
Coord/Coords.	Coordinador/ Coordinadores.
Corr. Giur.	Il Corriere Giuridico (cit. por número y año).
CP	Código Penal. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
CPC	Cuaderno de Política Criminal (cit. por número y año).
CPI	Codice Penale Italiano.
Criminalia	Criminalia. Anuario di Scienza penalistiche (cit. por año).
Crit. Dir.	Critica al Diritto (cit. por año).
DdN	Derecho de los negocios (cit. por número y año).

DeP	Dei delitti e delle pene (cit. por número y año).
Dig. Disc. Pen.	Digesto delle discipline penalistiche (cit. por año).
Dir./Dir.	Director/directores.
DIRCE	Dirección Central de Empresas.
Dir. Giust.	Diritto e Giustizia (cit. por número y año).
DJ	Documentación Jurídica (cit. por número y año).
Doxa	Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho (Cit. por número y año).
DP	Derecho penal.
DPC	Revista Derecho penal contemporáneo. Revista internacional (cit. por número y año).
DPCrim	Derecho penal y criminología (cit. por número y año).
DPE	Derecho Penal Económico.
DS	Derecho de Sociedades (cit. por número y año).
EaM	Economía and Management (cit. por número y año).
Ed.	Edición.
EdD	Estudios de Deusto (cit. por número y año).
EDPE	Estudios de Derecho penal económico (cit. por año).
EF	Estrategia Financiera (cit. por número y año).

EFCT	Estudios Financieros, Contabilidad y Tributación (cit. por número y año).
EH- Cobo del Rosal	Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal, Dykinson, Madrid, 2005.
EH-Casabó	Estudios Jurídicos en Memoria del Prof. Dr. Don José Ramón Casabó Ruiz, I Volumen, Instituto de criminología de la Universidad de Valencia, Valencia, 1997.
EH- Girón Tena	Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea : estudios en homenaje a José Girón Tena,
EH-M. Planas	Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor José María Muñoz Planas, Civitas, Granada, 2011, Civitas, Madrid, 1991.
EH-P. Vitoria	Estudios jurídicos en Honor de Pérez Vitoria. J. M. Bosch Editor, 1983.
EI	Economía Industrial (cit. por número y año).
EM-Sánchez	
Andrés	Estudios de Derecho mercantil en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés, Civitas, Granada, 2011.
Enc. Giur.	Enciclopedia Giuridica.
Encicl. Dir.	Enciclopedia del Diritto.
EPC	Estudios Penales y Criminológicos (cit. por año).
EdD	Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto (cit. por número y año).

Fasc.	Fascículo.
FS- Heinitz	Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main, Berlin, 1972.
FS-Kaufmann	Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag. C. F. Müller, Heidelberg 1993
GA	Golddammers Archiv für Strafrecht (cit. por año).
Gestión	Gestión: Revista de economía.
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung.
Guida	Guida al diritto (cit. por número y año).
Harvard	Harvard Deusto Finanzas y Contabilidad (Cit. por número y año)
HGB	Handelsgesetzbuch.
ICE	Revista de Información Económica (cit. por número y año).
Infra	(Más) abajo, en una parte posterior del trabajo.
Intangible	Revista Intangible capital (cit. por número y año).
IUS 17	Ius 17: studi e materiali di diritto penale (cit. por año).
JAI	Espacio de libertad, Seguridad y justicia.
JpD	Jueces para la democracia (cit. por número y año).

Jura	Juristische Ausbildung (cit. por número y año y en ocasiones sólo por año).
JZ	Juristenzeitung (cit. por año).
KPMG	KPMG, Cutting through complexity.
LAC	Ley de Auditoría de Cuentas Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas.
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
LCop	Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.
LECrim	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LF	Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.
LH- Cobo Del Rosal	Estudios penales en homenaje al Prof. Cobo Del Rosal, Dykinson, Madrid, 2005.
LH- Del Rosal	Política criminal y reforma penal: homenaje a la memoria del prof. Dr. D. Juan del Rosal, Editorial de Derecho Reunidas, Edersa, Madrid.
LH-Gimbernat	Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, Edisofer, Madrid, 2008.
LH-Mir Puig	Derecho Penal del Estado social y democrático de derecho: Libro Homenaje a Santiago Mir Puig, La Ley, Madrid, 2010.
LH-R. Mourullo	Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005.

LH-R. Ramos	Libro homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos, Tirant Lo Blanche, Valencia, 2013.
LH-R. Vadillo	Las falsedades documentales. Libro Homenaje al Prof. Enrique Ruiz Vadillo, Comares, Granada, 1999.
LH-Sánchez Calero	Derecho de sociedades: Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero, McGraw-Hill Interamericana de España, 2002.
LH- Torío	El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos: Libro Homenaje al Prof. Doctor Don Ángel Torío López, Comares, Granada, 1999.
L'índice	L'Índice Penale (cit. por número y año).
LK	Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 11. ^a , (ed. B. Jähnke/H.W. Laufhütte/W. Odersky), Walter de Gruyter, Berlin.
LL	Revista Jurídica Española La Ley (cit. por año y tomo anual o, en algunos casos, por número del diario y año).
LLPen	La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario (cit. por número y año).
LMV	Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.
LO	Ley Orgánica.

LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (Vigente hasta el 22 de Julio de 2014).
LQc	La questione criminale (cit. por número y año).
LSA	Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. (Vigente hasta el 1 de septiembre de 2010)
LSAL	Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales.
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
LSGR	Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca.
LSRL	Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. (Vigente hasta el 1 de septiembre de 2010).
Lusíada	Lusíada. Dereito (cit. por número y año).
Merc. Conc. Reg.	Mercato concorrenza regole (cit. por número y año).
MFC	Manuales de Formación Continuada (cit. por año y tomo anual).
n./nn.	Nota/notas al pié.
NFP	Nuevo Foro Penal (cit. por número y año).
NIC/NIFF	Normas internacionales de contabilidad.

Nº	Número.
Noviss. Dig. It	Novissimo digesto italiano.
NPP	Nuevo Pensamiento Penal (Cit. por número y año).
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (cit. por año).
Observatorio	Observatorio contable y financiero (Cit. por número y año).
OIT	Organización Internacional de Trabajo.
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos.
p./pp.	Página, páginas.
PAC	Política Agraria Común.
Passim	En todo el trabajo (aquí y allá, en una y otra parte, en lugares diversos).
PANCP1983	Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983.
PC	Política criminal (cit. por número y año).
PCGA	Principios de Contabilidad Generalmente aceptados.
PCP1980	Proyecto de Código Penal de 1980.
PCP1992	Proyecto de Código Penal de 1992.
PCP1997	Proyecto de Código Penal de 1997.
PD	Revista Partida Doble (cit. por número y año).

PE	Parte Especial.
PEE	Papeles de Economía Española.
PECVNIA	Revista PECVNIA. La revista científica de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de León (cit. por número y año).
P. ej.	Por ejemplo.
PG	Parte General.
PJ	Poder Judicial, Revista del Poder Judicial (cit. por tomo y año).
PYMES	Pequeñas y medianas empresas.
Qcr	La Questione Criminale (cit. por número y año).
RAECA	Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (cit. por número y año).
RECPC	Revista Electrónica de ciencia penal y criminología (cit. por número y año).
Red.	Redakteur.
Revista	
Archipiélago	Archipiélago (cit. por número y año).
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo (cit. por número y año).
RChD	Revista Chilena de Derecho (cit. por número y año)

RCP	Revista de Ciencias Penales (cit. por número y año).
RD	Real Decreto.
RDBF	Rivista di Diritto Bancario e Finanziario (cit. por año).
RDC	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal (cit. por número y año).
RDM	Revista de Derecho Mercantil (cit. por número y año).
RDP	Revista Doctrina Penal (cit. por número y año).
RDPCr	Revista de Derecho Penal y Criminología (cit. por número y año).
RDPE	Rivista di Diritto penal dell'economia (cit. por año).
RDPP	Revista de Derecho y Proceso penal (Cit. por número y año)
RdS	Revista de Derecho de sociedades (cit. por año y tomo).
RGDP	Revista General de Derecho penal (cit. por número y año).
REJ	Revista de Estudios de la Justicia (cit. por número y año).
REDEE	Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa (cit. por número y año)

REFC	Revista Española de Financiación y Contabilidad (cit. por año).
Reimpr.	Reimpresión.
RFDUC	Revista de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (cit. por año o por número y año).
RICP	Revista ibero-americana de ciencias penales (cit. por número y año).
Riv. It. Dir. Proc.Pen.	Rivista italiana di diritto e procedura penale (cit. por número y año).
Riv. Soc.	Rivista di Diritto Societario (cit. por año).
RJC	Revista jurídica de Catalunya (cit. por número y año).
RJCA	RD 11/2010, de Órganos de Gobierno y otros aspectos del Régimen Jurídico de las Cajas de Ahorro.
RJCM	Revista Jurídica de Castilla-La Mancha (cit. por número y año)
RM	Registro Mercantil.
RP	Revista Penal (cit. por número y año y en ocasiones sólo por año).
RPCP	Revista Peruana de Ciencia Penales (cit. por número y año).
RSC	Responsabilidad Social Corporativa.

RRM	Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública (cit. por número y año)
RXG	Revista Xuridica Galega (cit. por número y año).
S.	Siglo.
s., ss.	Siguiente, siguientes.
SAP	Sentencia Audiencia Provincial.
Sec.	Sección.
Serie	Serie de documentos (cit. por número y año).
Società	LeSocietà (cit. por número y año).
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
StGB	Strafgesetzbuch.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
Studi-Vassalli	Studi in onore di Giuliano Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale (1945-1990), BASSIOUNI, M.C./LATAGLIATA, A.R./STILE. A.M. (a cura di)
Supra	(Más) arriba, en una parte anterior del trabajo.
t.	Tomo.
TCE	Tratado por el que se constituye una Constitución para Europa.

TE	Técnica Económica (cit. por número y año).
Téc. Cont.	Técnica Contable (cit. por número y año).
Téc. Econ.	Técnica económica: administración y dirección de empresas (cit. por número y año).
TFUE	Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (firmado en Roma el 25 de marzo de 1957; texto consolidado a partir de las reformas posteriores, incluidas las introducidas por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 y la Decisión del Consejo Europea (2011/199/UE).
Tít.	Título.
Trad.	Traducción, traductor.
Trads.	Traductores.
TS	Tribunal Supremo.
TUE	Tratado de la Unión Europea (firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992)
Universia	Universia Business Review (cit. por número y año).
V./v.	Véase.
Viento	Viento del sur (cit. por número y año).
Vol.	Volúmen.
VVAA	Varios autores.
WiStG	Wirtschaftsstrafgesetz.

Wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht (cit. por año).
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (cit. por número y por año).

INTRODUCCIÓN Y MÉTODO

I. INTRODUCCIÓN

1. Como objeto del presente trabajo de tesis doctoral se establece el análisis del art. 290 CP. Se pretende estudiar en profundidad esta figura delictiva analizando por ello todos y cada uno de sus elementos objetivos y subjetivos, así como su relación con otros preceptos del Código penal.

En la pretensión de exhaustividad y de tratar de abarcar el mayor número de problemáticas que plantea este precepto, el análisis se extiende, además, a otras tres cuestiones de sumo interés. La primera, y previa al estudio del precepto en concreto, referida al interés político-criminal y criminológico del artículo y más ampliamente sobre el Derecho penal económico y sobre la criminalidad económica. La segunda, el estudio de la regulación en dos importantes ordenamientos, por ser referencia en la dogmática penal: el alemán y el italiano, que servirá de elemento de conocimiento para poder interpretar su homólogo en España. La tercera de las cuestiones es el encaje dentro del art. 290 CP de conductas falsarias utilizando técnicas de contabilidad creativa.

2. Elegí este tema como objeto de mi trabajo de tesis doctoral por la profunda actualidad de conductas que, en el seno de las sociedades, podían (y pueden) causar un daño a los diferentes actores que se enmarcan dentro de ésta: socios, trabajadores y la propia sociedad; otros que tienen relaciones con ésta como son los terceros y acreedores; y la comunidad en general desde el momento en que el tejido societario conjuga relaciones e intereses que afectan a toda la sociedad.

Los delitos societarios se introducen en el Código penal de 1995 ante las necesidades manifestadas por la doctrina de dar respuesta a las nuevas relaciones que se descubrían dentro de las empresas y a los nuevos riesgos que se planteaban tanto dentro como fuera de éstas. Desde entonces, estos delitos no han sufrido ninguna modificación, a pesar de que muchos de ellos han sido objeto de una profunda crítica y son estos mismos delitos societarios los que tienen que hacer frente de forma específica y casi en exclusiva a una gran

diversidad de casos que en la actualidad se multiplican y plantean un panorama de complejos matices.

II. MÉTODO

1. En cuanto al material manejado en el trabajo he procurado recoger todas las investigaciones que se han publicado sobre los problemas que plantea el art. 290 CP por penalistas españoles e italianos, por su cercanía no ya solo en la propia estructura de los tipos homólogos del ordenamiento italiano, sino también en la propia concepción de los delitos societarios.

No ha sucedido así con el material alemán, en relación con el denominado *Bilanzdelikte*. Los ordenamientos español y alemán son muy diferentes a la hora de regular esta materia por lo que se ha seleccionado el material bibliográfico más relevante.

Como consecuencia he trabajado más bibliografía escrita por autores italianos que alemanes, a parte obviamente de la bibliografía española que es la más abundante, no sólo en relación directa con el art. 290 CP sino también frente al concepto de Derecho penal económico.

Por el contrario, en la construcción de las partes puramente dogmáticas y estrictamente referidas a la Parte General del Derecho penal los aportes y presencia de los penalistas alemanes es patente y evidente.

2. He manejado abundante jurisprudencia. Teniendo presente que las sentencias que aborden la aplicación del art. 290 CP son muy pocas, puedo decir que he consultado si no todas las sentencias recogidas en las bases de datos de “El Derecho” y “Westlaw” sobre este precepto, sí un porcentaje muy alto. Sin embargo, han sido escasas las sentencias que aportan alguna particularidad interesante al estudio serio y profundo de este precepto, de modo que finalmente son escasas las sentencias que he citado expresamente en este trabajo.

3. En cuanto al sistema de citas utilizado he seguido, en parte, el utilizado por el director de este trabajo de tesis doctoral, el Prof. Dr. Don Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. De esta manera he tratado de combinar la brevedad con

la precisión en la identificación de las obras. Las monografías utilizadas aparecen citadas por una palabra clave, que es la que posteriormente aparecerá en negrita en la bibliografía al final del trabajo.

Los artículos de revista se citan por el título abreviado de la revista, que se incluye en el listado de abreviaturas (seguido del número y año, tomo y año o sólo año, según las revistas).

Los artículos aparecidos en los libros-homenaje, libros colectivos o estudios reunidos se citan por el título abreviado del libro de que se trate (igualmente seguido del tomo y año o sólo del año, dependiendo del libro) y la referencia (cuando proceda, y a excepción de los Libros o Estudios Homenaje) de los directores y/o coordinadores de la obra.

4. El trabajo está dividido en tres partes, que a su vez se dividen en capítulos. En total el trabajo se compone de 9 capítulos, además de esta introducción y las conclusiones.

La primera parte comprende los dos primeros capítulos.

El Capítulo primero aborda un buen número de cuestiones y problemas diversos.

El primer apartado del capítulo está dedicado a hacer una aproximación a los diferentes conceptos de Derecho penal económico que se plantean por la doctrina (considerando que el denominado Derecho penal de las sociedades se inserta dentro de éste) y a la criminalidad económica como concepto diferente y diferenciado del anterior. Una vez planteadas estas dos cuestiones conceptuales paso a determinar a qué nos referimos cuando hablamos de Derecho penal societario y cuál es el papel de la empresa en el sistema económico. La empresa es la estructura societaria más importante y compleja que se conoce. En este sentido, he considerado que conocer qué diferentes cuestiones plantea esta estructura es imprescindible para interpretar el tipo del art. 290 CP en su justa medida.

Una vez determinado lo anterior abordo la necesidad de la tipificación de los delitos societarios. Desde la doctrina son tres los planteamientos que se han realizado sobre la justificación de la tipificación de estos delitos: la fundamentación constitucional, el fundamento de las exigencias del concepto de ética de empresa y la necesidad de protección de bienes jurídicos. En el

respectivo apartado expongo las tres teorías y tomo parte por una de ellas, la última, dedicando posteriormente un capítulo a determinar cuál es el bien jurídico protegido en el art. 290 CP.

Las dos últimas cuestiones que analizo en este capítulo son las referidas a la sistemática que el legislador español ha optado en la regulación de los delitos societarios y el concepto de sociedad que construye el art. 297 CP.

El Capítulo segundo es una mirada del Derecho comparado. Éste lo he escrito en castellano y en italiano para cumplir con las exigencias del doctorado europeo. En este capítulo hago una aproximación a la regulación del texto homólogo al art. 290 CP en la legislación italiana, primero, y en la alemana después. Como he anticipado, los trabajos en lengua italiana son más abundantes y más elaborados que aquellos en lengua alemana. No obstante, decidí profundizar en ambas regulaciones justamente para dar cuenta de la disparidad de formas de materializar preceptos con parecidas características aunque, en última instancia, con bienes jurídicos diferentes al que se presenta en la regulación española.

La segunda parte de mi trabajo se integra por el Capítulo tercero, que está dedicado al bien jurídico protegido en el art. 290 CP y a las técnicas que utiliza el precepto para esa protección. De este modo, en primer lugar hago un sucinto repaso de las diferentes teorías que a lo largo de la historia de la dogmática penal se han construido, para luego posicionarme sobre el concepto de bien jurídico que mantengo. Esta parte del trabajo es simplemente una aproximación, puesto que trata de un tema complejísimo cuya exhaustividad daría lugar a otra tesis doctoral. Por tanto, una vez determinado el concepto de bien jurídico del que parto, desarrollo las diferentes tesis que en relación al bien jurídico en el art. 290 CP se han construido para, de nuevo, tomar posición al respecto. Se analizan las razones de la inconveniencia de la protección como bien jurídico de «la veracidad e integridad de las cuentas», «el orden económico» y «el correcto funcionamiento de las sociedades». Llego a la conclusión en este trabajo de que son dos los bienes jurídicos protegidos por el precepto: «la funcionalidad del documento» y «el patrimonio». Desde aquí desarrollo cuáles son las técnicas de tutela frente a éste.

Las técnicas de tutela presentes en el art. 290 CP son: la estructura del delito de lesión en la funcionalidad del documento, el peligro hipotético para el patrimonio y, para ambos, las peculiaridades que aporta el que éste sea un delito especial. Sin embargo, y aun no siendo un bien jurídico el concepto de “correcto funcionamiento de las sociedades”, en este trabajo este concepto adopta una especial importancia en la determinación de las conductas que serán castigadas por este precepto. Para ello, tras un minucioso estudio de los deberes de los administradores en diferentes niveles de su participación en la empresa lo he dotado de contenido para ser útil en el objetivo expuesto.

La tercera parte es la más extensa del trabajo y recoge desde el Capítulo cuarto al Capítulo noveno.

En el Capítulo cuarto determino si lo que se contiene en el art. 290 CP es una conducta defraudatoria o falsaria. Decidiéndome por esta última opción, analizo entonces cuáles son las modalidades de conducta del art. 290 CP, que concluyo serán las contenidas en el art. 390 CP. Seguidamente planteo algunos de los problemas que suscita la denominada contabilidad creativa en relación con esas modalidades falsarias. Por último consideraré si es posible o no la comisión por omisión de la acción falsaria. Después, una vez concretado el contenido de la acción falsaria, habiendo determinado ya los bienes jurídicos protegidos en el art. 290 CP y siendo que la lesión para la funcionalidad del documento y el peligro para el patrimonio derivan de esta acción falsaria, analizo el momento de consumación de la conducta y la tentativa.

El quinto Capítulo lo destino al análisis del objeto material del art. 290 CP. Para ello, en primer lugar, abordo la cuestión de la calidad de los documentos a los que se refiere el precepto como mercantiles, para posteriormente pasar a analizar uno a uno los documentos que configuran las cuentas anuales, es decir, el balance, la memoria, la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado de cambios en el patrimonio neto, el estado de flujos de efectivo y el informe de gestión. Después, para terminar de concretar los documentos que se recogen en el art. 290 CP, estudio la expresión “otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad”, para determinar qué otros documentos contiene y que desde mi punto de vista deberán tener cuatro notas. La primera es que sean documentos que por su finalidad, contenido y naturaleza deban

reflejar la situación jurídica o económica de la empresa. La segunda nota implicará que sean documentos emanados de la sociedad. Como tercera nota deben cumplir los requisitos de los documentos mercantiles (solemnidad y publicidad) y como cuarta y última exigencia deben ser documentos que estén dentro de la esfera del administrador.

En el Capítulo sexto analizo la trascendental cuestión de la especial y previa posición de los sujetos calificados y las modalidades de autoría posibles en el precepto. Primero, de forma breve, expongo mínimamente el planteamiento del que se parte en relación con la autoría, anticipando varias cuestiones. En primer lugar se parte de un concepto no unitario de autoría; En segundo lugar, sigo la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho en la definición del concepto de autor. Por último, estas dos ideas las enlazo con la cuestión de por qué el tipo limita los posibles sujetos activos y las peculiaridades que ofrece el hecho de que éste se trate de un delito especial con la teoría ahora referida de la determinación objetiva del hecho.

A partir de aquí, trato de determinar el contenido de las figuras de administrador de hecho y de Derecho, y las modalidades de autoría en el tipo (autoría directa, coautoría dentro y fuera de los órganos colegiados y la autoría mediata). Para abordar los diferentes problemas que plantea esta cuestión utilizo un sistema de casos.

El séptimo Capítulo está dedicado a la participación. Desde esta circunstancia dedico prácticamente todo el capítulo a analizar los problemas que pueden presentarse ante la participación en este delito. Nuevamente en esta cuestión, una vez determino algunas consideraciones previas como es el rol del principio de accesoriedad, utilizo un sistema de casos para analizar la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad.

En el Capítulo octavo se analiza la parte subjetiva del tipo y los problemas de error de tipo y error de prohibición que pudieran acontecer. Doy especial importancia en este punto a la determinación del dolo del art. 290.1 CP como dolo de peligro, su diferenciación del dolo eventual, y el rechazo a la existencia de un elemento subjetivo específico en el tipo de injusto.

Por último, en el Capítulo noveno trato algunos problemas concursales, en concreto los que se plantean con otros delitos societarios, exactamente con los arts. 291, 292 y 295 CP, con los delitos contra la Hacienda Pública (art. 310

CP), con el delito de falsedad contable (art. 261 CP) y el delito de falsedad en las cuentas de las sociedades y el delito del art. 282 bis enmarcado en los delitos contra el mercado y los consumidores. Por último hago un excursio sobre el nuevo art. 433 bis CP, referido a la falsedad de la contabilidad de los entes públicos.

El trabajo finaliza con las conclusiones, un índice jurisprudencial y una lista de la bibliografía citada.

INTRODUZIONE E RIASSUNTO

1. Lo scopo di questa ricerca di dottorato é l'analisi dell' art. 290 CP. In questo senso: si ambisce studiare approfonditamente questa fattispecie, attraverso l'analisi di ognuno dei suoi elementi oggettivi e soggettivi, nonché del suo rapporto con tutto il corpo del codice penale.

Con la pretesa di essere esaustivi e di cercar di abbracciare il maggior numero di questioni prospettate da questa norma, l'analisi coinvolgerà anche altri tre problemi di estrema importanza.. La prima deve essere studiata anteriormente all' art. 290 CP, giacché riguarda l'interesse politico- criminale e criminologico del precetto così come, più ampiamente, il diritto penale dell'economia e la criminalità in campo economico. La seconda é lo studio della normativa di due ordinamenti di rilievo in quanto riferimento obbligato nella dogmatica penale: l'ordinamento tedesco e quello italiano. Questo studio comparato sarà utilizzato come strumento d'interpretazione della norma spagnola. La terza questione comporta l'indagine delle condotte di falso che possono essere comprese nell'art. 290 CP tramite l'uso delle tecniche di contabilità creativa.

2. La decisione di scegliere questo argomento come oggetto della ricerca di dottorato si deve alla enorme attualità di comportamenti all'interno delle società che potrebbero (e possono) ledere i diversi attori che agiscono in questo ambito: soci, lavoratori e la società stessa; persone che si rapportano con la società come i terzi e i creditori; e la comunità in generale, poiché il tessuto societario unisce rapporti e interessi che riguardano tutta la collettività.

I reati societari vengono introdotti nel codice penale del 1995 con lo scopo di far fronte alle necessità, espresse dalla dottrina, di rispondere ai nuovi rapporti che cominciavano a intravedersi all'interno delle imprese e ai rischi che venivano evidenziati tanto dentro come fuori di esse. Da allora questi reati non sono stati modificati sebbene molti tra di loro siano stati oggetto di una profonda critica. Tali reati sono quelli che devono far fronte alla gestione specifica di una gran diversità di casi che oggi si moltiplicano e pongono in essere un panorama di complesse sfumature.

L'art. 290 CP, nella sua interpretazione letterale, ha come scopo quello di rispondere a molte condotte diverse e questo comporta altrettante difficoltà al momento della sua redazione.

3. Questo lavoro é diviso in tre parti, che, a loro volta, si dividono in più capitoli. In complesso, i capitoli sono 9i, oltre a questa premessa e alle conclusioni.

La prima parte comprende i primi due capitoli.

Il primo capitolo riguarda diverse questioni, iniziando con il mettere in evidenza i diversi concetti di diritto penale dell'economia impostati dalla dottrina (compreso il diritto penale riguardante le società) e facendo poi un quadro dalla prospettiva di comprendere la criminalità economica come concetto differenziato da quelli che emergono dalla prospettiva del diritto penale dell'economia. Successivamente si definisce cosa s'intende per diritto penale societario e qual é il ruolo dell'impresa nel sistema economico. L'azienda é la struttura societaria più importante e complessa esistente. In questo senso, si é considerato che conoscere le diverse questioni che si pongono in essere entro questa struttura é doveroso per poter interpretare la fattispecie di cui l'art. 290 CP in modo corretto.

Una volta stabilito quanto accennato, si fa attenzione alla necessità o meno della tutela penale offerta dai reati societari. La dottrina ha tre impostazioni sulla giustificazione dell'esistenza di questi reati: il fondamento costituzionale, il fondamento composto dall'esigenza del concetto di etica imprenditoriale, e il fondamento basato sul bisogno di proteggere determinati beni giuridici. Il risultato si indicato nell'assunzione dell'ultima delle tesi, con riferimento alla quale seguirà un capitolo dedicato alla chiara determinazione di quali siano i profili del bene giuridico tutelato dall'art. 20 CP.

Questo capitolo si chiude con l'analisi della sistematica che il legislatore spagnolo ha seguito nella regolamentazione dei reati societari, e con lo studio del concetto di società che compone l'art. 297 CP.

Il secondo capitolo prende le mosse dal diritto comparato. Si trova tanto in spagnolo come in italiano, per conto delle esigenze proprie del dottorato europeo. Il contenuto di questo capitolo verte sulla normativa omologa all'art. 290 CP rispettivamente nell'ordinamento italiano e tedesco. Circa questo punto si deve dire che la letteratura italiana al riguardo è molto più prolifica di quella

tedesca; tuttavia si é voluto dar conto di entrambe appunto per fare cenno della disparità delle modalità di redazione dei precetti che hanno in comune un ambito di attuazione ma, alla fine, anche beni giuridici molto diversi tra loro e rispetto a quello tutelato dall'ordinamento spagnola.

La seconda parte di questo lavoro é composta dal capitolo terzo, in cui si parla del bene giuridico protetto dall'art. 290 CP e delle tecniche di tutela impiegate dalla norma. Dunque, si fa in primo luogo un breve resoconto delle diverse teorie che lungo la storia della dogmatica penale sono state elaborate per poi indicare la propria impostazione circa il concetto di bene giuridico. Questa parte del testo è solo un approccio all'argomento molto complesso del bene giuridico, approccio finalizzato a chiarire i punti di partenza al riguardo per un'ottima comprensione della tesi che si esporrà sull'art. 290 CP, dopo lo studio delle diverse argomentazioni che, al riguardo, si trovano nella dottrina. Insieme allo sviluppo della mia tesi, saranno indicati gli argomenti che sconsigliano di adottare i concetti esposti dalla dottrina sul bene giuridico protetto dall'art. 290 CP: quello della «veridicità e integrità dei bilanci», quello dell'«ordine economico» e quello del «corretto funzionamento delle società». In questo modo si arriva alla conclusione che l'art. 290 CP tutela due beni giuridici: «la funzionalità del documento» e «il patrimonio».

Stabilito ciò, si sviluppano le tecniche di tutela che si pongono in essere nell'art. 290 CP e che sono: la struttura del reato di lesione rispetto alla funzionalità del documento, il pericolo ipotetico per il patrimonio e, per entrambi, la particolarità che comporta il fatto che questo sia stato configurato come un reato proprio. Il concetto del «corretto funzionamento delle società», non essendo un vero e proprio bene giuridico, ha tuttavia un rilievo particolare nella determinazione delle condotte che saranno punite dal precetto penale oggetto di studio. Quindi, dopo un accurato studio dei doveri degli amministratori nei diversi livelli della loro partecipazione nell'azienda, essi vengono reinterpretati in modo che permettano di precisare la tutela prefigurata dall'art. 290 CP.

La terza parte é la più lunga di questo lavoro, comprendendo dal quarto al nono capitolo.

Nel capitolo quarto si verifica se il contenuto dell'art. 290 CP costituisca una condotta di frode o di falso. La scelta nel testo é indirizzata alla seconda possibilità. Dunque, si analizza quali siano le modalità di condotta rintracciabili nell'art. 290 CP. La conclusione al riguardo é che esse sono le stesse cui accenna l'art. 390 CP, e se sia possibile o meno la commissione per omissione dell'azione di falso. Qui si esamina anche l'uso delle tecniche della contabilità creativa. Una volta precisato, in seguito, il contenuto dell'azione di falso, essendo già stati determinati i beni giuridici protetti dall'art. 290 CP, e tenendo conto che appunto la lesione di essi (funzionalità del documento e pericolo per il patrimonio) deriva da tale azione, viene analizzato il momento di consumazione della condotta e del tentativo.

Nel capitolo quinto é esaminato l'oggetto materiale dell'art. 290 CP. A tal fine, in primo luogo, si analizza la questione della qualità dei documenti ai quali si riferisce il precetto quando usa l'aggettivo "mercantile". In seguito sono esaminati uno ad uno i documenti che costituiscono i bilanci annuali, cioè, il bilancio vero e proprio, la memoria, il conto delle perdite e le entrate, lo stato di cambi nel patrimonio lordo, lo stato di flussi dei soldi contanti e la relazione di gestione. Più avanti, per meglio precisare quali siano i documenti compresi nell'art. 290 CP, si esamina l'espressione "altri documenti che devono riflettere la situazione giuridica o economica della società", per determinare quali altri documenti comprenda. A mio avviso questo punto richiede quattro precisazioni. La prima richiede che questi documenti, dalla loro finalità, contenuto e natura, riflettano la situazione giuridica o economica dell'impresa. La seconda riguarda il fatto che essi siano documenti che provengono dalla società. La terza fa sì che i documenti abbiano le qualità di quelli commerciali, e cioè la solennità e pubblicità. La quarta e ultima richiede che i documenti si trovino entro l'ambito di dominio dell'amministratore.

Nel sesto capitolo analizzo la questione molto importante della speciale e previa posizione dei soggetti attivi qualificati e le modalità di fiancheggiamento possibili. In primo luogo si espone sommariamente la tesi condivisa sulla determinazione dell'azione, anticipando diverse questioni: si prende le mosse da un concetto differenziato di fiancheggiamento, si assume la teoria della determinazione oggettiva e positiva del fatto come criterio per individuare gli autori tra i diversi attori del reato. Poi, queste due tesi vengono legate dalla

questione che la fattispecie limita i possibili soggetti attivi e che sia questo un reato proprio con tutte le sue peculiarità contro la tesi della determinazione oggettiva e positiva del fatto delittuoso.

Da questo punto il lavoro s'indirizza alla determinazione del contenuto delle figure di amministratore di fatto e di diritto, e delle modalità di fiancheggiamento (diretto, più autori dentro e fuori gli organi collettivi e il fiancheggiamento mediato). La metodologia di questa parte del testo si basa sullo studio di casi pratici.

Il capitolo settimo verte sui problemi che sorgono nel concorso di persone in questo reato. Dopo aver accennato al ruolo del principio di accessorietà, sono utilizzati diversi casi al fine di esaminare le figure della induzione, la cooperazione necessaria e la complicità.

Nell'ottavo capitolo si analizzano: la parte soggettiva della fattispecie e i problemi dei casi di errore di fatto e di diritto che possono capitare. A questo punto si dà speciale rilievo alla individuazione del dolo proprio della condotta dell'art. 290.1 CP come dolo di pericolo, e come esso si possa distinguere dal dolo eventuale, nonché i motivi per cui rifiutare l'esistenza di una componente soggettiva specifica del fatto antiggiuridico.

Da ultimo, nel nono capitolo, sono analizzate alcune situazioni di concorso di reati. In particolare quelli che coinvolgono i reati societari di cui gli artt. 291, 292 e 295 CP, il reato contro le finanze pubbliche di cui all'art. 310 CP, il reato di falso contabile di cui l'art. 261 CP, il reato di falso nei conti delle società, e il reato contro il mercato e i consumatori di cui all'art. 282 bis CP. Finalmente, si fa una digressione sul nuovo art. 433 bis CP, sul falso nella contabilità degli enti pubblici.

Il lavoro si chiude con le conclusioni, un indice giurisprudenziale e un elenco della bibliografia citata.

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO 1

APROXIMACIÓN AL DERECHO PENAL ECONÓMICO, A LOS DELITOS SOCIETARIOS Y EN CONCRETO AL FALSEAMIENTO DE LOS DOCUMENTOS DE LA SOCIEDAD. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

I. CONCEPTO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO.

1. En el último tercio del S. XX, en un contexto político económico concreto de florecimiento de la economía mundial y de la actividad mercantil que se produjo a partir de los años 50, se extendió en toda la cultura penal occidental la idea de que existía un campo de problemas relacionados con el avance y desarrollo económico en el que el Derecho penal debía intervenir, para lo que se creó y desarrolló la idea del Derecho penal económico¹. En la creencia de que las deficiencias del sistema económico podían ser corregidas se inició entonces una progresiva presencia del Derecho penal en el ámbito económico que dio lugar al origen del Derecho penal económico², pudiéndose entender éste, a rasgos generales y a pesar de las dificultades de definición que se evidenciarán más adelante³, como el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico⁴. El hecho de que cada estructura política y económica genere un tipo de conflicto⁵ explicó que progresivamente se comenzasen a tipificar nuevas conductas delictivas⁶ y desde entonces la creación de figuras que castigan comportamientos relacionados con una protección y mantenimiento indirecto⁷ del sistema económico vigente.

¹ QUINTERO OLIVARES, en: GARCÍA RIVAS (Coord.), Protección penal del consumidor, 2005, 173.
² MUNOZ CONDE, RJC 81 (1982), 152. En un sentido similar TIEDEMANN, Poder económico, 1985, 19, afirma cómo históricamente el Derecho penal económico tiene su origen en la dirección y planificación estatal de la economía.

³ Parte Primera, Cap. 1, I, B.

⁴ BAJO FERNÁNDEZ/SUÁREZ GONZÁLEZ, en: BAJO FERNÁNDEZ/ PÉREZ MANZANO/ SUÁREZ GONZÁLEZ (Aut.), Manual, PE, 1993, 562; BAJO FERNÁNDEZ /BACIGALUPO SAGGESE, Derecho penal económico, 2010, 11.

⁵ MELOSSI, Stato, controllo sociale, devianza, 2002, 160, afirma que “las teorías sobre la criminalidad de los delincuentes de cuello blanco se pudieron desarrollar gracias a la instauración del New Deal en el cual por primera vez fue puesta en marcha una legislación que extendía el control social a la actividad de las empresas y del capitalismo en general, poniendo las premisas para una posible criminalización de los sujetos”. Es este sentido al que me refiero cuando hago la afirmación de que cada estructura política y económica genera un tipo de conflicto. También PAREDES CASTAÑÓN, RDPC 11 (2003), *passim* utiliza esta terminología.

⁶ En sentido parecido RUIZ VADILLO, AEJ 13 (1980), 222, si bien hace la afirmación de que “cada clase social tiene su propia criminalidad”. Igualmente HORMAZÁBAL MALAREÉ, en: Hacia un derecho penal económico europeo, 1995, 203.

⁷ Digo indirectamente porque, como advierte QUINTERO OLIVARES, en: GARCÍA RIVAS (Coord.), Protección penal del consumidor, 2005, 173, “no queda nadie que sostenga la absurda idea de que el Derecho penal sea instrumento estatal de orientar la economía *lato sensu*.”

Esta progresión en la tipificación de conductas se ha visto además reforzada en las últimas décadas por el acontecimiento de diferentes escándalos económicos de orden mundial que han suscitado debates en torno a la necesidad de una mayor implementación del instrumento penal para corregir las “deficiencias” del sistema económico. El caso Enron⁸, Worldcom⁹, el más reciente de Madof¹⁰, o en España¹¹ los casos Gescartera¹², Filesa¹³, Banesto y

⁸ En el año 2001 se descubren numerosas irregularidades en las cuentas de la compañía Enron que provocaron que la empresa se derrumbara en bolsa y con ello se produjo la mayor quiebra empresarial de la historia de los EEUU (luego superada por Worldcom). Los que resultaron responsables del escándalo, Ken Lay y Skinning, fueron declarados culpables en mayo de 2006 (igualmente ya en el año 2002 se había encontrado culpable a Andersen, compañía auditora de Enron) por destruir documentos sobre las pérdidas de más de mil millones de dólares de la compañía. El exdirector financiero de la eléctrica, Andrew Fastow, se declaró en 2004 culpable de los cargos que se le imputaban a cambio de una rebaja de pena a 10 años de prisión. Sobre este caso CORTINA, en: www.etnor.org en el que la autora analiza el caso como un ejemplo de la importancia de la transparencia y la integridad de la información entendiéndose ambas dos cualidades bienes públicos. V. igualmente DEMATTE, *EaM* 2 (2002), 11, quien dice que el caso Enron es el caso típico de que falla una normativa y sin embargo en las universidades Enron era un ejemplo que se explicaba de buena gestión. CARREÑO AGUADO, en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUITIERREZ, *Casos que hicieron doctrina*, 2011, *passim*.

⁹ En julio del año 2002, la empresa de telecomunicaciones Worldcom se declaró en quiebra. Las irregularidades en sus ejercicios contables ascendían a 11.000 millones de dólares convirtiéndose en ese momento en la mayor bancarrota empresarial de la historia en EEUU. El fundador de WorldCom, Bernard Ebbers, fue declarado el 15/03/2005 culpable de los nueve cargos que se presentaron contra él por su participación en la trama contable que llevó a la quiebra de la compañía.

¹⁰ El fraude piramidal de esta asesoría financiera que a través de fondos de inversión dejó unas deudas que alcanzaban los 13.500 millones de dólares fue sin duda un escándalo mediático. El 29 de junio de 2009 Madof fue condenado a 150 años de prisión.

¹¹ Por ejemplo y en relación con el delito que se estudia en este trabajo: GAY SALUDAS, *PD* 119 (2001), 74 afirma como “Los malabarismos contables que se están haciendo, de unos años acá, grandes empresas españolas con cotización en bolsa, y otras sin cotización en ella, son de órdago”. DE LA TORRE, *Observatorio* 8 (2007), 16 “En junio de 2006 el Tribunal de Cuentas español hizo público un informe acusando a los partidos políticos de falta de transparencia en su información contable. Entre otras acusaciones, el Tribunal resalta que los partidos no consolidan sus agrupaciones locales, evitando así recoger las subvenciones recibidas por éstas. Por ejemplo, la mayoría de los partidos se “olvidaron” de consolidar su delegación en Estrasburgo, lo que llevaba al Tribunal a afirmar que “es preciso señalar que estas omisiones quebrantan la concepción del partido político como una única realidad económico-financiera en la que ha de integrar toda su organización territorial e institucional”. Además, el informe señalaba cómo existían importantes diferencias entre los créditos a partidos políticos informados por entidades financieras españolas, y los que reconocían los partidos en sus números, ya que estos últimos no reconocen los intereses devengados de las deudas vencidas, que ascendían a 14.4 millones de euros, por un principal de 21.8 millones. En total, la deuda de los partidos ascendía a 192.2 millones de euros, por lo que no es de extrañar que estos se “olvidaran” de consolidar los intereses de las deudas vencidas, que tan frecuente y desgraciadamente es más tarde “perdonada” por la entidad financiera en un deplorable ejercicio de enfermedad sistémica”.

¹² El 14 de junio de 2001 la CNMV intervino Gescartera. Los interventores detectaron un agujero patrimonial inicial de 80.000 millones de euros. El 27 de marzo de 2008 la Audiencia Nacional hace pública la sentencia en la que condena a Antonio Camacho, dueño de gescartera, a 11 años de prisión por delitos de apropiación indebida y falsedad documental y considera a La

Argentaria Trust¹⁴, Los Albertos¹⁵ o muy próximo a estas fechas, el de BANKIA¹⁶, han facilitado que los ciudadanos legitimen el recurso al Derecho penal en este tipo de delincuencia por la impotencia de miles de afectados y el miedo de quienes temen puedan serlo potencialmente en un futuro. Y es que la llamada criminalidad económica constituye sin duda un fenómeno complejo que preocupa no sólo a los juristas sino que los interrogantes que suscita lo hacen también entre el gran público¹⁷.

Por tanto nos encontramos con que el recurso al Derecho penal en el ámbito de la economía es cada vez mayor¹⁸, y en este terreno hay que tener en cuenta que si bien la cuestión de si el orden económico es o no un bien jurídico mediatamente¹⁹ protegido es discutida²⁰, en lo que no hay casi discusión es en

Caixa y Caja Madrid Bolsa como responsables civiles subsidiarios de 87,99 millones. Igualmente la sentencia condenaba a la ex presidenta de Gescartera Pilar Giménez Reyna, condenada a 3 años y 6 meses de prisión por ser cómplice de un delito de apropiación indebida.

¹³ Sobre el asunto v. MORENO-TORRES HERRERA, AP 1999-46, 869 ss.

¹⁴ V. en relación al llamado caso Banesto y en concreto la operación artificios contables, MORENO-TORRES HERRERA, AP 1999-46, 869 ss.; FERNÁNDEZ TERUELO, LL 2002-5, *passim*; MARTÍN PALLÍN, CDJ 2003-II, *passim*. Sobre el caso GÓMEZ-JARA DÍEZ, en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ (Coord.), Casos que hicieron doctrina, 2012, *passim*.

¹⁵ Sobre el caso de “Los Albertos”: IGLESIAS RÍOS, en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ (Coord.), Casos que hicieron doctrina, 2011, *passim*.

¹⁶ Bankia es el nombre de la entidad financiera filial del Banco Financiero y de Ahorro. En el año 2010 se crea el Banco Financiero y de Ahorro fundado conjuntamente por Caja Madrid y Bancaja, al que después se adhieron La Caja de Canarias, Caixa Laietana, Caja Rioja, Caja Ávila y Caja Segovia. La entidad salió a Bolsa el 20 de julio de 2011 por el cual captó 3.092 millones de euros y menos de un año después, en mayo de 2012 se anunció que Bankia tendría que ser intervenida con dinero público. De esta manera el Gobierno nacionaliza el Banco Financiero y de Ahorro, matriz de Bankia, por lo que se hace con el control de la entidad.

UPyD y el movimiento 15 M han presentado dos querellas contra los consejeros de Bankia por presuntos delitos de estafa, apropiación indebida, falsificación de cuentas anuales, administración fraudulenta y maquinación para alterar el precio de las cosas.

¹⁷ OTTO, Jura 1989, 24.

¹⁸ Sin embargo, y en concreto respecto al delito que aquí se va a analizar FERRÉ OLIVÉ, en: SAIZ ARNAIZ (Coord.), Responsa iurisperitorum digesta, IV, 2004, 202 apunta que: “cabe la pregunta acerca de la eficacia de la intervención penal en el ámbito contable, pues más bien parece que estamos asistiendo al monumental fracaso de distintos instrumentos de control ajenos al sistema penal, como por ejemplo la potestad de supervisión internacional de carácter administrativo, o la actividad de los organismos nacionales e internacionales reguladores de los mercados y la libre competencia. Todos ellos deben ejercitar controles directos o indirectos sobre las empresas, que podrían contribuir al descubrimiento de los abusos llevados a cabo a través de contabilidades creativas”.

¹⁹ He de advertir, como en profundidad haré en el Cap 3. II, que en este trabajo no se utilizarán los términos de bien jurídico mediata e inmediatamente protegido por entender que son conceptos que evitan profundizar en otorgar un concepto material al bien jurídico y con él una

entender que cuando se utiliza la rubrica “orden económico” u “orden socio-económico” en las diferentes regulaciones penales, el legislador está describiendo un objetivo político-criminal²¹ que sirve de criterio sistematizador y de *ratio legis*, y esto tiene una serie de implicaciones, entre otras, por ejemplo, las consecuencias jurídicas previstas para los tipos enmarcados dentro de esta rubrica, la responsabilidad de las propias personas jurídicas, el impulso a la creación de nuevos tipos delictivos y el adelanto de las barreras de punibilidad a través de la utilización de los delitos de peligro²², etc.

2. Se presenta entonces la necesidad de tratar de determinar el contenido del concepto Derecho penal económico. En este trabajo se considera que este vendrá determinado por el hecho de que este Derecho es considerando Derecho penal y por tanto beneficiario de toda su construcción dogmática, pero con unas particularidades tales que hace que se deban determinar algunas cuestiones²³.

verdadera autonomía de éste. Sin embargo, como parte de la doctrina lo maneja, lo utilizo ahora para una mejor comprensión de las ideas y poder diferenciarlo de conceptos como la *ratio legis*.

²⁰ En el sentido de entender que el orden económico no será nunca un bien jurídico inmediatamente protegido BAJO FERNÁNDEZ/SUÁREZ GONZÁLEZ, en: BAJO FERNÁNDEZ./ PÉREZ MANZANO/ SUÁREZ GONZÁLEZ (Aut.), Manual, PE, 1993, 565; FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 57. Sin embargo en la doctrina italiana, y justamente en relación con el delito homólogo en el Codice Civile Italiano al falseamiento de cuentas anuales de la sociedad (art. 290 CP) durante años, con la redacción primera del precepto en el art. 2621 Codice Civile, se mantuvo la protección del orden económico como bien jurídico protegido. Así, entre otros, ZUCCALA, False comunicazioni sociali, 1954, 113 ss.; RDPE, 1989, 760. En contra, entre otros, GIULIANI-BALESTRINO, I problemi generali, 1978, 13.

²¹ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 59, con ulteriores referencias.

²² V. PAREDES CASTAÑÓN, RDPCR 11 (2003), *passim*.

²³ Sobre esas particularidades respecto del Derecho penal QUINTERO OLIVARES, en: SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ /DEMETRIO CRESPO (Dirs.), Derecho penal económico y empresarial, 2010, 123 “Se entiende, por eso mismo, que sea cada vez más usual referirse a una subteoría jurídica de los delitos económicos, e, incluso, a la necesidad de una “Parte General” para los delitos económicos, son ideas que han ganado fuerza a partir de la supuesta o real incapacidad de los principios generales del Derecho penal para explicar lo que sucede en materia de los delitos económicos. Para explicar esa incapacidad se invoca la ya antes mencionada “contingencia” necesaria de lo económico que se transforma en un obstáculo para la aplicación de categorías estables”. En la pág. 125 “En los delitos –que no son solo delitos económicos o financieros, aunque estos sean un grupo primordial- que se producen en el marco de las actividades de las empresas, especialmente de las grandes, la doctrina penal coincide en que el tratamiento jurídico ha de ser diferente”.

QUINTERO OLIVARES, en: SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ /DEMETRIO CRESPO (Dirs.), Derecho penal económico y empresarial, 2010, 127 s., “Resumiendo: los delitos económicos presentan, tanto en su criminología como en la Política criminal para afrontarlos, pero, particularmente, en su regulación legal, características propias lo bastante significativas como para

De este modo, no existe unanimidad en la doctrina a la hora de dar un contenido concreto ni al concepto de delito económico ni al concepto de Derecho penal económico²⁴, resultando además que los conceptos de criminalidad económica y Derecho penal económico tienen un significado diferente²⁵. Además, concretar por separado ambos conceptos se torna difícil porque parece que los dos representan categorías muy amplias de delitos no siempre coincidentes, donde las posibilidades de definición podrían ser tantas como legislaciones existentes, al confluir dentro del concepto de Derecho penal económico importantes intereses²⁶. El Derecho penal económico en España, el *Wirtschaftsstrafrecht* en Alemania, el *Droit des Affaires* en Francia y el *Diritto Penale dell'economia* en Italia, no se refieren a iguales realidades ni tienen el mismo contenido²⁷, y es que en todo caso el espectro de delitos que se trata bajo

poder hablar de un subsistema. Posiblemente lo mejor hubiera sido dedicarles una ley penal especial, aunque soy consciente de la supersticiones usuales de esa vía legislativa que tiene muchas ventajas”.

²⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, Secundariedad, 2001, 36 “El concepto de Derecho penal económico no es unívoco. En su origen, configurándose en la opción más estricta, se entendió por tal el conjunto de normas penales protectoras de la actividad interventora del Estado en el orbe económico, concretamente las normas penales tributarias, de contrabando y las relativas al control de cambios. Se trataba pues de un Derecho penal administrativo económico, secundario en cuanto que la incidencia pena no operaba directamente sobre los bienes jurídicamente protegidos sino de un modo mediato, a través del reforzamiento de las normas e instituciones contenidas en el correspondiente Derecho administrativo”. Posteriormente, sin embargo, RODRÍGUEZ RAMOS, Secundariedad, 2001, 38 ss., expone 10 notas que son a su parecer características del Derecho penal económico que de modo resumido son: su objeto; su referente, más o menos inmediato, de carácter patrimonial; generalmente concurre con otro bien jurídico más o menos mediato; la diversidad de bienes jurídicos explica los límites de procedibilidad; todos los delitos económicos padecen o gozan de secundariedad, en el sentido de tener sus bienes jurídicos principales determinados e inmediata y genéricamente protegidos en otros sectores del ordenamiento jurídico; de la secundariedad se deriva la concurrencia de leyes penales en blanco; de aquí que la interdisciplinaria haya provocado disfunciones en la tramitación de estos delitos en los juzgados (pocos entran en prisión) tampoco se acuerdan habitualmente prisiones preventivas, y por último tienen características criminológicas similares.

²⁵ GEERDS, *Wirtschaftsstrafrecht*, 1991, 13.

²⁶ BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho Penal Económico*, 1978, 31; TIEDEMANN, CPC 28 (1986), 65; RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP 1984, 679 s.; DONINI, en: TERRADILLOS BASOCO/ACALE SÁNCHEZ (Coord.), *Temas*, 2004, 197. Sobre lo complejo de dar contenido al concepto por la falta de homogeneidad de los delitos que se contienen dentro de él y las diferencias entre Estados: ZIERCKE, en: LÖHR/BURKATZKI (Hrsg.), *Wirtschaftskriminalität und Ethik*, 2008, 25; BURKATZKI/ LÖHR, en: LÖHR/BURKATZKI (Hrsg.), *Wirtschaftskriminalität und Ethik*, 2008, 11.

²⁷ Así TIEDEMANN, *Poder económico*, 1985, 9; FOFFANI, en: TIEDEMANN (Dir.)/ADAN NIETO (Coord.), *Eurodelitos*, 2005, 381 s., aludiendo a que en Europa el Derecho societario es diferente en cada país.

el término de delincuencia económica es muy amplio²⁸. Por otro lado, tampoco desde el punto de vista de la Criminología comparada hay unanimidad en la determinación del concepto de criminalidad económica, lo que conjuntamente provoca que se dificulte el desarrollo del pensamiento científico en este terreno²⁹. Además, hemos de tener en cuenta que los delitos más relacionados con el correcto funcionamiento del orden socio económico suelen encerrar una mayor dependencia de ciertas decisiones generales extrapenales de política legislativa³⁰, y respecto de éstos existen una gran cantidad de posibles metodologías “y con ellos de actitudes ideológicas”³¹, lo que complica la claridad a la hora de determinar conceptos³².

Los conceptos de Derecho penal económico y delito económico no hacen por tanto referencia a la misma realidad³³. Mientras que el término Derecho

²⁸ BURKATZKI/ LÖHR, *Wirtschaftskriminalität und Ethik*, 2008, 11.

²⁹ Así TIEDEMANN, *CPC* 28 (1986), 65.

³⁰ FEIJÓOSÁNCHEZ, *ADC* 1 (2009), 16, 27.

³¹ QUINTERO OLIVARES, *EH-P*. Vitoria, 1983, 779; BOTTKE, *Wistra* 1991, 1.

³² En este sentido ALBRECHT, en: *Modernas tendencias*, 2001, hace algunas afirmaciones interesantes. Por ejemplo, en la pág. 259 “El concepto de criminalidad económica remite, ahora como antes, a un problema al que se presta en Europa una atención considerable desde los puntos de vista político jurídico y político económico”. Pág. 261 “Realmente no existe hoy tampoco una determinación completa del concepto y con validez general. La búsqueda de un concepto semejante no era desde luego convincente desde un primer momento. Pues está claro que el esclarecimiento conceptual depende de la respectiva perspectiva que se adopte. El Derecho penal, la política jurídica y la Criminología requieren formaciones conceptuales diferenciadas a causa de sus diferenciadas finalidades. En la pág. 264 “No es además necesaria una fundamentación de que la criminalidad económica delimita un campo de investigación que se ha sustraído a los tradicionales instrumentos criminológicos de recopilación de datos y de análisis, es decir, que se ha sustraído, por un lado a las encuestas de víctimas y de autores que se efectúan sobre la comisión individual de delitos masivos y sobre la criminalidad de la calle, reducida la mayor parte de las veces a hombres jóvenes, y, por otro lado, en una parte considerable, a la estadística policial. Las entrevistas, la encuesta y la observación no vienen en aplicación a la investigación de sistemas complejos, así como tampoco a la de las élites económicos y políticas, en el modo en que son utilizables en los segmentos sociales bajos de la sociedad. Por lo demás, no se ha desarrollado hasta hoy en el ámbito de la criminalidad económica (como por lo demás tampoco en el de la criminalidad organizada) ningún sistema de información equivalente a la estadística policial y judicial. No en vano, en la estadística de la Interpol a nivel europeo ni siquiera se ha intentado registrar la criminalidad económica”. Para terminar en la pág. 265 plantea que, “Por lo demás, hay que hacer alusión a un problema adicional. El interés político en la investigación de la criminalidad económica no está tan fuertemente aculado como para que se hubieran realizado hasta ahora relevantes inversiones en sistemas de información sistemáticos que se extiendan a ella”.

Sobre el escaso interés político de la investigación de estos delitos, también: JIMENEZ VILLAREJO, *RGDP* 11 (2009), *passim*.

³³ TIEDEMANN, *Manual*, 2010, 57; *Derecho penal económico*, 2009, 69; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho penal económico*, 2010, 2ª, 21.

penal económico quiere englobar una serie de delitos o de tipos legislativos, los términos de criminalidad económica o de delito económico hacen referencia a una realidad más amplia que la jurídica. Se refieren más bien a fenómenos sociales con unas circunstancias reales, por lo que se convierten en términos mucho más amplios que el contenido al que hace referencia el Derecho penal económico, englobando en él todas las formas de criminalidad desde la perspectiva de la Criminología³⁴. OTTO considera que el término delincuencia económica no sólo se ha concretado por el comportamiento económicamente dañoso de esa criminalidad, sino que el Derecho penal económico tampoco se puede entender exclusivamente como el Derecho penal que hace referencia a sucesos o acontecimientos económicos o que se dirige contra un comportamiento económicamente dañoso. Así, un contenido para un Derecho penal económico de estas características podría tener importancia criminológica, pero sería inutilizable en sentido dogmático³⁵.

3. La criminalidad económica es un fenómeno complejo que además requiere del conocimiento de aspectos no todos jurídico-penales³⁶ y, como se dijo anteriormente, ésta surge en un momento determinado, producto de los cambios políticos y económicos del último tercio del S. XX³⁷. Así, las primeras investigaciones sobre el fenómeno de una delincuencia relacionada, o con influencia, en la actividad económica comenzaron en el S. XX. Apunta MELOSSI³⁸ cómo las teorías “sobre la criminalidad de los delincuentes de cuello blanco se pudieron desarrollar gracias a la instauración del *New Deal* con el que se puso en marcha una legislación que extendía el control social a la actividad de las empresas y del capitalismo en general, poniendo las premisas para una

³⁴ GEERDS, *Wirtschaftsstrafrecht*, 1991, 13.

³⁵ OTTO, *Jura* 1989, 25.

³⁶ STAMPA BRAUN/BACIGALUPO ZAPATER, *La reforma del Derecho penal económico*, 1980, 11; PÉREZ DEL VALLE, en: BACIGALUPO ZAPATER (Dir.), *Curso*, 1998, 19.

³⁷ RUIZ VADILLO, *AEJ* 13 (1980), 222; HORMAZÁBAL MALAREÉ, en: *Hacia un derecho penal económico europeo*, 1995, 190; PÉREZ DEL VALLE, en: BACIGALUPO ZAPATER (Dir.), *Curso*, 1998, 20, señala cómo los cambios de la estructura socioeconómica son los que generan el delito. En este sentido, dice la autora que de no existir deberes de confianza en los administradores no habría delitos relacionados con ellos.

³⁸ MELOSSI, *Stato, controllo sociale, devianza*, 2002, 160.

posible criminalización de los sujetos”, y es en este contexto en el que SUTHERLAND pudo desarrollar sus tesis, que además fueron las primeras, en relación a este tipo de delincuencia. Por tanto, no es casual que todos los artículos o monografías que tratan sobre criminalidad económica hagan referencia siempre y en primer lugar a la reconocidísima obra de este autor. Este criminólogo norteamericano, en un discurso pronunciado por primera vez ante la Sociedad Americana de Sociología, puso de relieve que el fenómeno de la delincuencia no era propiedad exclusiva de determinadas capas socioeconómicas sino que este fenómeno era extensivo a todo tipo de personas, de todas las capas sociales.

Su obra *White Collar Crime* fue editada en 1940³⁹. Allí se ponía el acento fundamentalmente en la figura del delincuente y la forma de comisión de la actividad delictiva en sus funciones profesionales. Tres eran las notas que caracterizaban la delincuencia de cuello blanco: con su actuación infringía una norma penal, esta infracción debía ocurrir en el curso de las actividades profesionales, y la clase social del autor debía ser económico-socialmente elevada⁴⁰. Su tesis, por tanto, se refiere al hecho de que también las personas con un alto nivel social cometen delitos pero, destaca el autor, como aspecto significativo de la criminalidad de cuello blanco, que ésta no se asocia a la pobreza o a las patologías sociales o personales que la acompañan⁴¹. Sus comportamientos difieren de los de las clases sociales económicas inferiores pero también cometen delitos que serán denominados por comodidad⁴², “crímenes de cuello blanco”, en los que quedan incluidos muchos delitos cometidos por personas de clase superior que son realizados en relación a su ocupación.

SUTHERLAND fue el primero en determinar las características de la criminalidad económica y a él le siguieron un buen número de investigaciones enmarcadas dentro de muy diferentes corrientes criminológicas. Realizar todo un

³⁹ Yo he manejado la traducción al italiano: SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi*, editado por GABRIO FORTI, 1987.

⁴⁰ SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi*, 1987, 8.

⁴¹ SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi*, 1987, 8.

⁴² SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi*, 1987, 8.

elencos de los estudios criminológicos que se han hecho a lo largo de la historia, sería una labor que excede del objetivo de este trabajo⁴³. Sin embargo, sí es importante hacer notar cómo, en la actualidad, el rasgo peculiar de este tipo de criminalidad “económica”, o “de cuello blanco”, (para seguir usando esta expresión) que la doctrina mayoritaria destaca es el abuso de la confianza⁴⁴ socialmente depositada en él y socialmente exigible en el tráfico económico, y en la vida económica, que aún pudiendo afectar a un interés individual, pone

⁴³ En este sentido, es importante el desarrollo sobre las diferentes teorías: v. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en: Problemas actuales de la Criminología, 1984, 153 ss. Los aspectos criminológicos de la delincuencia económica se examinaron, por ejemplo, en la XII Conferencia de Directores de Institutos de Investigaciones Criminológicas, celebrada en 1976 (Aspects criminologiques de la délinquance d'affaires. Actes de la XII Conférence des Directeurs d'instituts de recherches criminologiques, Strasbourg, 1977. En la página 38 de esta conferencia se estableció una tipología de criminalidad económica sobre bases psicosociales y se distinguió entre: 1/ El parasitismo de la vida de los negocios: cuando el comportamiento lucrativo normal en la vida económica es descuidado voluntariamente para obtener ganancias fáciles. 2/ La patología del fracaso: cuando el comerciante comete fraudes para salvar una empresa lícitamente construida y con intenciones honestas, pero cuya supervivencia se encuentra en peligro. 3/ El abuso del poder, que comprende las operaciones criminales de las grandes empresas que, sintiéndose poderosas, se creen por encima de la ley.

En relación a los efectos o consecuencias de la delincuencia económica, y no a las causas de ésta, una buena parte de la doctrina se refiere al trabajo de ZIRPINS/TERSTEGEN, Wirtschaftskriminalität, 1963, quienes comprueban unos efectos característicos de la delincuencia económica: fundamentalmente, el “efecto resaca”, el “efecto espiral” y la llamada “reacción en cadena”.

En España se encuentran los estudios, aunque con referencias de trabajos internacionales, de: FERNÁNDEZ ALBOR/MARTÍNEZ PÉREZ, Delincuencia y economía, 1983, *passim*; SANCHÍS MIR/GARRIDO GENOVÉS, Delincuencia de «cuello blanco», 1987, *passim*; HERRERO HERRERO, Los delitos económicos, 1992, 493 SS.

SCHNEIDER, en: LÖHR/BURKATZKI (Hrsg.), Wirtschaftskriminalität und Ethik, 2008, 136, manifiesta cómo en la Criminología “germano-hablante” la delincuencia económica ha sido hasta el momento un objeto de investigación descuidado. Sin ningún género de duda, lo mismo se puede afirmar respecto de la “hispano-hablante”.

Pero es más, SCHNEIDER afirma que ni siquiera en el mejor momento para la “criminología de los poderosos”, los años 70, se ha elaborado a nivel internacional, no sólo de Alemania, una investigación seria al respecto.

⁴⁴ AFTALION, RCP 2 (1966), 88 ya manifestó que en todo delito económico se dibuja la noción de abuso de poder económico; BRAUNECK, Allgemeine Kriminologie, 1974, 33 ss.; TIEDEMANN, CPC 28 (1986) 66; HERRERO HERRERO, Los delitos económicos, 1992, 492; BUSTOS RAMÍREZ, LH- Del Rosal, 1993, 221 s. “Otra cuestión importante en relación a los delitos económicos se refiere a la posición de poder del delincuente económico. Especialmente, la criminología ha destacado que el delincuente económico surgía fundamentalmente de un abuso a aprovechamiento de una posición de poder en el ámbito económico. Esto es, que la gravedad de la dañosidad social resultaba por el hecho que se detentaba una posición de poder económico y por el abuso que de ella se hacía. De alguna manera en la legislación moderna se ha recogido esta característica. Así, en la legislación española sobre delitos tributarios, delito de contrabando y de evasión de divisas, se establece que sólo constituirán delito aquellos hechos que supongan una cantidad de dinero superior a una determinada cuantía, en los demás casos se tratará sólo de una contravención administrativa”; HORMAZÁBAL MALAREÉ, en: Hacia un derecho penal económico europeo, 1995, 192.

fundamentalmente en peligro el orden económico. Una parte de la doctrina ha continuado manteniendo que las modalidades del hecho de este tipo de criminalidad, las características del autor específicas de la profesión que ejerce y la proveniencia de niveles sociales acomodados⁴⁵, así como su papel social, caracterizan profundamente esta criminalidad⁴⁶, lo que provoca en muchas ocasiones que sus autores no sean percibidos como “criminales”⁴⁷. Se sigue sosteniendo que el delincuente económico, además y por lo general, no se ve impulsado al delito por los mismos factores criminógenos tradicionales (carencia de entorno familiar, bajo nivel económico, abuso de alcohol y otras drogas, desarraigo social⁴⁸) sino que actúa desde su absoluta integración en el sistema y las más de las veces con el beneplácito de la administración social⁴⁹. Pero también se mantiene que el delincuente contra el orden económico y societario surge especialmente en periodos de dificultad económica⁵⁰. Esto es, determinadas coyunturas, particularmente cuando hay tensiones en la competencia o crisis en el mercado, generan el contexto propicio para que se cometan este tipo de delitos.

Pero a pesar de las consideraciones realizadas por algunos autores y que han sido plasmadas en las últimas líneas, como he manifestado, repito: son poquísimos los trabajos empíricos realizados en relación a estas causas genéricas del por qué de la comisión de delitos económicos en el sentido que sea, lo cual plantea la cuestión de la dificultad de construir estrategias de prevención serias⁵¹.

⁴⁵ FERNÁNDEZ ALBOR, *Criminalidad económica*, 1978, 19 s.

⁴⁶ KINDHÄUSER, en: *Hacia un Derecho penal económico*, 1995, 443.

⁴⁷ Así HORMAZÁBAL MALAREÉ, en: *Hacia un derecho penal económico europeo*, 1995, 202.

⁴⁸ Sobre estos indicadores y su influencia en el desarrollo de carreras delictivas v. REDONDO ILLESCAS/GARRIDO GENOVÉS, *Principios*, 2013, 4^a, 519 ss., 657 ss.

⁴⁹ LÓPEZ REY Y ARROJO, en: BARBERO SANTOS (Coord.), *Delitos socio-económicos*, 1985, 38; MARTÍN PALLÍN, *CDJ 1996-XX*, 299 ss.

⁵⁰ MARTÍN PALLÍN, *CDJ 2003-II*, 137.

⁵¹ SCHNEIDER, en: LÖHR/BURKATZKI (Hrsg.), *Wirtschaftskriminalität und Ethik*, 2008, 136 s. Así también, REDONDO ILLESCAS/GARRIDO GENOVÉS, *Principios*, 2013, 4^a, 784 advierten como efectivamente “sobre la delincuencia económica existe menos documentación pública en forma de estadísticas y sentencias, por la propia naturaleza compleja de los delitos que se cometen. Es mucho más fácil entrevistar a un grupo de delincuentes comunes en la cárcel y complementar la información que tiene la policía sobre su forma de delinquir que a un grupo de

4. Volviendo al concepto de Derecho penal económico, que es el que en esta sede interesa especialmente, una de las primeras cuestiones que se puede plantear es la relativa a determinar si dicho concepto puede derivarse de su relación con el Derecho penal común. Así, hay autores que consideran que el calificativo de “económico” lo único que aporta al término es una perspectiva económica⁵², sin cambiar en nada el contenido material del Derecho penal en relación a esa esfera. Los conceptos Derecho penal económico, Derecho socio-económico, Derecho penal de la economía, dicen algunos que son calificaciones que si bien han cumplido y cumplen importantes funciones desde el punto de vista criminológico y de política criminal⁵³, se utilizan para hacer referencia a una parte del Derecho penal, pero esta nomenclatura no deja de ser nada más que esto, ya que con ella no se está haciendo referencia a un Derecho penal diferente, porque éste se rige por iguales principios y tiene iguales categorías jurídico-penales que el Derecho penal común⁵⁴. Esta parte de la doctrina considera por tanto que si bien se trata del mismo Derecho penal que el clásico, las conductas más graves habrán de llevar aparejadas pena de prisión y las reglas de imputación deberán ser las mismas que en el Derecho penal nuclear, sin flexibilizaciones o relativizaciones⁵⁵. En sentido diferente, otro sector

delinquentes económicos. Los implicados suelen estar poco dispuestos a abrir sus archivos a la ciencia, o a participar en entrevistas o encuestas. Junto a esto, las actividades realizadas en entremados financieros y políticos también son más arduas de estudiar”. Sobre algunas cuestiones relacionadas con la criminalidad económica, especialmente en el contexto italiano V. MARTUCCI, *La criminalità económica*, 2006, *passim*.

⁵² BOTTKE, en: *Hacia un Derecho penal económico*, 1995, 637 s.

⁵³ RODRÍGUEZ MOURULO, ADPCP 1984, 681.

⁵⁴ Así KINDHÄUSER, en: *Hacia un Derecho penal económico*, 1995, 441; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, 1996, 18; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, 4ª, 2014, 77.

⁵⁵ En este sentido AFTALION, RCP 2 (1966), 82, matiza que en cuanto a la discusión entorno a la conceptualización del Derecho penal económico y de los delitos económicos efectivamente el Derecho penal o admite divisiones autónomas, porque el Derecho penal no sólo admite, sino que exige divisiones en “archipiélagos” desde el bien jurídico prevalente; TERRADILLOS BASOCO, en: TERRADILLOS BASOCO/ACALE SÁNCHEZ(Coord.), *Temas*, 2004, 220; alega que el Derecho penal sólo debe asumir la defensa de aquello que puede proteger eficazmente sin romper las reglas clásicas de la imputación; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, 3ª, 2011, 122 advierte cómo el reto fundamental del Derecho penal económico en la actualidad es saber acomodar las tradicionales estructuras de imputación a las características de los nuevos delitos, si bien anteriormente en la p. 119, matiza que las reglas de imputación de los delitos clásicos no pueden ser traspasadas en todo caso acriticamente al ámbito del Derecho penal económico.

doctrinal⁵⁶ propone la alternativa de que para alcanzar determinados objetivos político-criminales se modifiquen en el Derecho penal económico algunos de los principios limitadores del *ius puniendi*. El Derecho penal económico formaría por tanto parte del Derecho penal moderno⁵⁷.

Pero dejando a un lado las cuestiones relativas a la vinculación de la subsidiariedad o no del Derecho penal económico al Derecho penal común, ya al inicio de estas páginas se ha expuesto cómo en términos generales se puede definir el Derecho penal económico como el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico⁵⁸. Sin embargo, cuando hablamos de Derecho penal económico podemos hablar en sentido estricto y en sentido amplio⁵⁹.

5. El Derecho penal económico, en sentido estricto es concebido como Derecho de la dirección de la economía por el Estado⁶⁰. Así, por ejemplo, TIEDEMANN mantiene un concepto limitado de Derecho económico y de Derecho penal económico, que abarca aquellos sectores del Derecho penal que tutelan primordialmente el bien jurídico constituido por el ordenamiento económico estatal en su conjunto y, en consecuencia, el flujo de la economía en

⁵⁶ Entre otros PALIERO, en: *Hacia un Derecho penal económico*, 1995, 491, considera que los comportamientos ilícitos de naturaleza económica no serían estructuralmente reducibles a los esquemas del Derecho penal clásico; SCHÜNEMANN, en: *Hacia un derecho penal económico europeo*, 1995, 574, considera la necesidad de desarrollar figuras de imputación orientadas a remover los obstáculos que eliminan ampliamente la idoneidad del Derecho penal para la protección de bienes jurídicos; GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos*, 2003, 207.

⁵⁷ HASSEMER, *ADPCP* 1992, 245.

⁵⁸ GEERDS, *Wirtschaftsstrafrecht*, 1991, 13, por su parte, considera que será Derecho penal económico el núcleo del Derecho penal que proteja bienes jurídicos de la vida económica. Los problemas que se plantean por tanto, y que detalla el propio autor, son por un lado si en los ordenamientos jurídico económicos de carácter liberal, como el alemán, pueden existir bienes jurídicos relacionados con la vida económica o se les tiene que negar cualquier reconocimiento desde el principio y, en segundo lugar, en caso de que se reconozcan, qué delitos protegerán esos bienes jurídicos; BAJO FERNÁNDEZ/SUÁREZ GONZÁLEZ en: BAJO FERNÁNDEZ./ PÉREZ MANZANO/ SUÁREZ GONZÁLEZ (Aut.), *Manual, PE*, 1993, 562.

⁵⁹ TIEDEMANN, *Poder económico*, 1985, 19. Sobre la conveniencia de adoptar un concepto amplio de Derecho penal económico y no uno estricto REYNA ALFARO, *Derecho penal y modernidad*, 2010, 263-274.

⁶⁰ TIEDEMANN, *Poder económico*, 1985,19; BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho Penal Económico*, 1978, 37, "Derecho penal económico en sentido estricto es el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía. En esta concepción estricta, el orden económico entendido como objeto de protección aparece conectado con esa nueva rama jurídica denominada Derecho económico que es, en definitiva, el Derecho de la economía dirigida por el Estado". BAJO FERNÁNDEZ, *PEE* 10 (1982), 252. Igualmente mantiene este concepto RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP* 1984, 679.

su organicidad; en una palabra, la economía nacional⁶¹. De este modo, en sentido estricto⁶² quedarían integradas aquellas infracciones que atentan contra la actividad interventora y reguladora del Estado en la economía, es decir, las condiciones esenciales del funcionamiento del sistema económico respectivo o en otras palabras el Derecho de la dirección de la economía por el Estado⁶³. El orden económico, así entendido como regulación jurídica del intervencionismo en la economía, constituirá el objeto de protección del Derecho penal económico en sentido estricto⁶⁴.

6. Por su parte el Derecho penal económico en sentido amplio⁶⁵ recoge el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. El delito económico en sentido amplio siguiendo a BAJO FERNÁNDEZ⁶⁶ es aquella infracción que, afectando a un bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro, en segundo plano, la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Se incluyen, de esta forma, en el Derecho penal económico en sentido amplio, infracciones que, lesionando intereses individuales como la propiedad privada o el derecho de crédito, afectan gravemente al orden económico entendido en el sentido expuesto.

Ya no se trata, dicen BAJO⁶⁷ y MARTINEZ- BUJÁN⁶⁸ de la protección del nuevo intervencionismo estatal, de tutelar el intervencionismo estatal, sino de la

⁶¹ En el mismo sentido, TIEDEMANN, CPC 28 (1986), 73.

⁶² Mantiene una concepción estricta de delito socio-económico DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios, 1998, 28.

⁶³ TIEDEMANN, Poder económico, 1985, 18 s.; MUÑOZ CONDE, RJC 81 (1982), 167 s.; BOTTKE, en: Hacia un derecho penal económico europeo, 1995, 640; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, Derecho penal económico, 2010, 2ª, 12; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PG, 4ª, 2014, 100 s.

⁶⁴ BAJO FERNÁNDEZ, Derecho Penal Económico, 1978, 37 s.

⁶⁵ FERNÁNDEZ, Derecho penal económico, 1978, 40; TIDEMANN, Poder económico, 1985, 19; RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP 1984, 679; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, Derecho penal económico, 2010, 2ª, 14.

⁶⁶ BAJO FERNÁNDEZ/SUÁREZ GONZÁLEZ, en: BAJO FERNÁNDEZ./ PÉREZ MANZANO/ SUÁREZ GONZÁLEZ (Aut.), Manual, PE, 1993, 563.

⁶⁷ BAJO FERNÁNDEZ, Derecho Penal Económico, 1978, 40.

actividad económica dentro de la economía de mercado de modo que esta concepción ensancha notablemente los límites del Derecho Penal, presentándose el orden económico, al contrario que en la concepción estricta, como un bien jurídico de segundo orden detrás de los intereses patrimoniales individuales⁶⁹. Para algunos autores es aquí donde los delitos societarios encuentran su acomodo⁷⁰.

7. Por tanto el orden económico, ya sea en sentido estricto o en sentido amplio, puede ser objeto de protección jurídica⁷¹. La cuestión es determinar qué protección jurídica otorgar⁷², o cuál resulta ser más idónea, lo cual será objeto de este trabajo más adelante.

8. Por otro lado, existen algunas posiciones que alguna autora ha considerado oportuno denominar “intermedias”⁷³ entre las que destaca especialmente la de OTTO. Este autor mantiene que las definiciones del término de la delincuencia económica que se basan fundamentalmente en un comportamiento lesivo económicamente o en un comportamiento relacionado con la economía, no consiguen construir la relación necesaria con el bien jurídico protegido los comportamientos criminales. Por tanto considera que, en principio, el comportamiento dañoso que se provoca con la actividad económica no señala una injusticia específica que se diferencia de otros comportamientos antijurídicos y que también tienen un merecimiento de pena. Para él, es sólo la relación del comportamiento con la vulneración de bienes jurídicos supra-individuales

⁶⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PG, 4ª, 2014, 100 ss.

⁶⁹ BAJO FERNÁNDEZ, Derecho Penal Económico, 1978, 40; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PG, 4ª, 2014, 100 ss.

⁷⁰ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 56. Yo sin embargo, no comparto esta opinión.

⁷¹ BAJO FERNÁNDEZ, PEE 10 (1982), 252.

⁷² Hay autores críticos con entender como bien jurídico protegido el orden económico, ya sea en su sentido estricto, ya sea en su sentido amplio. Así entre otros, BAUMANN, JZ 1983, 937; PALIERO, en: Hacia un Derecho penal económico, 1995, 475 ss., quien por su parte, plantea la posibilidad de que los ilícitos económicos sean regulados no por leyes penales sino por leyes administrativas.

⁷³ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 56, la llama posición intermedia. La autora la denomina así por ser un concepto funcional, muy diferente al planteado por el resto de la doctrina ya sea en el concepto amplio como en el estricto.

(sociales) de la vida económica lo que posibilita la integración de una injusticia específica que difiere visiblemente de la injusticia de un daño patrimonial cualquiera. Desde este punto de partida, OTTO propone determinar como delitos económicos aquellos comportamientos que infringen la confianza en el ordenamiento económico vigente en general o en algunas de sus instituciones en especial, poniendo en peligro la existencia y la forma de actuar del orden económico establecido⁷⁴. Por tanto su concepción pone el acento en el concepto “confianza”.

Es el propio OTTO quien desarrolla las críticas que otros autores han ido haciendo a su concepto de Derecho penal económico. Las críticas se pueden dividir en dos bloques. El primer grupo de objeciones se hace contra los postulados referidos a la confianza, el segundo en relación al bien jurídico supra-individual⁷⁵. Me centraré fundamentalmente en el primero porque es el núcleo fundamental de la definición aportada por el autor⁷⁶.

En contra del argumento de la importancia de la vulneración de la confianza en el ordenamiento económico vigente o en diferentes instituciones específicas, se le reprocha que la delincuencia económica no esté siempre marcada por dicha vulneración o, incluso, por el abuso de confianza⁷⁷. OTTO considera que estos pueden ser casos específicos, pero que el contraargumento

⁷⁴ OTTO, Jura 1989, 26; BOTTKE, Wistra 1991, 2, considerada que esta definición aunque está pensada como propuesta para la República Federal Alemana es lo suficientemente amplia para posibilitar el hablar de una delincuencia económica y de un Derecho penal económico que englobe todos los sistemas. Crítico con esta definición BAUMANN, JZ 1983, 937.

⁷⁵ Aunque esta crítica se pueda hacer también a aquellas concepciones que consideran que se protegen bienes jurídicos supraindividuales o colectivos.

⁷⁶ Sobre la crítica en relación a la creación inflacionaria de bienes jurídicos supra-individuales que, como he dicho no desarrollaré en el texto, OTTO, Jura 1989, 27 argumenta que la insignificancia práctica de algunos tipos penales en el ámbito del Derecho penal económico es un indicio grave que el legislador no ha conseguido construir una protección penal objetivamente adecuada contra comportamientos socialmente peligrosos o socialmente dañinos. Aun así, el verdadero contenido de ese contraargumento se dirige contra un objeto incorrecto, la dirección no es correcta, porque el hecho de que exista un bien jurídico digno de protección no dice nada sobre qué ataques contra ese bien jurídico son dignos de pena y merecedores de pena. Es cierto que cada tipo penal tiende a la protección de un bien jurídico determinado. Pero la inferencia de la existencia de un bien jurídico a su dignidad de protección penal es errónea. Por eso, el problema central jurídico-dogmático de la protección penal de la economía y sus instituciones no consiste en la pregunta de los bienes jurídicos que han de protegerse sino en la comprobación de la dignidad penal y necesidad de pena de los ataques diversos contra esos bienes jurídicos.

⁷⁷ En este sentido BAUMANN, JZ 1983, 937, quien dice que esto sucede, por ejemplo, en los §§ 5 y 6 WiStG y el delito del § 302a StGB. Estos son delitos penales económicos o (*Ordnungswidrigkeiten*) y lo son sin que tal acción ponga en peligro la confianza en el ordenamiento económico vigente en general o a alguna de sus instituciones.

es erróneo cuando se dirige a criticar el concepto de confianza introducido en la definición de la delincuencia económica, ya que no se trata de la confianza concreta dentro de una relación autor-víctima, sino de una confianza abstracta en el sentido de “una confianza en el sistema”. *De facto* eso se basa en una desconfianza institucionalizada que tiende a impedir que las esperanzas depositadas en un funcionamiento concreto del sistema se vean decepcionadas demasiado a menudo y que los riesgos se hagan inabarcables. En ese sentido la confianza y la desconfianza no sólo son opuestas sino que se trata de elementos que se refieren funcionalmente el uno al otro en un ordenamiento jurídico⁷⁸. De esta manera, dice OTTO, el ataque contra la confianza en las relaciones económicas hace que la protección de ésta sea el bien jurídico protegido⁷⁹.

9. Para concluir se puede afirmar que parece unánime en la doctrina, que el orden económico, en su aspecto amplio, nunca se presentará como bien jurídico protegido (en su sentido técnico) en el ámbito penal⁸⁰. Es decir, nunca aparecerá como elemento del tipo de injusto. Sí es éste, sin embargo, un objetivo político-criminal del legislador y que ha permitido agrupar determinadas conductas bajo un común denominador⁸¹, lo cual no significa se mantenga el orden económico como un bien jurídico protegido. Pero considero que esto tiene sus consecuencias de diferente índole⁸² y, en concreto, en lo que respecta al art. 290 CP, en el adelanto de barreras de protección del patrimonio a través del peligro hipotético⁸³.

⁷⁸ OTTO, Jura 1989, 26.

⁷⁹ OTTO, ZstW 96 (1984), 344; OTTO, Jura 1989, 26.

⁸⁰ BAJO FERNÁNDEZ, PEE 10 (1982), 252; BAJO FERNÁNDEZ/SUÁREZ GONZÁLEZ, en: BAJO FERNÁNDEZ./ PÉREZ MANZANO/ SUÁREZ GONZÁLEZ (Aut.), Manual, PE, 1993, 565; FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 57.

⁸¹ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 59.

⁸² Entre otras, como se ha desarrollado en el apartado A, de índole ideológica y de planteamiento político-criminal.

⁸³ PAREDES CASTAÑÓN, RDPCR 11 (2003), 96 afirma, en este sentido, pero respecto al Derecho penal económico en general, que “el empleo de la técnica legislativa de los delitos de peligro como medio de protección de intereses económicos individuales y colectivos constituye, según todas las evidencias, un recurso habitual y creciente”.

II. CONCEPTO DE DERECHO PENAL SOCIETARIO Y PAPEL DE LA EMPRESA EN EL SISTEMA ECONÓMICO.

1. Al igual que ocurre con el concepto de Derecho penal económico, no es sencillo encontrar una definición del significado de Derecho penal societario. Sin embargo, esta tarea tiene una gran trascendencia, ya que tal definición determinará la naturaleza que compartan todas las figuras que se engloban bajo esta familia⁸⁴, y en concreto, en el CP español, aquellas que se insertan bajo el capítulo de los “delitos societarios”.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define como sociedad en su segunda acepción, a la “agrupación natural o pactada de personas, que constituyen unidad distinta de cada uno de sus individuos, con el fin de cumplir, mediante la mutua cooperación, todos o alguno de los fines de la vida”.

El art. 1665 CC la define como “contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias”. Mientras la primera de las definiciones hace referencia a un concepto más general de sociedad, el CC adopta un concepto con claros sesgos comerciales, haciendo referencia expresa al ánimo de lucro (de repartir las ganancias). No obstante, acoge un concepto amplio de sociedad “capaz de albergar a cualquiera de los muchos ‘tipos’ de sociedad que en la realidad pueden darse”, quedando fuera las sociedades sin ánimo de lucro⁸⁵.

El art. 297 CP, por su parte, establece que “a los efectos de este Capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorro, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado”. Cuando el CP se refiere a una sociedad no sólo está pensando y haciendo referencia a la sociedad mercantil, sino que introduce bajo el concepto de sociedad a otro tipo de estructuras organizativas, primero haciendo un elenco abierto y luego a través de la cláusula general “cualquier

⁸⁴ DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO/POLO VERDA, Problemas generales, 2002, 12.

⁸⁵ DE LA CUESTA RUTE, en: VALPUESTA/TORRUBIA/LLORENTE (Coords.), Derecho mercantil, I, 2011, 224.

entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado”. Osea no cualquiera, sino las mercantiles y siempre y cuando tengan la nota característica de su participación en el mercado. Si bien no es éste el momento de analizar con precisión el art. 297 CP⁸⁶, considero interesante referirnos ya mínimamente a él para entablar la relación entre éste y el concepto de Derecho penal societario, al menos en lo que se refiere a la legislación penal española, y poder más adelante resolver las cuestiones nucleares que se suscitan. Y es que el contenido de éste obliga a pensar que, cuando el legislador penal se refiere a una sociedad en relación a los delitos societarios, no está haciendo alusión exclusivamente a la estructura empresarial, sino a una estructura compleja sea o no mercantil, entre las cuales es preciso diferenciar, pero entre las que también existen caracteres en común. Estos caracteres en común son, a mi entender, en parte, los que ofrece el concepto amplio de sociedad del art. 1665 CC, esto es: el origen negocial, el fin común y la contribución de todos a la consecución del fin⁸⁷, que también comparte la definición de sociedad que se recoge por la RAE, si bien en ella falta toda alusión mercantilista o afín, presente en la del CC (al menos en sentido amplio) y, desde luego, en la del CP que ahora pasaremos a analizar, sin perjuicio de lo que se desarrollará más adelante.

2. Además, hay que tener presente que, “cuando las personas se integran en sociedad, buscan maneras para reducir la complejidad del ambiente, desarrollando herramientas, instrumentos, técnicas, y otros artefactos físicos e intelectuales. Sin embargo también, junto con lo anterior, se desarrollan nuevas formas de organización social. La empresa es resultado de este proceso de búsqueda y perfeccionamiento, por lo que la génesis y el origen de una organización del tipo “empresa” deriva del accionar propio y espontáneo de la sociedad”⁸⁸, si bien es cierto que la globalización neoliberal está poniendo en jaque esta concepción de empresa. La empresa es el ejemplo de que “los

⁸⁶ Parte I, apartado F).

⁸⁷ En todo caso el art. 1665 CC apunta otra característica que sería el ánimo de lucro, por lo que en esta definición se excluyen las sociedades sin ánimo de lucro, a diferencia del CP que también las incluye. Es por ello que he dicho que son, en parte, los caracteres del art. 1665 CC.

⁸⁸ BUSTAMANTE/OPAZO, Serie 3 (2004), 15.

espacios que genera espontáneamente la sociedad permiten el surgimiento de nuevas organizaciones⁸⁹; organizaciones, sin embargo, también complejas. Pero la empresa no es el único espacio organizativo complejo⁹⁰, ni tampoco todo espacio organizativo complejo tiene por qué ser sociedad.

Desde un punto de vista fenomenológico, la empresa se podría definir como “un conjunto de actividades llevadas a cabo por el empresario para la producción y el intercambio (distribución) de bienes y servicios, con el objeto de obtener un beneficio máximo o cuanto menos satisfactorio”⁹¹. Nuevamente con el diccionario de la RAE encontramos que empresa es “la acción de emprender una tarea ardua y dificultosa que valerosamente se comienza y que se dirige a una serie de finalidades de carácter jerarquizado, con un objetivo final”. Pero empresa, en economía, en tanto en relación con lo económico y por tanto con la creación de riqueza en la sociedad y su distribución⁹², se puede definir como “cualquier acción y organización ordenadas a un fin económico, caracterizada por la creación de riqueza y su adecuada distribución entre los miembros de la sociedad”⁹³. La empresa en economía es un “proyecto autónomo organizado que utiliza recursos humanos y materiales y que se dirige a crear y producir riqueza creada de manera justa de un modo continuado”⁹⁴.

La empresa es una realidad compleja, diversa y cambiante⁹⁵ y ante todo es una organización social “abierta”⁹⁶. Su unicidad “no se puede cortar ni separar

⁸⁹ BUSTAMANTE/OPAZO, Serie 3 (2004), 1.

⁹⁰ Advierte FEIJÓOSÁNCHEZ, Cuestiones actuales, 2009, 50 s., que, si se buscaran características de la sociedad moderna, se podría llegar a un acuerdo sin grandes discusiones sobre que dos de ellas consisten en que se trata de una sociedad de organizaciones y de una sociedad del riesgo.

⁹¹ SUÁREZ SUÁREZ, Curso, 1991, 26.

⁹² ORDUNA DÍEZ, CEE 13 (2003), 221.

⁹³ ORDUNA DÍEZ, CEE 13 (2003), 221.

⁹⁴ ORDUNA DÍEZ, CEE 13 (2003), 221.

⁹⁵ SERRA RAMONEDO, Empresa, 1986, 32.

⁹⁶ PÉREZ GOROSTEGUI, Economía de la empresa, 1989, 12, considera que algunas de las características de la empresa como sistema son: que se trata de un sistema abierto; es un sistema en el que se produce una sinergia por la cual manifiesta características y formas de comportamiento que no son atribuibles a ninguno de sus elementos o subsistemas; es un sistema global, es decir, cualquier influencia sobre uno de los elementos o subsistemas repercute sobre los demás, y por último es un sistema autorregulado.

de sus relaciones con otras y con el entorno⁹⁷ y, además, en tanto la empresa se dirige a producir riqueza de manera permanente y continuada se convierte en base fundamental de la economía⁹⁸.

En su compleja realidad se plantean problemas sociales, psicológicos, económicos y tecnológicos de la más diversa índole⁹⁹. Los problemas que se presentan en una empresa y las fuentes efectivas de complejidad de esta estructura son imposibles de enumerar. Pero es ineludible referenciar algunas cuestiones mínimas para contextualizar las soluciones a las que se llegarán en este trabajo. Mantener un proyecto empresarial es una labor difícil y que ha de cambiar y adaptarse inexorablemente con el paso del tiempo. La complejidad en una estructura empresarial está en primer lugar condicionada por el propio sistema en el que se sitúa¹⁰⁰. En este contexto externo a la empresa nos encontramos con que el mercado al que va dirigido el producto o servicio, objeto último del proyecto empresarial, es también cambiante y está afectado por muchas circunstancias muchas veces imprevisibles e incontrolables. Pero es que además vender por encima de los costes: pasados, presentes y futuros, para la mayoría de las empresas, es una tarea muy complicada y conseguir financiación para poder mantenerse en el mercado, tal y como hoy está configurado, y estar al día en las obligaciones fiscales, es también una tarea difícil para la mayor parte de las empresas. Es decir, mantenerse en el sistema, con sus exigencias, es bastante arduo¹⁰¹.

⁹⁷ PÉREZ GOROSTEGUI, Economía de la empresa, 1989, 12; ALEGRE SAZ/BERNÉ MANERO/GALVE GÓRRIZ, Fundamentos, 1995, 14.

⁹⁸ ORDUNA DÍEZ, CEE 13 (2003), 221.

⁹⁹ PÉREZ GOROSTEGUI, Economía de la empresa, 1989, 12.

¹⁰⁰ Sigo el planteamiento de HABERMAS, La lógica de las ciencias sociales, 3ª, 1996, 311, 321, 408, quien diferencia dos fuentes claras de complejidad dentro de los sistemas. La primera es la complejidad que proviene efectivamente del ambiente. La segunda es la complejidad que proviene del propio sistema.

¹⁰¹ Esta es la realidad en la que se encuentran la mayor parte de las empresas de España. En España, Grecia e Italia, son los países que más PYMES tienen. Según el Directorio Central de Empresas (DIRCE), a 1 de enero del año 2013 hay en España 3.142.928 empresas, de las cuales 3.139.106 (99,88%) son PYME (entre 0 y 249 asalariados), empresas que conforman el censo, excluida las empresas dedicadas a la agricultura y la pesca.

Por otro lado, dentro de la empresa, además, existe toda una complejidad interna¹⁰². El trabajador se ve envuelto por las exigencias de la disciplina y el aumento de la destreza y ahorro del tiempo, en dinámicas despersonalizantes; y por su parte el empleador, además de verse en esa misma situación, ha de enfrentarse a la dificultad de discernir entre responsabilidad y poder, para afrontar las relaciones personales con sus trabajadores, mantener una cartera de pedido (que es lo principal para que no baje la actividad), planificar la producción con las exigencias inmediatas que se exigen en la actualidad, etc.

Pero también en otro tipo de sociedades u organizaciones complejas se pueden dar este tipo de relaciones. Las asociaciones, fundaciones, cooperativas, no quedan exentas de algunos de los problemas que se han evidenciado en relación con la empresa y su complejidad. Como sistemas, estas otras formas de sociedad entendidas como agrupación de personas, vendrán igualmente condicionadas por factores externos, con exigencias de muy diversa índole, e igualmente por factores internos relacionados con las personas que los componen.

En toda esta complejidad, la sociedad se convierte en un subsistema¹⁰³ dentro del entramado de la estructura económico-social. Y esta realidad, da lugar a conflictos específicos de este ámbito. El impedir actos de revisión o control por las autoridades competentes dentro de la sociedad, la ilegal repartición de las reservas¹⁰⁴, la omisión de comunicación de conflictos de intereses¹⁰⁵, la administración desleal, por poner ejemplos significativos de nuestra y otras legislaciones, son claramente conductas posibles, sólo y exclusivamente dentro de una estructura organizativa colectiva o societaria¹⁰⁶.

¹⁰² En relación a la complejidad que viene del propio sistema y que la constituyen en todos los sistemas sociales humanos, las personas, BUSTAMANTE/OPAZO, Serie 3 (2004), 4.

¹⁰³ ORDUNA DÍEZ, CEE 13 (2003), 227.

¹⁰⁴ Como se recoge por ejemplo en el art. 2627 CCI.

¹⁰⁵ Así se prevé en el art. 2629 bis CCI.

¹⁰⁶ No comparto la afirmación de DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 14, cuando sostiene que “La delincuencia económica moderna ha anidado en las empresas, o entidades jurídicas en general, como en ningún otro ámbito de la sociedad actual. Este tipo de delincuencia ha encontrado en la estructura jurídica característica de una sociedad el hábitat ideal para su desarrollo, tanto por su facilidad para actuar, al contar con más y mejores medios para ello, como por la importancia cuantitativa de sus consecuencias” Mas bien lo que creo que se da son nuevos espacios, por la creación de nuevos subsistemas, donde

Sólo por las peculiaridades exclusivas que se dan en una estructura compleja existe un Derecho privado que regula las relaciones dentro de ella, ya sea Derecho civil o Derecho mercantil, dependiendo siempre del tipo de sociedad. Por mi parte considero que esta misma motivación que lleva al legislador en el Derecho privado a regular las especialidades de estas uniones de personas, lleva al legislador a desarrollar un Derecho penal societario entendiendo la sociedad como estructura compleja, y a que se regulen éstas por tipos específicos y no se sancionen a través de los tipos de delitos clásicos¹⁰⁷. Las peculiaridades del contexto en que se realizan las actividades y que generarán relaciones particulares con el bien jurídico¹⁰⁸, el heterogéneo entramado de intereses que concurren en ellos y su importancia en general en la economía¹⁰⁹, son los motivos que determinan la construcción de delitos societarios¹¹⁰.

3. En sus inicios, la tipificación de delitos en el ámbito societario surgió fundamentalmente con la finalidad de prevenir conductas lesivas realizadas en el seno de las empresas (si bien hay otros tipos generales específicamente “empresariales” pero distintos a los societarios) en clara consonancia con la tendencia a la tipificación de conductas relacionadas con el desarrollo económico, tal y como he expuesto anteriormente. Esto y la progresiva importancia de la empresa dentro del sistema capitalista¹¹¹ (aunque no solo)¹¹²

aparecen conductas lesivas para determinadas personas o colectivos de personas, y donde por consiguiente aparecen nuevas formas de lesividad. Nuevos espacios de poder y por tanto nuevos conflictos que generan peculiaridades que entiendo se han de abordar de una manera también adecuada al contexto. Y creo que la perspectiva es sustancialmente diversa. En primer lugar, porque esta perspectiva le da un carácter de especificidad propio al delito societario, y, en segundo lugar, porque de esta manera se entiende la sociedad como subsistema que provoca el nacimiento de conductas lesivas que eventualmente dañen al sistema económico y no que existiendo previamente delitos económicos se instalen sin más allí.

¹⁰⁷ Consideran que las complejas prácticas que suceden en el entramado de las sociedades mercantiles hacen precisa una regulación particularizada MARTÍNEZ PEREDA, PJ 28 (1992), 177 s; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, RdS 1995-III, 165.

¹⁰⁸ En la Parte Segunda, Cap. 4 se desarrollará cómo el bien jurídico protegido del art. 290 es el patrimonio (además de la funcionalidad del documento), bien jurídico que llamaré especial con referencia a la relación entre sociedad/sujeto activo (quien ejerce el poder)/valoración de la vulnerabilidad del bien.

¹⁰⁹ DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios, 1998, 16.

¹¹⁰ En todo caso, como ya se adelantó anteriormente, será en el apartado F de la Primera Parte donde se concretará el concepto de sociedad que el CP en su art. 297 mantiene.

¹¹¹ En este sentido MARINUCCI, Riv. It. Dir. Proc. Pen. 1988, 441, afirma como “el nivel de evolución de un sistema capitalista también se evalúa por la rapidez con la que se responde a

fueron los principales motivos por los que se valoró la intervención en las sociedades desde el ámbito penal¹¹³. Esta tradicional vinculación entre la incorporación en la legislación penal de estos tipos delictivos y el desarrollo empresarial y económico, que en la actualidad se mantiene, ha ido provocando que su estudio se haya abordado principalmente desde esta óptica y se haya circunscrito prácticamente al ámbito empresarial¹¹⁴. Pero también es cierto que se señalaron entre los motivos para la introducción de instrumentos penales la utilización abusiva e incorrecta de las posibilidad que da la empresa, cuyos comportamientos pudieran generar perjuicios a terceros y a los componentes de toda la sociedad en sí¹¹⁵, o la presunta insuficiencia de los instrumentos jurídicos extra- penales, para evitar determinados comportamientos lesivos¹¹⁶.

4. Con esto, las grandes preguntas que se plantean en relación al concepto de Derecho penal societario son fundamentalmente dos. En primer

las crisis cíclicas, proporcionando formas de control penal de las conductas antieconómicas de los gestores de las empresas”.

¹¹² LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, en: BOIX REIG (Dir.), DDPE, 2008, 33 califican a las sociedades como parte y pieza importantísima del sistema económico de un país en un régimen de economía demercado, pero apuntan como incluso también en los sistemas de economía mixta: colectivista/de mercado.

¹¹³ BURKATZKI/LÖHR, *Wirtschaftskriminalität und Ethik*, 2008, 10, hacen la consideración de que últimamente la acción de la delincuencia económica se evidencia cada vez más por las mismas empresas. En este sentido, según una estadística representativa de la KPMG del año 2006, más de un 70 % de las empresas alemanas ven la delincuencia económica como un problema serio. Tres cuartas partes de las grandes empresas interrogadas y casi cada segunda mediana empresa declaran que en el pasado han sido víctimas de acciones de delincuencia económica.

¹¹⁴ Así FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, 1996, 71, dice que “es el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles el motivo que el legislador ha tenido en mente a la hora de ponderar el merecimiento de pena de las conductas constitutivas de delitos societarios”. En este sentido, también, GALLEGO DÍAZ, RDPP 14 (2005), 13 “El legislador trata de proteger también, en una línea secundaria y de forma indirecta, el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles, con lo cual a su vez se tutela la integridad del orden económico en sentido amplio, habida cuenta del relevante papel que las sociedades mercantiles desempeñan en el actual tráfico económico”. ; “Si se ha optado por su incriminación en un capítulo aparte es porque se reconoce la tutela de algo más que el simple patrimonio individual: a través de la protección inmediata de los patrimonios individuales se está protegiendo de forma mediata el adecuado funcionamiento de las sociedades mercantiles, concretado en la veracidad de los documentos sociales, la integridad del capital y del patrimonio social o la fidelidad de los órganos sociales” y SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, *Derecho penal*, PE, 16^a, 2011, 539, en relación al concepto de sociedad, advierten que el CP da una definición peculiar de lo que ha de entenderse por sociedad, pues en principio se pensó en las sociedades anónimas y a partir de este modelo se pretende llegar a otros supuestos que con frecuencia resultan problemáticos.

¹¹⁵ MARTÍN PALLÍN, CDJ 2003-II, 1996, 295.

¹¹⁶ MATA Y MARTÍN, RdS 1995-V, 165.

lugar, se presenta la cuestión de la naturaleza de estas conductas. Es decir, qué rasgos son los que caracterizan y hacen englobar bajo esa nomenclatura a determinadas conductas de muy diferente índole. La segunda de las cuestiones es la relacionada con el contenido económico o exclusivamente patrimonial de aquéllas y de ahí su calificación o no como delitos contra el “orden económico” o delitos económicos. O sea, se plantea en este momento, habiendo descrito lo anterior, la cuestión de determinar qué vinculación existe entre Derecho penal económico, ya sea en sentido estricto o amplio, y Derecho penal societario.

5. En cuanto a la primera de las cuestiones, una parte de la doctrina considera que la característica común de todos estos delitos no es el ámbito de actuación, sino que es exclusivamente la especial relación existente entre el sujeto activo previsto en los tipos y la sociedad¹¹⁷. Otros autores abogan por un concepto más aséptico englobando en los delitos societarios todas aquellas conductas que, cometidas con ocasión de la administración o dirección de una empresa¹¹⁸, consisten en una violación particularmente grave de los deberes confiados legal o contractualmente o en abuso de los poderes que se detentan en función de la posición que se ocupa en aquella, con perjuicio de los socios, de la sociedad o de terceros¹¹⁹. Para otro sector doctrinal la naturaleza de los delitos societarios deriva del comportamiento mismo que el sujeto realiza en el seno de la empresa y que está tipificado como delito¹²⁰.

Mi posición es la de considerar que la característica común de los delitos societarios es que se trata de actuaciones realizadas en el seno societario por personas que de alguna manera ejercen funciones de toma de decisiones en éste y que por tanto pueden perjudicar a la entidad, a los socios o a terceros¹²¹.

¹¹⁷ En este sentido MATA MARTÍN, RdS 1995-V, 167; NÚÑEZ CASTAÑO, Responsabilidad penal en la empresa, 2000, 27, 37.

¹¹⁸ Sin perder de vista que en el art. 295 CP también los socios son sujetos activos del delito.

¹¹⁹ En este sentido SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 44 s., siguiendo, como él indica, las líneas generales de ANTOLISEI, Diritto penale, PG, 9ª, 1982, 269.

¹²⁰ Entre otros DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 14 s.

¹²¹ Adopto la postura de SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 45. De manera indirecta también la de GONZÁLEZ RUS, en: COBO DEL ROSAL (Coord.), Derecho

Los dos pilares sobre los que se asienta la noción de delito societario son por tanto: el concepto de sociedad y el poder en ésta¹²². Como he tratado de evidenciar, la complejidad de las estructuras societarias, sean o no mercantiles, aunque de manera muy especial estas últimas, hace que el medio o ámbito en que éstas se desarrollan sea no sólo tenido en consideración, sino también determinante, hasta el punto de ser, desde mi perspectiva, el elemento característico de estos delitos y lo que determina en última instancia su naturaleza. Considero que cuando en las diferentes legislaciones se han introducido tipos específicos en relación a las sociedades, se ha hecho pensando en la necesidad de prever conductas lesivas dentro de un ámbito concreto y determinante, una estructura compleja, donde surgen especificidades porque el subsistema posee peculiaridades concretas respecto al global y donde por tanto puede haber una especial lesión del bien o bienes jurídicos. Opino además que de esta manera se mantiene una coherencia con la necesidad y especificidad existentes en las normas que fuera de la legislación penal regulan determinadas cuestiones de tipo estructural, organizativo o sancionador dentro de colectividades o sociedades complejas, sean o no empresariales. Por supuesto que el Derecho penal mantendrá una amplia independencia respecto de estas instancias, pero de esta manera también es coherente con los motivos por los que se regulan de forma específica estos ámbitos en el Derecho privado.

Pero el legislador español, en el art. 297 CP, no se interesa por todas las sociedades, por todas las estructuras complejas, sino sólo por aquellas que en el cumplimiento de sus fines participen de modo permanente en el mercado, lo cual posee un claro interés en relación con la segunda de las cuestiones que aquí planteo (el que se trate de un Derecho económico o no). Entender que lo fundamental es la estructura societaria excluirá la idea de que lo fundamental y caracterizador de estos delitos es una situación de ajenidad del patrimonio y además permitirá entender cuánta importancia tendrá en la interpretación del

penal, PE, 2ª, 2005, 610, quien mantiene esta definición argumentando que los delitos societarios son casos de criminalidad en la empresa y no criminalidad de empresa, porque es en su propio seno donde se producen los comportamientos punibles y precisamente con ocasión del ejercicio de las funciones de administración o dirección de la misma. En un sentido parecido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 431 s quien plantea que lo que los caracteriza es el marco societario mercantil y que los sujetos desempeñan tareas de administración.

¹²² Así también SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 46.

art. 297 para insertar o excluir dentro ella a instituciones como las comunidades de bienes o las cuentas en participación¹²³.

Como he expresado, este último no es el único elemento característico de los delitos societarios. No basta que se trate de actuaciones realizadas en el seno de organizaciones complejas, sino que se han de llevar a cabo por personas que de alguna manera administran esa complejidad *del sistema y en el sistema*, se aseguran la planificación de la obtención de recursos, de la administración, la utilización eficaz y eficiente de éstos y buscan cumplir los objetivos de la sociedad. Son relevantes para el Derecho penal, por tanto, aquellas conductas realizadas en el seno de la empresa que, además, son llevadas a cabo por las personas que administran la complejidad y que de alguna manera tienen la facultad o potencia de hacer o no algo, en el ámbito en el que nos estamos moviendo, el penal. Así, lo que cualifica la especialidad es el acceso al bien jurídico protegido¹²⁴. El resto de personas que realicen hechos constitutivos de delitos dentro de la empresa serán comprendidas en los tipos generales.

De esta manera se debe aludir a la distinción que realizó SCHÜNEMANN¹²⁵ con relación a cómo dentro de la empresa se pueden observar comportamientos de criminalidad “en la empresa” (*Betriebskriminalität*) y “de la empresa” (*Unternehmenskriminalität*). Esta diferenciación nos lleva a entender que los delitos societarios entrarían dentro de la llamada *Betriebskriminalität*. Es decir, dentro de aquel grupo de delitos cometidos por personas que de alguna manera están vinculadas con la empresa y dentro de este núcleo cometen conductas que van en detrimento de ella o de otras personas, colectivos, etc., relacionados con ella¹²⁶.

¹²³ Me remito a lo que desarrollo en el apartado F de este mismo Cap. 1.

¹²⁴ Será en la Parte Tercera, en concreto en el Cap. 6, donde se concretará el contenido de la figura del administrador de hecho y de Derecho; únicos posibles sujetos activos del tipo del art. 290 CP.

¹²⁵ SCHÜNEMANN, Wistra 1982, 41 ss.; *idem* ADPCP 1988, 529-533.

¹²⁶ Entre otros, en este sentido: NÚÑEZ CASTAÑO, Responsabilidad penal en la empresa, 2000, 27.

6. La segunda de las cuestiones que planteaba es la de determinar la relación entre el Derecho penal societario y el Derecho penal económico, y por tanto determinar si los delitos societarios son delitos económicos o son delitos exclusivamente patrimoniales. En este sentido, la doctrina está dividida precisamente entre quienes piensan que se trata de delitos socio-económicos¹²⁷, que es la tesis absolutamente mayoritaria, y aquellos que, por el contrario, creen que son exclusivamente delitos patrimoniales¹²⁸. Estas opiniones, están relacionadas, casi en exclusiva, con la determinación de si el bien jurídico protegido se trata de un bien jurídico supraindividual relacionado con la economía o no.

Por mi parte, siguiendo a un sector de la doctrina¹²⁹, comparto la idea de que el “hecho de que los bienes jurídicos que puedan individualizarse en el seno de las concretas figuras delictivas deban adscribirse a una titularidad privada no empaña su consideración meta-individual”. Es decir, adelanto que mi posición es la de considerar que el Derecho penal societario forma parte del Derecho penal económico independientemente de que en la concreción de los tipos societarios

¹²⁷ En este sentido QUINTERO OLIVARES, en: Jornadas, 1998, 166 ss.; GONZÁLEZ RUS, en: Hacia un derecho penal económico europeo, 1998, 168; el mismo, en: COBO DEL ROSAL (Coord.), Derecho penal, PE, 2005, 2ª, 611, considera que los delitos societarios tienen una dimensión socio-económica, pero en la que no están ausentes los intereses estrictamente patrimoniales; VALLE MUÑIZ/MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 8ª, 2009, 973, sostiene que son delitos genuinamente económicos entendiéndolo, sin embargo, que el hecho de que los bienes jurídicos que puedan individualizarse en el seno de las concretas figuras delictivas deban adscribirse a una titularidad privada no empaña su consideración meta-individual; VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal, PE, 3ª, 2010, 516, consideran que los delitos societarios se encuentran dentro del llamado Derecho penal económico pero en la pág. 518 advierten cómo se tutelan fundamentalmente intereses de naturaleza patrimonial; VILLACAMPA ESTIARTE, en: QUINTERO OLIVARES/ CARBONELL MATEU/MORALES PRATS/GARCÍA RIVAS/ÁLVEREZ GARCÍA (Dirs.), Esquemas, 2011, 423, entiende que son delitos económicos. CARREÑO AGUADO, La inveracidad en la información, 2013, 195 “la doctrina europea se divide entre aquellos que consideran que estamos ante delitos de carácter socioeconómico y los que entienden que son delitos patrimoniales. En cualquier caso, lo cierto es que hasta la fecha se ha venido considerando mayoritariamente que nos hallamos ante delitos pluriofensivos, en la medida en que protegen un abanico de intereses: los de la sociedad, los de los socios y los de terceros, sean acreedores sociales o no”.

¹²⁸ Así, entre otros, RODRÍGUEZ RAMOS, BICAM 1 (1996), 78. Este último considera que ambas posiciones son compatibles. QUERALT JIMÉNEZ, Derecho penal, PE, 6ª, 2010, 580, entiende que estamos ante un neto exponente de delitos patrimoniales de cuño individual a la luz de su regulación. Considera que estos delitos tienen una naturaleza esencialmente patrimonial y mercantilista.

¹²⁹ GONZÁLEZ RUS, en: Hacia un derecho penal económico europeo, 1998, 168; VALLE MUÑIZ/MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 8ª, 2009, 973.

el bien jurídico protegido sea de titularidad privada. Pero veamos antes algunas de las posiciones doctrinales.

En España, han sido varios los argumentos esgrimidos para avalar la perspectiva socio-económica de los delitos societarios. Entre éstos se encuentra el de cómo ya en el debate parlamentario del CP de 1995, en las cuestiones relacionadas con estos delitos, se trataba de evitar que fueran una figura mixta entre lo patrimonial y lo mercantil¹³⁰. Por otro lado, autores como QUINTERO OLIVARES¹³¹ plantean un elenco de motivos por los que considerar que la pretensión patrimonialista de los delitos societarios ha de ser rechazada. En primer lugar, sostiene que puede haber daños patrimoniales causados por la mala administración o mal funcionamiento de la sociedad que no sean delictivos. En segundo lugar, porque es posible la concurrencia de un propósito de lucro con la necesaria lesión al interés social que por lo tanto pueda ser calificado como delito societario. En tercer lugar, porque caben perjuicios patrimoniales delictivos en el marco de la actividad societaria que lo sean simplemente con arreglo a los tipos comunes de delitos patrimoniales. Por último, alega que estas infracciones parten de la idea de que el buen funcionamiento de las sociedades mercantiles y financieras es, en sí mismo, un interés de especial consideración en el marco del sistema económico. Por todo esto, dice el citado autor que sería incorrecto y ajeno a la realidad negar el componente patrimonial de estos delitos, pero sería también incorrecto estimar que los delitos societarios son solamente un subgrupo de delitos patrimoniales¹³².

Otro autor, SÁNCHEZ ÁLVAREZ¹³³, alegando que no todas las conductas recogidas en el Cap. XIII que nos ocupa pueden considerarse como delitos patrimoniales, consideran que la noción de delito patrimonial es insuficiente para enmarcar todas las conductas insertas bajo el concepto de delito societario.

¹³⁰ QUINTERO OLIVARES, en: Jornadas, 1998, 166.

¹³¹ QUINTERO OLIVARES, en: Jornadas, 1998, 166.

¹³² QUINTERO OLIVARES, en: Jornadas, 1998, 166.

¹³³ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 43 s., este es el ejemplo del art. 293 relativo al impedimento del ejercicio del derecho de voto o el de información.

En relación directa con el bien jurídico, FARALDO CABANA resalta cómo los patrimonios individuales “no se protegen en virtud de meros intereses patrimoniales particulares sino en consideración a intereses colectivos, lo cual permite deslindar el delito económico del simple delito patrimonial”¹³⁴. De modo que con los delitos societarios lo que se tratará de proteger es indirectamente la integridad del orden económico, entendido éste siempre en un sentido amplio¹³⁵, integrando los delitos societarios dentro de los delitos económicos y no en los exclusivamente patrimoniales.

7. En definitiva y resumiendo, en mi opinión, como he adelantado anteriormente, mi posición es la de entender que el Derecho societario es Derecho penal económico. Sin embargo, lo entiendo así por motivos en parte diferentes a los esgrimidos por otros autores, pues mis argumentos son fundamentalmente de índole político-criminal en el mismo sentido que argumentaba respecto del Derecho penal económico.

Como he expuesto previamente no se discute que la utilización terminológica de “orden económico” evidencie un concreto objetivo político-criminal independientemente de que se rechace la interpretación de que el bien jurídico protegido en un tipo mediatamente o subyacente sea el orden económico establecido o las diversas instituciones de las que se sirve para su mantenimiento. También he considerado que el que ciertos delitos se encuadren en el término “orden económico”, “delitos económicos” o como en el caso del CP español “delitos socio-económicos”, no es banal y con ello entiendo que el legislador quería diferenciarlos de alguna manera de los delitos meramente patrimoniales¹³⁶. Otra cosa es que, posteriormente, *de facto* se ampare

¹³⁴ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 71.

¹³⁵ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 71. Por el contrario, consideran que los delitos societarios se encuentran dentro del llamado Derecho penal económico, bien sea en sentido amplio o estricto VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal, PE, 3ª, 2010, 516.

¹³⁶ En contra RODRÍGUEZ MOURULLO, Derecho penal económico, 2009, 88 s. considera que “La agrupación bajo la rúbrica de Derecho penal económico de delitos de tan dispar contenido como la estafa, la prevaricación, el contrabando, el tráfico ilícito de alimentos y medicamentos, etc., no supone ningún avance desde el punto de vista dogmático y sí un claro retroceso, pues se está tomando como punto de referencia para la clasificación una característica que, por su condición de eventual, no permite definir esencialmente los correspondientes delitos, hasta el extremo que los hecho que se consideran como delitos económico en sentido amplio

exclusivamente el patrimonio como bien jurídico inmediatamente protegido u otros bienes jurídicos que en todo caso sean individuales; y ya he afirmado que en las organizaciones complejas se suscitan conflictos propios y exclusivos de éstas, haciendo referencia claramente a una perspectiva privada¹³⁷ que retomaré más adelante cuando se aborden las cuestiones del bien jurídico.

Falsear cuentas anuales, impedir a las autoridades competentes actos de control, la administración desleal, la firma en blanco en un acuerdo corporativo, el no respeto de las minorías, etc., son conflictos en primer lugar privados que afectan a los componentes o partícipes que directa o indirectamente tienen una relación con la empresa. Pero todos estos conflictos, han nacido en un sistema concreto, en el sistema de mercado concreto al cual hacía referencia anteriormente, que fundamenta esta perspectiva económica de los delitos societarios.

III. ¿NECESIDAD Y JUSTIFICACIÓN DE LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS SOCIETARIOS?

Las cuestiones relativas a la necesidad y justificación de la tipificación de delitos societarios en el CP han sido abordadas por la doctrina desde muy diferentes perspectivas, si bien se ha de advertir que no son muchos los trabajos que profundizan en esta concreta cuestión, o, si lo hacen, no lo hacen en profundidad¹³⁸. Al respecto se pueden diferenciar tres líneas argumentales¹³⁹. En primer lugar, está el sector doctrinal que entiende que la intervención penal en el ámbito societario es un mandato de carácter constitucional. Son

pueden resultar en el caso concreto, paradójicamente, en definitiva, beneficiosos y no perjudiciales para el orden económico. Por ejemplo, una apropiación indebida o un cohecho puede evitar la quiebra de una gran sociedad, que provocará grandes perturbaciones económicas de orden nacional”, y “Las categorías del orden económico y del orden socioeconómico no constituyen, ni siquiera en su sentido más estricto, el contenido de un bien jurídico concreto. Ni siquiera aluden a un conjunto homogéneo de bienes. Constituyen a lo sumo una categoría de referencia que engloba un conjunto más o menos sistematizado de valores económicos”.

¹³⁷ MUÑOZ CONDE, RJC 81 (1982), 155, en este sentido dice que “el Derecho de Sociedades, por muy importante que sea para la vida económica de un país, sigue siendo un derecho privado patrimonial, como lo demuestra su situación en el ámbito mercantil”.

¹³⁸ En relación al delito de falsedades en cuentas sociales, QUINTERO OLIVARES, en: GARCÍA RIVAS (Coord.), Protección penal del consumidor, 2005, 182.

¹³⁹ De nuevo, sigo en parte, la división que hace SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 26 ss.

fundamentalmente las tesis relacionadas con la necesidad de intervención en torno a la exigencia del correcto funcionamiento de la actividad económica en relación con el planteamiento de un Estado Social y Democrático de Derecho o con la protección del orden económico y social. Se alega entonces la llamada Constitución económica, en nuestro caso la contenida en la Constitución Española –en adelante CE- e incluso en la Constitución europea (Tratado de Lisboa), para la intervención penal. Pero también con base en la CE, si bien indirectamente y con una relación estrecha con la tercera de las líneas argumentales que ahora se expondrá, el orden económico y social se ha alegado y ligado a un interés general concretado ya sea en el buen funcionamiento de las sociedades mercantiles y financieras, los intereses y derechos de determinadas personas vinculadas a la empresa como son los socios, acreedores... o el interés económico en general para legitimar esta intervención; posturas que incorporo en todo caso en esta primera línea de justificación ligada siempre, ya sea de una u otra manera, a una justificación de tipo constitucional¹⁴⁰.

¹⁴⁰ En general, sobre la obligación constitucional de la intervención penal GONZÁLEZ RUS, Bien jurídico, 1980, 36, afirma “que desde la perspectiva jurídica la constitución sea el obligado punto de partida en la construcción del ordenamiento penal y en concreto del contenido material del ilícito es una cuestión no necesitada de mayores razonamientos”; ARROYO ZAPATERO, RJCM 1 (1997), 101, afirma que la Constitución contiene preceptos que afectan y conforman el sistema punitivo; es lo que él llama programa penal de la Constitución, el conjunto de postulados político-criminales del que podemos afirmar que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el Juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar; SANTANA VEGA, Bienes jurídicos colectivos, 2000, 62 s., considera que la obligación de penar en relación al contenido de los arts. 46 y 45.3 CE es clara y la capacidad de decisión del legislador sobre la punición queda reducida a cero. En contra, CARBONELL MATEU, Derecho penal, 1995, 80, 209 considera que ni siquiera en estos supuestos en que la Constitución explícitamente encarga al legislador democrático la tutela penal del bien jurídico se ha de interpretar que establece la necesidad de una intervención del ordenamiento punitivo.

En relación a la vinculación constitucional ya sea directa o indirectamente para la legitimación de la intervención penal en los delitos societarios: SERRANO BUTRAGUEÑO, AJA 48 (1992), 1; ARROYO ZAPATERO, en: ARROYO ZAPATERO/TIEDEMANN (Ed.), Estudios, 1994, 19 ss., considera que es función del Derecho penal societario garantizar la legalidad material de las sociedades mercantiles en interés de los socios y de los terceros; MARTÍN PALLÍN, en: SERRANO BUTRAGUEÑO (Coord.), Comentarios, 1999, 1394 s., considera que “los delitos societarios tratan de proteger el debido funcionamiento de las sociedades en el marco de una economía de mercado” para luego vincular esto a la realidad de la CE que proclama en su Preámbulo: su deseo de promover el progreso de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida. Termina este último autor diciendo que en los delitos societarios “la economía nacional es el bien remoto protegido por la norma, si bien no con carácter exclusivo ya que existen otras figuras que persiguen este mismo objetivo”; SEQUEROS SAZATORNIL, Delitos societarios, 2ª, 2006, 19 ss., dice que la razón de la incorporación de los delitos societarios al CP es, sin desdén de los intereses de la misma sociedad, sus socios y acreedores sociales, la persecución de metas más

En segundo lugar, y si bien ha sido y es un tema poco abordado por los penalistas¹⁴¹, se encuentran los argumentos relativos a la necesaria exigencia de un comportamiento ético de las empresas, principales agentes de la economía, en cuya exigencia el Derecho penal de alguna manera podría entrar en juego, si no lo hace ya con algunos de los planteamientos que el legislador ha optado por introducir en la última reforma del CP como, por ejemplo, la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁴². Estas exigencias éticas progresivamente son las que se han ido concretando en la que se ha venido a llamar Responsabilidad Social Cooperativa (RSC).

En tercer lugar¹⁴³, como último argumento, se encuentra el de la necesidad de protección de bienes jurídicos. La necesidad y por tanto justificación de la intervención del instrumento penal y que adelanto es la opción

generales como la estabilidad y el buen orden del sistema económico en su conjunto, con el fin de garantizar en lo posible la confianza del inversor en los mecanismos sociales y en el correcto funcionamiento de sus canales de expresión; particularmente a través y con ocasión del ejercicio de las funciones encomendadas a los administradores y órganos directivos de las sociedades con participación en el mercado; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, Derecho penal económico, 2ª, 2010, 16 s., consideran que el orden económico como objeto de protección penal coincide con el entendimiento de ese “orden económico y social” a que se refiere el preámbulo de la CE, que supone la intervención pública en la medida en que ya nadie cree en la regulación espontánea del mercado por el equilibrio natural de las fuerzas que en él operan, siendo una de las claves para mantener que nuestra Constitución reconoce un sistema de economía mixta.

¹⁴¹ En la doctrina penal española las referencias a esta cuestión son escasas, destacando PASTOR MUÑOZ, *Indret* 4 (2006), *passim*; ROSO CAÑADILLAS, LH-Mir Puig, 2010, *passim*.

¹⁴² En todo caso, soy de la opinión de que no se puede hablar de responsabilidad de la persona jurídica en el mismo sentido que nos referimos a la de la persona física. Sigo, en este sentido, a LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 2ª, 2012, 514 “Pese a la introducción por la LO 5/2010 de “responsabilidad penal” para las personas jurídicas en el nuevo art. 31 bis CP y de “penas” para las mismas en el art. 33.7, realmente las personas jurídicas en Derecho español siguen sin cometer delitos, como como reconocen los párrafos 1.º y 2.º del ap. 1 y los aps. 2 y 3 del art. 31 bis son cometidos por las personas físicas que actúan en el seno de las personas jurídicas; que sigue rigiendo el principio *societas delinquere non potest*, o sea que las personas jurídicas, pues, no tienen capacidad para delinquir porque no realizan una acción humana, con auténtica voluntad propia y por ello no pueden ser tampoco “sujeto activo” del delito, como sigue reconociendo toda la regulación del art. 31; y que por eso las sanciones para las personas jurídicas de los arts. 33.7 y concordantes no pueden considerarse auténticas penas, aunque el CP las llame así, si no se quiere vulnerar vulnerar los principios de culpabilidad, de personalidad de las penas y el de responsabilidad por el acto, acción o hecho concreto, el *nulla poena sine actu, sine actione*, vinculado al principio de legalidad (*nulla poena sine crimine legale*), sino una tercera clase de sanciones criminales en parte similares a las medidas de seguridad. Por ello, si la pesonas jurídica no puede cometer delito, tampoco puede haber culpabilidad de la misma”.

¹⁴³ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, 1996, 26, no hace referencia a esta cuarta posibilidad de manera expresa. Hace referencia, sin embargo, a un tercer argumento o fundamento que la doctrina ha esgrimido para la intervención penal, como es la necesidad de funcionamiento de la actividad económica. Argumento que yo sin embargo introduzco en la primera de las líneas de justificación.

que asumo en este trabajo, será, en su caso, el de la necesidad de protección de los bienes jurídicos más importantes de los ataques más graves que se puedan producir en el ámbito societario.

A. La fundamentación constitucional

1. El proceso de la llamada “juridificación” de la economía dio lugar a que los aspectos fundamentales de las políticas económicas de los Estados se recogieran en la norma fundamental del Estado, la Constitución, en lo que se ha venido a llamar desde la Constitución de Weimar de 1919 Constitución económica¹⁴⁴. En definitiva, se dice que la Constitución aportará el marco básico de la actividad económica¹⁴⁵, destacando la conexión entre ésta y la Constitución política¹⁴⁶.

El término de Constitución económica, sin embargo, no se usa unánime ni unívocamente en la literatura. Éste parece tener más bien un significado o valor didáctico. Pero es que además el término Constitución económica puede tener diferentes significados. De este mismo modo, según CASSESE¹⁴⁷, podemos encontrar tres significados de Constitución económica. En un primer sentido se puede entender la Constitución económica como la fórmula aglutinadora de las normas de la Constitución en sentido formal, en relación a las relaciones económicas. Una segunda y más amplia acepción es aquella según la cual la Constitución económica es un conjunto de institutos que, si bien forman parte del Derecho, no forman parte de la Constitución escrita. En concreto, se hace referencia a la opinión pública, es decir, la Constitución económica aludiría no sólo al análisis de las normas constitucionales y las leyes, sino también al análisis de los cambios en la opinión pública respecto del

¹⁴⁴ Así CASSESE, *La nuova costituzione economica*, 2000, 3; BIANCO, *Costituzione economica*, 2008, 1; BAJO FERNÁNDEZ/ BACIGALUPO SEGGESE, *Derecho penal económico*, 2ª, 2010, 16 s.

¹⁴⁵ En este sentido: GARCÍA DE ENTERRÍA, *Constitución*, 4ª, 2006, 103 s.

¹⁴⁶ Sobre la relación entre política económica y política de Estado, EHMKE, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961, 7; GALGANO, *Le istituzioni*, 1974, 1 ss.; ALONSO UREBA, *La empresa pública*, 1985, 41 s.

¹⁴⁷ CASSESE, *La nuova costituzione economica*, 2000, 3 ss.

sistema económico¹⁴⁸. El último de los conceptos que CASSESE anuncia que se puede manejar es aquel que alarga su concepción a otras normas, ya sean circulares, reglamentos, la práctica de la administración y el Derecho viviente¹⁴⁹.

Una fuerte crítica a esta manera de entender la Constitución económica, la cual comparto totalmente, la hace RESCIGNO¹⁵⁰, quien dice que la monografía de CASSESE “realiza un perfecto recorrido histórico de las instituciones jurídicas, pero no dice nada sobre el plano del ‘deber ser’ jurídico (y por ello la construcción coherente de un sistema normativo)”. En otras palabras, quitando valor al objeto y a esta perspectiva, la expresión “Constitución económica” está fuera de lugar. Jurídicamente, si seguimos a CASSESE, dice RESIGNO con razón, “no estamos hablando de una constitución en el sentido de los constitucionalistas (y por ello de los juristas en general), sino de otra cosa”¹⁵¹, y es que la clasificación de CASSESE mezcla conceptos formales materiales de manera errónea.

2. Por lo demás, la doctrina ha planteado fundamentalmente dos conceptos de Constitución económica, como inicialmente diferenció la doctrina alemana¹⁵²: una en un sentido amplio y otra en un sentido estricto. Así, la Constitución económica en sentido estricto englobaría las cuestiones fundamentales sobre el modelo económico recogidas en la Constitución, mientras que la concepción amplia supondría, además, la consideración de todo el contexto normativo económico referido a las normas básicas más significativas para la vida económica¹⁵³. Sin embargo, la concepción amplia ha sido ampliamente rechazada ya que “metodológicamente dificulta el establecimiento de un marco claro de relaciones entre Derecho constitucional económico y

¹⁴⁸ Como explica CASSESE, *La nuova costituzione economica*, 2000, 4 esta definición viene dada por el Prof. Albert Venn Dicey.

¹⁴⁹ CASSESE, *La nuova costituzione economica*, 2000, 4.

¹⁵⁰ RESCIGNO, *Enc. Giur.* 2001-X, 1.

¹⁵¹ RESCIGNO, *Enc. Giur.* 2001-X, 1 ss.

¹⁵² ALONSO UREBA, *La empresa pública*, 1985, 46.

¹⁵³ GIRÓN TENA, *Apuntes*, 1978, 96 ss.; GARCÍA PELAYO, en: RAMÍREZ (Dir.), *Estudios*, 1979, 30 s.; ALONSO UREBA, *La empresa pública*, 1985, 46 ss.

Derecho económico en sentido amplio diluyendo el carácter subordinado del derecho económico al Derecho constitucional económico”¹⁵⁴.

3. Por tanto, asumiendo desde aquí un concepto de Constitución económica en sentido estricto, como aquella en la que se recogen las decisiones fundamentales sobre el modelo económico, nos encontramos con que la mayoría de las Constituciones recogen fórmulas abiertas¹⁵⁵ a la hora de determinar el modelo económico constitucional adoptado por cada Estado, posibilitando de esta manera una neutralidad político-económica que permite un marco de referencia con capacidad de amoldarse a múltiples sistemas económicos¹⁵⁶ en constante cambio, dependiendo de cada momento histórico¹⁵⁷.

4. La CE declara en su fundamental, y para algunos ambiguo en sus intenciones¹⁵⁸, art. 38 que “se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” y, a su vez, en su segundo inciso, establece que “los poderes públicos garantizan y protegen su servicio de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, la planificación”. Otros autores, sin embargo, entienden que la ambigüedad no sólo de ese artículo, sino también conjuntamente con otros, no es tal, sino una muestra de la flexibilidad constitucional que facilitó el consenso del constituyente¹⁵⁹, queriendo definirse un marco económico abierto¹⁶⁰.

¹⁵⁴ ALONSO UREBA, *La empresa pública*, 1985, 46.

¹⁵⁵ Respecto de la Constitución alemana EHMKE, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961, 7 s. Respecto de la Constitución italiana: BOGNETTI, *La costituzione economica*, 1995, 1 ss.

¹⁵⁶ DE JUAN ASENJO, *La Constitución económica*, 1984, 67 s.

¹⁵⁷ En relación con las expresiones genéricas y el carácter sintético de la constitución que permite la adaptación a las transformaciones sociales DUQUE, en: *Constitución y economía*, 1977, 57 s.

¹⁵⁸ Así, entre otros, ALZAGA VILLAAMIL, *Derecho político español*, 1996, 306.

¹⁵⁹ En este sentido FONT GALÁN, *Constitución económica*, 1987, 139.

¹⁶⁰ Así han asumido el carácter abierto de la Constitución, entre otros, GARCÍA PELAYO, en: RAMÍREZ (Dir.), *Estudios*, 1978, 51; calificándola como una Constitución económica neutral, BAJO FERNÁNDEZ, en: *Hacia un derecho penal económico europeo*, 1994, 65 s.; PÉREZ DEL VALLE, en: BACIGALUPO ZAPATER (Dir.), *Curso*, 1998, 26, entiende que es prueba del carácter abierto de la Constitución el hecho de que con la entrada de España en la Comunidad Económica Europea no fue necesaria la modificación de la Constitución por ser compatible con el orden económico comunitario. En este sentido BASSOLS COMA, *EI 349* (2003), 18.

Pero la llamada Constitución económica española no queda reducida a este artículo. Ha de ser también destacado el art. 33¹⁶¹, donde se consagra conjuntamente con el art. 38 la libertad de empresa, la propiedad privada y la economía de mercado. En esta misma línea, los arts. 28¹⁶², 35¹⁶³ y 37¹⁶⁴ dan por sentado un modelo de relaciones económicas y laborales propias de la asunción de un modelo capitalista, pero a su vez la CE introduce elementos propios de un modelo económico social e intervencionista. En este sentido, los arts. 31.2¹⁶⁵ y 38 expresan la preocupación por la productividad y la eficacia económica, el art. 40.1¹⁶⁶ y el art. 131.1¹⁶⁷ recogen la participación del Estado en la dirección de la economía y los arts. 7¹⁶⁸, 36¹⁶⁹, 51¹⁷⁰ y 52¹⁷¹ regulan otras esferas importantes

¹⁶¹ Art. 33.1 CE.: “Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia”.

¹⁶² Art. 28. 1 CE.: “Todos tienen derecho a sindicarse libremente”.

¹⁶³ Art. 35.1 CE.: “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”.

¹⁶⁴ Art. 37.1 CE.: “La Ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios. / 2. Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La Ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad”.

¹⁶⁵ Art. 31.2 CE.: “El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”.

¹⁶⁶ Art. 40.1 CE.: “Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”.

¹⁶⁷ Art. 131.1 CE.: “El Estado, mediante Ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución”.

¹⁶⁸ Art. 7 CE.: “Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la Ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”.

¹⁶⁹ Art. 36 CE.: “La Ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos”.

¹⁷⁰ Art. 51.1 CE.: “1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”/ “2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la Ley establezca”/ “3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la Ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales”.

para la economía y que muestran la intervención estatal a la que me estoy refiriendo.

5. Pero como se anticipaba, la cuestión fundamental es la de determinar la fuerza de la Constitución y en concreto del contenido en materia económica para justificar y legitimar de esta manera la intervención penal en el ámbito societario¹⁷².

Mi conclusión es que el marco constitucional formal resulta insuficiente para legitimar materialmente el Derecho Penal Económico¹⁷³. Aparentemente la CE no recoge obligación constitucional alguna por la que sea necesario recurrir al Derecho penal para prevenir determinadas conductas contrarias al sistema o modelo económico promulgado por ella. Entiendo que, atendiendo a la literalidad de la Constitución se podría recurrir exclusivamente al Derecho administrativo sancionatorio en esta protección¹⁷⁴, porque ésta nunca la vincula expresamente al ámbito penal¹⁷⁵.

La cuestión de la obligación constitucional de penalización de determinadas conductas lesivas o peligrosas para el bien jurídico ha sido rechazada por parte de la doctrina, entre la que cabe destacar a BRICOLA, exponente importante de las teorías constitucionales del bien jurídico. En este sentido, BRICOLA¹⁷⁶ entiende que, a pesar de que las Constituciones protejan

¹⁷¹ Art. 52 CE.: “La Ley regulará las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”.

¹⁷² CARREÑO AGUADO, La inveracidad en la información, 2013, 386 “El CP actual no puede tenerse por una verdadera *constitución en negativo* de la vida corporativa”

¹⁷³ Entre otros SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 27; JIMÉNEZ VILLAREJO, BICAM 1 (1996), 14, afirma que la afirmación de necesidad de medidas de orden penal para la salvaguarda del sistema económico constitucional es sencillamente insostenible. Igualmente PÉREZ DEL VALLE, en: BACIGALUPO ZAPATER (Dir.), Curso, 1998, 26.

¹⁷⁴ Con excepción del medio ambiente porque sobre este ámbito el art. 45 CE establece que este se protegerá en los términos que la ley fije para lo cual se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado. Hay por tanto una expresa referencia a la protección penal en esta materia.

¹⁷⁵ BRICOLA, en: DE ACUTIS/ PALOMBARINI (a cura di), Funzioni e limiti, 1984, 19, quien manifiesta cómo la legislación extrapenal y administrativa puede ofrecer, en determinadas situaciones, mayores garantías y certezas. Sobre la sanción administrativa como medida moderna en la lucha contra la criminalidad económica PALIERO, en: Hacia un Derecho penal económico, 1995, *passim*.

¹⁷⁶ BRICOLA, en: DE ACUTIS/ PALOMBARINI (a cura di), Funzioni e limiti, 1984, 11.

con especial intensidad algunos derechos o situaciones que sean considerados bienes jurídicos susceptibles de protección por el Derecho penal, esto no supone que la Constitución, con ello, exija al poder legislativo protegerlos penalmente. Pero es que además BRICOLA expone cómo, en el caso de entender que la Constitución obligase a proteger a través del Derecho penal determinados bienes jurídicos, ello presupondría concebir la Constitución como un sistema cerrado¹⁷⁷, dentro del cual estaría delineada una jerarquía rígida y vinculante de bienes jurídicos, entre los que algunos serán de primer nivel y por tanto destinatarios de una protección penal, es decir, tendencialmente estarían en una posición de legitimación positiva en el “poder-deber” de punir¹⁷⁸, y otros no. A esto debe añadirse que el principio de *ultima ratio* que está contenido en los Estados constitucionales de Derecho que se rigen sobre la base de la protección de la libertad individual, impediría que la Constitución prejuzgase con carácter general si el conflicto no puede resolverse de un modo menos drástico, tarea que le compete al legislador de cada tiempo. Además estas tesis constitucionalistas llevarían a un sistema cerrado en cuanto que imposibilitarían la protección de los nuevos intereses sociales que van surgiendo y que tal vez en el momento de aprobarse la constitución no se veían como valores a proteger¹⁷⁹.

En relación a las posturas indirectamente vinculadas al contenido de la Constitución, si bien argumentadas desde diferentes puntos de vista, aunque siempre aludiendo al interés general: ya sea la protección del buen funcionamiento de las empresas, el orden económico, etc.¹⁸⁰, en relación con las disposiciones constitucionales, basta decir que aunque el art. 9.2 CE encomienda a los poderes públicos la “promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y para que la de los grupos en que se integra

¹⁷⁷ BRICOLA, en: DE ACUTIS/ PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti*, 1984, 10, 17, en concreto utiliza la expresión de “edificio cerrado” en contraposición a la necesidad de que una constitución sea “abierta” y “abierta” también en el tiempo.

¹⁷⁸ BRICOLA, en: DE ACUTIS/ PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti*, 1984, 10.

¹⁷⁹ En este sentido MIR PUIG, *EPC* 1991, 210 ss.

¹⁸⁰ SERRANO BUTRAGUEÑO, *AJA* 48 (1992), 1; ARROYO ZAPATERO, en: ARROYO ZAPATERO/TIEDEMANN (Ed.), *Estudios*, 1994, 19 ss.; MARTÍN PALLÍN, en: SERRANO BUTRAGUEÑO (Coord.), *Comentarios*, 1999, 1394 s.; SEQUEROS SAZATORNIL, *Delitos societarios*, 2ª, 2006, 19 ss.; BAJO FERNÁNDEZ/SILVINA BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, 2ª, 2010, 16 s.

sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”, en ningún caso está exigiendo con ello la intervención penal. Como SÁNCHEZ ÁLVAREZ¹⁸¹, considero que la sola idea de que el Derecho penal sirva para alcanzar la igualdad material entre ciudadanos debe considerarse como dudosamente constitucional. Igualmente, el Cap. III del Tít. I de la CE constituye un amplio y ambicioso programa de gobierno que ciertamente requerirá la promulgación de muchas leyes habilitantes de la actuación administrativa..., pero en ningún caso con esto se está exigiendo acudir al sistema penal¹⁸², ni por supuesto tampoco excluye acudir a él cuando esté justificado.

6. Por tanto, en conclusión, no comparto la justificación de la intervención del Derecho penal en materia societaria basada en la Constitución, y en concreto en la llamada Constitución económica, o en la fórmula también constitucional de Estado social y democrático de Derecho. La Constitución, como advierte MIR PUIG, servirá de límite para el *ius puniendi*¹⁸³ del Estado, pero no será la norma que legitime cualquier intervención penal, la cual deberá ser justificada en cada caso y además respetar, eso sí, los límites expresamente determinados en la propia Constitución. Lo que sí podrá el legislador penal extraer de la configuración constitucional son algunas orientaciones o líneas generales de intervención (como del resto del ordenamiento).

B. Fundamento de la ética de empresa

1. El interrogante que aquí se plantea es ¿qué relación hay entre la ética y la economía? Y más todavía, ¿hay puntos de conexión entre la ética económica y el Derecho penal? Hemos adelantado que entre las diferentes

¹⁸¹ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 28.

¹⁸² Al contrario, en Italia, es PATALANO, Studi-Vassalli, 1991, especialmente 637 ss., y en la página 646, ejemplo de quienes en relación con la Constitución Italiana consideran que, a la luz de lo dispuesto en el art. 41 de éste cuerpo y otras contenidas en el Tít. III, es posible obtener un catálogo de bienes jurídicos merecedores de tutela penal relacionados con la economía.

¹⁸³ MIR PUIG, Derecho penal, PG, 9ª, 2011, 104.

posiciones que se mantienen para la legitimación de la intervención del Derecho penal en materia económica, y en concreto en la justificación de la introducción de los delitos societarios, existen unas de tipo ético que justificarían la intervención del Derecho penal en este ámbito. Pues bien, esta afirmación ha de ser ahora concretada en el sentido de que, si bien son pocos los penalistas (no de otras ramas del conocimiento que han abordado ampliamente esta cuestión desde sus respectivos campos) que han estudiado la legitimación del Derecho penal o el papel del Derecho penal dentro de una corriente de “ética económica” o de modelo de RSC, lo que se pretende evidenciar aquí es cómo, a mi entender, el legislador español progresivamente está legislando teniendo en mente de alguna manera cuestiones de ética de empresa y de RSC.

2. Aclaremos primero algunos conceptos. Cuando se hace referencia a la ética económica se alude o bien a todo el campo en general de las relaciones sobre economía, o bien específicamente a la reflexión ética sobre los sistemas económicos en general¹⁸⁴. La ética empresarial o de los negocios, por su parte, se centra principalmente en la concepción de la empresa como una organización económica y como una institución social; es decir, como un tipo de organización que desarrolla una peculiar actividad y en la que resulta fundamental la función directiva y el proceso de toma de decisiones¹⁸⁵. La ética empresarial es un concepto que empieza a formarse en la segunda mitad del S. XX¹⁸⁶, y es en la década de los 80 cuando empiezan a consolidarse las posiciones éticas desde el ámbito empresarial, especialmente en relación con el medio ambiente¹⁸⁷. Se dice que el cambio que se ha producido en el modo de experimentar la economía en los países más avanzados ha sido sustancial, ya que, para poder cumplir los objetivos empresariales y aquellos que exige el propio sistema de mercado, las

¹⁸⁴ CORTINA, *Ética de empresa*, 1994, 51.

¹⁸⁵ CORTINA, *Ética de empresa*, 1994, 51 s.

¹⁸⁶ CORTÉS GARCÍA, ICE 2936 (2008), 34; SATORRAS FIORETTI, *Responsabilidad social corporativa*, 2008, 27.

¹⁸⁷ En relación a la RSC, entre otros muchos, FERNÁNDEZ DE LA GATTA, ICE 2824 (2004) ,27 ss.; VELASCO OSMA, *Responsabilidad social corporativa*, 2006; CRESPO SOLER/GINER FILLOL, EF 258 (2009), 4 ss.; DURÁN ROMERO, EI 371 (2009), 129 ss.

empresas han debido comenzar a tener consideración por valores de tipo social y medioambientales, además de aquellos estrictamente económicos¹⁸⁸.

3. Sin embargo, en relación con el papel de los valores y los criterios éticos en ella, hay posturas contrapuestas¹⁸⁹, en concreto dos. La primera y menos extendida y tradicional es la de la llamada Escuela de FRIEDMAN¹⁹⁰. La segunda, tal vez en estos momentos –aparentemente- más fuerte, es aquella que mantiene una postura social del papel de la empresa y del sistema económico en general dentro de la empresa¹⁹¹, con el que se pretende erradicar la concepción tradicional de la empresa como una auténtica “caja negra” (como algo opaco u oscuro) o “mera ficción de producción”¹⁹² (en el sentido de que en exclusiva importaba la producción), como sucedía en la teoría económica clásica.

4. FRIEDMAN considera que sólo en los casos de monopolio se debería hablar de una ética consecuencialista u organizacional¹⁹³. Pero, en términos generales, FRIEDMAN entiende que en una economía libre el empresario no sólo tiene una responsabilidad social: la de utilizar los recursos disponibles para hacer crecer a la empresa siempre, por supuesto, dentro del respeto a las

¹⁸⁸ MÉNDEZ PICAZO, ICE 823 (2005), 143; CORTÉS GARCÍA, ICE 2936 (2008), 33 s., afirma cómo la sociedad empieza a demandar de forma sistemática y explícita valores corporativos como la honestidad. VELASCO OSMA, Responsabilidad social corporativa, 2006, 24, considera que “la sociedad en general demanda una nueva forma de proceder de la acción empresarial, desde la propia gestión interna que deberá estar basada en la ética en la gestión de negocios, y en la transparencia de todas las actuaciones tanto en materia económica como social y ambiental”.

¹⁸⁹ Muy interesante es la diferencia que hace PIANA, *Efficienza e solidarietà*, 2009, 12 ss., entre las dos posiciones que a su entender podemos encontrar en la relación entre ética y economía. La primera es la que llama de extrañeza y conflicto, y por tanto de incomunicabilidad, y que es propia del paradigma neopositivista. La segunda es la que llama de modelo de correlación, donde la ética y la economía no son radicalmente contrarias.

¹⁹⁰ FRIEDMAN fue el fundador de la teoría macroeconómica monetarista y premio nobel de economía en 1976. FRIEDMAN, *Capitalism*, 1962.

¹⁹¹ DE LA CUESTA GONZÁLEZ, ICE 2813 (2004), 45 afirma que la corriente a favor de que la empresa como organización desempeñe un papel clave en la sociedad está siendo cada vez más aceptada y los esquemas de la Escuela de FRIEDMAN van perdiendo terreno frente a esta concepción social de la empresa

¹⁹² CORTÉS GARCÍA, ICE 2936 (2008), 34.

¹⁹³ GUZMÁN CUEVAS, ICE 823 (2005), 38.

“reglas del juego”¹⁹⁴. La única responsabilidad de éste será por tanto la de servir a los intereses de los socios. Pero es que además entiende que las teorías tendentes a otorgar mayor responsabilidad que ésta a los empresarios son subversivas¹⁹⁵, y se pregunta cuáles son concretamente esas responsabilidades y, más todavía, se pregunta qué deben hacer los empresarios para saber cuáles son esas responsabilidades o para saber qué es el interés social. Todo lo que exceda de dirigir la empresa a su máximo rendimiento y por ende buscando un mayor beneficio para los accionistas, como por ejemplo, implicarla en cuestiones de caridad o incluso de apoyo a la Universidad¹⁹⁶, supondrá un uso no correcto de los recursos de la empresa y hasta de la libertad de empresa.

5. La segunda de las posiciones que se plantea, por el contrario, considera que la empresa, siendo beneficiaria directa del desarrollo social, debe contribuir a la sostenibilidad del propio marco social en los ámbitos económico, social y medioambiental. Así la posición exclusivamente economicista de una organización es insuficiente y se le podrá/deberá exigir una implicación ética y social porque la ética permite una conciliación razonable entre los grupos de interés más directos en la empresa (*stakeholders*) y la sociedad¹⁹⁷. La relevancia que tienen las actuaciones de las empresas por su importante impacto social y

¹⁹⁴ FRIEDMAN, *Capitalism*, 1962, 177 ss.

¹⁹⁵ FRIEDMAN, *Capitalism*, 1962, 177 ss.

¹⁹⁶ FRIEDMAN, *Capitalism*, 1962, 177 ss.

¹⁹⁷ CORTÉS GARCÍA, *ICE* 2936 (2008), 39, afirma que “las personas con un comportamiento ético, trabajan más y mejor por lo que permite una mayor especialización la especialización; permite un mayor crecimiento económico y una mayor productividad, una mayor disponibilidad de bienes y servicios y ésta contribuye de forma inequívoca al incremento del bienestar de las personas”. Y continúa diciendo que dado un aceptable nivel institucional, un avanzado compromiso ético en la empresa no necesariamente comporta un retroceso en los objetivos económicos a corto, medio o largo plazo. El compromiso ético es uno de los principales activos intangibles de la empresa, contribuyendo a un mayor y mejor desarrollo institucional del desempeño económico. En términos generales, el desarrollo institucional es el que permite mejorar la eficiencia de la organización empresarial, y subsecuentemente, debe tener una traslación positiva en la *performance* financiera en términos de productividad y de eficiencia. MARÍN RIVES/RUBIO BAÑÓN, *ICE* 842 (2004), 177 ss., presentan un estudio empírico que examina cómo contribuye al éxito competitivo de las PYMES la adopción de diferentes iniciativas y acciones de RSC, utilizando para ello un estudio con una muestra de 531 empresas de tamaño pequeño y mediano, pertenecientes a distintos sectores económicos. Los resultados demuestran que más allá de principios filosóficos, de imagen o de moda pasajera, las políticas de RSC tienen un impacto positivo sobre el éxito competitivo, también en el caso de las PYMES.

medioambiental¹⁹⁸ es el motor que impulsa a estos planteamientos sociales de la función de la empresa en la sociedad y a exigir conductas éticas no sólo a nivel individual de las personas que componen la organización, sino a la organización en sí misma. Considerando la empresa un instrumento para el ejercicio de la ciudadanía y un instrumento socializador de primer orden, nacen las reivindicaciones de carácter ético que se producen en el seno de las organizaciones empresariales¹⁹⁹. Por tanto, en la creencia de que la meta de la actividad empresarial es “la satisfacción de necesidades humanas a través de la puesta en marcha de un capital”²⁰⁰, la recién nacida ética de la empresa tiene por valores irrenunciables la calidad de los productos y en la gestión, la honradez en el servicio, el mutuo respeto por las relaciones internas y externas a la empresa²⁰¹.

6. El papel de la ética en la ciencia económica se puede encontrar en tres niveles diferentes²⁰². Siguiendo a GUZMÁN CUEVAS²⁰³, encontramos en primer lugar un nivel tecnoeconómico, en donde se sitúan los procesos materiales de oferta y demanda de bienes y servicios (mercados), las actividades empresariales, la estructura productiva etc. El segundo de los niveles es el sociopolítico, en donde se sitúan las instituciones en su sentido más amplio: las clases sociales, los grupos políticos y de intereses, los gobiernos, las leyes y las normas jurídicas. Es el ámbito del que emanan las medidas de política económica. Por último, en el tercer nivel, el nivel axiológico, sería donde se sitúan las costumbres y los valores imperantes en la sociedad. Estos tres niveles están presentes en mayor o menor medida, interrelacionados entre sí, aunque por lo general “la ciencia económica y la labor del economista se han centrado tradicionalmente en el primer nivel y sólo en algunas ocasiones las acciones de política económica han tenido en consideración variables institucionales y se han

¹⁹⁸ DE LA CUESTA GONZÁLEZ, ICE 2813 (2004), 47.

¹⁹⁹ CORTÉS GARCÍA, ICE 2936 (2008), 35.

²⁰⁰ CORTINA ORTS, *Ética de empresa*, 1994, 43.

²⁰¹ CORTINA ORTS, *Ética de empresa*, 1994, 43.

²⁰² GUZMÁN CUEVAS, ICE 823 (2005), 6.

²⁰³ GUZMÁN CUEVAS, ICE 823 (2005), 6 ss.

proyectado por tanto sobre el nivel sociopolítico²⁰⁴. Pero, señala este autor, donde raramente llega la Economía, como ciencia es al tercer nivel, quizá el más importante, el más influyente, y que viene a condicionar, para bien o para mal, el resto de la estructura de la realidad económica.

7. En este nivel axiológico es donde nace la llamada RSC. La RSC ha sido objeto de diferentes iniciativas internacionales, entre las que se encuentran²⁰⁵: la Declaración Tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la OIT de 1977²⁰⁶, las directrices de la OCDE para las empresas multinacionales de 1976²⁰⁷, el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁰⁸, la creación de la *Global Reporting Initiative*²⁰⁹, así como los trabajos del *World Business Council for Sustainable Development*²¹⁰. Pero además desde Europa se hizo el llamado libro verde, que llevó por nombre “Fomentar un marco para la responsabilidad social de las empresas”²¹¹, presentado por la Comisión de la UE el 18 de julio de 2001 y que fue desarrollado posteriormente por la resolución del Consejo de 6 de febrero de 2003, resolución en la que el Consejo se mostró favorable al contenido del libro verde. Este libro verde da una definición de Responsabilidad

²⁰⁴ GUZMÁN CUEVAS, ICE 823 (2005), 7 s.

²⁰⁵ Hacen un estudio de las mismas: PRATS ALBENTOSA/PONS GARCÍA, en: VINYAMATA (Coord.), *La responsabilidad social corporativa*, 2004, 83 ss.; FUENTES GANZO, PECVNIA 3 (2006), 3 ss.; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, ICE 1824 (2004), 30 ss.

²⁰⁶ Establece principios en los ámbitos de empleo, formación, condiciones de vida y de trabajo y en cuanto a las relaciones laborales.

²⁰⁷ Establece principios generales como contribuir al progreso económico, social y medio ambiental, respetar los derechos humanos, fomentar la creación de empleo y la formación de los trabajadores, promover el conocimiento por los empleados de las políticas empresariales; no tomar medidas discriminatorias o disciplinarias contra los trabajadores, entre otras.

²⁰⁸ Tratado multilateral adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas por el que se reconocen importantes derechos económicos, sociales y culturales, entre los que cabe destacar en relación a la RSC los relativos a la Seguridad Social y al derecho al trabajo, así como los mecanismos para su protección y garantía.

²⁰⁹ La *Global Reporting Initiative* o Iniciativa de Reporte Global en su traducción al castellano, es una institución independiente que se creó en 1997 con el fin de mejorar la calidad de las memorias de sostenibilidad (por su impacto económico, ambiental y social) de las empresas.

²¹⁰ El *World Business Council for Sustainable Development* o Consejo mundial de empresas para el desarrollo sostenible es una agrupación de empresas que trabajan en materia de desarrollo sostenible y empresa y en este sentido ha hecho diferentes documentos de trabajo.

²¹¹ COM (2001) 366, final Green Paper Promoting a European framework for Corporate Social Responsibility

Social de las Empresas como “la integración voluntaria²¹², por parte de las empresas, por cuestiones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores”.

8. A pesar de la abundante literatura que se ha ocupado de la RSC, no existe un modelo específico y generalmente consensuado que establezca la manera en que debe desarrollarse el comportamiento responsable de las empresas²¹³ y, por tanto, determinar la definición del concepto de RSC es difícil²¹⁴. En la tarea de dar claridad al concepto, en España, la AECA concretó los principios de la RSC²¹⁵: transparencia, materialidad, verificabilidad, visión amplia, mejora continua y naturaleza social de la organización²¹⁶.

²¹² VELASCO OSMA, Responsabilidad social corporativa, 2006, 21, considera que la voluntariedad es lo esencial en la RSC.

²¹³ UNCETA SATRUSTEGUI, Politika 1 (2005), 124. Igualmente, en la página 26, advierte que no se debe olvidar que esta cultura de la RSC dista mucho de estar integrada en la realidad cotidiana de las PYMES. Sobre esta concreta cuestión presenta un estudio interesante CABRERA SUÁREZ/ DE LA CRUZ DENIZ DENIZ/SANTANA MARTÍN, REDEE 14 (2005), 43 ss.

²¹⁴ CARREÑO AGUADO, La inveracidad en la información, 2013, 157 s. “Mi postura es escéptica respecto a la eficacia de los Códigos de buen gobierno tal y como actualmente se hallan configurados. No obstante, encuentro su mayor fracaso en la no consecución de un fin que, por otro lado, nunca se halló entre los que de manera realista aspiraran a conseguir, como es la adscripción y el seguimiento exitoso y constante de sus disposiciones por parte de cada estructura societaria interviniente en el mercado con vocación de permanencia. Y es que, tal vez, el mayor defecto de los códigos de buen gobierno, algo que no cabe achacarles, es ser, precisamente, códigos de buen gobierno, carentes de una coactividad material que permita la imposición de sus recomendaciones”; pág. 251 “No obstante, es de justicia reconocer que el mayor defecto de los códigos de buen gobierno es ser, precisamente, códigos de buen gobierno, carentes de una coactividad material que permita la imposición legal de sus recomendaciones. Lo cual es especialmente gravoso en un contexto en el que los límites éticos y los jurídicos se hallan tan desalineados que son abundantes las conductas poco éticas pero jurídico.legalmente aprobadas. Si bien existe un problema ético de fondo, han sido dos aspectos del gobierno corporativo los que se han visto especialmente dañados y han llevado a la situación de crisis financiera actual. La regulación y la supervisión. Lo sistemas de regulación facilitaron la gestación de condiciones que hicieron posibles las oportunidades extraordinarias de beneficio; y los agentes encargados de la supervisión y el control no acertaron a impedir las conductas en exceso arriesgadas –legales o no- fraudulentas”.

²¹⁵ La AECA tiene expreamente una Comisión de Responsabilidad Social Corporativa, que ha creado diferentes documentos al respecto. En concreto el Marco Conceptual de la responsabilidad social corporativa al que ahora se está haciendo referencia se puede encontrar en: <http://www.aeca.es/comisiones/rsc/rsc.htm>

²¹⁶ Según la AECA, La transparencia está basada en el acceso a la información que la organización proporciona sobre su comportamiento social y que es permeable a las expectativas sociales. La materialidad supone que la organización debe tener en cuenta las necesidades y expectativas de las partes interesadas en la toma de decisiones, afrontando todas las dimensiones de la RSC, así como todas sus actividades e impactos, directos e indirectos. La verificabilidad está fundamentada en la posibilidad de que expertos independientes puedan comprobar las actuaciones de la empresa. La visión amplia, por su parte, atiende a que la organización debe

En todo caso, y siguiendo a ROSO CAÑADILLAS²¹⁷, son tres las notas que entiendo contribuyen a construir su definición. La primera es que el concepto ha de ser amplio y genérico, capaz de abarcar a todos los sectores de la actividad con sus especificidades. La segunda de las notas es que su contenido ha de estar sometido a una constante evolución y desarrollo, atendiendo a cada momento histórico; por tanto, ha de ser un concepto dinámico y adaptativo. En el centro del concepto, además, ha de estar su objetivo, es decir, su puesta en práctica material.

Sin embargo, las motivaciones para asumir un modelo responsable son variadas, en el sentido de que éstas no siempre son altruistas o por-sociales, como parece transmitir la filosofía de la RSC exigiendo a las empresas un compromiso, una implicación en el bienestar global y una contribución social activa y voluntaria. Son también motivaciones económico-utilitaristas las que igualmente, y, en el fondo²¹⁸, inspiran a las empresas para adoptar un modelo responsable en su gestión.

Entre la doctrina acreditada, las posturas al respecto del papel de la RSC en las empresas no es unánime. En este sentido, existe un primer grupo en el que estarían todos aquellos autores que entienden la RSC desde un enfoque instrumental. Según ellos, las empresas apostarían por un comportamiento ético y responsable en la medida en que dicho comportamiento aporte ventajas competitivas al negocio²¹⁹. El segundo enfoque es el de las teorías que se

centrar sus objetivos de responsabilidad social corporativa en el contexto de sostenibilidad más amplio posible. La mejora continua va de la mano con la idea de la gestión continua para que se de consecuencia al objetivo principal de la entidad, la pervivencia. Y por último, el de la naturaleza social de la organización, siendo que la RSC está arraigada en la creencia y reconocimiento de la naturaleza social de las organizaciones.

²¹⁷ ROSO CAÑADILLAS, LH-Mir Puig, 2010, 242.

²¹⁸ ROSO CAÑADILLAS, LH-Mir Puig, 2010, 243.

²¹⁹ FORÉTICA es una red global de asociaciones y profesionales implicados en el desarrollo de la responsabilidad social. A nivel interno la RSC, plantean, puede generar una serie de ventajas que presentaron en el año 2002: foretica.org, y son las siguientes: reducción de costes a través de la eco-eficiencia, protección y mejora de los recursos, medioambientales y humanos, de los que depende el negocio; anticipación, evitación y minimización de los riesgos y los costes asociados; anticipación a las demandas de los clientes, expectativas de los partícipes y futura legislación; asegurar el poder para operar a l/p; diferenciación e incremento de ventajas competitivas respecto a la competencia; protección, creación o aumento de la reputación en relación a los grupos de interés; atracción y retención de empleados motivados y competentes; permite la innovación, mejora de la calidad y de la eficiencia; mejora de las relaciones con los grupos de interés. A nivel externo, por su parte, puede proporcionar las siguientes ventajas: para los inversores el permitir invertir de acuerdo con sus propios valores, con la expectativa de que las

centran en el poder de las corporaciones en la sociedad y el uso responsable de este poder en la política. Se trata, por tanto, de un enfoque altruista y de componente social por el que se entiende que, siendo la empresa un instrumento de gran relevancia ambiental y social, debería ser consecuente con el papel que tiene y actuar solidariamente conforme al mismo²²⁰. Una tercera perspectiva la conforman aquellas teorías integrativas en las que la empresa se centra en la satisfacción de las demandas sociales de los grupos de interés más directos, es decir, *takeholders*²²¹.

9. Por lo demás, en mi opinión, la cuestión esencial y sustantiva del concepto de RSC es asumir que la empresa tiene también obligaciones respecto a la sociedad, más allá de sus propietarios y accionistas. Las motivaciones que le lleven a asumir esta perspectiva pueden ser diferentes, pero en todo caso la decisión última de adoptar un modelo de responsabilidad social tiende a reconocer que la empresa tiene obligaciones que exceden del ámbito del mercado, que no es un instrumento neutro al servicio de intereses privados, sino que es un agente económico²²², aunque este reconocimiento y esta asunción de responsabilidad la haga porque esto le reporta un mayor rendimiento económico.

10. Una vez aclarados determinados conceptos fundamentales, la cuestión es si el Derecho penal cumple algún papel dentro de esta línea desarrollada hasta el momento y si, en su caso, esa función legitimaría la

empresas más responsables supondrán mejores inversiones; para los consumidores y otros componentes de la cadena de suministros que puedan elegir el producto, servicio o empresa basándose en la opinión de creencias sociales o medioambientales; para las autoridades públicas una incentivación fiscal de las empresas responsables y, por último, a otras empresas, redes, e intermediarios cooperando a través de experiencias compartidas, desarrollando conocimiento común de las mejores aproximaciones y expectativas, proporcionando e intercambiando prácticas en las relaciones empresariales. TORO, Intangible 14 (2006), 346, plantea la interesante cuestión de si es ético o no utilizar la ética y la RSC como estrategia y así ganar ventajas competitivas. VELASCO OSMA, Responsabilidad social corporativa, 2006, 25, apunta cómo el asumir un modelo responsable es valorado por el consumidor como calidad de gestión. De igual manera, ACOCELLA, Ética, economía, lavoro, 2007, 60, expone cómo uno de los problemas que tiene la ética económica es que ésta puede ser utilizada en gran manera como una astuta acción de *marketing* con el objetivo de atraer a los consumidores más sensibles.

²²⁰ TORO, Intangible 14 (2006), 342.

²²¹ TORO, Intangible 14 (2006), 342.

²²² FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, ICE 2824 (2004), 24.

introducción de determinadas conductas delictivas o de instituciones concretas²²³.

La respuesta, a mi entender, es dudosa, pero lo que evidencian algunos autores es que el legislador español ha entrado dentro de esta dinámica “ética” y esta afirmación se puede hacer sin ningún tipo de duda después de la reforma introducida en el CP. Esta tendencia es lo que ROSO CAÑADILLAS ha denominado “regulación de presión”²²⁴, en la que el Derecho penal tendría un papel impulsor de prácticas responsables y que además da lugar a que se pueda empezar a hablar de RSC.

La autora plantea una serie de ejemplos “sintomáticos” de ésta que llama regulación indirecta de “presión”, como son según ella²²⁵ (lo cual no comparto del todo): la tipificación de nuevos delitos o la modificación de los ya existentes para adaptarlos a necesidades de política criminal; la introducción de las consecuencias accesorias del art. 129 CP y las cláusulas especiales del art. 31. Esta autora²²⁶, aunque con matices²²⁷, presenta el Derecho penal como una de las ramas del Derecho, además de las de Derecho civil, administrativo, mercantil... comprometida con la ética de empresa y en concreto con la RSC. Así afirmaré que “el Derecho penal forma parte de esas herramientas de estimulación de prácticas de buen hacer en un porcentaje nada desdeñable”²²⁸.

²²³ Sobre las SOX (Sarbanes-Oxley Act) ley que se hizo en EEUU en el año 2002 tras diferentes escándalos financiero para incrementar la transparencia de las empresas que cotizan en la bolsa estadounidense, CARREÑO AGUADO, La inveracidad en la información, 2013, 122 afirma que “Diez años después de la entrada en vigor de la SOX es mayoritario el sector de la doctrina estadounidense que crítica la ineficacia de la Ley en su conjunto –algunos autores ya se mostraron críticos desde su concepción-. No obstante, el espíritu de la Ley influyó y encontró un reflejo en las medidas que a partir de entonces fueron adoptadas al otro lado del Atlántico”.

²²⁴ ROSO CAÑADILLAS, LH-Mir Puig, 2010, 253.

²²⁵ ROSO CAÑADILLAS, LH-Mir Puig, 2010, 253 s.

²²⁶ ROSO CAÑADILLAS, LH-Mir Puig, 2010, 252 s.

²²⁷ ROSO CAÑADILLAS, LH-Mir Puig, 2010, 252 s., advierte de todos los problemas que se dan en relación a la responsabilidad de la persona jurídica y además en la pagina 291 recuerda como “el Derecho penal no tiene la función de regular una de las necesidades prioritarias de la sociedad actual (...) está llamado a erradicar toda manifestación que ataque o ponga en peligro bienes jurídicos fundamentales a través de sus mecanismos de coacción y, de inhibición de conductas contrarias a la norma”.

²²⁸ ROSO CAÑADILLAS, LH-Mir Puig, 2010, 252 s., 259, si bien evidencia las dificultades de asumir esta perspectiva con la idea de hacer responsable penalmente a la persona jurídica, exigiendo conciliar las categorías del Derecho penal con el concepto de persona jurídica.

11. Sin embargo, sobre este planteamiento que ya he adelantado no comparto, me surgen varias dudas. La primera en relación a si esta tendencia del legislador español (y no sólo²²⁹) es fruto de una regulación acorde con otras ramas del Derecho que poco a poco están adoptando una concepción diferente respecto de la empresa; y la segunda sobre si esta perspectiva ética es compatible o no con el Derecho penal.

Respecto de la primera de las cuestiones, las objeciones a tal perspectiva surgen tal vez porque los motivos que han llevado al legislador a introducir reformas y nuevas previsiones tan criticadas como la de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no estén relacionados con una nueva concepción de la empresa sino por el contrario, como algún autor ha afirmado, sea fruto de la obsesión con la “solución penal” de la delincuencia económica²³⁰, que convierte a los entes colectivos en una suerte de “enemigos”²³¹ y en concreto a las personas jurídicas, para las que es necesaria una respuesta jurídica diferente del Derecho penal de empresa²³². Y, en parte, en este sentido se ha dirigido la norma, siendo que no prevé la pena de muerte para las personas físicas pero sí una especie de tal para las jurídicas, recogiendo su disolución definitiva²³³.

La segunda de las cuestiones que, como he dicho, me resulta problemática es la conciliación entre el papel de la RSC y el Derecho penal. Ante todo habrá que subrayar, como advierte DONINI²³⁴, que no podemos olvidar que el Derecho penal es la rama del ordenamiento mas violenta (por eso es la *ultima*

²²⁹ Digo no sólo porque la responsabilidad de la persona jurídica está prevista en otros ordenamientos jurídico-penales, como por ejemplo en Italia, que fue introducida por el decreto legislativo 231/2001.

²³⁰ ABANTO VÁSQUEZ, RPCP 18 (2006), 42.

²³¹ ABANTO VÁSQUEZ, RPCP 18 (2006), si bien en la pág. 48 finaliza su trabajo con la consideración de que “En lo que respecta al Derecho penal económico, no tiene por qué verse al delincuente económico como un enemigo; sus “actos”, constitutivos de un atentado contra algún bien jurídico, deben ser tratados dentro de un Derecho penal que le otorgue todas las garantías de un Estado de Derecho”.

²³² ABANTO VÁSQUEZ, RPCP 18 (2006), 48.

²³³ Justamente en este punto considero que el legislador ha cometido la imprudencia que SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 23, advierte no puede ocurrir y es que “el programa criminalizador no puede ni debe ignorar las consecuencias económicas de sus medidas sopesando tanto los beneficios como el coste de las decisiones, sin dejarse llevar por una ciega e intuitiva razón ética o simplemente retributiva”.

²³⁴ DONINI, LH-Mir Puig, 2010, 86.

ratio y para proteger los bienes jurídicos más importantes de los ataques más graves) y es justamente por esto que considero que determinadas tendencias, por muy legítimos intereses que tengan, como, al menos en parte, pueda ser el de la concepción de la responsabilidad social de las empresas, no pueden justificar *per se* la intervención penal.

Esto me lleva a pensar que el Derecho penal no pueda ser utilizado dentro de un grupo de presión de esta índole, al menos si se respetan los principios de *ultima ratio* e intervención mínima, porque estaría excediéndose en sus funciones. Pero es que, además, si lo que se pretende con las exigencias de la RSC es la progresiva extensión de una conducta de tipo ético por parte de las empresas, los mecanismos considero que habrán de venir desde el ámbito civil y administrativo, valorándose desde aquí muy positivamente las perspectivas éticas de la empresa y su papel en el imaginario social. La redacción de acuerdos y decálogos de funcionamiento interno por parte de las empresas, el establecimiento de vías de comunicación entre todas las partes integrantes de una corporación, desde los trabajadores hasta el más alto directivo y desde el primero hasta el último de los accionistas, el acceso por parte de las empresas a un mejor y más fácil asesoramiento público de cómo han de hacerse las cosas dentro de esta filosofía ética, poner al alcance de las empresas que lo requieran, fundamentalmente para su actividad, la información y posteriormente los instrumentos para dentro de su gestión no dañar el medio ambiente o dañarlo sólo en los márgenes admitidos por la ley, son formas, a mi entender, mucho más ricas e interesantes. Porque es que, además, si no se ponen en marcha y en primer lugar toda esta serie de mecanismos para lograr el objetivo de una mayor implicación social por parte de las empresas, la intervención del Derecho penal será sólo simbólica. Por tanto, desde esta perspectiva el planteamiento de MUÑOZ CONDE me resulta inadecuado, cuando afirma que “el carácter del Derecho penal societario se orientaría, por vía indirecta o mediata y a través del castigo de las conductas particularmente abusivas en el ejercicio del poder societario, a la mejora y profesionalización del funcionamiento y gestión de las empresas colectivas las cuales constituyen el sujeto principal de la actividad

económica²³⁵, porque ésta no es, a mi modo de ver, la función del Derecho penal. Advierte LUZÓN PEÑA, no sobre esta concreta cuestión sino en general sobre las posiciones que abogan por una función ético-social del Derecho penal, de defensa y afianzamiento en la sociedad de los valores morales importantes que esto es “excesivo desde el plano de lo jurídico”²³⁶.

12. En concreto, lo que pretendo mantener aquí es que sin ninguna duda la RSC parece (digo parece porque, si bien se han hecho diferentes planteamientos, todavía los expertos están en un momento de valoración) una medida de control informal idónea ante la llamada criminalidad económica, y muy especialmente ante la llamada criminalidad en el ámbito societario. Pero soy de la opinión, como otros autores²³⁷, de que este es el espacio de la RSC: el control social informal y no el formal, que se torna especialmente grave cuando se pretende utilizar en él el Derecho penal²³⁸. Por tanto, las cuestiones de tipo ético no son las que justifican la necesidad, ni legitiman la intervención penal.

C. Necesidad de protección de bienes jurídicos

1. Como se anticipaba al principio de este apartado, mi planteamiento es el de entender que la necesidad y justificación de cada uno de los delitos incluidos en la denominación de delitos societarios sea, en su caso, la protección subsidiaria (fragmentaria y de *ultima ratio*) de bienes jurídicos²³⁹. El Derecho penal sólo se legitimará en la medida que sea estrictamente imprescindible

²³⁵ MUNOZ CONDE, RJC 81 (1982), 149.

²³⁶ LUZÓN PEÑA, Curso, I, 1996, 68.

²³⁷ BRAVO, *Criminalità economica*, 2010, 123 s. También GALLINO, *L'impresa irresponsabile*, 2005, 242, sostiene que la RSC plantea *a priori*, un modelo de control social informal interesante pero que por sus formalismos termina por no ser tan interesante y eficaz.

²³⁸ Sobre la relación entre los sistemas de regulación interna y el Derecho penal PASTOR MUÑOZ, *Indret* 4 (2006), 9, quien afirma que “en su caso deberá acudir al Derecho penal cuando el problema ya no pueda resolverse de manera interna”, si bien termina matizando que la autorregulación empresarial no supone ningún problema en relación con los delitos privados, aunque así con los públicos.

²³⁹ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *RdS* 1995-III, 165, también justifica los delitos societarios en los bienes jurídicos protegidos.

precisamente para proteger los derechos y libertades de todos²⁴⁰. Sin olvidar que “el Estado democrático sólo puede proteger aquellos objetos que constituyen condiciones fundamentales de libertad del sistema y que (...) no lo son [tutelables] por medios de menor intensidad coactiva”²⁴¹. Por lo tanto, los delitos societarios sólo se legitimarán por su necesidad para proteger bienes jurídicos²⁴² importantes (entendido el bien jurídico como parte de las condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad) de ataques muy graves²⁴³ y siempre y cuando no existan otros instrumentos para su protección²⁴⁴.

El tratamiento de los conflictos que surjan en el ámbito societario y que sean tipificados como delitos debe, conforme a estas premisas, contemplarse como parte de un programa político más amplio, y es que el problema en concreto de los delitos societarios, y en general de los delitos económicos, tiene sus raíces fuera del Derecho penal²⁴⁵ y hay que emplear más medios y recursos que los jurídico-penales²⁴⁶. Y en este sentido hacía antes referencia a que, si fuera del Derecho penal no se promueven medidas, como por ejemplo aquellas de la concepción de una ética de empresa, una mejor y más clara regulación mercantil, etc., el Derecho penal no es sólo que no tenga mucho que decir, sino que se podría convertir en simbólico.

Los delitos societarios, por tanto, serán necesarios desde el momento en el que, atendiendo a las peculiaridades del ámbito societario, cuyas características y naturaleza ya se han delimitado anteriormente, se deban

²⁴⁰ LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 25.

²⁴¹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, RChD 2 (1995), 264.

²⁴² BOTTKE, en: Hacia un Derecho penal económico, 1995, 639.

²⁴³ LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 25.

²⁴⁴ En relación a los principios de *ultima ratio*, fragmentariedad y accesoriedad del Derecho penal TORÍO LÓPEZ, EPC 1985, *passim*; MARTOS NÚÑEZ, ADPCP 1987, *passim*. En concreto, sobre los delitos societarios, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Delitos societarios, 1996, 30. BAUMANN, JZ 1983, 36, considera que a lo largo de los años ha quedado probado que en materia de los delitos societarios el Derecho penal es necesario porque las otras medidas no han sido suficientes para luchar contra la criminalidad.

²⁴⁵ Y más en general todos los demás problemas, no solo los de éstos delitos por eso el DP es *ultima ratio*.

²⁴⁶ MUÑOZ CONDE, RJC 81 (1982), 149.

proteger bienes jurídicos importantes porque pudieran resultar afectados de manera relevante dentro de ese ámbito.

2. En el ámbito mercantil, los arts. 236 a 241 LSC en el Cap. V del Tít. IV recogen la responsabilidad de los administradores de la sociedad por los daños que causen sus acciones u omisiones en el ejercicio de sus funciones. El art. 236 LSC establece que los administradores de Derecho o de hecho, como tales, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo. Éstos son los presupuestos que exige la LSC para hacer responder a un administrador por acciones u omisiones añadiéndose que en ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General. La responsabilidad, conforme al art. 237 LSC, tiene carácter solidario respondiendo solidariamente todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél. Se trata por tanto de una presunción *iuris tantum* que se deberá demostrar en cada caso.

Los mecanismos que establece la LSC para poder ejercer acciones de responsabilidad contra el administrador social son dos: la acción social de responsabilidad y la acción individual de responsabilidad.

La primera, la acción social de responsabilidad presenta tres modalidades dependiendo del órgano o sujetos que entablen la acción social. La primera es la establecida en el art. 238 LSC, que dispone que podrá entablar esta acción de responsabilidad la sociedad, previo acuerdo de la Junta General, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio, aunque no conste en el orden del día. Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción de este acuerdo. En cualquier momento la Junta General podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social, y el

acuerdo de promover la acción o de transigir determina en todo caso la destitución de los administradores afectados.

La segunda de las posibilidades es la que prevé el art. 239, que recoge una acción subsidiaria de la minoría social para aquellos socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, otorgándoles la posibilidad de solicitar la convocatoria de la Junta General para que ésta decida sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad, y el art. 240 LSC.

La tercera posibilidad contempla la legitimación subsidiaria de los acreedores para el ejercicio de la acción social cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus socios, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

Por último, el segundo de los mecanismos que contiene la LSC es la acción individual de responsabilidad prevista en el art. 241, estableciendo que “quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos”.

Por tanto, nos encontramos que, fuera del ámbito penal, existen también mecanismos de protección por parte de la sociedad, socios y terceros para exigir responsabilidad a los administradores por las acciones u omisiones que en el ejercicio de sus funciones les causasen daño. En este sentido, y en concreto en relación con el art. 290 CP, nos encontraremos con que a los administradores que realicen determinadas acciones de falsedad de documentos sociales, de todos aquellos que aparezcan en el CCom, la LSC y otras disposiciones específicas y no sólo de aquellos que recoge el art. 290 CP, siempre y cuando causen un daño a la sociedad, socios o terceros, se les podrá exigir responsabilidad a través de los mecanismos expuestos.

En relación a la difusión de información engañosa por parte de las empresas cotizadas y sometidas por tanto a la LMV se considera incluso que existen argumentos sólidos para admitir la responsabilidad civil extracontractual por informaciones falsas (que no falsedades documentales) del art. 1902 CC que obliga a reparar los daños causados interviniendo culpa o negligencia²⁴⁷.

²⁴⁷ IRIBARREN BLANCO, Responsabilidad civil por la información, 2008, 51 s.

Esto significa entonces que, existiendo estos mecanismos en otros ámbitos del Derecho, la delimitación y la concreción del plus de injusto de la acción típica del art. 290 CP es fundamental, para lo cual el bien jurídico desempeña, una función muy importante.

3. En lo que respecta al falseamiento de cuentas de la sociedad (art. 290 CP), se concretará (si bien haciendo en primer lugar un análisis del propio concepto del bien jurídico, las diferentes teorías y una toma de posición clara²⁴⁸) el bien jurídico protegido por la norma que justificará, en su caso, la existencia de aquel delito. De igual manera, se analizarán y valorarán críticamente otras posturas respecto del bien jurídico protegido en el delito objeto de este trabajo anticipo que entiendo que la intervención del Derecho penal no está justificada en algunos supuestos, precisamente atendiendo al bien jurídico protegido, como desarrollaré más adelante.

IV. LOS DELITOS SOCIETARIOS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. ELECCIÓN SISTEMÁTICA DEL LEGISLADOR

La necesidad de introducir definitivamente un elenco de delitos societarios en la legislación penal española había sido puesta de relieve por parte de la doctrina y la jurisprudencia desde hacía años, por existir una desconexión entre la realidad “delictiva”, las nuevas tendencias, y las posibilidades del CP²⁴⁹. Tanto es así que incluso el TS hubo de, en ocasiones, hacer “remiendos”²⁵⁰ para poder hacer frente a este tipo de delincuencia. La doctrina también se pronunciaba acerca de las carencias existentes en la regulación penal en relación con los delitos societarios²⁵¹, y sobre la disociación

²⁴⁸ V. Cap. 3 de este trabajo.

²⁴⁹ RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP 1981, 682; MUÑOZ CONDE, RJC 81 (1982), 143; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, ADPCP 1996, 425; DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios, 1998, 16; GALLEGO SOLER, en: MIR PUIG/ CORCOY BIDASOLO (Dir.)/ GÓMEZ MARTÍN (Coord.), Nuevas tendencias, 2006, 209.

²⁵⁰ DE LA OLIVA GARCÍA, RFDUC 16 (1972), *passim*.

²⁵¹ DE LA OLIVA GARCÍA, RFDUC 16 (1972), 35 ss.; FERNÁNDEZ ALBOR, Criminalidad económica, 1978, 22 s.; RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP 1981, 708, 713; ADPCP

entre realidad jurídica y cotidiana, en cualquiera de sus formas o tipos, pero especialmente las relativas a las falsedades en documentos sociales y a la administración desleal²⁵². Sin embargo, algunos autores valoraban que con las figuras tradicionales de las falsedades y tipos defraudatorios era suficiente²⁵³ para abordar las conductas delictivas que se desarrollan en el seno de las sociedades; y no faltaron quienes a su vez criticaron su introducción²⁵⁴. En este sentido, MUÑOZ CONDE²⁵⁵ advertiría que era difícil considerar que la nueva regulación de los delitos financieros que proponía el Proyecto de 1980 cubriese realmente lagunas de punibilidad, pero, aun siendo así consideraba que estos delitos societarios²⁵⁶ serían subespecies de los delitos de estafas, apropiación indebida, etc., y que la incidencia en el ámbito económico no sería motivo suficiente para este tratamiento separado²⁵⁷.

Los antecedentes legislativos del CP denominaban a este tipo de conductas bajo el rótulo “delitos financieros”²⁵⁸. Tanto el capítulo VI del Título VIII del Libro II del PCP 1980 como el Cap. IV del Tít. XII del Libro II del PANCP 1983 llevaban esta rúbrica, que fue criticada por la doctrina porque dentro de ella no se podían incluir todas las figuras referidas al ámbito de realización de los hechos, es decir, la sociedad²⁵⁹.

1984, 682 ss.; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, PJ 28 (1992), 173 ss.; GONZÁLEZ RUS, EPC 1994, 185 ss.

²⁵² Así lo dicen, BAJO FERNÁNDEZ, en: Hacia un derecho penal económico europeo, 1995, 63 s.; FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1995, 296; MATA MARTÍN, RdS 1995-V, 165; GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1996, 19 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, ADPCP 1996, 429; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, LH-R. Mourullo, 2005, 1301.

²⁵³ En este sentido, entre otros, MUÑOZ CONDE, RJC 81 (1982), 155; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, ADPCP 1996, 429 ss., 442 s., expresa que, a pesar de que el Derecho penal se encontraba inerte ante ellas, las conductas en buena medida se podían encajar en los delitos de falsedades documentales y delitos patrimoniales.

²⁵⁴ Así MUÑOZ CONDE, RJC 81 (1982), 156, donde matiza que, con los marcos penales que se establecen estos delitos podrían subsumirse por las falsedades o estafas; CPC 16 (1982).

²⁵⁵ MUÑOZ CONDE, RJC 81 (1982), 155.

²⁵⁶ El Proyecto los llamaba financieros. Las cuestiones relacionadas con el uso de este término y su problemática las plantearé más adelante, en este mismo punto.

²⁵⁷ En cuanto a la polémica de que estas conductas pudieran ser castigadas ya por el tipo de estafa o falsedades documentales MUÑOZ CONDE, CPC 16 (1982), 116.

²⁵⁸ Hace una larga exposición de la evolución de los Proyectos y anteproyectos anteriores al CP 1995: PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 182 ss.

²⁵⁹ Estas críticas a la denominación fueron vertidas, entre otros, por: STAMPA BRAUN/BACIGALUPO ZAPATER, La reforma del Derecho penal económico, 1980, 55;

El PCP 1980 cobijaba en el Título VIII, bajo la denominación de “delitos contra el orden socioeconómico”, once capítulos con cincuenta y ocho artículos, en los que se incluían delitos de muy diversa índole²⁶⁰. Para algunos autores, este título evitaba la discusión teórica ya sostenida desde hacía décadas sobre la delimitación de los ámbitos económico, financiero y social²⁶¹. Para otros, sin embargo, la expresión “orden socioeconómico” resultaba excesivamente evanescente²⁶². La memoria explicativa del Proyecto exponía cómo el Título VIII, dedicado a los delitos contra el orden socio-económico, constituía una de las mayores novedades y en este Proyecto parecían culminar las reformas iniciadas con la promulgación de la CE con el fin de adaptar el CP²⁶³. El título fue bien acogido, pero no por ello quedó exento de críticas²⁶⁴.

Es el Cap. VI, el que se refería a los delitos societarios bajo el título “delitos financieros”. Este tipificaba conductas cometidas al amparo o valiéndose de la estructura organizada de las sociedades mercantiles²⁶⁵, y en concreto una similar al actual art. 290 CP²⁶⁶. Hubo incluso autores que apuntaban a que fueron las presiones de distintos grupos sociales de poder²⁶⁷, por la conmoción social que produjo la introducción de un título dedicado a los delitos socio-

BACIGAUPU ZAPATER, RFDUC 1979, 73. Con posterioridad, FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 39, se expresa en favor del término delitos financieros.

²⁶⁰ RUIZ VADILLO, AEJ 13 (1980),

²⁶¹ BAJO FERNÁNDEZ, PEE 10 (1982),

²⁶² BAJO FERNÁNDEZ, PEE 10 (1982),

²⁶³ MUÑOZ CONDE, RJC 81 (1982), 146.

²⁶⁴ RODRÍGUEZ MOURULO, ADPCP 1984, 690, manifestó la necesidad de revisar el apartado de los delitos financieros del Proyecto de Código Penal de 1980 por resultarle deficiente. Igualmente BAJO, señaló en su momento, cómo al Proyecto se le tachó de demagógico, “de tipificar algunos delitos económicos triviales y otros meramente coyunturales o dependientes de las circunstancias espacio temporales e inadecuación de las penas y medidas”; BAJO FERNÁNDEZ, PEE 10 (1982), 247 ss.

²⁶⁵ RUIZ VADILLO, AEJ 13 (1980),

²⁶⁶ Art. 364 “Los administradores o directores que, para ocultar a los socios o a terceros interesados la verdadera situación real de la entidad, falsearen los balances, haciendo lucir u omitiendo indebidamente en los mismos beneficios o pérdidas, o usando de cualquier otro artificio que suponga inflación o disminución de las partidas del activo o del pasivo, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses”.

²⁶⁷ MUÑOZ CONDE, RJC 81 (1982), 149, apunta cómo las críticas más acerbas al Proyecto venían de sectores políticos más reaccionarios y económicamente más privilegiados; RODRÍGUEZ MOURULO, ADPCP 1981, 715, hace referencia a que por la materia objeto de regulación, ese título se iba a convertir en uno de los más polémicos del Proyecto. En sentido similar BAJO FERNÁNDEZ, en: *Hacia un derecho penal económico europeo*, 1995, 63.

económicos, la razón por la que este Proyecto no se convirtió en Derecho vigente²⁶⁸.

Por su parte, el PANCP 1983 que contenía un título referido a los actuales delitos societarios siguió denominándolos “delitos financieros”.

En el PCP 1992 desaparece la independencia de los delitos socio-económicos y se unen con los patrimoniales tradicionales. Se hace una rúbrica conjunta con ambos en su título XII: “Los delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico”, lo cual había sido un requerimiento por parte de un importante sector de la doctrina en los textos anteriores por las dificultades de diferenciar los delitos que habrían de formar parte de la rúbrica de “delitos patrimoniales” y cuáles de “delitos socioeconómicos”²⁶⁹. Los delitos societarios se regulaban en el capítulo XV, precisamente con el título de “los delitos societarios”, ya con un cambio de denominación. Contenía seis artículos, del 293 al 298²⁷⁰. Sin embargo, su contenido no es más que una derivación del original Proyecto²⁷¹.

En el vigente CP, los delitos societarios se encuentran situados bajo la rúbrica que lleva ese mismo nombre en el Cap. XIII, Tít. XIII.

El legislador del CP decidió desechar la terminología de “delitos financieros” para utilizar la de “delitos societarios”, como hizo PCP de 1992, englobando bajo éste cinco conductas que abarcan del art. 290 al 295 CP. Este capítulo fue y sigue siendo una auténtica singularidad legislativa²⁷², no ya sólo

²⁶⁸ De este modo, BAJO FERNÁNDEZ, en: *Hacia un derecho penal económico europeo*, 1995, 63.

²⁶⁹ Así, HUERTA TOLCIDO, CPC 15 (1981), 473; MUÑOZ CONDE, CPC 16 (1982), 107 ss.; STAMPA BRAUN/BACIGALUPO ZAPATER, *La reforma del Derecho penal económico*, 1980, 153; GONZÁLEZ RUS, en: *Hacia un Derecho penal económico*, 1995, 168, hace referencia a las críticas que se hicieron en su momento en relación a la creación de ese título conjunto y manifiesta cómo durante mucho tiempo se estuvo pidiendo un título que fuese sobre los delitos socio-económicos o contra el orden económico y que, una vez que se propuso, se dijo que no era necesario ni conveniente. Sobre este anteproyecto, v. también ARROYO ZAPATERO, en: ARROYO ZAPATERO/TIEDEMANN (Ed.), *Estudios*, 1994, *passim*.

²⁷⁰ Art. 299 “Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad mercantil que falsearan las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, para causar un perjuicio a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de dos a cinco años”.

²⁷¹ Así, BAJO FERNÁNDEZ, en: *Hacia un derecho penal económico europeo*, 1995, 63; DÍAZ MAROTO- VILLAREJO, en: *Hacia un derecho penal económico europeo*, 1995, 155.

²⁷² Así, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, 1996, 17; BACIGALUPO ZAPATER, *AAMN* 37 (1999), 11. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal económico*, 2009, 45, afirma cómo “una de las novedades que trajo el CP de 1995 a nuestro ordenamiento jurídico penal es la

por enmarcar definitivamente una serie de conductas relacionadas directamente con el ámbito empresarial dentro de un mismo capítulo²⁷³, sino por su ubicación. Es decir porque la opción de introducir estas conductas dentro del CP y no como ilícitos penales pero dentro de la legislación extrapenal, primordialmente civil y/o mercantil, fue desde luego atípica en el Derecho comparado²⁷⁴.

La primera de las conductas que prevé el CP²⁷⁵ es la referida al falseamiento de cuentas anuales y otros documentos de la sociedad (art. 290²⁷⁶).

constitución de un capítulo entero dedicado a tipificar las conductas irregulares más graves en el ámbito de las sociedades mercantiles”.

²⁷³ Independientemente de que se puedan hacer críticas a los tipos en concreto, que será cuestión objeto de este trabajo. Es este sentido, también: CARREÑO AGUADO, La inveracidad en la información, 2013, 196 “(...)Y es que tengo la fundada sospecha de que bajo la rúbrica común «De los delitos societarios» convergen no sólo tipos penales que no debieran serlo, sino también tipo que, mereciendo su penalidad, vienen a estructurarse sobre muy distintos objetos de tutela, siendo su configuración a modo de delitos pluriofensivos una puerta abierta al fenómeno expansivo que se traduce en graves dificultades de interpretación y aplicación”.

²⁷⁴ V. el Cap. 2.

²⁷⁵ El Cap. contiene además un art., el 296, sobre condiciones de procedibilidad y otro, el 297, con una definición, como sabemos, de lo que se entiende por sociedad a efecto de estos delitos.

²⁷⁶ Art. 290: “Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. / Si se llegara a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior”. En el año 2007, hubo una propuesta de anteproyecto de reforma de CP donde se planteaba una modificación de este art. 290 CP. Al respecto, VILLACAMPA ESTIARTE, en: ÁLVAREZ GARCÍA, (Dir.), La política criminal Europea, 2009, 445 “Basta la lectura del texto propuesto tanto en el párrafo primero como en el párrafo tercero del futuro art. 290 CP para concluir que la amplitud del comportamiento típico que se refiere a los administradores de hecho o de derecho de una sociedad constituida o en formación es exactamente la misma que en la actual versión del art. 290 CP; esto es, el falseamiento de cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, conducta que se propone continúe penándose con prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses”. Si que este proyecto, como la misma autora expone en la pág. 447 introduce al auditor como posible sujeto activo del delito.

En el PCP 2007 se realizó la siguiente redacción en la modificación del art. 290: “Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses/Las mismas penas se impondrán a los auditores que, incumpliendo sus obligaciones y conociendo la falsedad de las cuentas anuales u otros documentos a los que se refiere el párrafo anterior, emitieran informe favorable sobre ellos”.

Sobre este Proyecto en relación al auditor de cuentas v. CARREÑO AGUADO, La inveracidad en la información, 2013, 231 ss.

Las segunda, tercera y cuarta (art. 291²⁷⁷, 292²⁷⁸, 293²⁷⁹ CP, respectivamente) están referidas al abuso de las mayorías dentro de la sociedad. La quinta es la relativa a la obstaculización de la inspección o supervisión dentro de la empresa (art. 294 CP²⁸⁰) y por último, en sexto lugar, se encuentra prevista la administración desleal (art. 295²⁸¹). Algunos autores sistematizan estas conductas en tres grandes grupos de delitos. Así, BACIGALUPO ZAPATER²⁸² considera que los delitos societarios se podrían agrupar en aquellos que se refieren a la transparencia externa de la administración social (arts. 290-294) los relativos a la lealtad de los administradores hacia la sociedad y los socios (arts. 295, 290, 293) y los referentes a los límites éticos de los derechos de las mayorías (arts. 291-292). TERRADILLOS BASOCO²⁸³, por su parte, plantea una clasificación, que me resulta especialmente adecuada por su sencillez y claridad, entre: infracciones relativas a la información social (art. 290 CP); infracciones

²⁷⁷ Art. 291 CP: “Los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido”.

²⁷⁸ Art. 292 CP: “La misma pena del artículo anterior se impondrá a los que impusieren o se aprovecharen para sí o para un tercero, en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios, de un acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo, por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por la Ley, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante, y sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito”.

²⁷⁹ Art. 293 CP: “Los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes, serán castigados con la pena de multa de seis a doce meses”.

²⁸⁰ Art. 294 CP: “Los que, como administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, negaren o impidieren la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses”.

²⁸¹ Art. 295 CP: “Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentaparticipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido”.

²⁸² BACIGALUPO ZAPATER, AAMN 37 (1999), 11.

²⁸³ TERRADILLOS BASOCO, Derecho penal de la empresa, 1995, 84.

relativas a la infidelidad de los órganos (arts. 291, 292, 293, 295 CP); e infracciones relativas a la obstaculización de la inspección o supervisión (art. 294 CP).

Esta decisión legislativa de integrar los delitos societarios dentro del CP ha sido valorada de diferentes formas por la doctrina²⁸⁴. Los argumentos tendentes a considerar que los delitos socioeconómicos, al igual que el resto del Derecho penal, han de estar en el CP y no en leyes especiales son fundamentalmente los relativos a la conciencia pública o a la unidad legal y de interpretación²⁸⁵. Algún autor ha entendido además que situar ilícitos penales en leyes de Derecho privado puede dar una imagen de ilícitos “artificiales”²⁸⁶. Relacionada con las anteriores se halla también la argumentación que señala, a favor de la regulación de estos delitos en el CP, que tal ubicación “cumple una función simbólica que repercute positivamente sobre la imagen que los ciudadanos se forman acerca de la legitimidad del Derecho penal contemporáneo”²⁸⁷, además de que el mero hecho de agrupar los delitos en el CP permite, en el plano sistemático, su contemplación como conjunto, lo que facilita su interpretación y aplicación integrada²⁸⁸, del mismo modo que evita una hiperinflación de tipos penales en la materia²⁸⁹. Dos son pues los argumentos que van en parte de la mano: el de la conciencia pública y el de la unidad de interpretación.

²⁸⁴ CARREÑO AGUADO, La inveracidad en la información, 2013, 425 “Sólo la falsedad en la información social del art. 290 y la administración social desleal del art. 295 merecen consideración delictiva”.

²⁸⁵ BAJO FERNÁNDEZ, RFDUC 1980, 21; QUINTERO OLIVARES, EH-P. Vitoria, 1983, 790; TIEDEMANN, Poder económico, 1983, 32, quien hace referencia a cómo en el 49º Congreso de Juristas Alemanes se determinó que en las leyes especiales sólo se conservasen las infracciones de bagatela y las demás se ubican en el CP por cuestiones de transparencia de la ley, así como de conciencia pública; MARTOS NÚÑEZ, Derecho penal económico, 1987, 708; DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios, 1998, 43 ss., apuntando cómo colocar los preceptos de delitos económicos en el CP ayuda a la transparencia de la ley y a una mayor eficacia de los preceptos penales, así como a la evitación de la innecesaria reiteración de tipos. Sin embargo, continúa este autor, la afirmación de la mayor eficacia preventiva no puede ser avalada por estudios empíricos. Por tanto son razones sistemáticas y de economía legislativa las que aconsejan su ubicación en el CP.

²⁸⁶ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 44.

²⁸⁷ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 45.

²⁸⁸ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos económicos, 1996, 86.

²⁸⁹ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos económicos, 1996, 86; DEL ROSAL BLASCO, Delitos societarios, 1998, 47.

En sentido contrario, se dan argumentos favorables a que estos delitos estén en leyes especiales y no dentro del CP por cuestiones de la especialidad de la materia: “por ser ésta una materia muy ligada al campo de lo económico a efectos de sistematicidad, especialidad y mutabilidad es conveniente que estén dentro de las leyes especiales”²⁹⁰.

Por mi parte opino, que la opción legislativa correcta será aquella en la que el precepto se sitúe allí donde se favorezca la interpretación razonable y éste tenga una mayor eficacia preventiva. Sin embargo, DEL ROSAL BLASCO advierte, en mi opinión con razón, que no hay estudios empíricos suficientes que determinen qué tiene más eficacia preventiva, si lo situado en el CP o lo situado en leyes especiales²⁹¹. Por tanto me resulta aventurado tomar una posición respecto de la opción legislativa que pueda resultar óptima. En todo caso, no considero que la ubicación de la norma sea lo que aporta un estatus de delito “artificial” o no. Además, y por otro lado, el argumento de la “conciencia pública” que alega parte de la doctrina a favor de la ubicación en el CP, no me parece suficientemente satisfactorio en tanto que, por la falta de estudios empíricos a los que hacía ahora referencia, no es posible saber si, por ejemplo, una norma societaria incluida en el CP despliega mayor eficacia preventiva y es más fácil de comprender por los administradores de una sociedad (principales sujetos activos de los delitos societarios) que si se incluyera en una de las leyes que habitualmente más manejan y conocen (CCom, LSC, etc.)

En todo caso, más allá de la discusión de la oportunidad o inoportunidad de introducir los delitos societarios dentro del CP o por el contrario hacerlo en leyes no penales, se plantea PÉREZ VALERO, y desde aquí se valora de manera acertada, el sentido de “establecer una relación de vinculación necesaria entre la sede de la materia y la mayor o menor autonomía en la formulación de la norma penal”. Para este autor, la clave no estará tanto en la ubicación del tipo, sino en la propia estructura de este²⁹², planteamiento con el cual estoy totalmente de acuerdo²⁹³.

²⁹⁰ QUINTERO OLIVARES, EH- P. Vitoria, 1983, 790.

²⁹¹ DEL ROSAL BLASCO, Delitos societarios, 1998, 45, 48.

²⁹² Entre otros muchos, pero en concreto este autor en concreto sobre la ubicación de los delitos societarios PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 41. El autor hace esta

V. EL CONCEPTO DE SOCIEDAD EN EL ART. 297 CP

El art. 297 CP establece que “a los efectos de este Capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorro, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado”. El CP recoge de esta manera una definición auténtica²⁹⁴ de sociedad puramente penal a efectos de la aplicación de los delitos contenidos en el capítulo de los delitos societarios. Esto supuso una novedad en relación a los textos que desde 1980 se fueron diseñando y en los que en ningún caso se contenía una definición de sociedad.

La definición ha sido tachada por algunos autores como estrecha²⁹⁵, por otros como interminable²⁹⁶, redundante²⁹⁷, y por otros simplemente como inútil, advirtiendo que no es más que un conglomerado de ejemplos²⁹⁸ que no obedecen a ningún criterio lógico de ordenación o selección²⁹⁹ o incluso se ha afirmado que la “finalidad del precepto no es ya la de ofrecernos un concepto de sociedad sino el delimitar el ámbito de aplicación de la normativa penal”³⁰⁰. Por

afirmación citando a PEDRAZZI, n. 27, quien afirma que “el problema fundamental no es el de la colocación sino el de la estructura del tipo penalmente sancionado: la cuestión de las relaciones con los institutos penales” y continúa: “Se trata de establecer si la norma incriminadora debe asumir una posición de autonomía o de subsidiariedad al establecer sus prescripciones, o de mero soporte sancionador”.

²⁹³ PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 40 ss.

²⁹⁴ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 100; CASTRO MORENO, JpD 21 (1998), 46; SUÁREZ GONZÁLEZ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.)/JORGE BARREIRO (Coord.), Comentarios, 1997, 850; MARTÍN PALLÍN, en: SERRANO BUTRAGUEÑO (Coord.), Comentarios, 1999, 1408; DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 39; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.), Código penal comentado, 2ª, 2004, 896; SEQUEROS SAZATORNIL, Delitos societarios, 2006, 85; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, Derecho penal económico, 2ª, 2010, 617; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 448.

²⁹⁵ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 46. Por el contrario SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, Derecho penal PE, 16ª, 2011, 538 s., considera que el concepto de sociedad es demasiado abierto.

²⁹⁶ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, AJA 389 (1999), 2.

²⁹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1996, 39.

²⁹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1996, 41.

²⁹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1996, 40.

³⁰⁰ DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 40. En un sentido parecido PÉREZ VALERO, El delito societarios de falsedad, 2001, 224, 196, expresa

tanto, las críticas fundamentales que se han inferido a este art. 297 son debidas a su torpeza lógico-formal³⁰¹, por algunas reiteraciones innecesarias o casuismo³⁰², que analizaremos en estas páginas y que provoca que surjan problemas de interpretación y aplicación.

Pero a pesar de las críticas, como para prácticamente la totalidad de la doctrina, el legislador claramente crea un concepto normativo y para ello ha optado por una técnica doble o mixta³⁰³, con independencia de que además limite el ámbito de aplicación de la normativa penal. Una primera, de enumeración abierta, y otra segunda a través de una cláusula de asimilación.

En las páginas que siguen, por tanto, intentaré clarificar cuáles son las sociedades que entiendo quedan dentro de esta definición penal de sociedad, desarrollando mínimamente y sin pretensión de exhaustividad las características fundamentales de aquellas que el art. 297 CP recoge expresamente, evidenciando las incongruencias que surgen, así como cuáles son las claves interpretativas del precepto³⁰⁴. Además no es objeto de este trabajo la exposición detallada de las características de las sociedades que expresamente menciona el art. 297 CP. Por tanto, el análisis que haré a continuación se limita a dos cuestiones. La primera, a identificar exactamente de qué tipo de sociedad estamos hablando (en este sentido me detendré más en detallar determinadas cuestiones en unas y no en otras porque algunas de ellas son más problemáticas que otras) y por qué normativa se regula. La segunda a exponer algunas cuestiones que considero son más interesantes en relación con el art. 290 CP. Estas son justamente las relativas a la administración de la sociedad, a su órgano de gobierno.

que: “el art. 297 CP no contiene los suficientes elementos a nivel conceptual como para fundamentar la existencia de una noción penal y por tanto autónoma de sociedad”.

³⁰¹ RODRÍGUEZ RAMOS, en: Jornadas, 1998, 190.

³⁰² SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, 1996, 48; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, AJA 389 (1999), 2 apunta también que se incurre tanto en omisiones como en reiteraciones innecesarias.

³⁰³ CASTRO MORENO, JpD 21 (1998), 46; CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios*, I, 2004, 1130.

³⁰⁴ Porque como advierte GALLEGU DÍAZ, RDPP 14 (2005), 22 s “(...) habrá que examinar en relación con cada uno de los tipos si su concreta configuración las admite en su seno, pues aquéllos está redactados casi exclusivamente teniendo a la vista el modelo de las sociedades corporativas, muy particularmente la sociedad anónima, sociedades para las que estaba pensada en un primer momento la aplicación de los delitos societarios”.

A. Las sociedades mencionadas expresamente en el art. 297 CP.

1. Sociedades de base mutualista. Las cooperativas y las mutuas

Las cooperativas están reguladas en la LO 27/1999 de 16 de julio que derogó en todo aquello que fuese incompatible a la Ley 3/1987, Ley General de Cooperativas de 2 de abril. Pero a esta Ley estatal se le añaden las diversas leyes autonómicas que regulan esta figura, ya que en esta materia son las CCAA las competentes³⁰⁵. La ley ahora en vigor establece en el art. 1 LCop que la cooperativa es “una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional en los términos resultantes de la presente Ley”. En el segundo párrafo de este primer artículo se expresa cómo cualquier actividad económica lícita podrá ser organizada y desarrollada mediante una cooperativa, lo que sin duda hace evidente su cercanía al concepto de sociedad mercantil³⁰⁶. La sociedad cooperativa se constituye mediante escritura pública, que debe ser inscrita en el Registro de Sociedades Cooperativas dependiente del Ministerio de Trabajo y que a los efectos tiene la misma función que el Registro Mercantil. Con la inscripción se adquirirá personalidad jurídica. Las cooperativas son entidades sin ánimo de lucro, y sus socios no tienen derecho a participación en beneficios y a cuota de liquidación. A lo único que tienen derecho, en términos económicos, es a la liquidación de sus aportaciones y siempre por un valor nominal. Por el contrario, sus derechos como socios son muy parecidos a los de una sociedad de capital³⁰⁷.

³⁰⁵ A fecha de diciembre de 1013 tienen desarrollo normativo en la materia todas las CCAA a excepción de las Islas Canarias.

³⁰⁶ Así, BROSETA PONT/MARTÍNEZ SANZ, Manual I, 2011, 640.

³⁰⁷ En este sentido el art. 16 LCop: “1. Los socios pueden ejercitar, sin más restricciones que las derivadas de un procedimiento sancionador, o de medidas cautelares estatutarias, todos los derechos reconocidos legal o estatutariamente/ 2. En especial tienen derecho a: a. Asistir, participar en los debates, formular propuestas según la regulación estatutaria y votar las propuestas que se les sometan en la Asamblea General y demás órganos colegiados de los que

Existen dos clases de cooperativas: aquellas llamadas de primer grado y aquellas llamadas de segundo grado. Salvo en los supuestos en que la propia ley u otra establezcan otros mínimos, las cooperativas de primer grado deberán estar integradas, al menos, por tres socios que en algunas ocasiones la ley llama promotores y en otras no. Las cooperativas de segundo grado deberán estar constituidas por, al menos, dos cooperativas, art. 77 LCop. Pero, en todo caso, los órganos sociales que prevé la ley para ambas estructuras son cuatro: Asamblea General, Consejo Rector, Intervención y Comité de Recursos. De

formen parte; b. Ser elector y elegible para los cargos de los órganos sociales; c. Participar en todas las actividades de la cooperativa, sin discriminaciones; d. El retorno cooperativo, en su caso; e. La actualización, cuando proceda, y a la liquidación de las aportaciones al capital social, así como a percibir intereses por las mismas, en su caso; f. La baja voluntaria; g. Recibir la información necesaria para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, h. A la formación profesional adecuada para realizar su trabajo los socios trabajadores y los socios de trabajo/ 3. Todo socio de la cooperativa podrá ejercitar el derecho de información en los términos previstos en esta Ley, en los Estatutos o en los acuerdos de la Asamblea General. El socio tendrá derecho como mínimo a: a. Recibir copia de los Estatutos sociales y, si existiese, del Reglamento de régimen interno y de sus modificaciones, con mención expresa del momento de entrada en vigor de éstas; b. Libre acceso a los Libros de Registro de socios de la cooperativa, así como al Libro de Actas de la Asamblea General y, si lo solicita, el Consejo Rector deberá proporcionarle copia certificada de los acuerdos adoptados en las Asambleas Generales; c. Recibir, si lo solicita, del Consejo Rector, copia certificada de los acuerdos del Consejo que afecten al socio, individual o particularmente y en todo caso a que se le muestre y aclare, en un plazo no superior a un mes, el estado de su situación económica en relación con la cooperativa; d. Examinar en el domicilio social y en aquellos centros de trabajo que determinen los Estatutos, en el plazo comprendido entre la convocatoria de la Asamblea y su celebración, los documentos que vayan a ser sometidos a la misma y en particular las cuentas anuales, el informe de gestión, la propuesta de distribución de resultados y el informe de los Interventores o el informe de la auditoría, según los casos; e. Solicitar por escrito, con anterioridad a la celebración de la Asamblea, o verbalmente en el transcurso de la misma, la ampliación de cuanta información considere necesaria en relación a los puntos contenidos en el orden del día. Los Estatutos regularán el plazo mínimo de antelación para presentar en el domicilio social la solicitud por escrito y el plazo máximo en el que el Consejo podrá responder fuera de la Asamblea, por la complejidad de la petición formulada; f. Solicitar por escrito y recibir información sobre la marcha de la cooperativa en los términos previstos en los Estatutos y en particular sobre la que afecte a sus derechos económicos o sociales. En este supuesto, el Consejo Rector deberá facilitar la información solicitada en el plazo de 30 días o, si se considera que es interés general, en la Asamblea más próxima a celebrar, incluyéndola en el orden del día; g. Cuando el 10 % de los socios de la cooperativa, o cien socios, si ésta tiene más de mil, soliciten por escrito al Consejo Rector la información que considere necesaria, éste deberá proporcionarla también por escrito, en un plazo no superior a un mes/ 4. En los supuestos de los apartados e), f) y g) del punto 3, el Consejo Rector podrá negar la información solicitada, cuando el proporcionarla ponga en grave peligro los legítimos intereses de la cooperativa o cuando la petición constituya obstrucción reiterada o abuso manifiesto por parte de los socios solicitantes. No obstante, estas excepciones no procederán cuando la información haya de proporcionarse en el acto de la Asamblea y ésta apoyase la solicitud de información por más de la mitad de los votos presentes y representados y, en los demás supuestos, cuando así lo acuerde el Comité de Recursos, o, en su defecto, la Asamblea General como consecuencia del recurso interpuesto por los socios solicitantes de la información. En todo caso, la negativa del Consejo Rector a proporcionar la información solicitada podrá ser impugnada por los solicitantes de la misma por el procedimiento a que se refiere el artículo 31 de esta Ley, además, respecto a los supuestos de las letras a, b y c del apartado 3 de este artículo, podrán acudir al procedimiento previsto en el artículo 2.166 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

especial interés son la Asamblea General y el Consejo Rector, que serían los órganos homólogos a la Junta General y el Consejo de la LSC.

La Asamblea General de la cooperativa sería la homóloga a la Junta General de la sociedad anónima, lo que se evidencia si se comparan los arts. 20 a 31 LCop y los arts. 158 a 208 LSC. Las competencias de la Asamblea General son, en términos generales, las de decidir o debatir sobre asuntos de interés para la sociedad cooperativa y, en concreto y en exclusiva, la ley le otorga los deberes de examinar la gestión social, aprobar las cuentas anuales y el informe de gestión, y aplicar los excedentes disponibles o imputar las pérdidas sociales; también le compete el nombramiento y revocación de los miembros del Consejo Rector, de los interventores, de los auditores de cuentas, de los liquidadores y, en su caso, el nombramiento del Comité de Recursos, así como decidir sobre la cuantía de la retribución de los consejeros y de los liquidadores; la modificación de los Estatutos y la aprobación o modificación, es su caso, del Reglamento de régimen interno de la cooperativa.

También tiene los deberes de aprobación de nuevas aportaciones obligatorias, admisión de aportaciones voluntarias, actualización del valor de las aportaciones al capital social, fijación de las aportaciones de los nuevos socios, establecimiento de cuotas de ingreso o periódicas, así como del tipo de interés a abonar por las aportaciones al capital social; emisión de obligaciones, títulos participativos, etc; fusión, escisión, transformación y disolución de la sociedad; toda decisión que suponga una modificación sustancial en la estructura económica, social, organizativa o funcional de la cooperativa también será de su competencia; la constitución de cooperativas de segundo grado y el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los miembros del Consejo Rector, los auditores de cuentas y los liquidadores.

El Consejo Rector constituye el órgano colegiado de gobierno al que la LCop. confía expresamente en el art. 32 la alta gestión, la supervisión de los directivos y la representación de la cooperativa. La gestión comprende todos los actos, negocios y contratos necesarios para el desarrollo de la actividad económica de la cooperativa³⁰⁸. En aquellos casos en que los socios sean menos de diez, se podrá establecer la existencia de un administrador único en

³⁰⁸ Así, PANIAGUA ZURERA, Tratado de Derecho mercantil, XII, 2005, 213.

lugar de un Consejo Rector. Es además el órgano que tiene la representación de la sociedad cooperativa (art. 32.1).

Probablemente la cooperativa sea la forma social de base mutualista más conocida y más extendida, pero existen otras dos figuras con esta base: la mutua y las sociedades de garantía recíproca con las cuales comparte “origen, fines y algunos aspectos de organización, así como elementos de tipo ideológico”³⁰⁹.

En la actualidad la mutua se rige por la Ley 30/1995 de 8 de noviembre, de Ordenación y supervisión de los seguros privados. Las mutuas pueden ser, o se puede distinguir entre aquellas mutuas de seguro en sentido estricto, es decir, de prima variable, y las mutualidades de previsión social. El objeto social de estas sociedades sólo podrá ser como dispone el art. 11, “la práctica de las operaciones de seguro y demás definidas en el art. 3.1³¹⁰, así como las permitidas por el art. 4³¹¹ en los términos expresados en él”.

2. Cajas de Ahorro

La Ley 31/1985 de 2 de agosto de Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro y la jurisprudencia constitucional posterior³¹², han configurado a las Cajas de Ahorro como entidades de naturaleza fundacional de carácter no peculiar en las que predomina “su

³⁰⁹ Así, PANIAGUA ZURERA, Tratado de Derecho mercantil, XII, 2005, 84.

³¹⁰ Art. 3.1. LCop: Quedan sometidas a los preceptos de esta Ley: a. Las actividades de seguro directo de vida, de seguro directo distinto del seguro de vida y de reaseguro; b. Las operaciones de capitalización basadas en técnica actuarial que consistan en obtener compromisos determinados en cuanto a su duración y a su importe a cambio de desembolsos únicos o periódicos previamente fijados; c. Las operaciones preparatorias o complementarias de las de seguro o capitalización que practiquen las entidades aseguradoras en su función canalizadora del ahorro y la inversión; d. Las actividades de prevención de daños vinculadas a la actividad aseguradora.

³¹¹ At. 4.1. LCop: Quedan prohibidas a las entidades aseguradoras, y su realización determinará su nulidad de pleno derecho, las siguientes operaciones: a. Las que carezcan de base técnica actuarial; b. El ejercicio de cualquier otra actividad comercial y la prestación de garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora. No se entenderá incluida en tal prohibición la colaboración con entidades no aseguradoras para la distribución de los servicios producidos por estas; c. Las actividades de mediación en seguros privados definidas en la Ley 9/1992, de 30 de abril, de mediación en seguros privados.

³¹² Buen ejemplo de ellos es la STC 22-3-1988 (RTC1988/48).

condición de entidades de crédito, que es lo que les da su fisonomía actual”³¹³. El 9 de julio de 2010 se aprobó el RD 11/2010, de Órganos de Gobierno y otros aspectos del Régimen Jurídico de las Cajas de Ahorro. Este RD de RJCA supuso importantes cambios para las Cajas de Ahorro con el objetivo, como declara su Exposición de Motivos, de fortalecerlas, pero también de hacer más fuerte y competitivo al sistema financiero español en su conjunto. En este sentido, la reforma fue en dos líneas básicas: la capitalización de las Cajas y la profesionalización de sus órganos de gobierno. El proceso de transformación de las Cajas de Ahorro culminó con la aprobación el 27 de diciembre de 2013 de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de Cajas de Ahorros y fundaciones bancarias.

Sobre las Cajas de Ahorro no hay duda sobre su carácter mercantil a pesar de que el art. 2 de esta última Ley define Caja de Ahorro como “entidades de crédito de carácter fundacional y finalidad social, cuya actividad financiera se orientará principalmente a la captación de fondos reembolsables y a la prestación de servicios bancarios y de inversión para clientes minoristas y pequeñas y medianas empresas”, poniendo el acento en el carácter fundacional.

En lo que es de mayor interés en relación al art. 290 CP, especialmente en aras a determinar quienes podrían realizar las conductas típicas, se debe indicar que el art. 3 de la Ley 26/2013 establece que la administración, gestión, representación y control de las cajas de ahorros corresponde a la Asamblea General, al Consejo de Administración y a la Comisión de Control. Y en concreto el art. 13 de esta misma Ley establece que las facultades que competen de forma especial a la asamblea general son las siguientes: “a) El nombramiento de los vocales del consejo de administración y de los miembros de la comisión de control, de la comisión de retribuciones y nombramientos y de la comisión de obra social, así como la adopción de los acuerdos de separación del cargo que correspondan de conformidad con lo establecido en el artículo 19 de esta Ley; b) La aprobación y modificación de los estatutos y del reglamento; c) La disolución y liquidación de la entidad, su fusión o integración con otras y su transformación en una fundación ordinaria o bancaria; d) Definir anualmente las líneas

³¹³ Sobre el pasado histórico de las Cajas de ahorro v. CASARES MARCOS, Cajas de ahorro, 2003, donde además auspicia un difícil futuro de la figura a falta de reformas; reformas éstas que se hicieron en el 2010.

generales del plan de actuación de la entidad, para que pueda servir de base a la labor del consejo de administración y de la comisión de control; e) La aprobación, en su caso, de la gestión del consejo de administración y de las cuentas anuales; f) La creación y disolución de obras sociales, así como la aprobación de sus presupuestos anuales y de la gestión y liquidación de los mismos; g) Cualesquiera otros asuntos que se sometan a su consideración por los órganos facultados al efecto”³¹⁴.

Sin embargo la facultad de administración y gestión financiera, conforme al art. 15 de la misma Ley es del Consejo de Administración así como la de la obra benéfico-social de la Caja de Ahorros, para el cumplimiento de sus fines.

3. Entidades financieras o de crédito

El art. 1 RD 1298/1986 de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de Entidades de Crédito al de las Comunidades Europeas, establece que se entiende por entidad de crédito “toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza”. Se conceptúan entidades de crédito el Instituto de Crédito Oficial, los Bancos, las Cajas de Ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorro, las Cooperativas de Crédito y los Establecimientos Financieros de Crédito (art. 2.1).

Es importante referirse también a la Ley 3/1994, de 14 de abril, “de adaptación de la legislación española en materia de entidades de Crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria” que en su Disposición adicional establece el extraño precepto que determina qué tendrá consideración de establecimiento financiero: “1. aquellas entidades que no sean entidad de crédito y cuya actividad principal consista en ejercer, en los términos que reglamentariamente se determinen, una o varias de las siguientes actividades: a) La de préstamos y créditos, incluyendo crédito al consumo, crédito hipotecario y

³¹⁴ Estas facultades son las mismas que el art. 11 del RD de RJCA, estableción en el año 2010.

financiación de transacciones comerciales/b) Las de «factoring», con o sin recurso/c) Las de arrendamiento financiero, con inclusión de las actividades complementarias previstas en el párrafo 8 de la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito/d) La de emisión y gestión de tarjetas de crédito/e) La de concesión de avales y garantías, y suscripción de compromisos similares/f) Los restantes servicios de pago definidos en el artículo 1 de la Ley de servicios de pago, con las limitaciones que al efecto puedan establecerse reglamentariamente; en particular, las cuentas de pago que abran quedarán sujetas a las mismas condiciones exigibles para las de las entidades de pago”³¹⁵.

4. Fundaciones

La ley 50/2002, de 26 de diciembre, define a la fundación como “la organización constituida sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general”³¹⁶.

En toda fundación deberá existir, tal y como se estipula en el art. 14 con la denominación de Patronato, un órgano de gobierno y representación de ésta. Es al Patronato a quien concierne “cumplir los fines fundacionales y administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, manteniendo su rendimiento y utilidad” (art. 14 LF). Podrán ser miembros del Patronato las personas físicas que tengan plena capacidad de obrar y no estén inhabilitadas para el ejercicio de cargos públicos (art. 15.2 LF). El Patronato estará obligatoriamente constituido por un mínimo de tres miembros, que elegirán entre ellos un Presidente. Igualmente es el Patronato deberá nombrar un Secretario, cargo que podrá recaer en una persona ajena a aquél, en cuyo

³¹⁵ Se ha de advertir que el 14 de febrero de 2014 se presentó a las Cortes Generales un “Proyecto de Ley de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito”. Se puede encontrar en: www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-80-1.PDF. A falta de un análisis más pausado, no hay ninguna novedad que en caso de entrar en vigor pudiera afectar a las dificultades de conceptualización de esta figura dentro del art. 290 CP.

³¹⁶ Para una mirada histórica de las fundaciones muy interesante v. MORA ALARCÓN, *Fundaciones y asociaciones*, 1996, 173 ss.

caso tendrá voz pero no voto, y a quien corresponderá la certificación de los acuerdos del Patronato (art. 15.2 LF).

El art. 15.3 LF dispone que “los patronos entrarán a ejercer sus funciones después de haber aceptado expresamente el cargo en documento público, en documento privado con firma legitimada por notario o mediante comparecencia realizada al efecto en el Registro de Fundaciones” y el cargo de patrono que recaiga en persona física deberá ejercerse personalmente. No obstante, podrá actuar en su nombre y representación otro patrono por él designado. Esta actuación será siempre para actos concretos y deberá ajustarse a las instrucciones que, en su caso, el representado formule por escrito. Las personas jurídicas podrán también formar parte del Patronato, y deberán designar a la persona o personas físicas que las representen en los términos establecidos en los Estatutos (art. 16 LF).

Si los Estatutos no lo prohibieran, el art. 16 LF establece que el Patronato podrá delegar sus facultades en uno o más de sus miembros. Es importante atender, a los efectos de art. 290 CP que no son delegables la aprobación de las cuentas y del plan de actuación, la modificación de los Estatutos, la fusión y la liquidación de la fundación ni aquellos actos que requieran la autorización del Protectorado³¹⁷, al igual que ocurre, como veremos en la LSC.

5. *Sociedades mercantiles*

Sobre las sociedades mercantiles no hay dudas, como su propio nombre indica, del carácter mercantil. El art. 116 CCom establece que es una sociedad mercantil “El contrato de compañías, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya

³¹⁷ GALLEGO DÍAZ, RDPP 14 (2005), 34 s afirma como los art. 291, 292 y 293 no se pueden aplicar a las fundaciones porque no puede hablarse ni de socios ni de asociados que ostenten derechos de participación o al menos de formación de la voluntad social. Sin embargo en la pág. 38 apunta cómo “El delito de falsedad documental societaria es perfectamente aplicable a las fundaciones, pues en relación con ellas concurren todos los elementos típicos, a excepción de que con el falseamiento de la documentación social sólo se pueda causar un perjuicio económico a la propia fundación o a un tercero, únicos titulares de los patrimonios puestos en peligro o lesionados por la acción típica, puesto que en estas entidades no existen socios”.

constituido con arreglo a las disposiciones de este Código. Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos”.

El art. 122 CCom estipula que por regla general las sociedades mercantiles se constituirán adoptando alguna de las formas siguientes: la regular colectiva, la comanditaria, simple o por acciones, la anónima y la de responsabilidad limitada. Posteriormente, el art. 124 CCom completa el catálogo con los tipos societarios de la mutua y las cooperativas.

Por su parte, el art. 1 LSC establece que “Son sociedades de capital la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones”.

En consecuencia, en la actualidad, es la LSC la que regula la sociedad mercantil que analizaremos en profundidad en este trabajo, tanto en lo relativo a los órganos de gestión, como en concreto a las cuestiones relativas a la redacción de las cuentas anuales (y demás documentos objeto material del art. 290). Prescindo por tanto ahora de dar más detalles pero si quisiera anotar dos cuestiones. La primera es que justamente es la LSC la Ley que más y mejor desarrolla las competencias del órgano de administración de una empresa y, en muchas ocasiones, a falta de disposiciones concretas al respecto en otras leyes será precisamente esta la que de manera análoga se emplea. La segunda, en relación con la anterior, es que la mayoría de la doctrina considera que el legislador, cuando redactó el art. 290 CP estaba pensando en sociedades mercantiles y más en concreto en la Sociedad anónima³¹⁸.

6. Algunas reflexiones finales

La enumeración que hace el legislador en la primera parte del art. 290 CP superpone “especies y géneros”³¹⁹. En este sentido, el legislador menciona expresamente, por ejemplo, a las cooperativas y las mutuas, lo cual resulta

³¹⁸ RODRÍGUEZ RAMOS, BICAM 1 (1996), 75, 78; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, en: VV.AA., El nuevo Código Penal, 1996, 360; CASTRO MORENO, JpD 21 (1998), 47.

³¹⁹ Así, FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 115; CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios, I, 2004, 1130.

cuanto menos redundante³²⁰, ya que ambas, como se ha dicho, son sociedades mercantiles de base mutualista entre las que no existen las diferencias suficientes como para requerir su mención por separado. Pero es que deja de mencionar otro tipo de sociedad de base mutualista como las dos anteriores: la sociedad de garantía recíproca, y esto no parece tener ninguna justificación y por tanto demasiado sentido. En todo caso siendo las dos sociedades (la cooperativa y la mutua) mercantiles la mención expresa a ellas parece innecesaria.

Innecesaria y reiterativa es la alusión a las Cajas de Ahorro, que son entidades de crédito y fundaciones de empresa³²¹, por lo que podrían haber quedado incluídas en alguno de estos dos tipos de sociedades sin necesidad de hacer referencia expresa a ellas.

Tampoco se entiende por qué, si lo que se pretendía es recoger una lista que abarcase el mayor número de sociedades (aunque el criterio de cuales introducir y cuales no sea discutible), se mencionan expresamente las fundaciones y, sin embargo, no se contemplan las asociaciones cuando ambas son entidades sin ánimo de lucro y, si bien existen diferencias entre ellas, el contrato social es muy similar³²².

Pero además de estas superposiciones u omisiones por parte del legislador, se reproduce el problema de que el art. 297 CP considera sociedad a entidades en las que resultarán inaplicables algunos delitos recogidos en el capítulo³²³. Así, por ejemplo, sucede que las Cajas de Ahorro no tienen socios ni Consejo de Administración, ni accionistas, con lo cual se cuestiona si serán aplicables o no los arts. 291 CP a 293 CP. Igual duda se plantea con las cooperativas, porque la cooperativa no tiene Junta de accionistas. Pero es que, además, por el sistema de cuotas por el que funciona una cooperativa ningún órgano puede imponer acuerdos contrarios a sus intereses, extremo que

³²⁰ Así también, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 49; CASTRO MORENO, JpD 21 (1998), 49.

³²¹ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 49; CASTRO MORENO, JpD 21 (1998), 50.

³²² Sin contar que, y en la parte más directamente relacionada con este trabajo, ambas tienen obligaciones contables muy similares V. GIL DEL CAMPO, Fiscalidad, 2005, 600 ss.

³²³ QUINTERO OLIVARES, en: Jornadas, 1998, 174.

también genera dudas en relación a la aplicación de los arts. 291 y 292 CP³²⁴. Y lo mismo sucede con las fundaciones, donde no hay un Consejo de Administración sino un Patronato, ni tampoco contempla el órgano de la Asamblea General³²⁵.

Sin embargo, si bien es verdad que se pueden hacer las objeciones ahora efectuadas al art. 290 CP, también considero que la opción del legislador de determinar un concepto de sociedad a efectos penales ha sido todo un acierto. Es decir, pienso que la opción de introducir esta definición evita muchos más problemas -aunque surjan otros, que considero siempre serán de menor calado- que si en el CP no se hubiese ofrecido un concepto de sociedad.

En primer lugar el hecho de que algunos de los tipos (especialmente de los art. 291 a 293 CP) parezcan de discutible aplicación en algunas de las sociedades no considero que sea un problema mayor. Si en una sociedad, justamente por su estructura societaria de administración y representación no hay lugar a que se den estos tipo delictivos es una cualidad excepcional y por tanto no veo problema alguno. Por otro lado, una segunda cuestión será la imposibilidad de aplicación de algunos de estos ilícitos por la forma de administración prevista para algunas de las formas societarias. Entonces, en esos casos, o más bien en concreto en el art. 290 CP, se verá si es posible, a través de la figura del administrador de hecho y del contenido que a este se le de, que las conductas de falsedad en documentos sociales se puedan desarrollar en todas o sólo en algunas de las sociedades. El mismo análisis se deberá hacer con el resto de delitos societarios, y en especial, con el art. 295 donde también el sujeto activo posible es el administrador de hecho. Este análisis, obviamente no será en este trabajo; pero en todo caso, la idea que quisiera transmitir es que no veo problema en que, una vez otorgado un concepto

³²⁴ CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios, I, 2004, 1131.

³²⁵ De esta opinión es, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, AJA 238 (1996), 1. También, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1996, 42, si bien no se posiciona expresamente sí lanza la cuestión y parece estar de acuerdo con esta postura diciendo que “al fin y al cabo, una opción legislativa como ésta podrá justificarse siempre argumentando que es en la sociedad anónima –como tipo social característico de la gran empresa- donde más justificación encuentra una posible intervención penal, por la mayor inaccesibilidad e inviabilidad práctica de los mecanismos de control de naturaleza mercantil”.

de sociedad por el art. 290 CP las conductas delictivas previstas en el Cap. no se puedan dar en todas las formas sociales.

B. La expresión “cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de manera permanente en el mercado”

1. El legislador, tras la enumeración de las sociedades comentadas, completa el precepto con una fórmula analógica que exige dos requisitos. Por un lado, una determinada forma social, que será aquella análoga a cualquiera las formas sociales enumeradas anteriormente en el precepto y, por otro lado, la exigencia de la participación permanente en el mercado³²⁶. Por tanto, anticipo en este momento que considero que son dos los requisitos que se exigen por el art. 297 CP y no uno u otro alternativamente³²⁷.

La mayoría de la doctrina se centra en la discusión acerca de cuál es la clave o la característica fundamental de la fórmula desarrollada en el art. 297 CP. La discusión se centra en considerar si ésta es la exigencia de personalidad jurídica con referencia a esa “análoga naturaleza” -cuestión ésta en la que me detendré más adelante-, o si por el contrario lo realmente decisivo y determinante es la permanencia en el mercado³²⁸.

³²⁶ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 41 s.

³²⁷ De esta manera DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 41. En parte es el planteamiento de FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 113, quien, a pesar de poner el acento en la “naturaleza análoga”, dice que esta cláusula se concreta en la coletilla final que ha de tratarse de entidades que para el cumplimiento de sus fines participen de modo permanente en el mercado.

³²⁸ Así FARALDO CABANA (con el matiz explicado en la n. anterior) y GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1996, consideran que la característica fundamental es la análoga naturaleza, que recaerá, justamente, en la personalidad jurídica. Así también: SUÁREZ GONZÁLEZ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.)/JORGE BARREIRO (Coord.), Comentarios, 1997, 850. Por el contrario, una más numerosa doctrina considera que no es ésta la característica, poniendo el acento en la participación en el mercado. De esta manera, para BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, Derecho penal económico, 2ª, 2010, 618, es la expresión “participar de modo permanente en el mercado” en torno a lo cual han de rotar todas las cuestiones. De este modo, entienden que deben quedar excluidas del precepto las sociedades mercantiles que no participen de modo permanente en el mercado, y, al contrario, quedar abarcadas otras entidades, sociedades civiles, asociaciones o, incluso, entes sin personalidad jurídica por participar de modo permanente en el mercado.

DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios, 1998, 76, entiende que la interpretación de la cláusula “entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de forma

2. Yo considero, como también lo hace algún autor³²⁹, que lo que el legislador pretende es establecer un criterio doble y no un criterio exclusivo por lo que para entender que estamos ante una sociedad incluida dentro del ámbito del art. 297 CP, esa “naturaleza análoga”, cuyo contenido se determinará a continuación, y la “permanencia en el mercado”. Pienso que el precepto es claro en este sentido.

Será por tanto imprescindible concretar, en primer lugar, el contenido de la expresión “entidades de análoga naturaleza que participen de forma permanente en el mercado”, y para ello es necesario disipar al menos dos cuestiones. La primera es si la análoga naturaleza hace referencia sólo a las sociedades mercantiles, última de las formas mencionadas expresamente por el artículo o si, por el contrario, hace referencia a algo en común a todas las formas referidas a lo largo de toda la cláusula, es decir, cooperativa, Cajas de Ahorro, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación y sociedad mercantil. La segunda de las cuestiones es determinar qué significa en concreto el carácter permanente en el mercado, es decir, qué se exige para entender que una sociedad actúa permanentemente en el mercado.

3. En relación con lo primero, es decir, a qué entidades ha de ser análoga la sociedad, la doctrina está dividida entre aquellos que opinan que la analogía ha de ser en relación a las entidades justo antes mencionadas, es decir las

permanente en el mercado’ debe ser amplia y funcional de modo que, independientemente de la forma que adopte la entidad, cualquier colectividad, agrupación de personas o asociación, que forme una unidad económica, con o sin naturaleza jurídica corporativa, constituida formalmente o por constituir, que haya nacido con el fin de incorporarse al tráfico económico, que, de hecho, participe en el mismo de forma activa, generando núcleos de relaciones y de intereses similares a los de las estructuras societarias formalizadas, debe de quedar incluida dentro del concepto penal de sociedad”. Por ello, las comunidades de bienes, las cuentas en participación o las uniones temporales de empresas también considera deben incluirse en el concepto penal de sociedad del art. 297 CP. Igualmente, CONDE-PUMPIDO TORURÓN, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.), Código penal comentado, 2ª, 2004, 896, para quien la nota en común es que “participe de modo permanente en el mercado para el cumplimiento de sus fines”; entiende así que se podrán incluir las comunidades de bienes, a las sociedades civiles y en general a todas aquellas que participen de manera permanente en el mercado; BACIGALUPO, Curso, 2005, 418, no pone el acento en la personalidad jurídica; por el contrario, considera que hay que interpretar teleológicamente la disposición, en relación con el bien jurídico protegido en los delitos societarios, de modo que “una interpretación demasiado restrictiva referida exclusivamente a la personalidad jurídica, importaría una limitación difícil de justificar político-criminalmente. Así, no se deberían excluir las comunidades de bienes, ni las uniones temporales de empresa, ni las cuentas de participación”.

³²⁹ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 43.

sociedades mercantiles³³⁰, y aquellos que consideran que esa analogía no puede ser en relación exclusiva a la sociedad mercantil, sino a todo el conjunto de sociedades enumeradas anteriormente³³¹, conforme a un argumento de tipo gramatical y fundamentalmente a un argumento de política criminal. Los argumentos gramaticales vendrían referidos a que si el legislador hubiera querido hacer referencia sólo a la sociedad mercantil hubiera tenido que introducir una partícula “o” antes del término “sociedad mercantil”³³². Personalmente creo que esta consideración gramatical no es decisiva, en tanto que en la manera en que está redactado el artículo, la interpretación, podría ser tanto una como la otra. Puede que sea más correcta gramaticalmente la frase con la inclusión de una “o” después de sociedad mercantil para entender que sólo se refiere a esta última, pero lo cierto es que el hecho de que ésta no esté situada en este lugar, sino después: sociedad mercantil o cualquier otra entidad (...) y no habiendo ninguna coma hasta el final de la frase, da lugar a que ambas interpretaciones sean posibles desde el punto de vista de estructura de la frase.

Considero que es el argumento político-criminal el realmente importante, porque si se entiende que el legislador sólo quería hacer referencia a las sociedades mercantiles la redacción habría sido otra y se hubiese centrado en exigir, simplemente, la concurrencia de las características propias de éstas, habría tenido que hallar los puntos de encuentro con las peculiaridades de ésta, esto es: “la obtención de beneficios a través del desarrollo de una actividad sea económica o industrial”³³³, es decir, la obtención de beneficios y el ánimo de lucro. Además, si se interpreta que la analogía lo ha de ser exclusivamente con las entidades mercantiles, la pregunta es, ¿qué otra figura social, aparte de las entidades mercantiles previstas en el CCom y la LSC, que ya están incluidas

³³⁰ Así JIMÉNEZ VILLAREJO, BICAM 1 (1996) 20; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, 1996, 350.

³³¹ RODRÍGUEZ RAMOS, BICAM 1 (1996), 80; CASTRO MORENO, JpD 21 (1998), 52; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, 4ª, 2013, 449.

³³² RODRÍGUEZ RAMOS, BICAM 1 (1996), 80.

³³³ RODRÍGUEZ RAMOS, BICAM 1 (1996), 80.

dentro del concepto de sociedad mercantil, tendría esa análoga naturaleza? Desde mi punto de vista la cláusula quedaría vacía de contenido³³⁴.

Pongo también en duda la coherencia que tendría toda la numeración que el legislador realiza si se terminase por entender que ha de reducirse la cláusula final a aquellas sociedades que realicen una actividad mercantil. De esta manera, se quedarían fuera del concepto normativo de sociedad formas sociales como, por ejemplo, las asociaciones, por no tener igual naturaleza que una sociedad mercantil, y no se entendería la opción de introducir sin embargo, por ejemplo, a las fundaciones. Igualmente, de esta manera quedarían también excluidas las sociedades civiles porque no tienen naturaleza mercantil, solución que no casa bien desde el planteamiento amplio de sociedad que se ha considerado adopta el CP y sobre todo con el hecho de que una sociedad civil, aun no teniendo naturaleza mercantil, tiene una organización interna que puede llegar a ser muy similar a la de una auténtica sociedad mercantil y puede actuar en el mercado como una de ellas³³⁵.

En el ordenamiento español todas las sociedades, sean civiles³³⁶ o mercantiles³³⁷, gozan de personalidad jurídica³³⁸, a excepción de las sociedades civiles que mantengan sus pactos secretos entre los socios, de manera que cada

³³⁴ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 113, considera sin embargo que la razón de la larga enumeración de entidades que contiene el artículo 297 CP se explica en la exigencia de que la entidad participe de modo permanente en el mercado, porque entiende que se pretende que los delitos societarios se apliquen a todos los empresarios mercantiles personas jurídicas, excluyendo únicamente al comerciante individual y a los empresarios civiles.

³³⁵ Lo que se confirmaría, además, por la idéntica vulneración de bienes jurídicos que puede producirse en esas entidades.

³³⁶ La interpretación *a sensu contrario* del art. 1669 CC es lo que viene a estipular. “No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros/Esta clase de sociedades se registrará por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes”. Por tanto, todas las demás sociedades civiles, tendrán personalidad jurídica. Extensamente, sobre la personalidad jurídica de la sociedad civil, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, La fundación de la sociedad anónima, 1996, 314 ss.

³³⁷ Art. 116 CCom. “El contrato de compañías, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código/Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos”.

³³⁸ El art. 35 CCom. establece: “Son personas jurídicas: 1. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas/ 2. Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.”

uno de éstos contrata en su propio nombre con los terceros. Por un lado existen las sociedades civiles, con forma civil, entre las que cabe diferenciar: la sociedad civil interna y la externa. La primera se caracteriza por el hecho de que los pactos entre los socios se mantienen secretos y son los socios quienes actúan en el tráfico mercantil, contratando en su propio nombre (y no en el de la sociedad) con terceros. Dicha sociedad, aquella que tiene sus pactos secretos, carece de personalidad jurídica y le son de aplicación las normas de la comunidad de bienes (art. 1669 CC). Por su parte, la sociedad civil, podríamos denominar externa (art. 1665 y 1669 CC *a sensu contrario*), está estructurada y organizada como tal sociedad para actuar en el tráfico mercantil y en nombre propio como tal entidad. Ésta sí tiene personalidad jurídica, por tanto esta sociedad civil puede también tener forma mercantil, se registrará por normas del CCom y se podrá inscribir en el Registro Mercantil³³⁹.

Estoy de acuerdo con FARALDO CABANA en la afirmación de que el legislador ha querido excluir del ámbito de protección de la norma a las sociedades civiles no dedicadas a la realización de actividades mercantiles, pero no a aquellas que sí realicen actividades mercantiles³⁴⁰; conclusión que además tiene una relación directa con la protección del bien jurídico en el art. 290 CP³⁴¹.

Por tanto, considero que la interpretación más adecuada es la de entender que la expresión hace referencia a la necesidad de buscar una analogía con todas las formas sociales enumeradas por el legislador en el precepto. Como advierten DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO Y POLO VEREDA³⁴², la remisión se hace al conjunto de las sociedades mencionadas anteriormente, y no a cada una de ellas por separado, lo que significa que es necesario determinar el elemento común a todas y que será el denominador de la cláusula. Concluyo, como lo hace buena parte de la doctrina, que el contenido de la análoga naturaleza se refiere a la personalidad jurídica, porque “todas las sociedades enumeradas en la lista comparten un mismo denominador en cuanto

³³⁹ Además la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de febrero de 2001 ya reconoció la personalidad jurídica de la sociedad civil.

³⁴⁰ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 109.

³⁴¹ V. Cap. 3 donde se asume que el art. 290 CP protege la funcionalidad del documento conjuntamente con el patrimonio.

³⁴² DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 42.

a su naturaleza: todas son personas jurídicas. No existe un elemento común relativo a su naturaleza más importante que éste³⁴³. De esta manera, toda persona jurídica no incluida en los anteriores conceptos, como por ejemplo la asociación, sociedad civil, comunidad de propietarios, etc. estará incluida dentro de la definición siempre que para el cumplimiento de sus fines participe permanentemente en el mercado.

Por el contrario, no lo estarán “aquellos conjuntos carentes de naturaleza corporativa y de personalidad jurídica pero que pueden intervenir activamente en el tráfico económico”³⁴⁴ como las comunidades de bienes o las cuentas en participación³⁴⁵. Y no lo estarán porque la clave interpretativa final del precepto ha de tener la mirada puesta no ya en la ajenidad de la administración del patrimonio, sino en la estructura societaria. En otras palabras, como dije anteriormente, lo realmente importante es la estructura del sistema, de ese pequeño subsistema que es la sociedad, y que caracteriza a los delitos societarios tal y como se exponía anteriormente. No lo es en este sentido por ejemplo, la comunidad de bienes la cual no tiene personalidad jurídica y no puede en su actuación en el mercado afectar de la misma manera bienes jurídicos.

No estoy de acuerdo con parte de la doctrina que entiende que “sociedad será toda colectividad de bienes o personas que actúe permanentemente en el mercado, siempre que haya un cierto grado de ajenidad en la administración de ese patrimonio separado”³⁴⁶. No puedo compartir esa posición que considera que en realidad estos delitos no son societarios, sino más bien modalidades de lesión y de peligro de administración desleal de bienes ajenos³⁴⁷, donde el objeto

³⁴³ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 42. Además, para estos autores, la personalidad jurídica, pág. 42 “no sólo representa un criterio claro y sólido, sino que resulta plenamente coherente con la noción de bien jurídico aquí defendido, pues la característica esencial de la personalidad jurídica es la titularidad propia de un patrimonio, lo que dota de pleno sentido al hecho de que estos delitos tengan por lo general como bien jurídico al patrimonio y como sujeto pasivo precisamente a la propia sociedad del art. 297 CP”.

³⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1996, 40.

³⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1996, 40. En sentido contrario, incluyendo estas figuras por entender que no se requiere el requisito de la personalidad jurídica, RODRÍGUEZ RAMOS, en: Jornadas, 1998, 190.

³⁴⁶ RODRÍGUEZ RAMOS, en: Jornadas, 1996, 191.

³⁴⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, en: Jornadas, 1996, 191.

de protección será la salvaguarda del patrimonio administrado por un tercero, siempre que pertenezca a una colectividad³⁴⁸. Como ya se ha dicho, entiendo que los delitos societarios tienen una caracterización especial, una de cuyas peculiaridades es justamente la organización societaria que sostiene un concepto amplio de sociedades en el sentido que se expresaba en el apartado anterior en cuya noción no encajarán, por ejemplo, las comunidades de bienes, donde desde luego también se pueden lesionar bienes jurídicos, pero antes estas acciones el Derecho penal tiene otras respuestas, no éstas específicas y limitadas al ámbito societario al cual, en este trabajo, se le ha dotado de unas características que no todas las estructuras societarias cumplen.

También, de esta manera, la interpretación del precepto es más coherente con la asunción que entiendo hace el CP del concepto de sociedad en la forma que desarrollaba en el apartado relativo al concepto de delito societario³⁴⁹. Considero que el legislador ha adoptado un concepto de sociedad en el cual quedarían englobadas tanto las sociedades civiles como las mercantiles, pero restringiendo después las primeras a algunos de sus tipos, aquellas que desarrollen actividades en el tráfico mercantil para cumplir sus fines. Considero, por tanto, también, como hace PÉREZ VALERO³⁵⁰, que el CP ha pretendido “colocarse por encima de la polémica acerca de la naturaleza civil o mercantil de todas las entidades”, al conceder protección penal a aquellas civiles que intervengan de manera permanente en el mercado. De esta manera se evitan incongruencias ya manifestadas anteriormente, como es la no inclusión de las asociaciones dentro del concepto normativo de sociedad, siendo que sí se incluyen las fundaciones, institución muy similar a la asociación. Igualmente se evita la exclusión de las sociedades civiles que pueden tener una estructura societaria compleja semejante a las propuestas en el precepto y que, si bien no sean mercantiles, sí que realizan sus actividades permanentemente en el mercado para el cumplimiento de sus fines.

³⁴⁸ RODRÍGUEZ RAMOS, en: Jornadas, 1996, 191.

³⁴⁹ V. lo dicho en el apartado C, Cap. 1, Parte Primera.

³⁵⁰ PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 186.

4. Esto nos lleva a la segunda de las cuestiones que se planteaban en esta cláusula, es decir, sobre el contenido de la permanencia en el mercado, la doctrina halla más puntos de encuentro, aunque no en todo. Una cuestión que parece aceptada por todos es que la expresión no significa que la empresa esté permanentemente activa en el mercado de manera indefinida, sino que lo que ha de ser permanente en el mercado es la satisfacción de sus fines, esto es: “que si la sociedad tiene una actividad social de dos años y un minuto, que durante ese tiempo sus fines se realicen a través del mercado”³⁵¹.

La cuestión problemática que se plantea es si aquellas sociedades que se crean de manera ocasional para una actividad concreta (por ejemplo la sociedad que se creó para la EXPO del 92³⁵²) con una duración determinada encajarían en el concepto de sociedad del art. 297 CP, o, por el contrario, no. La mayoría de la doctrina, en cuanto al término “permanencia”, se inclina por descartar una interpretación literal y estricta, referida a las sociedades con un carácter temporalmente indefinido³⁵³. En este sentido, se entiende que el requisito de la permanencia ha de interpretarse de una manera flexible³⁵⁴ y que “lo determinante para la inclusión de estas entidades en el precepto no ha de ser el carácter indefinido del período de constitución, sino la creación de una estructura societaria estable y definida susceptible de poner en juego los intereses tutelados”³⁵⁵, aunque no sea de manera indefinida³⁵⁶, sino con término. Es esa estructura estable la que permite la realización de las conductas

³⁵¹ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 46. En igual sentido POLO VEREDA, LL 1998-2, 2044; DÍAZ- MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 45.

³⁵² Exposición Universal que se celebró en Sevilla en el año 1992 coincidiendo con el V Centenario del Descubrimiento de América con el fin de mostrar las cualidades de España y Latinoamérica.

³⁵³ Por todos FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 109 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 451.

³⁵⁴ DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios, 1998, 74; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 452 s., considera que la nota de permanencia en el mercado implica que la sociedad participe en el mercado para la consecución de sus fines regularmente y no de una manera ocasional o puntual, lo que *a sensu contrario* también significa que ocasionalmente o puntualmente la sociedad típica pueda satisfacer sus fines fuera de él.

³⁵⁵ Así GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1996, 41 s. También pero en otra línea ya que vincula esta decisión con la exigencia o no de personalidad jurídica, BACIGALUPO, Curso, 2005, 418. En concreto en esa página dice, “la nota esencial a la que se debe referir la analogía es el aspecto organizativo de la entidad y no su personalidad jurídica”

³⁵⁶ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, AJA 389 (1999), 3.

prohibidas y, por ello, bastará con que se de este carácter³⁵⁷ para entender que se cumple el requisito de la permanencia en el mercado³⁵⁸. Considero que esta es la interpretación más adecuada y correcta, si bien tendremos siempre que atender a lo que advierte SÁNCHEZ ÁLVAREZ³⁵⁹, que “el dato de la actuación permanente en el mercado es un hecho y no un dato jurídico, por lo que su concurrencia debe ser apreciada en cada caso por los tribunales”.

C. Un supuesto problemático. Las sociedades irregulares.

1. Antes de la entrada en vigor en el año 2010 de la LSC, que regula en los arts. 33 a 40 las sociedades en formación y las sociedades irregulares, eran los arts. 15 y 16 LSA los que recogían estos supuestos. La LSC es un texto refundido de varios textos legales, en concreto: la LSA, la LSRL, la Sección 4ª del Tít. I del Libro II del CCom, sobre sociedades comanditarias, y el Tít. X LMV, relativo a sociedades anónimas cotizadas.

El fenómeno de las sociedades irregulares no es extraño o infrecuente en nuestra realidad jurídico-práctica, sino más bien al contrario, es para algunos un “problema palpable”³⁶⁰. De este modo en la práctica, se pueden dar diferentes posibilidades de irregularidad social que ahora veremos. En todos estos casos la cuestión fundamental es que éstas desarrollan operaciones sociales cuando aún no están inscritas en el Registro Mercantil, es decir, no han adquirido todavía personalidad jurídica. Esto puede darse en sociedades con finalidades bien diferentes: porque esté en formación o porque tiene voluntad de “irregularidad”.

Por el momento advertiré dos cuestiones. La primera es que estamos hablando de dos realidades diferentes cuándo hablamos de sociedad en formación (expresamente incluidas en el art. 297 CP) y cuándo nos referimos a

³⁵⁷ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, AJA 389 (1999), 3.

³⁵⁸ En este sentido se expresan, además de los autores ya referidos, con diferentes expresiones pero con igual base CASTRO MORENO, JpD 21 (1998), 53 s.; MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 2005, 367.

³⁵⁹ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Lo delicto societarios, 1996, 51.

³⁶⁰ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 108. BROSETA PONT/MARTÍNEZ SANZ, Manual, I, 2011, 343 califican la situación de la sociedad devenida irregular como de “patológica”.

la sociedad irregular. Y que además, no existe sólo un supuesto de sociedad irregular. Como pone de relieve la doctrina³⁶¹ y atendiendo a lo que sucede en la práctica comercial cotidiana, podemos encontrar dos tipos de sociedad irregular. El primero sería el de aquella sociedad que no inscribiendo en el Registro Mercantil su constitución deviene irregular automáticamente con el paso de un año desde la constitución de ésta y la omisión de inscribirse (es decir, cuando deja de estar en formación). El segundo supuesto sería el de la sociedad que desde el inicio de la actividad es una sociedad irregular, dándose de alta con un CIF como sociedad irregular y comienza a llevar a cabo un objeto mercantil.

Por tanto, en cualquiera de estas formas de sociedad irregular nos encontramos con que este fenómeno es un problema porque también en esta fase en el seno de la sociedad se pueden cometer delitos³⁶² y a pesar de que no hay estudios empíricos fiables acerca de la habitualidad de este tipo de sociedades en el tráfico jurídico, lo cierto es que parece que esta situación no sea banal³⁶³.

2. La respuesta a la cuestión de si la sociedad irregular entra o no dentro de la definición del art. 297 CP se encuentra dividida en dos.

En primer lugar hay quien considera que las sociedades irregulares encajan dentro de la definición del art. 297 CP, si bien lo hacen por diferentes motivos. Algunos autores consideran que esto es así porque, como antes se advertía, ponen el acento en que lo importante es que la sociedad participe de modo permanente en el mercado para el cumplimiento de sus fines³⁶⁴ y no la personalidad jurídica de ésta por lo no habría ningún motivo para excluir la inclusión de las sociedades irregulares del art. 297 CP. Por su parte, otro autor, CASTRO MORENO, considera que el encaje es adecuado por considerar que la sociedad irregular es una sociedad de análoga naturaleza de las que se enumeran específicamente en el art. 297 CP, porque sí tiene personalidad

³⁶¹ VALPUESTA GASTAMINZA, EH-M. Planas, 2011, 839 s.

³⁶² GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1996, 43.

³⁶³ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 108.

³⁶⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, BICAM 1 (1996), 75 ss.; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 54; DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios, 1998, 77; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 52 ss.

jurídica y por tanto no hay ninguna dificultad en su inclusión³⁶⁵ y SÁNCHEZ ÁLVAREZ mantiene que la sociedad irregular quedará incluida en la definición de sociedad del CP porque “cuando el Código hace mención de éstas parece que no lo hace en el sentido técnico adecuado sino más bien como un intento de abarcar todo el campo de la vida de la sociedad, así que no habría ningún problema en entender que el art. 297 CP abarca también a la sociedad irregular, porque actúa en el tráfico jurídico”³⁶⁶.

En segundo lugar, otra parte de la doctrina, por el contrario, considera que la sociedad irregular quedará excluida de la definición normativa de sociedad del art. 297 CP³⁶⁷, porque éstas no son sociedades en formación, y es más, son sociedades que no tienen tampoco intención de inscribirse en el Registro Mercantil.

3. Antes de posicionarme a sobre cual es la interpretación más adecuada acerca de la inclusión o no de la sociedad irregular en el art. 297 CP considero que es necesario abordar la problemática desde el análisis de todos los supuestos de sociedad irregular posibles, especialmente a tenor de la LSC y las diferencias entre sociedad irregular (en sus dos modalidades) y sociedad en formación.

De los arts. 36 a 39 LSC se puede concluir que una sociedad está en formación cuando, habiendo sido escriturada, está en espera de ser inscrita en el Registro Mercantil. Así, se podrá entender que jurídicamente una sociedad está en formación desde el momento en que se inicia el primer acto del proceso legal fijado para su constitución (escritura pública de constitución), y dura hasta la efectiva y formal existencia de la sociedad como persona jurídica (inscripción en el Registro Mercantil) sea cual sea su forma³⁶⁸. La sociedad en formación no

³⁶⁵ En este sentido CASTRO MORENO, JpD 21 (1998), 56, alegando que el segundo número del antiguo art. 16 LSA establecía que, si la sociedad irregular ha iniciado o continúa sus operaciones, le serán de aplicación las normas de las sociedades colectivas mercantiles, o en su caso, de las sociedades civiles.

³⁶⁶ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 53 s.

³⁶⁷ Consideran que no entra dentro de la definición GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1996, 44; FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 113; MARTÍN PALLÍN, en: SERRANO BUTRAGUEÑO (Coord.), Comentarios, 1999, 1408.

³⁶⁸ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 52 ss.

tiene otra pretensión que la de ser un modelo que explique, la situación en la que una sociedad ya ha sido constituida como anónima porque se ha otorgado la correspondiente escritura pública, pero que aún no ha sido inscrita en el Registro Mercantil³⁶⁹. No constituye un tipo societario más, sino una situación provisional que responde a la normal duración del proceso fundacional de una SA, SRL, etc., que va desde el otorgamiento de la escritura pública hasta su inscripción registral³⁷⁰.

El art. 33 de la LSC establece que con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido, es decir, sociedad anónima, sociedad limitada, sociedad comanditaria (...) y es el art. 38 LSC el que establece el régimen transitorio de la sociedad en formación al momento en el que adquiere personalidad jurídica y se convierte en una sociedad inscrita, advirtiendo que una vez inscrita, la sociedad quedará obligada por aquellos actos y contratos a que se refiere el capítulo anterior así como por los que acepte dentro del plazo de tres meses desde su inscripción. Es entonces cuando, en ambos supuestos, cesará la responsabilidad solidaria de socios, administradores y representantes.

Conforme a la LSC se entenderá que una sociedad es irregular desde el momento en el que se verifique la voluntad de no inscribir la sociedad y, en todo caso, siempre que transcurra el plazo de un año desde la constitución de la sociedad y no se realice su inscripción en el Registro Mercantil, ésta se entiende querida. En este sentido la sociedad irregular se podría entender como una forma de terminación de la sociedad en formación³⁷¹.

A mi entender la cuestión es sencilla: la propia lógica del sistema determina que cuando la sociedad que se encuentra en formación abandona la consecución de su objeto social específico –esto es, obtener la inscripción-, y, en lugar de liquidarse continúa su actividad en el tráfico con normalidad, no puede seguir siendo considerada sociedad en formación. Esto obliga a la sociedad a abandonar el régimen jurídico según el cual venía actuando hasta el momento y

³⁶⁹ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, La fundación de la sociedad anónima, 1996, 257.

³⁷⁰ CABANAS TREJO/BONARDELL LENZANO, Sociedad irregular, 1997, 17.

³⁷¹ SÁEZ LACAVE, La sociedad mercantil, 2001, 121.

acogerse a las reglas previstas para las tipologías defectuosas³⁷². La ley lo que utiliza es la técnica de la conversión³⁷³. Es decir, la LSC (en esto también la LSA) optan por utilizar la técnica de la conversión de la sociedad irregular en sociedad colectiva o civil, dependiendo del caso, por lo que ésta se regulará por lo dispuesto en los arts. 1669 CC, 116 CCom y 35 CC.

Es el art. 39 LSC el que prevé por tanto este supuesto de transformación forzosa de la sociedad en formación defectuosa y establece que desde el otorgamiento de la escritura, sin que se haya solicitado su inscripción, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil si la sociedad en formación hubiera iniciado o continuado sus operaciones. Pero en todo caso con este devenir irregular de la sociedad cualquier socio podrá instar la disolución de ésta ante el juez de lo mercantil del lugar del domicilio social y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la cuota correspondiente.

Son los arts. 39 y 40 LSC los que “parecen indicar expresamente que la sociedad irregular es una sociedad en formación devenida irregular”³⁷⁴, de forma que en principio fortalecería la interpretación de que la sociedad irregular como sociedad en formación, (que posteriormente deviene irregular) deberá ser tratada como sociedad en formación hasta ese momento³⁷⁵. Pero esto no prejuzga sin embargo desde qué momento se aplican las reglas de la sociedad colectiva o civil, y tampoco si la “sociedad devenida irregular” es “en formación” hasta ese momento, e irregular –colectiva o civil- a partir de entonces³⁷⁶.

4. Según lo expresado anteriormente, retomo los dos requisitos que tendrán que cumplir las sociedades para que sean consideradas incluidas dentro del art. 297 CP. El primero, el de la personalidad jurídica, y el segundo, el de la permanencia en el mercado.

³⁷² SÁEZ LACAVE, La sociedad mercantil, 2001, 401.

³⁷³ VALPUESTA GASTAMIZA, La sociedad irregular, 1995, 158; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, La fundación de la sociedad anónima, 1996, 354, 364 ss

³⁷⁴ VALPUESTA GASTAMINZA, EH-M. Planas, 2011, 854.

³⁷⁵ VALPUESTA GASTAMINZA, EH-M. Planas, 2011, 854.

³⁷⁶ VALPUESTA GASTAMINZA, EH-M. Planas, 2011, 854.

Pero es que nos encontramos que el antiguo art. 16 LSA y actuales arts. 39 y ss LSC, establecen que en el caso de que la sociedad irregular haya iniciado o continúe con sus operaciones, le serán de aplicación las normas de las sociedades colectivas mercantiles (si el objeto es mercantil), o en su caso, de las sociedades civiles (en caso de serlo civil)³⁷⁷. Es decir, a los efectos que nos interesa, pasa de ser una sociedad en formación (expresamente recogida en el art. 290 CP) a una sociedad irregular que tendrá personalidad jurídica porque le serán de aplicación las normas de las sociedades colectivas mercantiles o en su caso las civiles y las dos formas tienen personalidad jurídica.

5. Por todo lo anterior y concluyendo nos encontramos con que, si bien las sociedades irregulares no son sociedades en formación, no por ello estarán excluidas del art. 297 CP porque serán de análoga naturaleza ya sea a las sociedades colectivas mercantiles o civiles (con objeto mercantil).

Por tanto, respecto al primer supuesto de sociedades irregulares, aquellas que se convierten, a mi entender la clave interpretativa está en que la LSC es meridiana en relación a la sociedad irregular: lejos de dejarla sin personalidad jurídica o en un indeseado limbo, la LSC la convierte y la homologa a la sociedad colectiva mercantil o a la civil, dependiendo de la sociedad. Por tanto, en estos supuestos nunca dejará de tener personalidad jurídica, ya sea porque está en formación o porque conforme a la cláusula de conversión pasará a regularse por las normas para las sociedades colectivas mercantiles o civiles, siempre que los pactos no sean internos y tenga objeto mercantil. No tendrá ninguna de las formas societarias previstas en la LSC, pero esto no significa que no tenga personalidad.

Mayores problemas, en principio, surgen con el último grupo de sociedades irregulares que desde el inicio³⁷⁸, como he dicho antes, son

³⁷⁷ BROSETA PONT/ MARTÍNEZ SANZ, Manual, I, 2011, 344; SÁEZ, en: ROJO /BELTRÁN, Comentario, 2011, 456.

³⁷⁸ En palabras de VALPUESTA GASTAMIZA, Sociedad irregular, 2005, 19 aquella que “los socios desde un principio deciden prescindir de la inscripción”, lo cual la califica de una decisión legítima de los socios. Así en la pág. 19 s.: “La falta de inscripción es una opción legítima de los socios, que pueden deirla por razones de diverso tipo que se han expuesto en el Capítulo anterior a este trabajo. Nuestro derecho no les «castiga» por ellos, ni los expulsa del tráfico jurídico. Simplemente, el hecho de no estar inscritas ocasiona que no pueden obtener las consecuencias –más o menos beneficiosas- de la inscripción: no podrán oponer los pactos

irregulares aparentemente (ante la consideración de si tienen o no personalidad jurídica). Sin embargo, nos encontramos con que tradicionalmente la doctrina ha coincidido en señalar que la sociedad irregular, con la anterior regulación de la LSA -que se puede traspolar ahora a la LSC- no era más que una sociedad no inscrita por lo que su problema no será el de la falta de personalidad jurídica, sino simplemente la carencia de ésta en la publicidad registral³⁷⁹. Consideraban por tanto que la personalidad jurídica existe a pesar de su no inscripción y existe como sociedad mercantil, la cual surge en el mismo momento en que queda perfeccionado el contrato de sociedad, salvo en el caso de que las partes lo hayan excluido queriendo celebrar una sociedad meramente interna por lo que la eficacia del contrato no depende de la publicidad del hecho³⁸⁰.

Siguiendo esta tesis considero entonces que también aquellas sociedades irregulares, sin intención de inscribirse pero constituidas como sociedad (de cualquiera de sus tipos), tendrá personalidad jurídica y si de manera permanente actúa en el mercado (y, añadiría yo, tiene una clara estructura societaria en el sentido expuesto anteriormente) perfectamente será de las sociedades recogidas en el art. 297 CP.

inscritos, y en particular no podrán lograr una limitación de responsabilidad, total o parcial, si es que la deseaban”.

³⁷⁹ Por todos, GIRÓN TENA, Derecho de sociedades, 1976, 226 ss.

³⁸⁰ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, en: PAZ-ARES RODRÍGUEZ / Díez-PICAZO/BERCOVITZ/SALVADOR (Dirs.), Comentarios, II, 1991,1358; VALPUESTA GASTAMIZA, Sociedad irregular, 2005, 36 s. aunque con una argumentación diferente a la de GIRÓN TENA “ A nuestro juicio la personalidad jurídica de la sociedad irregular debe estar fuera de toda duda. En primer lugar, por la realidad de los hechos. Los socios han pactado constituirse como sociedad externa y han contratado con terceros en nombre de la sociedad, precisamente los terceros han aceptado esa vinculación con la sociedad. Negar que esa actuación ha existido es negar la realidad misma. Otra cuestión es el régimen que deba aparejarse a esa actuación social, que como hemos visto será el propio de la sociedad general.

CAPÍTULO 2:

DERECHO COMPARADO

I. JUSTIFICACIÓN DE ESTE CAPÍTULO

A las dificultades, ya desarrolladas y profundizadas en el primer capítulo de este trabajo, relacionadas con el contenido de los conceptos de “Derecho penal económico” y “Derecho penal societario”, se agregan las dificultades que en concreto presenta el Derecho comparado en cuanto a la definición del falseamiento de los documentos sociales que, en los diferentes países, se da de maneras muy distintas. No se ha profundizado aún en el estudio concreto del falseamiento de documentos sociales en la legislación española, pues esto se hará más adelante³⁸¹. Antes, se ha considerado importante el estudio de la legislación de dos Estados vecinos, tanto cultural como físicamente, como son Italia y Alemania; y esto sobre todo por el hecho de que las regulaciones de estos dos países son bastante diferentes, no sólo frente a la de España, sino también entre ellas. Esto permite estudiar cuales son los diferentes objetos de protección por parte de cada una de las legislaciones y por qué, así servirá para llegar luego a ciertas conclusiones sobre la regulación española, con el fin de efectuar una valoración más profunda.

La mencionada diversidad normativa impone un acercamiento diferenciado al estudio de ambas disciplinas. En este sentido, en primer lugar describiré la regulación italiana de manera “compacta”, esto es, analizando a la vez los dos artículos que tienen que ver con el falseamiento de cuentas, establecidos en el Código Civil Italiano (arts. 2621-2622). En cambio, para el estudio de la legislación alemana, esta labor es más difícil, pues la dispersión de las diferentes formas del denominado *Bilanzrecht* hace que no sea correcto emprender un análisis conjunto, en cuanto los distintos tipos penales que tratan de tema ya que no tienen muchas características en común. Además, debe advertirse que entre todos los artículos que en la legislación alemana se refieren de manera directa o indirecta a la falsedad en las cuentas anuales³⁸², se estudiarán profundamente los §§ 283.7 y 283b StGb, los §§ 331 y 332 HGB, y los §§399 y 400 AttKg, por ser los más importantes.

³⁸¹ Capítulo 3 y siguientes.

³⁸² Son los arts. §§ 264a 265b, 283.7 y 283b StGb, §§331 y 332 HGB, §§399 y 400 AttKg, §§82 y 84 GmbH y §147 GemG.

Otro motivo que aconseja desarrollar el estudio de la disciplina italiana y de la alemana, utilizando una metodología como la descrita, deriva del tipo de interés que esta materia ha suscitado para la doctrina de ambos países. Si en Italia el tipo penal de “falsedad en las cuentas anuales” (*falso in bilancio*) ha sido una incriminación muy estudiada, que ha generado polémicas prácticamente desde su introducción, en Alemania en cambio ha sucedido precisamente lo contrario: los tipos penales relativos a las falsas comunicaciones sociales han sido poco considerados por la doctrina.

II. – LA ALTERACIÓN DE DOCUMENTOS SOCIALES EN LA LEGISLACIÓN ITALIANA: LA FALSEDAD EN LAS CUENTAS ANUALES (ARTS. 2621-2622 CCI).

A. Introducción y evolución de este delito.

El texto de las comunicaciones sociales se remonta al núcleo más remoto del Derecho penal societario italiano³⁸³, teniendo su origen en la promulgación del Código de comercio de 1882, con el artículo 247, n. 1³⁸⁴. Este artículo castigaba, con pena pecuniaria, «a los administradores, directores, auditores y liquidadores que, en las acciones o en las comunicaciones sociales de cualquier tipo hechas a la asamblea general en las cuentas anuales o en las situaciones de las acciones, hayan enunciado conscientemente hechos falsos sobre las condiciones de la sociedad o hayan, en todo o en parte, escondido conscientemente hechos relacionados con las mismas condiciones». Además, en la legislación de la falsedad en los documentos sociales debía considerarse también el artículo 246 C.com, que esbozaba un delito análogo, pero

³⁸³ Las falsedades en las cuentas anuales son consideradas delitos desde hace más de un siglo. Cfr. BARTOLO, *False comunicazioni sociali*, 2004, 7.

³⁸⁴ NAPOLEONI, *Falsità nelle comunicazione sociali*, 1996, 23; BARTOLO, *False comunicazione sociali*, 2004, 8; NAPOLEONI, en: D'ALLESSANDRO (Dir.)/ NAPOLEONI (Coord.), *Commentario Romano*, III, 2010, 4 ss.; PERINI, en: D'ALLESSANDRO (Dir.)/ NAPOLEONI (coord.), *Commentario Romano*, III, 2010, 64. Así, la ubicación de los delitos de falsas comunicaciones sociales hasta ahora se ha encontrado fuera del Código Penal, lo que ha sido valorado positivamente por la doctrina. Al respecto, entre otros, ALESSANDRI, *Riv. It. Der. Proc. Pen.* 2 (1992), 491, quien afirma que de esta manera el Derecho penal no se aleja de los principios que informan la legislación civil.

concerniente a la fase constitutiva de la sociedad. Así, el artículo 246 sancionaba con las penas del delito de estafa, de hasta tres años de privación de la libertad, a los constituyentes y a los promotores que afirmasen falsamente la existencia de suscripciones ya acaecidas, con la finalidad de inducir al público a consignar y/o suscribir capital social. En 1930 ambas hipótesis delictivas fueron introducidas en un único artículo. El art. 2 de la ley n. 660 del 4 de junio de 1930 unificó ambas disposiciones y modificó la descripción del tipo penal como sigue: “los promotores, los administradores, los directores, los auditores y los liquidadores de las sociedades comerciales que, en los informes o comunicaciones hechas al público o a la asamblea, o en las cuentas anuales, fraudulentamente expongan hechos falsos sobre la constitución o sobre las condiciones económicas de la sociedad, o escondan en todo o en parte hechos concernientes a estas mismas condiciones”. De este modo se introducía al público (terceros) como posible destinatario de las falsas comunicaciones sociales, además de elevar la pena, previendo la reclusión de tres a diez años y la multa de diez mil a cien mil liras.

Finalmente, en 1942, con la reforma de los códigos, tuvo lugar una ulterior modificación, que transformó la falsedad en las cuentas anuales en una hipótesis regulada con el tipo penal el art. 2621 del Código civil, introducido en el “Título XI” relativo a las “Disposiciones penales en materia de sociedades y de consorcios”, del libro V (“Del trabajo”). Pero ni siquiera en esta ocasión se procedió a una automática traslación de las regulaciones precedentes, que en cambio sufrieron diversas modificaciones. La más significativa, junto a otras de importancia especialmente formal, es la drástica reducción de la pena detentiva³⁸⁵.

El artículo 2621 CC abre espacio a un buen número de cuestiones³⁸⁶: la doctrina penal, fundamentalmente ha resaltado lo concerniente a la interpretación del elemento subjetivo en relación al adverbio “fraudulentamente”, a la determinación del interés tutelado y al significado del sintagma

³⁸⁵ NAPOLEONI, Falsità nelle comunicazioni sociali, 1996, 27.

³⁸⁶ Sobre la regulación genérica de la falsedad en las cuentas anuales dentro de la normativa de 1942 hasta la reforma del 2002, entre otros: ZUCCALA, False comunicazioni sociali, 1954; GIULIANI-BALESTRINO, I problemi generali, 1978; MAZZACUVA, Problemi attuali, 1986; SCARLATO, Reati societari, 1997.

“comunicaciones sociales”. Algunas de estas cuestiones son aún hoy objeto de discusiones³⁸⁷.

En este escenario, en 1998 se instituyó la denominada Comisión Mirone, cuyo Proyecto luego se concretó en el Decreto legislativo n. 61 de 2002, que desarrolla el art. 11 de la ley de delegación n. 366 del 3 de octubre de 2001 (aunque con importantes diferencias entre el primer Proyecto y la posterior redacción del texto³⁸⁸). Este Proyecto³⁸⁹, que pretendía realizar una reforma general del Derecho penal societario, nació de la exigencia, compartida por todos, de racionalizar la materia³⁹⁰. Por un lado, existía la necesidad de una revisión de los tipos penales, algunos poco aplicados³⁹¹; y por el otro, la de una unificación con otros tipos penales, así como la necesidad de colmar vacíos y satisfacer nuevas necesidades de tutela³⁹².

³⁸⁷ BARTOLO, *False comunicazione sociali*, 2004, 14 ss., desarrolla los principales problemas.

³⁸⁸ El Proyecto Mirone fue concluido por la Comisión de estudio para la reforma del Derecho societario, formada en 1998 con el mismo nombre de Comisión Mirone. Sin embargo, desde esta fecha hasta la aprobación definitiva de la reforma pasaron 4 años en los que el gobierno de derechas aprobó importantes modificaciones. Así lo indica BARTOLO, *False comunicazioni sociali*, 2004, 48. La composición de la Comisión se puede encontrar en: http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previousPage=mg_14_7&contentId=SPS73330. Para una exposición de los acontecimientos relacionados con este Proyecto, véase a NAPOLEONI en: D'ALESSANDRO (Dir.)/ NAPOLEONI (Coord.), *Commentario Romano*, III, 2010, 18 ss.

³⁸⁹ El Proyecto Mirone en su primera versión fue objeto de opiniones positivas. V., entre otros, FLICK, *Riv. Soc.*, 45 (2000), *passim* (Flick era entonces Ministro de Gracia y Justicia); FOFFANI, *Mer. Conc. Reg.* 1 (2002), 127: “se trataba, de hecho, de un proyecto que se caracterizaba de manera positiva, en general, por su concentración, simplificación y racionalización de las figuras delictivas (...)”. Pero al final lo que quedó del Proyecto se alejó mucho de la primera versión: cfr. por ejemplo FOFFANI, *Mer. Con. Reg.* 1(2002), 127: “el resultado general es absolutamente contradictorio (...) más que ser modificado en profundidad es más bien “esterilizado””; ALESSANDRI, *Mer. Conc. Reg.* 1 (2002), 147: “de la reforma queda sólo el esquema formal, como demostración de la absoluta ausencia de un modelo alternativo en el plano sistemático (...)”; MARINUCCI, *Guida* 45 (2001), 11, consideraba que con esta reforma Italia se transformaría en un paraíso fiscal. Evidencia el proceso de reforma en este mismo sentido: GIUNTA, *Diritto penale e processo*, 2001, (8), 929.

³⁹⁰ PULITANÒ, *Guida* 39 (2001), 9; PALIERO, *Guida* 16 (2002), 37; MUSCO, *I nuovi reati societari*, 3ª, 2007, 1, quien advierte (pág. 41) que la nueva legislación fue el punto de mayor ruptura con la normatividad del código de 1942 y también con el mismo Proyecto Mirone.

³⁹¹ Debe decirse que no era con la vieja falsedad en las cuentas anuales, en el sentido de que era un delito que tenía muchas contestaciones por parte de los ministerios públicos, aunque no se llegase siempre a condenar. Es probable que la explicación de este fenómeno haya sido la perniciosa aplicación del artículo 2621 CC; así: MAZZACUVA, *Crit. Dir.* 1995, 285, donde habla de la “imparable aplicación” de la falsedad en las cuentas anuales; NORDIO, *Guida* 45 (2001), 12 s.; ALESSANDRI, *Società* 7 (2002), 799, quien advierte cómo se quería intervenir en todas las patologías de las empresas a través de este artículo.

³⁹² MUSCO, *I nuovi reati societari*, 3ª, 2007, 1.

En todo caso, esta no fue la última modificación en materia penal societaria. Con la ley n. 262 del 28 de diciembre de 2005, “sobre la tutela del ahorro” se modificaron de nuevo algunos tipos penales, entre los que nos interesan como ya se ha indicado, los siguientes: los arts. 2621 y 2622 CC sobre las falsas comunicaciones sociales. No hay duda de que las críticas más numerosas a la ley 51 de 2002, es decir aquellas que indican que el viejo art. 2621 haya sido transformado en el nuevo 2621 y en el 2622, se han dirigido, de hecho, hacia la tipificación de la falsedad en las cuentas anuales. Realmente esta reforma implicó un “cambio de paradigma”³⁹³ y, además, su modificación ha afectado también a otros delitos³⁹⁴. Incluso las numerosas críticas que la reforma del 2002 ha tenido, se han trasladado al ámbito de la presunta ilegitimidad en el ámbito comunitario del tipo penal de falsas comunicaciones sociales. Esta posible violación se ha identificado, por un lado, en el art. 6 en relación con el art. 2, inciso 1, de la Directiva 68/151 CEE, por la cual los Estados miembro “establecen adecuadas sanciones para los casos de (...) ausencia de publicidad de las cuentas anuales y del libro de beneficios y pérdidas”; y, por otro lado, en el art. 2 de la Directiva 78/660 CEE en virtud del cual se establece la obligación de presentar un panorama fiel de la situación societaria³⁹⁵. La sentencia de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea del 3 de mayo de 2005³⁹⁶, sobre la falsedad en las cuentas anuales³⁹⁷, ha abordado la cuestión de la eventual

³⁹³ Expresión de FOFFANI, Cass. Pen. 111 (2001), 3246 s.

³⁹⁴ Son críticos respecto a la reforma, entre otros: ALESSANDRI, Corr. Giur. 12 (2001), 1545 ss.; MARINUCCI, Guida 45 (2001), 10 ss.; PEDRAZZI, Riv. Soc. 6 (2001), 1369; PULITANO, Guida 39 (2001), 9 ss.; CRESPI, Riv. Soc. 2001, 1345 ss.; ALESSANDRI, Società 7 (2002), 797; BELCREDI, Merc. Conc. Reg. 1 (2002), 132; DONINI, Cass. Pen. 2002, 1240; FOFFANI, Cass. Pen. 111 (2002), 3246 ss.; FOFFANI, ADFDUC 12 (2008), 341 ss. En un sentido positivo BRICCHETTI/PISTORELLI, Guida 16 (2002), 48, según los cuales la filosofía que ha inspirado la reforma se centra en la reducción de la aplicación de las falsas comunicaciones sociales, por la convicción de que la transparencia de la información societaria es el objetivo a perseguir mediante la autotutela de los mercados, antes que mediante la amenaza de severas sanciones penales.

³⁹⁵ MUSCO, I nuovi reati societari, 3ª, 2007, 120.

³⁹⁶ SCJCE de 3 de mayo de 2005 en los asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02.

³⁹⁷ Para un análisis de la Sentencia de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea sobre la falsedad en las cuentas anuales, con referencia al caso Berlusconi, v. FOFFANI, ADFDUC 12 (2008), 333-346. Afirma el autor que “En la Sentencia se analizan dos cuestiones; la primera tiene que ver con la aplicación retroactiva de la pena inferior, que hace parte de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembro. La segunda, quizá más importante, es la de la adecuación de esta disciplina de las falsas comunicaciones sociales en la legislación italiana a la luz del Derecho comunitario. En concreto, si los artículos 2621-2622 CC se adecuan a la

ilegitimidad comunitaria, sosteniendo que “los estados miembro deben velar puntualmente por que las violaciones del Derecho comunitario sean sancionadas, desde la perspectiva sustancial y procesal, de manera análoga a lo previsto para las violaciones del Derecho interno, similares por naturaleza e importancia y que, en cualquier caso, confieran a la sanción misma un carácter efectivo, proporcional y disuasivo” (punto 63). En este sentido se ha visto cómo las críticas a la reforma se centran en la estructura de los nuevos tipos penales, que da lugar a que el bien jurídico de la transparencia de la información societaria ya no sea bien jurídico protegido aunque si parece seguirse una cierta orientación comunitaria del bien jurídico.

Para resumir, toda la doctrina era partidaria de una reforma de los delitos societarios y también de una interpretación del art. 2162 CC más equilibrada³⁹⁸; sin embargo, con la reforma se fue demasiado lejos, hasta el punto de desnaturalizar el delito según la tradición italiana de Derecho civil. Todas estas críticas serán vistas y analizadas en las siguientes páginas.

B. La protección frente a falsas comunicaciones sociales en la legislación italiana.

En lo que tiene que ver con las cuestiones relativas al falseamiento de documentos sociales, el cuadro general que encontramos en la legislación italiana tiene una estructura piramidal de tres niveles³⁹⁹. En la parte baja se encuentran los diferentes artículos sobre la responsabilidad civil que se deriva de un eventual hecho relacionado con las comunicaciones sociales de los administradores (de Derecho y de hecho), de los directores generales, de los dirigentes nombrados para la redacción de los documentos contables, de los auditores y los liquidadores –esto es, de todos los sujetos activos del eventual

mencionada Directiva 68/151/CEE que reclama una adecuada tutela de la transparencia de la información societaria”.

³⁹⁸ ALESSANDRI, *Corr. Giur.* 12 (2001), 1548.

³⁹⁹ En sentido similar, hablando de un sistema progresivo o graduado, VINCIGUERRA, *Giur. Ita.* 2010, 990.

delito de falsas comunicaciones sociales⁴⁰⁰. En un segundo nivel, se halla la responsabilidad administrativa establecida en los artículos 2621, inciso 5, y 2622, inciso 9, introducidos con las ya indicadas modificaciones de 2005. Por último, en el nivel superior se encuentra la responsabilidad penal, regulada en la contravención del art. 2621 CCI y en el delito del art. 2622 CCI, ya mencionados⁴⁰¹.

La primera de las estratificaciones –la regulación de la responsabilidad civil de los administradores (de Derecho o de hecho), directores generales, dirigentes nombrados para la redacción de documentos contables, auditores y liquidadores- se encuentra en el Código Civil. La responsabilidad civil no se refiere exclusivamente a la regulación de las falsas comunicaciones sociales. Es una responsabilidad general que nace de las obligaciones del buen comerciante⁴⁰². El núcleo principal de responsabilidad está previsto para los administradores, como figura básica, y se extiende luego a otras figuras. Existen diferentes tipos de responsabilidad de los administradores: responsabilidad hacia la sociedad⁴⁰³, responsabilidad hacia los acreedores de la sociedad⁴⁰⁴,

⁴⁰⁰ Estamos, entonces, en presencia de delitos especiales. Queda la posibilidad de un concurso del extraneus, es decir, de una persona sin la calidad subjetiva requerida.

⁴⁰¹ Sobre la relación entre los ilícitos civiles, administrativos y penales v. DONINI, Dig. Disc. Pen. XIV, 1999, 247: “en el ordenamiento italiano hay una graduación, un climax ascendente de humanización de los ilícitos a medida que se pasa del Derecho civil al administrativo, y de éste al penal”.

⁴⁰² Existen artículos homólogos en la regulación española: para la sociedad de responsabilidad limitada, el art. 69 LSL, que remite a los artículos de la LSA. Para la sociedad por acciones, los arts. 133, 134 y 135 LSA.

⁴⁰³ Art. 2392 CCI. “Responsabilidad hacia la sociedad. Los administradores deben cumplir con los deberes a ellos impuestos por la ley y el estatuto, con la diligencia debida de acuerdo a la naturaleza del cargo y de sus específicas competencias. Estos son solidariamente responsables hacia la sociedad, por los daños derivados de la inobservancia de tales deberes, a menos que se trate de atribuciones propias del comité ejecutivo o de funciones que en concreto se atribuyan a uno o más administradores. En todo caso los administradores, salvo en lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 2381, son solidariamente responsables si, teniendo conocimiento de hechos perjudiciales, no hicieron cuanto puedan para impedir ese comportamiento o eliminar o atenuar sus consecuencias lesivas. La responsabilidad por los actos o las omisiones de los administradores no se extiende a quien, siendo inmune a la culpa, haya hecho anotar sin retardos su disenso en el libro de reuniones y deliberaciones del Consejo, dándole inmediato aviso por escrito al presidente del Colegio de auditores”.

⁴⁰⁴ Art. 2394 CCI. “Responsabilidad hacia los acreedores sociales. Los administradores responden frente a los acreedores sociales por la inobservancia de las obligaciones inherentes a la conservación de la integridad del patrimonio social. La acción puede ser ejercida por los acreedores cuando el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos. La renuncia a la acción por parte de la sociedad no impide el ejercicio de la acción por parte de los

responsabilidad hacia los socios o terceros⁴⁰⁵. La responsabilidad de los administradores hacia la sociedad se deriva de los deberes pensados como obligaciones de medios, y no como obligaciones de resultado⁴⁰⁶, por lo que se requiere el cuidado debido por parte de quien haya asumido la tarea de gestionar una empresa. Se trata de una responsabilidad contractual en la que no basta la comprobación de un daño a cargo de la sociedad que de cualquier modo se pueda deber a la conducta de los administradores⁴⁰⁷.

En cuanto a la responsabilidad hacia los acreedores sociales, los administradores son responsables “por la inobservancia de las obligaciones inherentes a la conservación de la integridad del patrimonio social”. Esta no es una responsabilidad contractual, sino más bien una responsabilidad por el hecho ilícito, derivada de la regla que trae el artículo 2043 CCI. La carga de la prueba recae sobre los acreedores, los cuales deben probar la inobservancia de las obligaciones propias para la conservación del patrimonio social⁴⁰⁸. Por otro lado, la acción se puede ejercer sólo en las hipótesis en que “el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos”: solamente en estos casos los acreedores pueden exigir la declaración de responsabilidad de los administradores por los daños sufridos. Finalmente, el artículo 2395 CC contempla la responsabilidad hacia socios en particular o terceros. Esta hipótesis se considera aplicable sólo en los casos en que existan actos culposos o dolosos de los administradores. Se trata, pues, de una responsabilidad extracontractual y debe tratarse de daños “directamente” ocasionados⁴⁰⁹ por las conductas de los arts. 2043-2059 CCI.

Como se ha dicho antes, la responsabilidad de los administradores es un modelo para otras figuras, así, para la responsabilidad de los liquidadores se

acreedores sociales. La transacción puede ser impugnada por los acreedores sociales sólo con la acción revocatoria cuando se presenten sus condiciones”.

⁴⁰⁵ Art. 2395 CCI. “Acción individual del socio y del tercero. Las disposiciones de los precedentes artículos no impiden el Derecho al resarcimiento del daño que le corresponde al socio en particular o al tercero que haya sido directamente afectado por los actos culposos o dolosos de los administradores. / La acción puede ejercerse dentro de los cinco años siguientes al cumplimiento del acto que ha perjudicado a los socios o terceros”.

⁴⁰⁶ Así, GALGANO, *Diritto commerciale*, 2004, 325.

⁴⁰⁷ GALGANO, *Diritto commerciale*, 2004, 326.

⁴⁰⁸ GALGANO, *Diritto commerciale*, 2004, 330.

⁴⁰⁹ GALGANO, *Diritto commerciale*, 2004, 332.

remite a la disciplina de la responsabilidad de los administradores⁴¹⁰; lo mismo sucede para la responsabilidad de los directores generales⁴¹¹. Sobre las funciones de los dirigentes encargados de la redacción de los documentos contables societarios se debe hacer referencia al artículo 154-bis del Decreto Legislativo n. 54 del 24 de febrero de 1998. Obviamente, queda la posibilidad de una responsabilidad de otros sujetos a título de concurso ex arts. 110 e 117 CPI. Ciertamente, en caso de que se presente también un hecho ilícito, los administradores tendrán que responder de acuerdo con la cláusula general del art. 2043 CCI, que se refiere al resarcimiento del daño aquiliano⁴¹².

El segundo nivel, en la escala de responsabilidad descrita, es el de la responsabilidad administrativa establecida respectivamente en los incisos 5 y 9 de los arts. 2621 y 2622 CCI. Para una mejor comprensión, estimo que es más adecuado pasar inmediatamente al tercer nivel de responsabilidad, es decir, al de responsabilidad penal, para regresar después al nivel administrativo, que es subsidiario en caso de que no concurren algunos de los elementos del tipo penal, en concreto, aquellos relacionados con las barreras de punibilidad. La actual regulación penal de las falsas comunicaciones sociales o falsedad en documentos sociales se estructura en dos tipos⁴¹³: el primero, contenido en el

⁴¹⁰ Art. 2489 CCI. “Poderes, obligaciones y responsabilidades de los liquidadores. Salvo una diversa disposición estatutaria, o adoptada en sede de nómina, los liquidadores tienen el poder de llevar a cabo todos los actos requeridos para la liquidación de la sociedad. Los liquidadores deben cumplir con sus deberes con la profesionalidad y la diligencia requeridas por la naturaleza del cargo y su responsabilidad por los daños derivados de la inobservancia de tales deberes está regulada según las normas en materia de responsabilidad de los administradores”.

⁴¹¹ Art. 2396 CCI. Directores generales: “Las disposiciones que reglan la responsabilidad de los administradores se aplican también a los directores generales nominados por la Asamblea o por disposición del estatuto, en relación a las tareas a ellos confiadas, salvo las acciones ejercibles en base a la relación de trabajo con la sociedad”.

⁴¹² Art. 2043 CCI. Resarcimiento por hecho ilícito. Cualquier hecho doloso o culposo que ocasione a otros un daño injusto, obliga a quien lo haya cometido a resarcir el daño”. V. También el artículo 2639 CCI sobre la extensión de las calificaciones subjetivas: “Para los delitos previstos por el presente título para el sujeto formalmente investido de la calificación o titular de la función prevista por la ley civil, se equipara tanto quien esté obligado a desempeñar la misma función, calificada de otro modo, como quien ejerza en modo continuo y significativo los poderes típicos inherentes a la calificación o a la función. Fuera de los casos de aplicación de las normas relacionadas con los delitos de los servidores públicos contra la administración pública, las disposiciones sancionatorias relativas a los administradores se aplican también a quienes estén legalmente encargados, por autoridad judicial o por la autoridad pública de vigilancia, de administrar la sociedad o los bienes de la misma, poseídos o gestionados por cuenta de terceros”.

⁴¹³ Aunque no será objeto de estudio en este trabajo, es necesario indicar que el art. 2630 CCI relativo a la omisión de denuncia, comunicación o depósito: “Quien, estando obligado por ley a causa de las funciones que revista en una sociedad o consorcio, omite realizar, en los

artículo 2621 CCI⁴¹⁴, en calidad de contravención⁴¹⁵; el segundo, en calidad de delito, contemplado en el art. 2622 del Código Civil⁴¹⁶. La reforma introducida por

términos prescritos, denuncia, comunicación o depósitos en el registro de empresas, será castigado con la sanción administrativa pecuniaria de 206 a 2.065 euros. Si se trata de una omisión de depósito de las cuentas anuales, la sanción administrativa pecuniaria se aumentará en una tercera parte”.

⁴¹⁴ Art. 2621 CCI. Falsas comunicaciones sociales: “Salvo lo previsto por el artículo 2622, los administradores, los directores generales, los dirigentes nombredos para la redacción de los documentos contables societarios, los auditores y los liquidadores, los cuales, con la intención de engañar a los socios o al público, con el fin de conseguir para sí o para otros un beneficio injusto, en las cuentas, en los informes o en otras comunicaciones sociales previstas por la ley, dirigidas a los socios o al público, espongan hechos materiales que no correspondan a la verdad en la medida en que sean objeto de valoraciones, o que omitan informaciones cuya comunicación está impuesta por la ley, sobre la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo al que ésta pertenece, de manera idónea para inducir a error a los destinatarios sobre la mencionada situación, serán castigados con arresto de hasta dos años. La punibilidad se extenderá también al caso en que las informaciones se refieran a bienes poseídos o administrados por la sociedad por cuenta de terceros. La punición se excluye si las falsedades u omisiones no alteran en modo significativo la representación de la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo al cual ésta pertenezca. La punibilidad se excluirá en todo caso si las falsedades o las omisiones determinan una variación del resultado económico del ejercicio, antes de impuestos, no superior al 5 por ciento o una variación del patrimonio neto superior al 1%. En todo caso, el hecho no será punible, si es consecuencia de valoraciones estimativas que, singularmente consideradas, difieren en una medida no superior al 10 por ciento de la correcta.

En los casos previstos por los incisos tercero y cuarto, a los sujetos de los que trata el primer inciso se le impondrán sanciones administrativas de diez a cien cuotas y de la interdicción de desempeñar oficios directivos de personas jurídicas y de las empresas por un período de seis meses a tres años, del ejercicio del oficio de administrador, auditor, liquidador, director general y dirigente nombrado para la redacción de los documentos contables societarios, así como de cualquier otro oficio con poder de representación de la persona jurídica o la empresa”.

⁴¹⁵ Es necesario explicar que la relación “delitos-contravenciones” en la legislación italiana no coincide con la de “delitos-faltas” en la legislación española. Así, el artículo 39 CPI fija (en el Título III - Del delito-; Capítulo I - Del delito consumado y tentado) la distinción entre delitos y contravenciones, disponiendo: “Los delitos se dividen en delitos y contravenciones, según la diversa especie de las penas para estos respectivamente establecidas por este código”. En este sentido, el Código Penal italiano ha adoptado una diferenciación entre delitos y contravenciones, disponiendo: “Los delitos se dividen en delitos y contravenciones, según la diversa tipología de las penas establecidos para éstos respectivamente por el código”. En este sentido, el Código penal italiano ha adoptado una distinción de carácter formal, en cuanto diferencia entre delitos y contravenciones con base en la pena prevista para cada una de las tipificaciones. Según lo indica el art. 17 “Las penas principales establecidas para los delitos son: 1. La cadena perpetua; 2. La reclusión; 3. La multa. Las penas principales establecidas para las contravenciones son: 1. El arresto; 2. La reparación”. Entre las consecuencias de la diferenciación entre una y otra especie de infracción, son de mucha importancia las relativas al elemento subjetivo (v. arts. 42 y 43 CP); a la tentativa (art. 56 CP); a la oblación (arts. 162 y 162-bis CP); a la prescripción (arts. 157-161 CP).

⁴¹⁶ Art. 2622 CCI Falsas comunicaciones sociales en detrimento de la sociedad, de los socios o de los acreedores. “Los administradores, los directores generales, los dirigentes encargados de la redacción de los documentos contables societarios, los auditores 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 otro un beneficio injusto, en los balances, en los informes o en las otras comunicaciones sociales previstas por la ley, dirigidas a los socios o al público, exponiendo hechos materiales que no correspondan a la verdad y sean objeto de valoraciones, u omitiendo informaciones cuya comunicación se impone por la ley sobre la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo al cual ésta pertenece, en modo idóneo para inducir a error a los destinatarios de la mencionada situación, ocasionando un daño patrimonial a la sociedad, a los

el Decreto Legislativo n. 61 de 2002 pretendió diferenciar el tratamiento sancionatorio de las falsas comunicaciones sociales en relación a la diferente gravedad del ilícito. De este modo, el art. 2621 prevé un delito de peligro doloso y de naturaleza contravencional, castigada con la pena de prisión hasta dos años. El segundo de los tipos, contenidos en el art. 2622, es un delito y ha sido recogido como un delito de lesión.

A su vez, el delito, es decir el tipo del art. 2622 se divide en dos figuras dependiendo del ámbito en que se realiza el hecho. De esta manera en el ámbito de una sociedad que no participa en bolsa, la presentación de querrela es un requisito de procedibilidad del delito y las sanciones que llevan aparejadas el tipo son de seis meses a tres años. Por el contrario, en el ámbito de una sociedad que si participa en bolsa, la procedibilidad es de oficio y la sanción es más grave: de uno a cuatro años de reclusión.

El tipo objetivo de las falsas comunicaciones sociales se caracteriza, además, por la previsión de una conducta alternativa. Por una parte se recoge la exposición de “hechos materiales que no respondan a la verdad, aun siendo

socios o a los acreedores, serán castigados, por querrela de la persona ofendida, con la reclusión de seis meses a tres años. Se procede por querrela aunque el hecho haga parte de otro delito, aunque sea agravado, en daño del patrimonio de sujetos diversos a los socios y a los acreedores, salvo que sea cometido en daño del Estado, de otros entes públicos o de las Comunidades europeas. En el caso de sociedades sujetas a las disposiciones de la parte IV, título III, capítulo II, del texto único del que trata el decreto legislativo n. 58 del 24 de febrero de 1998, y sus sucesivas modificaciones, la pena por los hechos previstos en el primer inciso es de uno a cuatro años y el delito es perseguible de oficio. / La pena será de dos a seis años si, en la hipótesis del tercer inciso, el hecho ocasiona un grave daño a los ahorradores.

El daño se considera grave cuando haya afectado a un número de ahorradores superior al 0.1 por mil de la población que figure en el último censo ISTAT o si ha consistido en la destrucción o reducción del valor de títulos de una entidad conjunta superior al 0.1 por mil del producto interno bruto. La punición por los hechos previstos del primer al tercer inciso se extiende al caso en que las informaciones tengan que ver con bienes poseídos o administrados por la sociedad por cuenta de terceros.

La punición por los hechos previstos del primer al tercer inciso se excluye si las falsedades o las omisiones no alteran de manera significativa la representación de la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo al que ésta pertenece. La punición será en todo caso excluida si las falsedades o las omisiones determinan una variación del resultado económico del ejercicio, sin descontar los impuestos (al lordo delle imposte), no superior al 5% o una variación del patrimonio neto no superior al 1%.

En todo caso el hecho no será punible si es consecuencia de valoraciones estimativas que, particularmente consideradas, difieren en medida no superior al 10% de la correcta. En los casos previstos por los incisos siete y ocho, a los sujetos de que trata el primer inciso les será impuesta la sanción administrativa de diez a cien cuotas y la interdicción del ejercicio de funciones directivas de personas jurídicas y empresas de seis meses a tres años, del ejercicio de administrador, auditor, liquidador, director general y dirigente encargado de la redacción de los documentos contables societarios, así como de cualquier otro oficio con poder de representación de la persona jurídica o la empresa”.

objeto de valoración” y por otro lado, una conducta de omisión de “información, cuya comunicación está impuesta por la ley”. Son por tanto dos las conductas, una activa y otra omisiva, aunque en las dos es necesaria la actitud de la conducta de “engañar a socios o a terceros” así como hacerlo con “el fin de conseguir para si o para otros un provecho injusto”. Así, la falsedad de las comunicaciones sociales tendrá relevancia penal siempre que tenga capacidad engañosa con ese “fin de conseguir para si o para otros un provecho injusto”. Las demás falsedades se dejan en el ámbito del Derecho civil. No serán típicas si quiera en la consideración de que puedan ser un ilícito administrativo. En resumen, en primer lugar se puede observar como existen dos tipos, uno de naturaleza contravencional y la otra delictiva, que a su vez, en los casos en que no supere la barrera de punibilidad contenidas en el art. 2621 apartado 3 y 4 y en el art. 2611 apartado 7 y 8, dejan el espacio a los ilícitos administrativos. Se debe además tener presente que también para la consideración de que sean estos ilícitos administrativos es necesaria la capacidad de llevar a engaño. Por este motivo, ha sido concebida, por otro parte, una protección residual en el ámbito del Derecho civil: se trata de la tutela en las hipótesis en que no concurra el requisito de la idoneidad para engañar. Una de las cuestiones fundamentales introducidas por esta nueva regulación es la relación entre las dos incriminaciones que, como luego se verá, es fundamental para la determinación del bien jurídico.

Por tanto, en la legislación italiana referida a la protección de las falsas comunicaciones sociales existe un esquema de regulación progresivo e integral⁴¹⁷ cuya estructura, a mi entender, se muestra verdaderamente idónea, *a priori* y en abstracto, para poder afrontar los diferentes problemas, en su diversa gravedad, sobre las falsas comunicaciones sociales⁴¹⁸. A pesar de esto, la

⁴¹⁷ Con referencia a la legislación precedente respecto a la reforma, se ha indicado críticamente que “adicionalmente a la impugnación de las cuentas relevantes (unicamente) en sede civil, se pasaría al procedimiento penal por falsedad en las cuentas anuales sin ninguna “mediación” vinculada a la verdadera verificación del elemento objetivo y/o subjetivo del delito”; MAZZACUVA, *Il falso in bilancio*, 1997, 5; Crit. Dir., 1995, 285.

⁴¹⁸ Por otro lado, debe hacerse referencia también a su conformidad estructural con lo que el ordenamiento italiano exige respecto al principio de subsidiariedad. En este sentido, véase la estructura del “iceberg normativo” que presenta DONINI, *IUS* 17 (2010), 417 ss.

respuesta claramente inadecuada en sede penal hace que la valoración de toda la regulación, como se verá, no pueda ser tan positiva.

C. La protección penal frente a las falsas comunicaciones sociales. Arts. 2621 y 2622 CCI.

Centrando la atención sobre los aspectos penales, una vez descrita resumidamente la conducta y los sujetos activos del tipo, es necesario analizar otros aspectos de este, antes de afrontar las dos cuestiones que, para este trabajo, son las más importantes, y que se desarrollarán más adelante en párrafos separados: el bien jurídico protegido y la llamada punibilidad de las valoraciones⁴¹⁹.

Sobre el término “comunicaciones sociales” es necesario decir que la expresión indica cualquier actividad con la cual el sujeto informa “a los socios o al público” de un determinado hecho o acontecimiento siempre que sea relacionado con la sociedad. La referencia a los socios y al público es la verdadera novedad, en cuanto que la vieja norma hablaba genericamente de falsas comunicaciones, expresión, esta, cuya vaguedad había dado muchos problemas en la aplicación en los tribunales⁴²⁰. La expresión reenvía a la Ley⁴²¹, de modo que solo las comunicaciones sociales oficiales deben considerarse relevantes en el sentido de los delitos previstos en el CCI⁴²². Se introduce de este modo un “microsistema de tutela”⁴²³ de la mendacidad en las comunicaciones en el seno de una sociedad, el cual engloba las comunicaciones previstas por la Ley. Seguramente la introducción de barreras de punibilidad, cuya no superación determina la no punibilidad del hecho, es el aspecto más controvertido de la nueva disciplina de las falsas comunicaciones sociales⁴²⁴. Me

⁴¹⁹ En parte esta cuestión tiene relación con la denominada contabilidad creativa que abordaré en el Cap. 4 de este trabajo.

⁴²⁰ MUSCO, I nuovi reati societari, 3ª, 2007, 62.

⁴²¹ BARTOLO, False comunicazioni sociali, 2004, 92.

⁴²² La disciplina de los libros sociales se encuentra en el capítulo III relativo a la sociedad, sección VIII, del CCI (arts. 2421-2435).

⁴²³ MAZZACUVA/AMATI, Diritto penale dell'economia, 2010, 91 ss.

⁴²⁴ CRESPI, Riv. Soc. 2001, 1350 s.

refiero a la barrera de punibilidad más evidente, aquella que fija la no punibilidad si la falsedad o las omisiones determinan una variación del resultado económico del ejercicio, antes de impuestos, no superior al 5% o una variación del patrimonio neto no superior al 1%. Además existen también otras dos barreras de punibilidad que determinan la relevancia penal de los hechos⁴²⁵. Estas son:

a) una barrera de tipo general (art. 2621, apartado 3, 2622, inciso 7), según la cual la punibilidad por el delito de falsas comunicaciones sociales está excluida de la falsedad o las omisiones no alteran de modo sensible la representación de la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo al cual pertenece;

b) una barrera relativa a las valoraciones (art. 2621, apartado 4º; 2622 apartado 8º), según la cual el hecho no es punible si es consecuencia de valoraciones estimativas que difieren en medida no superior al 10% de la correcta.

Las tres barreras configuran verdaderos y propios límites a la tipicidad del hecho porque son elementos internos a la estructura del delito⁴²⁶. La introducción de las barreras de punibilidad ha recibido, como se ha dicho antes, un buen número de críticas. Además se puede decir que la fijación de estas barreras de punibilidad “privilegiaría a las grandes empresas en detrimento del sector productivo más numeroso como son las pequeñas y medianas empresas”⁴²⁷ y, sobretodo, parece que las barreras de punibilidad cuantitativas por este tipo de delito sean arbitrarias⁴²⁸, porque la gravedad no puede ser decidida *a priori* según niveles porcentuales⁴²⁹. En mi opinión, el problema más grande de la introducción de las barreras de punibilidad está en la inadecuación de la formula propuesta por la protección de los bienes jurídicos que se pretenden proteger. Las barreras pueden resultar útiles en cualquier otro delito, pero a mi parecer no encuentran fundamento alguno en el sistema de las falsas comunicaciones

⁴²⁵ Se refiere a las tres barreras de punibilidad MAZZACUVA: Diritto penale dell'economia, 2010, 98. También ZANNOTTI, Reati societari, 2ª, 2008, 157.

⁴²⁶ DONINI, en: Enciclopedia del Diritto, 2010, 635 ss.

⁴²⁷ MAZZACUVA/AMATI, Diritto penale dell'economia, 2010, 99.

⁴²⁸ BELCREDI, Merc. Conc. Reg. 1 (2002), 139.

⁴²⁹ ALESSANDRI, Società 7 (2002), 808.

sociales⁴³⁰ o, al menos, no así como han sido descritas en la norma. Las barreras de punibilidad pueden ser evaluadas positivamente como instrumento para determinar la elección entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, pero se deben concretar con criterios adecuados direccionados a la protección del bien jurídico y al espacio de intervención. Así, esta falta de adecuación determina la posibilidad de asumir el objeto de protección de cualquier bien jurídico propuesto idealmente por la doctrina, incluido el bien jurídico efectivamente protegido por la norma incriminadora que, como se verá, es el patrimonio de la sociedad, de los socios socios y de los terceros.

El elemento subjetivo, con la nueva regulación, consiste, tanto en el delito como en la contravención, en un dolo de engañar a los socios y al público, al cual se añade un dolo específico de procurar para si o para los terceros un provecho injusto y, por último, un dolo genérico de conocimiento de la alteración “sensible” del resultado económico del ejercicio (y, entonces, del riesgo de agresión potencial de los bienes patrimoniales para los socios o los acreedores)⁴³¹. Una triple voluntad, mayor que aquella que exigía el término “fraudulentamente” de la norma anterior⁴³² y que refleja, claramente, la nueva opción político-criminal contenida en el tipo.

También la previsión de la querrela por la perseguibilidad del delito es uno de los nuevos elementos criticados. La querrela viene regulada en el Código penal italiano en el capítulo IV, relativo a la persona ofendida, en concreto en los arts. 120 al 126 C.P.⁴³³. Como se ha dicho anteriormente, la querrela será

⁴³⁰ CRESPI, Riv. Soc. 2001, 1351.

⁴³¹ DONINI, Cass. Pen. 42 (2002), 1276.

⁴³² MAZZACUVA/AMATI, Diritto penale dell'economia, 2010, 111.

⁴³³ Derecho de querrela. “Toda persona afectada por un delito frente al cual no se deba proceder de oficio o bajo requerimiento o petición tiene el derecho de querrela. Para los menores de catorce años y para los interdictos por motivos de enfermedad mental, el derecho de querrela será ejercido por los padres o el tutor. Los menores que hayan cumplido los catorce años y las personas interdictas pueden ejercer el derecho de querrela y pueden también, en su lugar, ejercerlo los padres o el tutor o curador, sin importar que haya una contraria declaración de voluntad, expresa o tácita, por parte del menor o del inhabilitado”.

Art. 124. Término para proponer la querrela. Renuncia. “Salvo que la ley disponga otra cosa, el derecho de querrela no puede ser ejercido una vez pasados tres meses desde el día de la noticia del hecho constitutivo de delito. No se puede ejercitar el derecho de querrela si ha habido renuncia expresa o tácita por parte de a quien corresponde su ejercicio. Hay renuncia tácita, cuando quien tiene la facultad de proponer la querrela ha realizado actos incompatibles con la voluntad de querellar. La renuncia se extiende de derecho a todos aquellos que hayan cometido el delito”.

siempre necesaria para la procedibilidad de los hechos previstos por el artículo 2622 CC, allí donde el delito venga cometido en el seno de una sociedad que no participe en bolsa. La procedibilidad por querrela constituye una excepción al principio de obligatoriedad a la acción penal, en la que el legislador subordina la posibilidad de hacer depender la acción penal a la iniciativa del sujeto pasivo, lo cual parece cuanto menos inédito, en cuanto que, en presencia de un daño, la falta de querrela “no debería paralizar la acción penal”⁴³⁴; la querrela, por eso, asume en palabras de ALESSANDRI “el rol de ser una condición de punibilidad *extra*”⁴³⁵, lo que viene a ser un reflejo de la privatización del bien jurídico⁴³⁶.

Después de haber ilustrado, aunque no exhaustivamente las características generales del tipo, me detendré sobre los aspectos que, como se ha dicho antes, para este trabajo me parecen de excepcional interés: los relativos al bien jurídico y aquellos referidos a la valoración de los hechos.

1. El bien jurídico protegido. La privatización del bien jurídico.

El tipo del art. 2621 del Código Civil, en la anterior formulación,⁴³⁷ tradicionalmente se configuraba como un delito contra la fe pública⁴³⁸, el

Art. 126. Extinción del derecho de querrela. “El derecho de querrela se extingue con la muerte de la persona ofendida. Si la querrela ya ha sido propuesta, la muerte de la persona ofendida no extingue el delito”.

⁴³⁴ ALESSANDRI, Corr. Giur. 12 (2001), 1549.

⁴³⁵ ALESSANDRI, Corr. Giur. 12 (2001), 1549.

⁴³⁶ ALESSANDRI, Società 7 (2002), 809; ZANNOTTI, Reati societari, 2ª, 2008, 126.

⁴³⁷ Artículo 2621 del Código Civil: “Las falsas comunicaciones y las ilegales reparticiones de utilidades o de anticipos sobre los dividendos, salvo que el hecho constituya delito más grave, se castigarán con la reclusión de uno a cinco años y con multa de 2 millones de liras a 20 millones de liras: los promotores, los socios fundadores, los administradores, los directores generales, los auditores y liquidadores, los cuales en las relaciones, en las cuentas anuales o en otras comunicaciones sociales, fraudulentamente expongan hechos que no respondan a la verdad sobre la constitución o las condiciones económicas de la sociedad o escondan en todo o en parte hechos concernientes a estas mismas condiciones;

Los administradores y los directores generales que, en ausencia de cuentas aprobadas o deformándolas, o en base a una contabilidad falsa, bajo cualquier forma, perciban o paguen utilidades ficticias o que no puedan ser distribuidas;

Los administradores y directores generales que distribuyan utilidades sobre los dividendos: en violación del art. 2433 bis, inciso 1; o en medida superior al importe de las utilidades conseguidas al cierre del ejercicio precedente, disminuido en las cuotas que deban ser destinadas a la reserva

patrimonio⁴³⁹, el orden económico y también la Economía pública⁴⁴⁰; según una parte de la doctrina^{441 442 443} y según la jurisprudencia prevalente, en suma, se trata de un delito pluriofensivo⁴⁴⁴. Así, en su seno no se comprendía la protección de la fe pública, del patrimonio, de los intereses de los socios y de la Economía pública. En este sentido, la Corte de Casación afirmaba que “la pluralidad de los bienes jurídicos inmeditamente protegidos, interesa no solo a la sociedad, socios, futuros socios, y posibles acreedores y, en general, a los terceros interesados si no que su interés se extiende al interés general al regular el funcionamiento de las sociedades comerciales en el ámbito de la economía nacional, si bien el comportamiento incriminado puede también ser lesivo para la economía pública”⁴⁴⁵. A su vez ANTOLISEI⁴⁴⁶, principal defensor de la teoría de la pluriofensividad, afirma que no se puede no considerar el delito de falsas comunicaciones sociales un delito pluriofensivo, porque con eso se tutela la fe pública, los intereses de la empresa, de los socios, de los acreedores y de las demás personas que pueden tener relaciones con la empresa, y por añadido “también un conjunto de intereses a cuya tutela está encaminado el

por obligación legal o estatutaria, y en las pérdidas de los ejercicios precedentes, o aumentado por las reservas disponibles; o en ausencia de la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio precedente o del estado financiero previsto en el art. 2433 bis, inciso 5, o en deformidad de éstos, o sobre la base de unas cuentas o un estado financiero falsos”

⁴³⁸ ROCCO, Riv. Pen. 1941, 2 afirma se este delito una falsedad ideológica en documento privado en el que lo que se protege en la fe pública, no se trata entonces ni de un delito contra el patrimonio ni tampoco contra la economía pública.

⁴³⁹ NUVOLONE, L'infedeltà patrimoniale, 1941, 109.

⁴⁴⁰ ZUCCALA, False comunicazioni sociali, 1954, 113 ss.; RDPE 1989, 760.

⁴⁴¹ CONTI, Diritto penale commerciale, I, 1980, 109; MANTOVANI, Ind. Pen. 1987, 16; ANTOLISEI, I reati societari, 12ª, 2002, 118.

⁴⁴² Sobre el delito pluriofensivo, véase en general a GALLO, Encicl. Dir. XIII, 1964, 790. Según este autor, habría dos tipos de delito pluriofensivo: por un lado, existirían hipótesis en que la ley penal tutela “uno o más intereses” indiferentemente; por el otro, estarían los intereses tutelados por la confluencia de dos intereses parciales que configurarían un interés complejo. MAZZACUVA, Il falso in bilancio, 1996, 47, afirma que, en la jurisprudencia, parece estar consolidada la orientación según la cual el delito en examen representa un “delito pluriofensivo”.

⁴⁴³ Críticos en general sobre el concepto de delito pluriofensivo: ZUCCALA, Riv. Soc. 1964, 294; BALLESTRINO, I problemi generali, 1978, 4.

⁴⁴⁴ FOFFANI, en: CONTE (a cura di), Commentario, 1991, 1631.

⁴⁴⁵ (Cassazione 28 febrero 1991, en: Cass. Pen., 1991, 1849), Cit. Per. MAZZACUVA, Il falso in bilancio, 1997, 48.

⁴⁴⁶ ANTOLISEI, I reati societari, 12ª, 2002, 118.

ordenamiento que regula las sociedades comerciales”⁴⁴⁷. Igualmente la jurisprudencia repite un buen número de veces la frase: “el delito de falsas comunicaciones sociales es un delito pluriofensivo que tutela un complejo grupo de intereses, tanto de naturaleza pública, como de matriz privada, que van desde la economía pública y la fe pública a los intereses patrimoniales de la sociedad, de los socios considerados en solitarios, de los futuros socios, de los terceros acreedores y de los futuros acreedores”⁴⁴⁸. Sin duda la tesis de la pluriofensividad presentaba la ventaja de evitar el análisis más o menos profundos tendentes a la individualización del efectivo interés protegido, pero comportaba el sacrificio de cualquier instancia “garantista” puesta en relación a la función del bien jurídico⁴⁴⁹. Así la jurisprudencia inició un lento proceso de ampliación de los objetos de tutela del “falso in bilancio”, englobando también bienes, como el control de los financieros líquidos, los intereses de Erario Público y el mérito de las elecciones de los emprendedores⁴⁵⁰, que hicieron de la norma un instrumento útil para todas las situaciones⁴⁵¹: para castigar cada hipótesis de abuso en la gestión de la sociedad⁴⁵². Frente a esto, se hicieron esfuerzos importantes por contruir tesis mono-ofensivas, afirmando que con dicho delito se tutelaba un solo bien jurídico. De este modo se ha mantenido también que el bien jurídico protegido es el interés de los destinatarios de la información (internos y externos a la empresa) a la veracidad y a la coherencia de esta⁴⁵³.

⁴⁴⁷ ANTOLISEI, , I reati societari, 12ª, 2002, 118.

⁴⁴⁸ In MUSCO, I nuovi reati societari, 3ª, 2007, 50 s.

⁴⁴⁹ BARTOLO, False comunicazioni sociali, 2004, 30, según el cual la tesis de la pluriofensividad representa una verdadera broma si se atiende a la teoría del bien jurídico; MAZZACUVA, Il falso in bilancio, 1997, 48; Diritto penale dell'economia, 2010, 79.

⁴⁵⁰ MUSCO, I nuovi reati societari, 3ª, 2007, 51.

⁴⁵¹ ZANNOTTI, Reati societari, 2ª, 2008, 125.

⁴⁵² ZANNOTTI, Dir. e Giust. 37 (2001), 21-23.

⁴⁵³ GALLO, L'indice 3 (1971), 391; FOFFANI, en: CONTE (a cura di), Commentario,, 1991,1632; PALIERO, Guida 16 (2002), 37, afirma que los intereses tutelados por la disciplina anterior eran de manera inmediata bienes institucionales “de sector” y de manera mediata era el patrimonio; NORDIO, Guida 45 (2001), 12 s., mantiene que el art. 2621 es un delito monofensivo y que el bien jurídico protegido es la transparencia societaria; BRICCHETTI/PISTORELLI, Guida 16 (2002), 47, afirman que es necesario un cambio en la protección del bien jurídico: de delito pluriofensivo a ser un tipo que tutele en exclusiva y directamente la transparencia de la información societaria (aunque la teoría de la pluriofensividad comprenda también esta última). Según

Es en este contexto en el que viene elaborada la reforma introducida en el año 2002, la cual viene a crear dos tipos de falsas comunicaciones sociales. En mi opinión, para afrontar el tema, es necesario conocer la discusión entorno al bien jurídico antes de la reforma, como del análisis de la relación existente entre los dos tipos, es decir entre la contravención y el delito.

En primer lugar, parece que es interesante determinar si la actual regulación del “falso in bilancio” tiene continuidad con la anterior regulación la de 1882 hasta hoy después de la comentada reforma introducida por el llamado Proyecto Mirone. Para afrontar este análisis utilizaré como guía a DONINI⁴⁵⁴, el cual hace un análisis exhaustivo del tipo antes y después de la reforma del año 2002, y afirma que “el diseño político-criminal del legislador ha realizado una integral sustitución de un tipo de ilícito nuevo respecto al precedente”⁴⁵⁵. No ha sido esta, por tanto, una hipótesis de abolición parcial sino total, haciendo desaparecer el símbolo más importante en materia de transparencia en el Código de 1942⁴⁵⁶. Sin duda los diferentes sujetos activos, la diversidad de la conducta, el hecho típico, la introducción de las barreras de punibilidad, el elemento subjetivo, la perseguibilidad mediante querrela en el ámbito de las sociedades participantes en bolsa, etc, pone de manifiesto el cambio del bien jurídico querido por el legislador penal⁴⁵⁷ en esta materia. Por eso, en la determinación del bien jurídico, los tradicionales objetos de tutela en material de falsas comunicaciones sociales no serán tomadas en consideración, justamente porque la nueva disciplina rompe de modo absoluto con el pasado.

La segunda de las cuestiones que revelan, en orden a la determinación del bien jurídico, qué se protege en la norma, es la relación que existe entre el tipo ex arts. 2621 y 2622 CCI. Sobre esto existen dos líneas de pensamiento, cuyos planteamientos y posterior toma en consideración son del todo relevantes para la sucesiva determinación del bien jurídico protegido en cada una de las

PEDRAZZI, Digesto 1997-XIII, 352, se tutela por una parte la veracidad, y por otro la integridad de la información societaria.

⁴⁵⁴ DONINI, Cass. Pen. 42 (2002), 1240 ss.

⁴⁵⁵ DONINI, Cass. Pen. 42 (2002), 1279 ss.

⁴⁵⁶ DONINI, Cass. Pen. 42 (2002), 1279 ss.

⁴⁵⁷ DONINI, Cass. Pen. 42 (2002), 1281.

normas⁴⁵⁸. Así, por una parte, está quien piensa que la relación entre los dos delitos es tal que, en palabras de DONINI⁴⁵⁹, los dos tipos son uno el calco del otro en cuanto a la conducta típica, la estructura en el delito de contravención no podrá ser entendida si no como una realización anticipada del segundo, es decir, del delito⁴⁶⁰. El aspecto más importante de la relación entre las dos formas típicas, según esta línea de pensamiento, es que el delito no parece otra cosa que una conducta más avanzada de la descrita en la hipótesis contravencional. Por estas razones, serían delitos que tutelan el mismo bien jurídico, diferenciándose en el grado de ofensividad⁴⁶¹. En este sentido, el objeto jurídicamente protegido sería el patrimonio, protegido por el art. 2621 CC a través de un delito contravencional y de peligro, y por el art. 2622 CC a través de un delito de un delito de lesión. De nuevo DONINI afirma que “la contravención es lo que queda, esto es un hecho penalmente relevante, cuando no se verifica el evento del daño”⁴⁶². De esta manera, la doctrina penal dominante mantiene que el hecho típico de las falsas comunicaciones sociales, en sus dos formas, protege el patrimonio⁴⁶³ de los sujetos catalogados por la norma; el cual, obviamente, implica una clara dirección monofensiva de la figura⁴⁶⁴. La reforma, entonces, habría determinado un claro cambio respecto de la pasada, convirtiéndose el art. 2621 CC en un delito-obstáculo respecto del delito de falsas comunicaciones sociales con daño a los socios y acreedores⁴⁶⁵.

⁴⁵⁸ En todo caso se resalta no solo la relación contravención-delito; también la relación “Antiguo artículo 2621” y “nuevos artículos 2621-2622” parece ser importante. En este sentido, se encuentran dos posturas importantes: la de DONINI, Cass. Pen., 42 (2002), 1240, según el cual no subsiste ninguna relación entre la vieja y la nueva disciplina; y la de PULITANO, Riv. It. Dir. Proc. Pen. (1992), 934 ss, quien considera que “el área de lo penalmente relevante, después de la reforma, está casi totalmente dentro del sistema anteriormente vigente”.

⁴⁵⁹ DONINI, Cass pen. 42 (2002), 1241 s.

⁴⁶⁰ Análogamente ZANNOTTI, Reati societari, 2ª, 2008, 127.

⁴⁶¹ DONINI, Cass. Pen. 42 (2002), 1241; FOFFANI, en: GIARDA/ SEMINARA, I nuovi reati societari: 2002, 311, LANZI/CADOPPI, I nuovi reati societari, 2007, 21 ss.; DUBOLINO/DUBOLINO, Leggi civili complementari, 19ª, 2009, 2421; MAZZACUVA/AMATI, Diritto penale dell'economia, 2010, 80.

⁴⁶² DONINI, Cass. pen. 42 (2002), 1281.

⁴⁶³ Los diferentes conceptos de patrimonio construidos por la doctrina serán objeto de estudio en el Cap 4, Tit II.

⁴⁶⁴ MUSCO, I nuovi reati societari, 3ª, 2007, 52.

⁴⁶⁵ LANZI/CADOPPI, I nuovi reati societari, 2007, 25. En cuanto al cambio de ruta respecto al pasado, véase también a MUSCO, I nuovi reati societari, 3ª, 2007, 35; FOFFANI, en:

A pesar de todo esto, como he dicho antes, no toda la doctrina penal mantiene esta posición. Es más, algunos autores consideran que la figura contravencional preside un amplio espectro de intereses últimos, manteniendo como objeto inmediato de tutela, por ejemplo, “la información societaria”⁴⁶⁶. Por tanto, los arts. 2621 y 2622 CCI protegerían los mismos intereses del viejo art. 2621 CC⁴⁶⁷, si bien, a través del eventual daño a los socios o a los acreedores; objeto de protección sería entonces la transparencia, de la cual se deriva un interés institucional, público⁴⁶⁸.

De ésta manera, pero con otra argumentación, otros autores mantienen que el tipo contravencional de “falso in bilancio” configura una hipótesis de peligro concreto de ofensa al patrimonio, y subrayan los intereses de terceros a la veracidad y corrección de las comunicaciones provenientes de la empresa societaria⁴⁶⁹. Esta situación hace que, tendencialmente, también en el tipo del art. 2622 CC se protejan los intereses de los terceros a la veracidad y la corrección de las comunicaciones sociales, obviamente conjuntamente con al patrimonio⁴⁷⁰. La tesis, según una parte de la doctrina, sería confirmada por la introducción de un ilícito administrativo en el apartado 5º y en el 9º, de los arts. 2621 y 2622 CC respectivamente⁴⁷¹. Es necesario recordar que estos párrafos presuponen que la conducta mendaz no supere los límites establecidos por las barreras de punibilidad que el tipo contiene, que son las que al final determinan que el hecho sea un delito o un mero ilícito administrativo. Esto significa, para

GIARDA/ SEMINARA, I nuovi reati societari, 2002, 311, quien considera que la contravención no es nada diferente a una forma de tutela anticipada de los mismos intereses patrimoniales; FOFFANI, AFDUC 12 (2008), 343 “el bien jurídico protegido no es ya la transparencia de la información societaria, como era en la disciplina originaria del Código Civil de 1942, sino que ahora es el patrimonio de los socios y de los acreedores”.

⁴⁶⁶ SEMINARA, Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2 (1992), 680.

⁴⁶⁷ Así PULITANÓ, Il nuovo diritto penale delle società, 2002, 142 ss.

⁴⁶⁸ Mantiene que el art. 2621 CC tutela la transparencia societaria y el art. 2622 la transparencia y el patrimonio SEMINARA, Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2 (1992), 680.

⁴⁶⁹ AMBROSETTI/MEZZETTI/RONCO, Diritto penale dell'impresa, 2008, 114; MAZZACUVA/AMATI, Diritto penale dell'economia, 2010, 84. En un sentido parecido ALESSANDRI, Il nuovo diritto penale, 2002, *passim*, y especialmente 186 ss.

⁴⁷⁰ MAZZACUVA/AMATI, Diritto penale dell'economia, 2010, 84. A su vez ALESSANDRI, Il nuovo diritto penale, 2002, 179s, considera que el artículo 2621 garantiza la veracidad e integridad de la información societaria”, mientras que el art. 2622 tutela los intereses patrimoniales de los socios y los acreedores.

⁴⁷¹ MAZZACUVA/AMATI, Diritto penale dell'economia, 2010, 84.

una parte de la doctrina, que, cuanto menos sobre el plano formal, el legislador ha querido tutelar la transparencia de la información societaria graduando la respuesta sancionatoria dependiendo de los efectos de la mentira⁴⁷² concretándose (a pesar de que esa sea una fórmula criticable), a través de una barrera de punibilidad.

A mi parecer, justamente la reforma introducida en el 2005 confirma que la transparencia y la veracidad de las falsas comunicaciones sociales no es un bien jurídico protegido en el Derecho penal italiano. Lo que se protege penalmente es claramente el patrimonio de la sociedad, de los socios y de cualquier persona vinculada de un modo u otro a la sociedad. De esta manera puede darse que, en el plano formal, el legislador haya querido tutelar la veracidad de la información a través de esta graduación; en todo caso, no se puede decir que se trate, en el caso italiano, de un bien jurídico penal, justamente porque está protegido por una sanción administrativa⁴⁷³. Por otro lado, parece muy raro que el legislador haya querido tutelar un bien jurídico como la transparencia, esto es un bien institucional, con una simple contravención⁴⁷⁴.

En conclusión, mantengo que la clara ruptura con la tradicional regulación de las falsas comunicaciones sociales, por un lado, y la relación entre la contravención y el delito –así como la relación con el ilícito administrativo–, por otro, demuestran que el bien jurídico protegido por el actual tipo sea solo y exclusivamente el patrimonio⁴⁷⁵. La necesaria idoneidad para inducir a error a los destinatarios, el elemento subjetivo consistente en la intención de engañar a los socios o al público y en el objetivo de conseguir un injusto provecho y, para terminar, las barreras de punibilidad, han dado lugar a una evidente

⁴⁷² MAZZACUVA/AMATI, *Diritto penale dell'economia*, 2010, 85.

⁴⁷³ ZANNOTTI, *Reati societari*, 2ª, 2008, 128 s.

⁴⁷⁴ ZANNOTTI, *Reati societari*, 2ª, 2008, 128.

⁴⁷⁵ Así FOFFANI, *Mer. Conc. Reg. 1* (2002), 129 s; ALESSANDRI, *Società* 7 (2002), 811; DONINI, *Cass. Pen. 42* (2002), 1242 y 1275, quien afirma en primer lugar que el bien jurídico protegido es el patrimonio, pero luego matiza esta afirmación, precisando que “el tipo se orienta hacia la puesta en peligro o la lesión de intereses patrimoniales, quedando excluída la relevancia “autónoma” de la mera lesión de la transparencia de la información societaria”; ZANNOTTI, *Reati societari*, 2ª, 2008, 130; PERINI, en: D'ALLESSANDRO (Dir.)/ NAPOLEONI, *Commentario Romano*, III, 2010, 68, 81, quien considera que el interés tutelado por el delito de falsas comunicaciones sociales es de naturaleza estrictamente patrimonial.

patrimonialización del hecho desconocida por la tradicional regulación de las falsas comunicaciones sociales⁴⁷⁶. Al máximo se puede sostener que la lesión de la transparencia se configura como un bien jurídico mediatamente protegido, en el sentido de que es necesaria la tutela de la transparencia si se quiere evitar la simple puesta en peligro del bien jurídico patrimonio⁴⁷⁷.

Se debe decir ya en este momento que comparto la elección del legislador de la reducción del bien jurídico al patrimonio, considerando, como hace NAPOLEONI⁴⁷⁸, que la configuración de las falsas comunicaciones sociales en clave de tutela de las informaciones societarias no sea en absoluto más garantista que la criticada tesis jurisprudencial de la pluriofensividad⁴⁷⁹.

2. La expresión “hechos materiales que no correspondan a la verdad en la medida en que sean objeto de valoraciones”. La cuestión de la “valoración”.

La segunda cuestión objeto de este trabajo se refiere a una fórmula que ha dado lugar a importantes críticas: “expongan hechos materiales que no correspondan a la verdad en la medida en que sean objeto de valoraciones”⁴⁸⁰. Dos son los problemas que surgen de la formulación adoptada por el legislador. El primero, el relativo a la punibilidad o no de las valoraciones; el segundo, aquel relacionado con el significado de la correspondencia con la verdad.

Sobre el significado concreto de la fórmula elegida por el legislador con especial referencia a la primera de las cuestiones anunciadas, la doctrina está

⁴⁷⁶ FOFFANI, Mer. Con. Reg. 1 (2002), 129 s. La intervención penal se dirige pues hacia una acentuada patrimonialización y privatización. Hay una privatización del bien público en cuanto se han involucrado los tres elementos clave de la disciplina societaria: la libertad, la responsabilidad y la transparencia.

⁴⁷⁷ ZANNOTTI, Reati societari, 2ª, 2008, 130.

⁴⁷⁸ NAPOLEONI, en: D'ALLESSANDRO (Dir.)/ NAPOLEONI (Coord.), Commentario Romano, III, 2010, 39.

⁴⁷⁹ Crítico sobre los bienes intermedios e instrumentales, PEDRAZZI, Digesto, 1997- XIII, 349, en cuanto implican “una clara anticipación de la tutela de los intereses económicos subyacentes, cuyo sumergimiento en la ilegalidad societaria es frecuentemente presumida de manera absoluta, y donde el principio de lesividad apenas si existe”. Será en otro capítulo de este trabajo donde expondré mi posición en orden a la protección de los llamados bienes jurídicos institucionales; en tanto se limitan a confirmar que el bien jurídico protegido en las falsas comunicaciones sociales es el patrimonio.

⁴⁸⁰ MAZZACUVA/AMATI, Diritto penale dell'economia, 2010, 102; quienes dicen son infelices soluciones descriptivas.

dividida entre quienes consideran que “nada ha cambiado” respecto de la anterior regulación⁴⁸¹; y quien mantiene que ahora, después de la reforma, las meras declaraciones de voluntad son atípicas; y, por último, quien sostiene la tesis intermedia, según la cual solo las valoraciones dotadas de cierta concreción están comprendidas en esta fórmula⁴⁸².

A mi entender, a pesar de que la locución no sea clara, no parece que ésta pueda excluir de raíz las valoraciones de la espera de lo penalmente relevante. La tesis de la atipicidad de todas las valoraciones parece vacía de contenido en el sentido que si el legislador habría querido dejar impunes todas las valoraciones habría adoptado únicamente la fórmula “valoraciones de hechos”⁴⁸³. Sin embargo, conforme a algunas de las cuestiones que he mencionado anteriormente, considero que no es correcto decir que la locución actual sea igual al primer modelo. La expresión sin duda es diferente, lo que no son diferentes son los resultados. Esto, con lo dicho anteriormente –a propósito del hecho de que la nueva regulación sobre falso in bilancio después del año 2002 habría sido, según DONINI una “*abolitio criminis*”⁴⁸⁴ – significa, todo interconectado, que si bien al final, igualmente que con la primera regulación, las valoraciones están castigadas, el cambio es en todo caso manifiesto.

En este sentido, la doctrina ha puesto en evidencia las tres hipótesis que se pueden reconducir esta abstracta locución⁴⁸⁵. En primer lugar, serían los hechos materiales que no vienen valorados: por ejemplo, la facturación de la empresa. En segundo lugar, los hechos materiales constituyentes objeto de

⁴⁸¹ Así FOFFANI, en: GIARDA/ SEMINARA, I nuovi reati societari, 2002, 265. También SEMINARA, Riv. It. Dir. Proc. Pen. 2 (1992), 677, el cual observa que esta fórmula es el “fruto de una redundancia que nada le agrega o le quita a los hechos de que trata el anteriormente vigente art. 2621, numeral 1, CC; MAZZACUVA/AMATI, Diritto penale dell’economia, 2010, 103.

⁴⁸² ZANNOTTI, Reati societari, 2ª, 2008, considera que no serán susceptibles de no responder a la verdad las meras valoraciones, esto es, esos hechos jurídicos completamente desvinculados de cualquier hecho material, y esto por la razón de que éstas no son nada más que previsiones, pronósticos, o en todo caso juicio de una naturaleza francamente subjetiva, respecto a las que no sería posible esperar un juicio basado en la antítesis verdadero-falso.

⁴⁸³ LOSSAPIO, RDBF 2008, 4.

⁴⁸⁴ Utilizza inoltre l’espressione *abolitio criminis* MARINUCCI, Dir. Pen e Proc. 2 (2002), 137 ss.

⁴⁸⁵ MAZZACUVA/AMATI, Diritto penale dell’economia, 2010, 104.

valoración, como por ejemplo, la amortización. Por último, la valoración pura, la falsedad que recae sobre un objeto de una operación de valoración⁴⁸⁶.

La expresión tiene la función de explicitar la punibilidad de las valoraciones⁴⁸⁷.

En cuanto a la expresión “que no respondan a la verdad”, la redacción anterior a la reforma del 2002 ya había dado lugar a diferentes orientaciones respecto a qué debía entenderse por veracidad. En este sentido se pueden diferenciar tres orientaciones diferentes⁴⁸⁸.

- El criterio de la “verdad legal”, por el cual una valoración será falsa siempre que por su cuantificación se hayan infringido las normas fijadas por la ley: normas y principios contables; de este modo, esta línea teórica hace referencia a los principios que se encuentran recogidos en el CCI, pero que sin embargo no lo están en los principios contables internacionales.

- El criterio de la razonabilidad, según el cual, tomando como base el criterio de la aceptación social, da lugar a que sean consideradas no verídicas las declaraciones que parecen irracionales, artificiales y arbitrarias⁴⁸⁹.

- El último criterio para determinar el contenido de la expresión “que no respondan a la verdad” en relación a las valoraciones, considera que habrá una falsedad cuando exista “una falta de correspondencia entre los criterios de valoración utilizados y su efectiva aplicación”⁴⁹⁰. Esta era la tesis de la Corte de

⁴⁸⁶ Se puede pensar que las previsiones de activos o pasivos sean hechos pertenecientes a esta clase, pero se podría también decir que en el momento en que se destina el dinero se realiza también un hecho material. La solución es discutible, en el sentido de que es difícil afirmar que existan operaciones valorativas sin hechos materiales antes o después de las valoraciones.

⁴⁸⁷ MUSCO, I nuovi reati societari, 3ª, 2007, 68.

⁴⁸⁸ Realizan esta clasificación: MUSCO, I nuovi reati societari, 3ª, 2007, 70; MAZZACUVA/AMATI, Diritto penale dell'economia, 2010, 103. NAPOLEONI, Cass. Pen. 1994, 418 ss., quien utiliza una clasificación ligeramente diferente al distinguir entre la tesis de la “verdad legal”, la tesis de la “verdad subjetiva”, y la tesis de la “verdad relativa”.

⁴⁸⁹ MAZZACUVA, Il falso in bilancio, 1997, 90. En esta línea de pensamiento se encuentra también el concepto de la violación de la verdad relativa, como lo señala CONTI, Diritto penale commerciale, I, 1980, 236; NAPOLEONI, Falsità nelle comunicazioni sociali, 1996, 204, según el cual debe entenderse como “la adecuación de los juicios de valor a las normas técnicas”.

⁴⁹⁰ MAZZACUVA/AMATI, Diritto penale dell'economia, 2010, 103

Casación⁴⁹¹ y de la doctrina mayoritaria⁴⁹². De esta manera es como se diferencia la mera irregularidad y la verdadera falsedad.

El primer criterio se puede criticar fácilmente en cuanto a que resulta demasiado rígido⁴⁹³, no corresponde a la realidad. Además, después de la reforma, en el texto actual, se afirma que esta interpretación ha perdido el sentido, especialmente por la introducción de las barreras de punibilidad que abre una escisión entre los criterios civiles de formación del balance y la determinación penal de la falsedad. El segundo es criticado desde el punto de vista de las exigencias de determinación⁴⁹⁴; el legislador con la reforma ha operado por el contrario un reconocimiento forma, en los arts. 2621 apartado 4 y 2622 apartado 6 CC, del criterio de la razonabilidad.

Si bien la actual regulación usa esta expresión, si esta se pone en relación con el resto de la disciplina, llegamos necesariamente a concluir que, sea en el caso de las valoraciones, sea en el caso de los hechos materiales, lo que verdaderamente es relevante es que la no correspondencia con la verdad se encuentre delimitada por las barreras de punibilidad, las cuales, al final, determinan qué es “falsedad” desde el punto de vista penal y qué no lo es. Pero además no se puede olvidar el hecho de que la exposición de los hechos materiales que no respondan a la verdad, en la medida que sean objeto de valoración, se presente en modo idóneo para inducir a error a los destinatarios sobre dicha situación.

D. Las críticas generales de la doctrina penal italiana a la regulación de las falsas comunicaciones sociales. Recapitulación y conclusiones.

A lo largo de este capítulo se han analizado las diferentes críticas que la doctrina penalista italiana ha realizado a la regulación actual de las falsas

⁴⁹¹ MAZZACUVA/AMATI, *Diritto penale dell'economia*, 2010, 103.

⁴⁹² BARTULLI, *Tre Studi sulla falsità in bilancio*, 1980, 122; MUSCO, *I nuovi reati societari*, 3^a, 2007, 70 s.

⁴⁹³ ZANNOTTI, *Reati societari*, 2^a ed., 2008, 149.

⁴⁹⁴ Crítico en términos de razonabilidad MUSCO, *Diritto penale societario*, 1999, 95.

comunicaciones sociales. Sin querer repetir ahora todo aquello que ya se ha dicho, considero interesante traer aquí nuevamente la impresión general subyacente en la doctrina. De este modo, siguiendo las palabras de FOFFANI, se puede decir que la sensación sobre los arts. 2621 y 2622 CCI es que “nos encontramos delante de una tutela totalmente inadecuada, ineficaz, no proporcional, no disuasoria”⁴⁹⁵. La introducción de numerosos y variados elementos añadidos en el tipo, sean esos, como se ha visto, de carácter objetivo o subjetivo, ha determinado una clara elección político criminal⁴⁹⁶ que parece no satisfacer las necesidades que requiere el ámbito de tutela. Así, la procedibilidad mediante querrela por un lado, los requisitos de punibilidad por otro, así como la previsión de peligro como falta, pueden transmitir un mensaje de bagatelización del tipo⁴⁹⁷. Por otro lado algún autor sostiene que en clave de prevención general positiva el nuevo tipo no garantizaría adecuadamente la interiorización por parte de los operadores del mercado de los principios de veracidad y transparencia de la información social⁴⁹⁸, elemento tradicionalmente considerado como uno de los bienes jurídicos protegidos por el tipo⁴⁹⁹.

Como se ha visto el cuadro general de la disciplina de las falsas comunicaciones sociales en los diferentes ámbitos de intervención extrapenal, con referencia tanto al Derecho público como al Derecho privado, parece ser, al menos sobre el papel, adecuado. En la primera parte de este trabajo se ha evidenciado la importancia y la necesidad de la existencia de una buena regulación extrapenal en materia de falsas comunicaciones sociales: desde el punto de vista de una disciplina adecuada a los objetivos de un funcionamiento ético de la sociedad, los ámbitos no penales serán los más importantes o, para

⁴⁹⁵ FOFFANI, ADFDUC 12 (2008), 344.

⁴⁹⁶ ALESSANDRI, Corr. Giur. 12 (2001), 1547.

⁴⁹⁷ MUSCO, I nuovi reati societari, 3ª, 2007, 55.

⁴⁹⁸ MUSCO, I nuovi reati societari, 3ª, 2007, 55.

⁴⁹⁹ No estoy de acuerdo con esta afirmación. En mi opinión, se debería en primer lugar saber si la instancia penal, en el ámbito de las falsas comunicaciones sociales, puede realmente mejorar la transparencia de las sociedades. En este sentido, COLOMBO, Riv. Soc. 4 (1996), 715, afirma que la duda permanece, incluso mirando a la realidad histórica de las sociedades italianas.

se más exacta, los únicos de verdad relevantes⁵⁰⁰. Pero, a pesar de esto, una vez que el legislador estima adecuado la intervención del orden penal para la protección de los bienes jurídicos más importantes contra las agresiones más graves, esa intervención debe, al menos, poder cumplir los objetivos de protección que pretende *a priori* la norma. Se puede decir que las primeras instancias, aquellas civiles y aquellas administrativas, en la regulación de las falsas comunicaciones sociales en la legislación italiana, han de ser valoradas positivamente, especialmente por la progresión en la intervención sancionatoria, que antes de la reforma era objeto de crítica. Sin embargo una vez nos adentramos en el estudio de la regulación penal, la lógica estructural cae, en cuanto que ésta no puede proteger verdaderamente los bienes jurídicos latentes, así como los identificados por la doctrina; y en absoluto, desde mi punto de vista, tampoco el bien jurídico que he asumido se protege penalmente por el tipo: el patrimonio de la sociedad, socios y acreedores. Son los requisitos de punibilidad los que, al final, comportan una escandalosa protección de la sociedad de los socios y de los terceros, hasta el punto que se puede afirmar que se tutela únicamente el patrimonio de la sociedad y no aquel de socios o de terceros. Las barreras de punibilidad como se ha visto, determinan que “la punibilidad esta excluida si la falsedad o las omisiones no alteran de manera sensible la representación de la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo al cual esta pertenece. La punibilidad está de todas las maneras excluida si la falsedad o las omisiones determinan una variación del resultado económico del ejercicio, antes de impuestos, no superior al 5% o una variación del patrimonio neto no superior al 1%. En todo caso el hecho no es punible si tras una valoración estimativa y particularmente considerada difiere en una medida que no supere el 10% de la correcta”. Son todos criterios vinculados al eventual daño o puesta en peligro patrimonial de la sociedad pero olvida el posible daño a los socios. A este daño sin embargo atiende la regulación civil y (de forma subsidiaria) la administrativa, pero como se decía no se tiene en consideración desde la perspectiva de la responsabilidad penal, justamente, por

⁵⁰⁰ Como se ha indicado en el capítulo II de este trabajo, no considero que el derecho penal pueda (ni deba) contribuir al reforzamiento de los valores éticos mínimos en el ámbito de la empresa. En sentido contrario: ALESSANDRI, Società 7 (2002), 802.

la introducción de barreras de punibilidad de este tipo. En este punto se puede poner un ejemplo muy sencillo: el administrador de hecho de una pequeña sociedad familiar falsea dolosamente el balance anual y realiza un contrato usando ese balance falso. En un caso semejante se puede decir que la conducta ocasiona una lesión al patrimonio de socios o de terceros. Una lesión merecedora de protección penal cuya determinación depende de criterios inadecuados, como las variaciones del resultado económico no superiores al 5% o 1% o la diferencia en una medida no superior al 10% en el caso de valoraciones estimativas.

Este ejemplo viene a reforzar la idea de que el tipo no puede determinar el perjuicio para los socios o para los terceros con criterios porcentuales vinculados a la lesión del patrimonio de la sociedad. En resumen, considerando, como se mantiene en este trabajo, que el bien jurídico protegido mediante los artículos 2621-2622 CCI sean el patrimonio de la sociedad, de socios y de terceros – conclusión que me parece correcta sobre la base de lo ya dicho anteriormente en relación a los bienes jurídicos intermedios como la transparencia de la información social – la estructura del tipo es manifiestamente inadecuada para conseguir la protección de este bien jurídico. Si se quiere proteger el patrimonio de la sociedad, de los socios y de terceros, considero que, un delito como el que estamos analizando, deberían desaparecer las barreras de punibilidad al menos en el sentido en el que se han concretado en el delito de falsas comunicaciones sociales en el ordenamiento jurídico italiano.

Quisiera terminar esta parte del capítulo de la misma forma en que lo he comenzado, con la afirmación de que la reforma de las falsas comunicaciones sociales, introducida en la legislación italiana en el año 2002 y después en el año 2005, si bien supuso un freno a la insostenible tendencia precedente (de una represión ligada a la construcción jurisprudencial), fue hecha con una clara posición política del Gobierno de aquel momento que: se advierte en la concreta regulación, hasta el punto que se ha firmado la *abolitio criminis* del tradicionalmente llamado “falso in bilancio”. Por tanto, no se puede afirmar que la filosofía que ha inspirado la reforma sea aquella dirigida hacia la reducción de la aplicación de las falsas comunicaciones sociales en la convicción de que la

transparencia de la información societaria sea un objetivo perseguible desde otros ámbitos⁵⁰¹, ni tampoco en el deseo de proteger el patrimonio de sociedad, socios o terceros. Otra cosa es que, al final, el instrumento penal se haya visto reducido, otorgando mayor atención a los principios de subsidiariedad⁵⁰² y *ultima ratio* respecto a la anterior regulación; pero es también verdad que se ha hecho hasta el punto de no poder proteger el bien patrimonial de las personas que se relacionan con una sociedad, bien jurídico solo tendencialmente protegido por la norma.

III. LA REGULACIÓN DEL “BILANZDELIKTE” EN LA LEGISLACIÓN ALEMANA.

A. Introducción y evolución del delito

El legislador alemán en relación a la falsedad en documentos sociales, ha elegido la opción de introducir en cada norma societaria la previsión de la correspondiente responsabilidad penal de los diversos sujetos activos que, siempre en el seno de la empresa, cometan este delito. Por tanto, como ha hecho el legislador italiano en el CCI y a diferencia del español, el legislador alemán desarrolla este tipo en la legislación específica de la materia. Lo hace sin embargo de manera diferente al ordenamiento italiano, porque no recoge la problemática de las falsas comunicaciones sociales en uno o dos preceptos, siendo característica principal del ordenamiento alemán la dispersión normativa⁵⁰³. En este sentido, en el Strafgesetzbuch se encuentran los §§ 264a, 265b, 283.7 y 283b; en el Handelsgesetzbuch los §§ 331 y 332; en la

⁵⁰¹ En sentido contrario: BRICCHETTI/PISTORELLI, Guida 16 (2002), 48.

⁵⁰² Esto parece extraño en materia de falsedades si hacemos una comparación, por ejemplo, con la pena por el delito de falsedad ideológica del art. 483: aunque el bien jurídico tutelado no sea el mismo del tipo penal de falsedad en las cuentas anuales, es una norma interesante en el sentido de que se trata igualmente de una falsedad. Art. 483: “Quien testimonie falsamente ante sevidor público, en un acto público, hechos de los cuales el acto está destinado a probar la verdad, será castigado con reclusión de hasta dos años. Si se trata de falsos certificados en actos del estado civil, la reclusión no podrá ser inferior a tres meses”. Es así cómo se observa la situación de privilegio que el legislador ha querido crear en materia de falsedad en las comunicaciones sociales.

⁵⁰³ PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 34.

Aktiengesetzbuch los párrafos §§ 399 y 400; en la GmbH, con un contenido prácticamente igual al de la regulación de las sociedades anónimas, se recogen los §§ 82 y 84; por último, en la ley de cooperativas, se encuentra el § 147 GenG. Se dan así normas diferentes para cada modalidad de comisión⁵⁰⁴, que dependen del tipo de empresa o de sociedad. La explicación de esta regulación tan dispersa se retrotrae al hecho histórico de que las reglas de comercio eran competencia de los *Länder*⁵⁰⁵, antes de convertirse en Derecho federal.

SCHÜPPEN⁵⁰⁶, en el intento de sistematizar los llamados “Bilanzdelikte”, propone cuatro categorías diferentes. La primera categoría es aquella de los “Reine Bilanzstraftatbestände”, que serían los puros *Bilanzdelikte*, tipología de delitos cuya realización consiste en la deficiente redacción del balance anual. La segunda de las categorías, “Bilanzdelikte als not wendige oder typische Tatbestandsdlemente” esta constituida por *Bilanzdelikte* como rasgos típicos de un delito común⁵⁰⁷. La tercera categoría “Bilanzdelikte als mögliche Tatbestandsdlemente”, es aquella que comprende los delitos relacionados con balances como posible elemento del tipo. El cuarto grupo esta compuesto por aquellos previstos de manera indirecta: “Bilanzdelikte als Verdeckungshandlungen oder Ergebnisse anderer Straftaten”, esto es delitos de falsedad en balances que se cometen para esconder la realización de otros delitos o que pueden ser el resultado de otros. La última de las categorías es aquella de los *Steuerhinterziehungen*, esto es delitos de fraude fiscal.

Por otra parte, también según SCHÜPPEN⁵⁰⁸, el núcleo de los *Bilanzdelikte* está formado por los delitos concursales (*Insolvenzdelikte*), de fraude (*Betrug*), por los delitos relativos al pago de tasas y de aduana (*Steuer- und Zolldelikte*) y por delitos de infidelidad (*Untreue*), desde el momento en que siempre, en las cuatro modalidades, existe un espacio para el *Bilanzdelikte*. En un sentido parecido TIEDEMANN⁵⁰⁹, con referencia al Derecho de la empresa,

⁵⁰⁴ PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 34.

⁵⁰⁵ SCHÜPPEN, Systematik und Auslegung, 1992, 60.

⁵⁰⁶ SCHÜPPEN, Systematik und Auslegung, 1992, 40.

⁵⁰⁷ SCHÜPPEN, Systematik und Auslegung, 1992, 40.

⁵⁰⁸ SCHÜPPEN, Systematik und Auslegung, 1992, 40.

⁵⁰⁹ TIEDEMANN, Manual, 2010, 48.

coloca al *Bilanzdelikte* en diferentes y significativos momentos de la vida de la empresa. De esta manera estarán presentes tanto en la disciplina del *StGB*, como en las normas especiales relativas a la fase de la constitución de la empresa, a su desarrollo y a su fase de liquidación. SCHÜPPEN⁵¹⁰ mantiene que los juristas han querido estudiar los fenómenos de los *Bilanzdelikte* y sus peculiaridades, pero niega que esta categoría exista. El autor hace una diferenciación entre Derecho penal de las falsas comunicaciones sociales (*Bilanzstrafrecht*) en sentido estricto (*im engeren Sinne*) o en sentido amplio (*im weiteren Sinne*). El Derecho penal de las falsas comunicaciones sociales en sentido estricto estaría compuesto por aquellas normas que amenazan con pena la presentación del balance fuera de los plazos impuestos por la ley, o su mala redacción, es decir, sin respetar las normas. El Derecho penal de las falsas comunicaciones sociales en sentido amplio estaría orientado a la tutela de la efectiva realización de la contabilidad de la empresa, con la inclusión del deber de guardar los libros contables y el inventario, de la cuenta de pérdidas y ganancias, de la redacción del informe de situación etc.⁵¹¹. Este autor, considera oportuno mantener una concepción en sentido estricto del Derecho penal de balances, y esto le lleva a considerar el término *Bilanzdelikte* no del todo adecuado para denominar a toda esta tipología de delito. la expresión “delitos de cierre del ejercicio”⁵¹² es, según él, más oportuna, porque en última instancia el objetivo de estos delitos es intervenir en tal ámbito⁵¹³, en cuanto la normativa comercial sobre comunicaciones sociales, y en particular, sobre la del balance, ha tenido siempre una conexión muy estrecha con el Derecho concursal⁵¹⁴. Justamente es en el Derecho penal concursal del S. XVII donde se encuentran

⁵¹⁰ SCHÜPPEN, *Systematik und Auslegung*, 1992, 41.

⁵¹¹ SCHÜPPEN, *Systematik und Auslegung*, 1992, 41.

⁵¹² En un sentido similar MARKER, *Bilanzfälschung und Bilanverschleierung*, 1970, 32, quien considera que hay un error en las cuentas anuales cuando al cierre del ejercicio éstas sean contrarias a la ley sobre cuentas y al orden común. Cfr. también *ibidem*, 129. Igualmente GÖSSWEINER hace una lista de casos de las diferentes formas de falsedad en las cuentas anuales. Según este autor existen dos métodos: el primero, llamado *Ersatz*, consistiría en falsificar la información de las cuentas; el segundo, el *Versatz*, consiste en dificultar las cuentas, infringiendo los principios de claridad y continuidad de estas (GÖSSWEINER, *Bilanzdelikte*, 1970, 140 ss.).

⁵¹³ SCHÜPPEN, *Systematik und Auslegung*, 1992, 41.

⁵¹⁴ SCHÜPPEN, *Systematik und Auslegung*, 1992, 97; para el desarrollo histórico de los *Bilanzdelikte*, *ibidem*, 87-120.

las normas del *Bilanzstrafrecht* más importantes⁵¹⁵. La primera ampliación del Derecho penal que regulaba el cierre del ejercicio anual de la empresa surge con el desarrollo de las sociedades anónimas por acciones en los años 1870 y 1884⁵¹⁶. Con el resurgir de las grandes sociedades y el florecimiento del mercado financiero fue necesario castigar la exposición falsa en el balance anual⁵¹⁷. Desde la creación de estos tipos las normas que regulan el *Bilanzrecht* en la forma en que hoy se presentan, son fruto de diferentes raíces históricas⁵¹⁸.

B. La protección frente las falsas comunicaciones sociales en la legislación alemana.

1. Como se ha adelantado al inicio de este capítulo de Derecho comparado, en el párrafo siguiente no se analizarán todos los tipos que hacen referencia a las falsas comunicaciones sociales, sino que solo se estudiarán aquellas que son más relevantes en relación a este trabajo, o sea, fundamentalmente aquellas que SCHÜPPEN ha denominado “Reine Bilanzstraftatbestände”⁵¹⁹.

⁵¹⁵ SCHÜPPEN, *Systematik und Auslegung*, 1992, 87.

⁵¹⁶ SCHÜPPEN, *Systematik und Auslegung*, 1992, 87.

⁵¹⁷ SCHÜPPEN, *Systematik und Auslegung*, 1992, 87. Ambas reformas fueron introducidas por la insuficiencia práctica del delito de estafa.

⁵¹⁸ SCHÜPPEN, *Systematik und Auslegung*, 1992, 87.

⁵¹⁹ Quedan fuera de este estudio dos artículos importantes, sobre los que solo se hará una indicación de su contenido. Se trata de los §§ 264a y 265b StGb relativos, respectivamente, a la estafa en las inversiones de capital y a la estafa en el crédito. El § 264a – que trata de la transferencia de valores mobiliarios, derechos de opción o cuotas que concedan una participación en las utilidades de una empresa, o bien la oferta de aumentar las propias subscripciones en tales cuotas- establece que será castigado (con pena detentiva de hasta tres años o con pena pecuniaria) quien, en las comunicaciones o en los informes sobre el estado patrimonial, suministre, a un gran número de personas, indicaciones inexactas sobre las ventajas o calle hechos desventajosos con referencia a circunstancias relevantes para la adquisición o el aumento. Por su parte, el § 265b establece que será castigado (con pena de prisión de hasta tres años o con multa) quien, a un negocio o empresa, en relación con una solicitud de concesión, mantenimiento o cambio de las condiciones de un crédito a favor de un negocio o empresa real o ficticia respecto a sus reportes económicos presenta documentaciones, especialmente cuentas anuales, cuentas de ganancias y pérdidas, estados patrimoniales o conceptos inexactos o incompletos, ventajosos para quien los concede y relevantes para la decisión de la concesión, o bien en la presentación no comunica deterioros de las relaciones económicas expuestas en los documentos o en las indicaciones, relevantes para decidir acerca de la concesión misma. (V. la traducción revisada al Código penal alemán dirigida por Vinciguerra) Estos dos tipos penales de estafa son ejemplos de *Bilanzdelikte* centrados en el uso de documentos sociales falsos en general, y no solo respecto a las cuentas anuales, con la finalidad de obtener algún provecho económico.

Los argumentos que justifican una regulación penal de las falsas comunicaciones sociales se fundamentan en la importancia de la transparencia, veracidad e integridad de las propias comunicaciones. Desde esta perspectiva la decisión del legislador alemán de prever estos delitos se justifican en esos argumentos, así como en la idea de proteger el patrimonio de las personas que, de modo directo o indirecto, tengan una relación con la sociedad susceptible de ser lesionado por lo erróneo de tales comunicaciones. Dicho esto, es obvio que hoy cada uno de los tipos tiene sus peculiaridades propias, las cuales pueden dar lugar a la protección de bienes jurídicos diferentes, aunque siempre parecidos por el nexo común que los une.

2. Los delitos de insolvencia en el Código penal alemán, se encuentran en los arts. 283.7 y 283b StGB, cuyo análisis es ciertamente interesante con referencia a las falsas comunicaciones sociales. Sobre la base de la importancia que se otorga al mantenimiento de una contabilidad ordenada, el legislador alemán ha previsto el parágrafo 283, letra a) y letra b) StGB⁵²⁰. La norma castiga aquellos hechos en los que existe la mera posibilidad de producir un daño patrimonial por falta de pago, incluido el caso de que la contabilidad se derive de una situación de crisis de la empresa⁵²¹, considerando que el componente de integridad de los libros contables puede poner en peligro los intereses económicos de los acreedores⁵²². Estos artículos se fundamentan en la idea de que el deber de redacción del balance dentro de los plazos exigidos por la ley sea un presupuesto fundamental de los deberes de comercio y, por tanto, que su infracción lleve consigo el peligro de tomar decisiones erróneas con consecuencias económicas graves⁵²³.

De esta manera el § 283.7 StGB castiga con pena de prisión de hasta cinco años o con pena de multa a quien, en un estado de excesivo

⁵²⁰ TIEDEMANN, LK, 2006, 169; STREE/HEINE, in: SCHÖNKE/SCHRODER, Kommentar, 27^a, 2006, 2416.

⁵²¹ RADTKE, en: JOECKS/MIEBACH (Hrsg.), Kommentar, 2006, 826 ss.

⁵²² TIEDEMANN, Manual, 2010, 405, de acuerdo al cual el bien jurídico protegido sería la economía crediticia junto a los intereses económicos de los acreedores.

⁵²³ STREE/HEINE, in: SCHÖNKE/SCHRODER, Kommentar, 27^a, 2006, 2437.

endeudamiento o de insolvencia inminente o ya en esa situación, realice una de estas conductas:

1. reste u oculte, o de manera contraria a las exigencias de una ordenada gestión económica, destruya, dañe o haga inutilizables elementos de su patrimonio que, en el caso de apertura de un procedimiento de insolvencia, apartaría la masa de dicha insolvencia.

2. de manera contraria a las exigencias de una ordenada gestión económica, pacta negocios lesivos o meramente especulativos, o contratos diferenciales sobre mercancías o títulos crediticios, o, luego de gastos antieconómicos, consume sumas de dinero o contraiga deudas en una entidad excesiva;

3. de manera contraria a las exigencias de una ordenada gestión económica, enajene o de alguna manera ceda claramente por debajo de su valor, mercancías o títulos de crédito o los frutos derivados de tales mercancías.

4. simule o reconozca Derechos a otros que son inexistentes.

5. omita el deber de llevanza de los libros contables, o los tenga o altere de modo que dificulte la reconstrucción de la propia situación patrimonial de la empresa.

6. antes de los plazos de conservación de los libros contables para los obligados, reste, oculte, destruya o dañe dichos libros, y otros documentos a cuya conservación un emprendedor comercial esté obligado según el Derecho comercial, haciendo con eso más difícil la reconstrucción de la propia situación patrimonial.

7. violando las normas de Derecho mercantil:

a) realice los balances de manera tal que haga dificultosa la reconstrucción de la propia situación patrimonial u,

b) omita realizar el balance o el inventario en los términos prescritos;

8. de cualquier otra manera, gravemente en contra de las exigencias de una ordenada gestión económica, disminuya el propio patrimonio u oculte o disimule la real situación económica de la entidad.

De igual manera, en el apartado 2º § 283 StGB se castiga a quien, a través de las conductas descritas en el apartado 1º ocasiones un estado de excesivo endeudamiento o la propia insolvencia.

El § 283b StGB, que se refiere a la violación de la obligación de conservación de los libros, castiga con la pena de prisión de dos años o con la pena pecuniaria a quien:

1. Estando obligado por ley, omita la obligación de conservación de los libros contables, o los tenga y altere de manera que dificulte la reconstrucción de la situación patrimonial de la empresa;

2. antes del final de plazo de conservación dispuesto por la ley, quite, oculte, destruya o dañe libros contables, u otros documentos a cuya conservación esté obligado según el Derecho mercantil, haciendo con esto más difícil la reconstrucción de la situación patrimonial de la empresa;

3. con vulneración de las normas de Derecho mercantil:

a) redacte el balance de manera tal que dificulte la reconstrucción de la situación patrimonial de la empresa u,

b) omita la redacción del balance o inventario en los términos prescritos por la ley.

Además en el apartado (2) castiga a quienes en los casos del del inciso 1 numeral 1 o 3 actúe imprudentemente con pena privativa de libertad de hasta 1 año o con multa.

El § 283 StGB se diferencia del §283b StGB por el hecho de que en este último no hay una situación de quiebra, de concurso⁵²⁴. Simplemente se realizan las infracciones contables en una situación de normal funcionamiento de la empresa. Por su parte, en el § 283.7 StGB hay una situación de quiebra o concursal⁵²⁵. Esta situación, es decir, la quiebra o el concurso es entonces un

⁵²⁴ TIEDEMANN, Manual, 2010, 406.

⁵²⁵ RADTKE, en: JOECKS/MIEBACH (Hrsg.), Kommentar, 2006, 840; TIEDEMANN, LK, 2006, 169.

requisito objetivo de punibilidad⁵²⁶. El delito es, independientemente de este contexto, siempre antijurídico y merecedor de pena, pero el legislador no lo castigará por este precepto cuando el autor consiga salvarse del concurso. En este caso, la necesidad de pena perdería su sentido⁵²⁷.

El § 283.7 StGB es una norma especial respecto al número 5 del § 283 StGB. Los sujetos activos son aquellos obligados a redirigir un balance o un inventario conforme a las disposiciones del Derecho comercial. La obligación de los sujetos activos es un deber especial⁵²⁸. Se trata de un delito propio⁵²⁹. Dicha cualidad recae, como establecen los §§ 240-242 HGB, sobre todos los comerciantes, a excepción de los llamados “pequeños comerciantes” cuya empresa no necesite de una estructura comercial conforme a los establecido en el mismo Código de Comercio, HGB. Se trata de un tipo previsto en la *Kaufleute*⁵³⁰. La justificación reside en la exigencia de que las comunicaciones sociales reflejen la máxima veracidad, claridad e integridad, como lo exigen los §§ 238, 242, 243 y 246 HGB⁵³¹.

Las modalidades del tipo recogen la posibilidad de que el balance no sea conforme por ser incorrecto en sentido estricto, es decir, en el sentido de que no sea un balance “verdadero”, o porque esconda una o más informaciones, o también porque no sea claro⁵³².

Con referencia a los casos en que el balance no haya sido presentado a tiempo, es decir, porque no se haya redactado dentro de los plazos previstos por la ley, la doctrina mayoritaria considera equivalente la redacción de un balance

⁵²⁶ RADTKE, en: JOECKS/MIEBACH (Hrsg.), Kommentar, 2006, 840; TIEDEMANN, Manual, 2010, 407.

⁵²⁷ TIEDEMANN, LK, 179 ss.

⁵²⁸ TIEDEMANN, LK, 2006, 179 ss.

⁵²⁹ RADTKE, en: JOECKS/MIEBACH (Hrsg.), Kommentar 2006, 841; TIEDEMANN, Manual, 2010, 406.

⁵³⁰ RADTKE, en: JOECKS/MIEBACH (Hrsg.), Kommentar 2006, 826; STREE/HEINE, in: SCHÖNKE-SCHRODER (Hrsg.), Kommentar, 27ª, 2006, 2426.

⁵³¹ BILETZKI, NSTZ 1999, 537 ss.; RADTKE, en: JOECKS/MIEBACH (Hrsg.), Kommentar 2006, 826; TIEDEMANN, Manual, 2010, 418.

⁵³² TIEDEMANN, Manual, 2010, 419.

inexacto a su presentación fuera de plazo⁵³³. Todo esto con una excepción: el caso particular en que no se haya llevado a cabo la contabilidad y no se haya redactado el balance por falta absoluta de recursos económicos: en estos casos la omisión es impune⁵³⁴.

En el Derecho mercantil no están previstos plazos determinados para la redacción del balance y del inventario, pero se hace referencia al concepto de “ordenado empresario”⁵³⁵. De este modo este concepto deberá ser interpretado haciendo referencia al objeto de la sociedad, a su estructura, a sus riesgos, al sector al que pertenece, pero siempre atendiendo a la protección de los acreedores⁵³⁶. En todo caso, sí queda determinado que, para las pequeñas empresas, el período máximo de presentación es de 6 meses, y éste será un punto de referencia interpretativa⁵³⁷. Explícitamente sin embargo, el § 264.1 HGB ha previsto una plazo general de 3 meses, para la sociedad por acciones; y el § 336.1 HGB de 5 meses, para las cooperativas⁵³⁸.

El § 283.7 StGB no contiene un delito de peligro abstracto, sino concreto⁵³⁹; mientras que el § 283b StGB se configura como un delito de peligro abstracto⁵⁴⁰. El bien jurídico protegido es el interés de los acreedores por la satisfacción de eventuales requerimiento de dinero⁵⁴¹.

3. Como se ha dicho antes, también fuera del StGB, en la legislación alemana se recogen diversas disposiciones referidas a las falsas

⁵³³ TIEDEMANN, LK, 2006, 169-186. Se prevé explícitamente solo un término concreto para la presentación del balance de las sociedades de capital. En el § 264.1 HGB se encuentra un término general de tres meses, y en el § 336.1 HGB, para las cooperativas, de cinco meses. STREE/HEINE, en: SCHÖNKE/SCHRODER, Kommentar, 77ª, 2006, 2426.

⁵³⁴ TIEMDENANN, Manual, 2010, 419.

⁵³⁵ KÜHL, Strafgesetzbuch, 2007, 1283.

⁵³⁶ TIEDEMANN, Manual, 2010, 410 s.

⁵³⁷ KÜHL, Strafgesetzbuch, 2007, 1283.

⁵³⁸ TIEDEMANN, LK, 2006, 177.

⁵³⁹ STREE/HEINE, en: SCHÖNKE-SCHRODER, Kommentar, 77ª, 2006, 812; KÜHL, Strafgesetzbuch, 2007, 1281; TRÖNDLE/FISCHER, Strafgesetzbuch, 2007, 1978 ss.

⁵⁴⁰ RADTKE, en: JOECKS/MIEBACH (Hrsg.), Kommentar, 2006, 813; TRÖNDLE/FISCHER, Strafgesetzbuch, 2007, 1985 s.; KÜHL, Strafgesetzbuch, 2007, 1286. Por su parte TIEDEMANN, Manual, 2010, 406 considera que ambos son delitos de peligro abstracto, pero lo es especialmente el contenido en el del § 283b.

⁵⁴¹ RADTKE, en: JOECKS/MIEBACH (Hrsg.), Kommentar, 2006, 813.

comunicaciones sociales. Así, el § 331 HGB castiga con pena privativa de libertad de hasta tres años o con la pena de multa, a quienes como representante legal de la sociedad o como miembro del Consejo de Administración de una sociedad de capital por acciones, realice una presentación falsa del estado de la sociedad en el balance de apertura, en el balance anual, en el informe de situación o en el balance provisional según lo dispone el 340 apartado 3 o los registre de modo falso o simulado. Además, por otro lado, este precepto castiga con pena privativa de libertad de hasta tres años a aquel que, en calidad de miembro del órgano de representación de una sociedad de capital, realice con culpa grave o con dolo el cierre de las cuentas en las partidas contables internaciones indicadas en el § 315 A, apartado 1, allí donde las relaciones de la sociedad por acciones hayan sido realizadas falsamente o de modo simulado con el objetivo de la emisión según §325 párrafo 2 frase 1, apartado 2 b.

También se castiga a quien, en calidad de miembro del órgano de representación o del Consejo de Administración, registre falsamente o simule según el § 340 i), apartado 4, la situación del grupo en el cierre de cuentas, en el resumen sobre la situación del grupo o en el balance provisional del grupo.

Por último, se castiga también a quien, en calidad de miembro del órgano de representación de una sociedad por acciones revele dolosamente o con culpa grave en el momento de cierre de las cuentas del grupo o en el informe sobre la situación del grupo en el cual se encuentran referidas falsamente o en modo simulado las relaciones del grupo con dos objetivos. El primero con el de la emisión según el § 391, párrafo 1 y 2 HGB; el segundo el de la liberación de un reglamento jurídico decretado según el § 292 HGB.

La doctrina mayoritaria⁵⁴² mantiene que la norma primera y más importantes para las empresas es la referida en el descrito §331 HGB; norma que regula detalladamente el fraude sobre el estado de la empresa, siendo la única que castiga de manera detallada los errores en el cierre del ejercicio⁵⁴³. El

⁵⁴² SCHÜPPEN, Systematik und Auslegung, 1992, 45.

⁵⁴³ TIEDEMANN, Manual, 2010, 426 todo ello en relación a la contabilidad, por lo que no será castigado a través de este tipo penal.

§ 331 HGB es considerado un delito especial propio⁵⁴⁴: la norma establece quiénes son las personas que pueden cometer el delito de una lista cerrada y completa que hace referencia a los miembros de un órgano de representación a los miembros del Consejo de Administración de la sociedad de capital, siempre y cuando se encuentren en el ejercicio de sus funciones.

Como se verá, el bien jurídico protegido, también en los §§ 400 y 82 GmbH, es la confianza en la veracidad e integridad de las informaciones sociales de las sociedades de capital y de los grupos de empresa⁵⁴⁵. Las informaciones sociales están redactadas de forma expresa en las normas de contabilidad integradas en el HGB y en el *Bilanzrichtliniengesetz*, conforme a los estándares establecidos en el § 315 BGB, párrafo 1, sobre el cierre de cuentas y el § 325, apartado 2º, 2b BGB⁵⁴⁶. Se debe considerar en relación a que la reproducción de las informaciones es incorrecta cuando la declaración es injustificable⁵⁴⁷. Es decir, la representación incorrecta subsiste cuando esa no concuerda con la realidad. Existe un margen de valoración y de juicio, pero serán relaciones correctas, según el §331 HGB, aquellas que hacen posible tener un cuadro general de la situación económica de la sociedad⁵⁴⁸. Una representación será incorrecta solo cuando el error subsista sin duda alguna⁵⁴⁹.

De la misma manera, la norma quiere proteger, por un aparte, la propia sociedad de capital o el grupo; y, por otra parte, a todas las personas que tienen cualquier relación jurídica económica con la sociedad: acreedores, trabajadores...⁵⁵⁰. De este modo, subsiste una norma de protección en el sentido del § 823, apartado 2, BGB. El tipo está estructurado a través de un delito de

⁵⁴⁴ QUEDENFELD, en: EBKE (Red.), Kommentar, 2001, 1403; TIEDEMANN, Manual, 2010, 427.

⁵⁴⁵ QUEDENFELD, en: EBKE (Red.), Kommentar, 2001, 1402; RUß, en: GLANEGGER/KIRNBERGER/KUSTERER/RUß/SELDER/STUHLFELNER (Aut.), Handels-gesetzbuch, 7ª, 2007, 849; TIEDEMANN, Manual, 2010, 427.

⁵⁴⁶ RUß, en: GLANEGGER/KIRNBERGER/KUSTERER/RUß/SELDER/STUHLFELNER (Aut.), Handels-gesetzbuch, 7ª, 2007, 849; TIEDEMANN, Manual, 2010, 849.

⁵⁴⁷ RUß, en: GLANEGGER/KIRNBERGER/KUSTERER/RUß/SELDER/STUHLFELNER (Aut.), Handels-gesetzbuch, 7ª, 2007, 849; TIEDEMANN, Manual, 2010, 850.

⁵⁴⁸ MERKT, en: HOPT/MERKT (Hrsg.), Kommentar, 2008, 1200.

⁵⁴⁹ MORCK, en: KOLLER/ROTH/MORCK (Hrsg.), Kommentar, 2007, 914.

⁵⁵⁰ QUEDENFELD, en: EBKE (Red.), Kommentar, 2001, 1402.

peligro abstracto⁵⁵¹, no se exige ningún resultado por la falsa o incorrecta representación de las comunicaciones sociales, como por ejemplo un daño patrimonial.

4. También el § 332 HGB prevé un delito especial propio: en este caso los autores son los auditores y sus asistentes. Se hace referencia a la infracción de la obligación de la prueba y se castiga con la pena privativa de libertad de hasta tres años o con la pena de prisión al auditor nombrado para el cierre de las cuentas o a su asistente que afirme falsamente o esconda circunstancias graves importantes en el informe del auditor de las cuentas o conceda una anotación de confirmación falsa en relación al contenido del examen de la clausura de las cuentas anuales, sobre un cierre de cuentas individuales de las que trata el § 325, inciso 2 HGB sobre un informe de la situación de cierre de cuentas del grupo, sobre un informe de la situación del grupo de una sociedad anónima o sobre un cierre de cuentas provisionales de acuerdo al § 340 a, inciso 3 HGB o sobre un cierre de cuentas provisional de un grupo según el § 340 i, inciso 4 HGB.

A continuación la norma establece que, cuando el autor actúe por precio o con la intención de obtener un provecho para sí mismo o para un tercero, o con la intención de ocasionar daños a terceros, la pena aparejada será la de privación de libertad de hasta 5 años o la multa.

Como el § 331 HGB, tampoco el delito del § 332 HGB exige ningún resultado: es un delito de peligro abstracto⁵⁵². El elemento subjetivo requerido es el dolo, mientras que no está prevista la modalidad culposa. El bien jurídico protegido es, una vez más, la confianza en la veracidad y en la integridad de la inspección hecha por un órgano de control independiente sobre el cierre de las cuentas anuales, sobre los balances y sobre las relaciones provisionales⁵⁵³. El objeto de la tutela alcanza no solo a la sociedad de capital o al grupo de empresas, si no también a todas las personas vinculadas, directa o indirectamente, legal o económicamente, a la sociedad, o que pudieran tener

⁵⁵¹ TIEDEMANN, Manual, 2010, 427.

⁵⁵² QUEDENFELD, en: EBKE (Red.), Kommentar, 2001, 1414.

⁵⁵³ QUEDENFELD, en: EBKE (Red.), Kommentar, 2001, 1417.

una relación con ella, como por ejemplo los socios, trabajadores, y acreedores. La norma que se pretende proteger es la establecida en el § 823, apartado 32, BGB⁵⁵⁴.

5. Por otra parte, también la AktG, GmbH y la GemG disciplinan los *Bilanzdelikte*. En esta sede, se hará referencia solo a lo que se recoge en el AktG para la sociedad anónima, por acciones; y no así para las previsiones referidas a las sociedades de responsabilidad limitada o cooperativas, aun teniendo un contenido prácticamente igual, salvo en pequeños detalles que responden a las características propias de cada tipo de sociedad⁵⁵⁵.

⁵⁵⁴ QUEDENFELD, en: EBKE (Red.), Kommentar, 2001, 1417.

⁵⁵⁵ § 82 GmbH Falsas declaraciones

- I. Con pena privativa de la libertad de hasta tres años o multa, será castigado quien:
 1. Como socio o como administrador frente a la inscripción de la sociedad de la adquisición de las cuotas principales, el rendimiento de las cuotas, el uso de sumas desembolsadas, ganancias extraordinarias, pagos en especie y cauciones por pagos en efectivo no completamente desembolsados
 2. Como socio en el informe de fundación de cuotas en especie,
 3. Como administrador, con el fin de inscribir un incremento del capital base sobre la suscripción o el desembolso de capital nuevo o sus pagos en especie,
 4. Como administrador en la declaración prevista por el § 57 I 2
 5. Como administrador en las aseguraciones que debe realizar según los §§ 8 III 1 o § 39 III 1, o como liquidador en la aseguración que debe ser realizada de acuerdo al § 67 III 1,

haga declaraciones falsas

- II. Se castigará igualmente a la persona que:
 1. Como administrador, con el fin de disminuir el capital social, ofrezca información incorrecta sobre la satisfacción o aseguración del acreedor o
 2. Como administrador, liquidador, miembro del Consejo de Administración o un órgano similar en una relación pública, exponga incorrectamente el estado patrimonial de la sociedad u obstaculice su conocimiento, cuando la acción no sea castigada por el §331 n. 1 o n. 1 a del HGB

§ 84 Infracción de deberes en los casos de pérdidas, imposibilidad de pago o sobreendeudamiento

- I. Con pena privativa de la libertad de hasta tres años o con multa se castigará a quien:
 1. Como administrador omita anunciar a los socios una pérdida de la mitad del capital social o,
 2. Como administrador, en contra del § 64 I, o como liquidador, en contra del § 71 IV omita solicitar al inicio del procedimiento de insolvencia en el caso de imposibilidad de pago o sobreendeudamiento

El § 399 *AktG*, sobre las falsas declaraciones, establece que será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa la persona que realiza falsas declaraciones y omite circunstancias importantes en los siguientes casos:

1. Quien como fundador o miembro de la Junta Directiva o del Consejo de Administración, con la finalidad de inscribir la sociedad en cuanto a la toma de acciones, el pago de acciones, al uso de la cantidad desembolsada, a los gastos de acciones con ventajas extraordinarias, a los gastos de fundación, al pago en especie, a la adquisición de cosas y a la caución para pagos en metálico no completamente desembolsadas;

2. en calidad de fundador o de miembro de la Junta Directiva o del Consejo de Administración, en la relación de fundación, en la relación de post-fundación o en la relación de inspección;

3. en anuncio público según el § 47 número 3;

4. en calidad de miembro de la Junta Directiva, o del Consejo de Administración, con la finalidad de inscribir una ampliación de capital (§§ 182-206) sobre la aportación de capital que existía hasta ese momento, la inscripción o las aportaciones de nuevo capital, la suma de gastos de las acciones, los gastos de inscripción de las acciones o de los pagos en metálico;

II. Si el autor actúa de manera culposa la pena será la privativa de la libertad hasta por un año o multa

§ 147 Datos falsos o representación incorrecta

(1) Será castigado con la pena privativa de la libertad de hasta tres años o multa quien sea socio de Junta Directiva o quien sea liquidador y en una oferta a través de los actos escritos en el § 79, inciso 5, frase 2, sobre la decisión de la continuación de la cooperativa registre datos discordantes o esconda situaciones de importancia

(2) Igualmente será castigado el socio de la Junta Directiva o del Consejo de Administración o el liquidador

1. De la actividad de la cooperativa en la representación o visión global del patrimonio, el socio o el empresario individual, en la asamblea (...) la presentación o las informaciones incorrectas cuando el hecho no se encuentre sancionado con pena en el § 340 m junto con el § 331, número 1 o 1ª de la HGB

En la aclaración o determinación de las prescripciones de las normas para el examen de la cooperativa, presenten datos falsos o escondan incorrectamente la situación lamentable de la cooperativa, cuando no se encuentre castigado por el § 340 m en relación al § 332, número 4 de la HGB.

5. en calidad de liquidador, con la finalidad de la inscripción de la continuación de la sociedad en el informe previsto por el § 274 número 3; o quien

6. en calidad de miembro de la Junta Directiva, en las aseguraciones que deben estipularse en el sentido del § 37, párrafo 2, frase 1, o § del 81, párrafo 3, frase 1, o como liquidador en la aseguración que se debe contraer en el sentido del § 266, párrafo 3, frase 1.

Se castiga igualmente a la persona que, como miembro de la Junta Directiva o del Consejo de Administración, con la finalidad de la inscripción del incremento del capital social, realiza las declaraciones previstas en el § 210, I, 2, de manera diferente a lo que es en realidad.

El § 399 AttkG no ha sido un tipo demasiado aplicado en la práctica, y además, la doctrina penal más influyente no ha valorado muy positivamente su existencia⁵⁵⁶ ya que mantiene que es un verdadero cajón de sastre⁵⁵⁷. Con este tipo se castigan un buen número de conductas, todas relacionadas con las falsas comunicaciones sociales en el ámbito de las sociedades anónimas, que pueden ser cometidas por los fundadores, miembros de la Junta Directiva o del Consejo de Administración o por los liquidadores. Se trata por tanto de un delito propio, donde los hechos típicos son, para el fundador, aquellos que desarrollan los párrafos 1, 2, 3; para los miembros de la Junta Directiva o del Consejo de Administración, las conductas del párrafo 1, 2, 3, 4, 6 e II; para los liquidadores, aquella del apartado 5.

La diferencia entre el tipo del I y del II reside simplemente en el hecho de que esta última se refiere a una temática diferente a la de las falsas comunicaciones sociales.

Todas las conductas alternativas previstas por la ley son “Äusserungsdelikte”⁵⁵⁸, es decir, delitos declarativos. Estos tipos estarán

⁵⁵⁶ Críticos: OTTO, Aktienstrafrecht, 1997, 7; SCHRÖDER, Aktienhandel und Strafrecht, 1994, 48.

⁵⁵⁷ SCHRÖDER, Aktienhandel und Strafrecht, 1994, 48.

⁵⁵⁸ SCHRÖDER, Aktienhandel und strafrecht, 1994, 48.

constituidos por falsas declaraciones, declaraciones incompletas y en el párrafo 2 por declaraciones deformes conforme a la realidad.

El bien jurídico protegido es la confianza en la integridad y veracidad de las inscripciones que se hacen en el Registro Mercantil⁵⁵⁹. Por tanto, no se protegen con esta norma todas las informaciones sociales, sino solo aquellas que se debe inscribir en el Registro y que se prevén en la descripción del tipo.

La doctrina considera que el orden público no es un bien jurídico tutelado por esta norma, ni tampoco la veracidad de las informaciones sociales que no se inscriben en el Registro Mercantil. HEFENDEHL considera que la protección de la confianza en el correcto funcionamiento del Registro Mercantil no es un fin en sí mismo sino que tiene indirectamente el objetivo de proteger los bienes patrimoniales de las personas con interés en la sociedad⁵⁶⁰. En este sentido, el bien jurídico será también el patrimonio individual de los acreedores y de los accionistas presentes y futuros y por tanto no así el público en sentido amplio.

Las diferentes conductas del § 399 tienden a prestar una tutela a la norma contenida en los §§ 823 II BGB. Se protegen, al mismo tiempo, un bien jurídico colectivo y un bien jurídico individual, si bien de forma indirecta porque la estructura del tipo que ha elegido el legislador alemán es la del delito de peligro abstracto⁵⁶¹. No se requiere un engaño o un daño patrimonial.

Junto a él, el § 400 AttkG establece que:

I. Con pena privativa de libertad de hasta 3 años o con multa se castiga a quien, siendo miembro de la Junta Directiva o del Consejo de Administración o siendo liquidador,

1. describe de manera incorrecta o encubre las condiciones de la sociedad, incluidas sus relaciones con empresas del grupo, en descripciones o síntesis del estado del patrimonio, en exposiciones o en informaciones dadas en la Asamblea General, si la acción no está penada según el § 331 n° 1 o 1a del HGB, o

⁵⁵⁹ SCHRÖDER, Aktienhandel und strafrecht, 1994, 48; OTTO, Aktienstrafrecht, 1997, 38; HEFENDEHL, en: SPINDLER/STILZ (Hrsg.), Kommentar, 2007.

⁵⁶⁰ HEFENDEHL, en: SPINDLER/STILZ (Hrsg.), Kommentar, 2007, 1197.

⁵⁶¹ SCHRÖDER, Aktienhandel und strafrecht, 1994, 48; OTTO, Aktienstrafrecht, 1997, 39; HEFENDEHL, en: SPINDLER/STILZ (Hrsg.), Kommentar, 2007, 1119.

2. en las explicaciones o afirmaciones que según las normas de este código se deben facilitar al auditor de la sociedad o de una empresa del grupo, haga declaraciones falsas o refiera de manera incorrecta las relaciones de la sociedad o los obstáculos, cuando la acción no sea castigada por el § 331 n. 4 HGB.

II. Se castiga igualmente a quien, siendo fundador o accionista, en aclaraciones o afirmaciones que según las normas de este código deben dar a un auditor fundador o cualquier otro auditor, haga declaraciones falsas u omita circunstancias importantes.

Tampoco el § 400 AttkG ha sido una norma muy aplicada en la práctica⁵⁶², sobre todo por vía de la cesión de la persecución en el caso de la aplicación del § 154 StPO o en los casos en que hubiesen sido procedimientos relativos a los delitos de los §§ 263, 266 o 283 StGB.

El § 400 AttkG castiga a los miembros de los órganos colegiados (Junta Directiva, Consejo de Administración), a los liquidadores, a los fundadores, y a los accionistas de la sociedad por acciones que:

- En los documentos de la sociedad, incluidas aquellas de las empresas del grupo, ya sea en la presentación o en la representación de la imagen general del estado patrimonial, en exposiciones o informaciones dadas a la asamblea general, refiera información de manera incorrecta o la obstaculice,

- En las aclaraciones o afirmaciones que según las normas de este código se deben dar al auditor de la sociedad o de una empresa del grupo, haga declaraciones falsas o refiera de un modo incorrecto la relación de la sociedad o la obstaculice.

- Debiendo suministrar, según las normas del Código, a un auditor fundador o a cualquier otro auditor informaciones, haga declaraciones falsas u omita circunstancias importantes.

Con esta previsión, el legislador alemán quiere proteger la veracidad y la integridad de las comunicaciones sociales que se deben dar a determinados

⁵⁶² HEFENDEHL, en: SPINDLER/STILZ (Hrsg.), Kommentar, 2007, 1202.

órganos o personas para hacer posible y garantizar, a todos los sujetos interesados, un análisis real de la situación de la sociedad⁵⁶³. Veracidad e integridad según las normas del BHB⁵⁶⁴. Así se pretende proteger a la sociedad, los potenciales aseguradores, los acreedores, los accionistas y los trabajadores⁵⁶⁵. La confianza en la información societaria es el bien jurídico protegido⁵⁶⁶, y la estructura del delito es de peligro abstracto⁵⁶⁷. La norma no exige que los sujetos protegidos tengan una relación directa con la sociedad. Parece, entonces, que son protegidos todos aquellos que tengan algún tipo de expectativa patrimonial fundada en la confianza de la información (la información típica descrita en la norma).

IV. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

Después de un rápido análisis de la disciplina del falseamiento de cuentas de las sociedades en Italia y Alemania se puede definitivamente concluir, como ya se ha anticipado, que la regulación en esta materia es absolutamente diferente en las dos legislaciones. No solo es diferente la técnica de tutela y el bien jurídico respectivamente tutelado. También el desarrollo legislativo de ambos países ha sido totalmente diferente, y por tanto la importancia jurídica que tradicionalmente en uno y otro país han tenido de estos tipos.

Todo esto, en el caso concreto, refuerza la afirmación que en el Capítulo 1 de este trabajo se hacía en relación al Derecho penal económico, donde hacía referencia particular a que este es diferente en cada Estado, dotándose de un contenido diferente en cada legislación. El falseamiento de documentos de la sociedad son un claro ejemplo de esta afirmación. Además nos encontramos, frente a una materia que tiene una importancia diferente en los diversos

⁵⁶³ SCHÖDER, Aktienhandel und Strafrecht, 1994, 48; OTTO, Aktienstrafrecht, 1997, 86; HEFENDEHL, en: SPINDLER/STILZ (Hrsg.), Kommentar, 2007, 1251.

⁵⁶⁴ SCHÖDER, Aktienhandel und Strafrecht, 1994, 48.

⁵⁶⁵ HEFENDEHL, en: SPINDLER/STILZ (Hrsg.), Kommentar, 2007, 1252.

⁵⁶⁶ HEFENDEHL, en: SPINDLER/STILZ (Hrsg.), Kommentar, 2007, 1252.

⁵⁶⁷ OTTO, Aktienstrafrecht, 1997, 87; HEFENDEHL, en: SPINDLER/STILZ (Hrsg.), Kommentar, 2007, 1255.

ordenamientos como diferente es su concreción. Los bienes jurídicos protegidos en los tipos alemanes son, como se ha visto, la veracidad, la transparencia la integridad de las comunicaciones, pero no el patrimonio sea el del público en general o sea el de los acreedores. Por el contrario, en la legislación italiana, se ha dicho que el único bien jurídico protegido, después de las reformas, es exclusivamente el patrimonio⁵⁶⁸.

También las técnicas de protección son diferentes. Mientras que en la legislación alemana se utiliza fundamentalmente la fórmula del peligro abstracto, la estructura del peligro concreto o de resultado es la utilizada en la disciplina italiana⁵⁶⁹. Es curioso que en Italia, la importancia histórica de las falsas comunicaciones sociales, y sobre todo las polémicas surgidas dentro y fuera de los debates doctrinales, hayan sido mucho más intensas y profundas de lo que han sido en Alemania, a pesar de que la protección del bien que en teoría, según las acepciones doctrinales, se debería proteger con este delito, termina por no ser protegido.

La estructura del tipo es muy diferente, y no solo por la técnica de tutela empleada, hasta el punto de que mientras en Italia se establecen en el tipo un buen número de condiciones de punibilidad en la legislación alemana el simple hecho de no presentar los documentos sociales en el Registro Mercantil en los plazos fijados constituye ya el tipo.

Otra diferencia de gran importancia es la relacionada con el hecho de que en la legislación alemana se identifican los diferentes tipos de informaciones sociales y el modo en que se entenderá realizada una falsedad en aquella comunicación. De esta manera, se distinguen las comunicaciones que se deben presentar en el Registro Mercantil, de aquellas que se refieren a los socios y acreedores. La legislación italiana, por el contrario, no diferencia ningún tipo de comunicación, siendo en este sentido menos exhaustiva.

El objetivo de este análisis de las dos legislaciones era el de exponer las diferentes posibilidades de sancionar una materia que, además, es también diferente desde una perspectiva privada, esto es, en el Derecho privado. Poner

⁵⁶⁸ Será en el Cap. 3 donde se determine cual es el bien jurídico protegido en la legislación española.

⁵⁶⁹ Será en el Cap. 3 donde se determine cuales son las técnicas de tutela de los bienes jurídicos protegidos.

esto en evidencia es, desde mi punto de vista, muy útil para poder analizar de un manera más adecuada la regulación en el CP español, es decir, sin prejuicios y sin presiones de pretender su semejanza a otras legislaciones porque, como se ha visto, ésta no es igual en ninguno de los países estudiados y porque analizando el tipo, su tradición legal y sus peculiaridades, se podrán desarrollar, con libertad, las conclusiones consiguientes⁵⁷⁰.

Esto no significa que no se consideren las ideas que han sido desarrolladas por la doctrina en el Derecho comparado. Al contrario, el esfuerzo de análisis de cómo son estas legislaciones servirá para poder llegar a determinadas conclusiones, pero siempre dentro de la independencia que ofrece el hecho de saber que cada legislación, en materia de falsas comunicaciones sociales es, muy diversa.

⁵⁷⁰ Será en el Cap. 5 donde se determine cual es el objeto material del delito en España.

CAPITOLO 2:

DIRITTO COMPARATO

I. GIUSTIFICAZIONE DEL CAPITOLO

Alle difficoltà, già sviluppate e approfondite nel primo capitolo di questo lavoro, riguardanti il contenuto del concetto di “diritto penale economico” e di “diritto penale societario”, si aggiungono le concrete difficoltà di diritto comparato in ordine alla definizione delle false comunicazioni sociali che, nei diversi Paesi, trovano regolazioni molto differenziate. Ancora non ci siamo addentrati nello studio concreto delle false comunicazioni sociali nella legislazione spagnola, riservandoci di farlo più avanti⁵⁷¹: prima di analizzare la regolazione spagnola, è sembrato importante svolgere un approccio alla legislazione di due Stati vicini, sia culturalmente e sia fisicamente, come l’Italia e la Germania: e ciò soprattutto per il fatto che le regolazioni di questi due Paesi sono affatto diverse, non solo nel confronto con la Spagna, ma anche tra di loro. Questa analisi servirà per giungere in seguito a determinate conclusioni sulla regolazione spagnola, al fine di effettuare una valutazione più consapevole.

La menzionata diversità normativa impone un approccio differenziato allo studio delle due discipline. In questo senso, in primo luogo descriverò la regolazione italiana in maniera “compatta”, cioè analizzando insieme i due articoli concernenti le false comunicazioni sociali, collocati del codice civile italiano (artt. 2621-2622). Invece, per lo studio della legislazione tedesca, questo lavoro risulta più difficile, perché la dispersione delle diverse forme del c.d. *Bilanzrecht* fa sì che non sarebbe corretta un’analisi congiunta, in quanto le diverse fattispecie non hanno molte caratteristiche in comune. Con un’ulteriore avvertenza: fra tutti gli articoli che nella legislazione tedesca fanno riferimento in maniera diretta o indiretta al falso in bilancio⁵⁷², si studieranno in modo approfondito i §§ 283.7 e 283b StGb, i §§ 331 e 332 HGB e i §§399 e 400 AttKg, trattandosi di quelli più importanti.

Un altro motivo che consiglia di svolgere lo studio della disciplina italiana e di quella tedesca utilizzando una metodologia così diversa deriva dal tipo di interesse che questa materia ha suscitato per la dottrina dei due Paesi. Se in

⁵⁷¹ Capitolo 3 e seguenti.

⁵⁷² §§ 264a 265b, 283.7 e 283b StGb, §§331 e 332 HGB, §§399 e 400 AttKg, §§82 e 84 GmbH e §147 GemG.

Italia la fattispecie di “falso in bilancio” è stata un’incriminazione molto studiata, destando anche polemiche praticamente sin dall’inizio, in Germania, invece, è capitato proprio il contrario, le fattispecie relative alle false comunicazioni sociali essendo state poco considerate dalla dottrina.

II. - IL TRAVISAMENTO DELLE COMUNICAZIONI SOCIALI NELLA LEGISLAZIONE ITALIANA: IL FALSO IN BILANCIO (ARTT. 2621-2622 CODICE CIVILE).

A. Introduzione ed evoluzione del reato

Il testo delle false comunicazioni sociali risale al nucleo più remoto del diritto penale societario italiano⁵⁷³, trovando la sua origine nella promulgazione del Codice di commercio del 1882, con l’articolo 247 n.1⁵⁷⁴. L’art. 247 puniva, con pena pecuniaria, «gli amministratori, direttori, sindaci e liquidatori che, nelle azioni o nelle comunicazioni sociali d’ogni specie fatte all’assemblea generale nei bilanci o nelle situazioni delle azioni abbiano scientemente enunciato fatti falsi sulle condizioni della società o abbiano scientemente in tutto o parte nascosti fatti riguardanti le condizioni medesime». Inoltre, nella legislazione del falso in bilancio, doveva prendersi in considerazione anche l’articolo 246 C.com., che delineava un reato analogo, riguardante però la fase costitutiva della società. Così, l’articolo 246 puniva con le pene del reato di truffa, fino a tre anni, i costitutori e i promotori che asserissero falsamente l’esistenza di sottoscrizioni già avvenute, allo scopo di indurre il pubblico a versare e/o sottoscrivere capitale sociale. Nel 1930 le due ipotesi criminose vennero inserite in un unico articolo. L’art. 2. legge 4 giugno 1931, n. 660 unificò le due disposizioni citate e modificò la descrizione della fattispecie come segue: “i promotori, gli amministratori, i

⁵⁷³ Il falso in bilancio è considerato reato da più di un secolo. Cfr. BARTOLO, False comunicazioni sociali, 2004, 7.

⁵⁷⁴ NAPOLEONI, Falsità nelle comunicazione sociali, 1996, 23; BARTOLO, False comunicazione sociali, 2004, 8; NAPOLEONI, en: D’ALLESSANDRO (Dir.)/ NAPOLEONI (Coord.), Commentario Romano, III, 2010, 4 ss.; PERINI, en: D’ALLESSANDRO (Dir.)/ NAPOLEONI, Commentario Romano, III, 2010, 64. Quindi, la localizzazione dei reati di false comunicazioni sociali finora è stata fuori dal Codice Penale, il che ha avuto una positiva valutazione dalla dottrina. Fra altri: ALESSANDRI, Riv. It. Dir. Proc. Pen 2 (1992), 491, afferma che in questa forma il diritto penale non si allontana dei principi informatrici della legislazione civilistica.

direttori, i sindaci e i liquidatori delle società commerciali che, nelle relazioni o comunicazioni fatte al pubblico o all'assemblea o nei bilanci, fraudolentemente espongono fatti falsi sulla costituzione o sulle condizioni economiche della società o nascondono in tutto o in parte fatti concernenti le condizioni medesime". In tal modo, si introduceva *il pubblico* quale possibile destinatario delle false comunicazioni sociali, oltre ad elevare la rispetta sanzionatoria prevedendo la reclusione da tre a dieci anni e la multa da lire diecimila a centomila.

Infine, nel 1942, con la riforma dei codici, ebbe luogo un'ulteriore modificazione, diventando il falso in bilancio un'ipotesi regolata nella fattispecie dell'art. 2621 del Codice civile, inserita nel "Titolo XI" relativo alle "Disposizioni penali in materia di società e di consorzio" del libro V ("Del lavoro"). Ma neanche in quest'occasione si procedette a una automatica traslazione della precedente regolazione, che subì invece diverse modifiche. La modifica più significativa, insieme ad altre d'importanza soprattutto formale, è ravvisabile nella riduzione drastica della pena detentiva⁵⁷⁵. L'articolo 2621 CC offre il destro a un bel numero di quesiti⁵⁷⁶: fondamentalmente la dottrina penalistica ha posto in risalto le questioni concernenti l'interpretazione dell'elemento soggettivo in relazione all'avverbio "fraudolentemente", l'individuazione dell'interesse tutelato e il significato del sintagma "comunicazioni sociali". Alcune delle questioni segnalate sono ancora oggetto di discussione⁵⁷⁷.

In questo scenario, nell'anno 1998 si istituisce la c. d. Commissione Mirone, il cui progetto si è poi concretizzato nel decreto legislativo n. 61/2002 che dà attuazione all'art. 11 della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366 (sebbene con importanti differenze tra il primo Progetto e la successiva redazione del testo⁵⁷⁸).

⁵⁷⁵ NAPOLEONI, La falsità nelle documenti sociali, 1996, 27.

⁵⁷⁶ Sulla regolazione generica del falso in bilancio nella disciplina del 1942 fino alla riforma del 2002, tra altri: ZUCCALA, False comunicazioni sociali, 1954; GIULIANI-BALESTRINO, I problemi generali, 1978; MAZZACUVA, Problemi attuali, 1985; SCARLATO, Reati societari, 1997.

⁵⁷⁷ BARTOLO, False comunicazione sociali, 2004, 14 ss., sviluppa i principali problemi.

⁵⁷⁸ Il progetto Mirone fu messo a punto dalla Commissione di studio per la riforma del diritto societario, formata nel 1998 con lo stesso nome di Commissione Mirone. Però da questa data all'approvazione definitiva della riforma trascorrono 4 anni nei quali il Governo di sinistra che aveva preso l'iniziativa è sostituito da un Governo di destra, il quale approva importanti modifiche. Così: BARTOLO, False comunicazioni sociali, 2004, 48. La composizione della commissione si può trovare in: http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previousPage=mg_14_7&contentId=SPS73330.

Il progetto⁵⁷⁹, che intendeva realizzare una complessiva riforma del diritto penale societario, nacque dall'esigenza, da tutti condivisa, di razionalizzare la materia⁵⁸⁰. Da un lato c'era la necessità di una revisione delle fattispecie, in concreto poco applicate⁵⁸¹; dall'altro, di un'unificazione di altre fattispecie; e, per ultimo, sia di colmare vuoti sia di soddisfare nuovi bisogni di tutela⁵⁸².

Comunque, questa non è stata l'ultima modificazione nella materia penale societaria. Con la legge 28 dicembre 2005, n. 262 "sulla tutela del risparmio" si modificano ancora una volta talune fattispecie, fra le altre quelle che qui ci interessano: gli articoli 2621 e 2622 CC sulle false comunicazioni sociali. Non c'è dubbio che le critiche più numerose alla legge 51/2002, ossia quelle che sottolineano come il vecchio 2621 sia stato trasformato nel nuovo 2621 e nel 2622, sono state indirizzate, infatti, verso la fattispecie incriminatrice del falso in bilancio. Invero la riforma applicò un "cambio di paradigma"⁵⁸³ e, inoltre, la sua modificazione ha coinvolto anche altri reati, come per esempio il falso in prospetto⁵⁸⁴. Addirittura le numerose critiche che la riforma del 2002 ha avuto,

Per l'esposizione delle vicende che interessarono il progetto: NAPOLEONI, en: D'ALESSANDRO (Dir.)/ NAPOLEONI (Coord.), Commentario romano, III, 2010, 18 ss.

⁵⁷⁹ Il progetto Mirone nella sua prima versione è stato oggetto di opinioni positive. V., fra altri, FLICK, Riv. Soc., 45 (2000), 1-13 (Flick era in quel momento Ministro di grazia e giustizia); FOFFANI, Mer. Conc. Reg. 1 2(002), 127: "si trattava infatti di un progetto che era positivamente caratterizzato, in generale, da una concentrazione, semplificazione e razionalizzazione delle figure di reato (...)". Ma alla fine quello che rimase del progetto dista molto dalla prima versione: cfr. per es. FOFFANI, Mer. Con. Reg. 1 (2002), 127 "il risultato complessivo è assolutamente contraddittorio (...) viene non tanto modificato in profondità quando piuttosto "sterilizzato"; ALESSANDRI, Mer. Conc. Reg. 1 (2002), 147 "della riforma resta solo lo schema formale, a dimostrazione dell'assoluta mancanza di un modello alternativo sul piano sistematico (...)"; MARINUCCI, Guida 45 (2001), 11, riteneva che con la riforma l'Italia sarebbe diventato un paradiso fiscale. Evidenzia il processo di riforma anche in questo senso: GIUNTA, Diritto penale e processo, 2001, (8), 929.

⁵⁸⁰ PULITANÒ, Guida 39 (2001), 9; PALIERO, Guida 16 (2002), 37; MUSCO, I nuovi reati societari, 3^a, 2007, 1. Che avverte (p. 41) che la nuova legislazione è stata il punto di più forte rottura con la normativa codicistica del 1942 e anche con lo stesso progetto Mirone.

⁵⁸¹ Si deve dire che non era con il vecchio falso in bilancio, nel senso che quello era un reato che vedeva un gran numero di contestazioni da parte dei pubblici ministeri, nonostante che non si arrivasse poi sempre a delle condanne. È probabile che la spiegazione a questo fenomeno sia stata la pernicioso applicazione dell'articolo 2621 CC, così: MAZZACUVA, Crit. Dir. 1995, 285 parla della "inarrestabile applicazione" del falso in bilancio; NORDIO, Guida 45 (2001), 12 s.; ALESSANDRI, Società 7 (2002), 799 avvertendo come si voleva intervenire in tutte le patologie delle imprese attraverso questo articolo.

⁵⁸² MUSCO, I nuovi reati societari, 3^a, 2007, 1.

⁵⁸³ Espressione di FOFFANI, Cass. Pen. 111 (2001), 3246 s.

⁵⁸⁴ Critici riguardo alla riforma, fra gli altri: ALESSANDRI, Corr. Giur. 12 (2001), 1545 ss.; MARINUCCI, Guida 45 (2001), 10 ss.; PEDRAZZI, Riv. Soc. 6 (2001), 1369; PULITANÒ, Guida 39 (2001), 9 ss.; CRESPI, Riv. Soc. 2001, 1345 ss.; ALESSANDRI, Società 7 (2002), 797; BELCREDI,

sono state trasferite all'ambito della presunta illegittimità comunitaria della fattispecie di false comunicazioni sociali. La possibile violazione è stata rilevata, da un lato, nell'articolo 6 in relazione all'articolo 2, comma 1, della direttiva 68/151 CEE per cui gli Stati membri "stabiliscono adeguate sanzioni per i casi di (...) mancata pubblicità del bilancio e del conto profitti e perdite"; e, dall'altro, nell'articolo 2 della direttiva 78/660 CEE in virtù del quale si pone l'obbligo di fare un quadro fedele della situazione societaria⁵⁸⁵. La sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee del 3 maggio 2005 sul falso in bilancio⁵⁸⁶ ha abordato la questione dell'eventuale illegittimità comunitaria, sostenendo che "Gli stati membri devono segnatamente vagliare a che le violazioni del diritto comunitario siano punite, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in forme analoghe a quelle previste per le violazioni del diritto interno simili per natura e importanza e che, in ogni caso, conferiscano alla sanzione stessa un carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo" (punto 63). In questo senso si è visto come le critiche alla riforma si incentrano sulla struttura delle nuove fattispecie, la quale trascura il bene giuridico della trasparenza dell'informazione societaria che, tendenzialmente, sembra da ritenere alla stregua di bene giuridico di rilevanza comunitaria. Per sommi capi, tutta la dottrina si trovava d'accordo con il fatto che c'era bisogno di una riforma dei reati societari e, se si vuole, specialmente con la necessità di una più equilibrata interpretazione dell'art. 2621 CC⁵⁸⁷; tuttavia con la riforma si è proceduto troppo avanti, fino al punto di denaturalizzare il reato conforme alla tradizione civilistica italiana. Orbene, tutte queste critiche saranno viste e analizzate nelle seguenti pagine.

Merc. Conc. Reg. 1 (2002), 132; DONINI, Cass. Pen. 42 (2002), 1240; FOFFANI, Cass. Pen. 111 (2002), 3246 ss.; FOFFANI, ADFDUC 12 (2008), 341, 344; In un senso positivo BRICCHETTI/PISTORELLI, Guida 16 (2002), 48, secondo i quali la filosofia che ha ispirato la riforma è centrata sulla riduzione dell'applicazione delle false comunicazioni sociali nella convinzione che la trasparenza dell'informazione societaria sia obiettivo perseguibile mediante la autotutela dei mercati piuttosto che mediante la minaccia di severe sanzioni penali.

⁵⁸⁵ MUSCO, I nuovi reati societari, 3^a, 2007, 120.

⁵⁸⁶ Per l'analisi della Sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee sul falso in bilancio, con riferimento al caso Berlusconi, v. FOFFANI, ADFDUC 12 (2008), 333 ss. Afferma l'autore che "Nella Sentenza si analizzano due questioni; la prima in relazione alla applicazione retroattiva della pena più mite, che fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. La seconda, forse più importante, è quella dell'adeguamento della disciplina delle false comunicazioni sociali nella legislazione italiana alla luce del diritto comunitario. In concreto se gli articoli 2621-2622 CC sono adeguati alla già detta Direttiva 68/151/CEE che reclama una adeguata tutela della trasparenza dell'informazione societaria".

⁵⁸⁷ ALESSANDRI, Corr. Giur. 12 (2001), 1548.

B. La protezione delle false comunicazioni sociali nella legislazione italiana

Per quanto concerne le questioni relative alle false comunicazioni sociali, il quadro complessivo che troviamo nella legislazione italiana ha una forma chiaramente piramidale⁵⁸⁸ in cui si trovano, nella parte bassa, i diversi articoli sulla responsabilità civile derivante da un eventuale fatto concernente le comunicazioni sociali degli amministratori (di diritto e di fatto), dei direttori generali, dei dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili, dei sindaci e dei liquidatori – cioè di tutti i soggetti attivi dell'eventuale reato di false comunicazioni sociali⁵⁸⁹. In un secondo livello, si trova la responsabilità amministrativa stabilita negli articoli 2621 comma 5 e 2622 comma 9, introdotti con le già riferite modifiche del 2005. Da ultimo, nel livello superiore si trova la responsabilità penale, affidata alla contravvenzione dell'art. 2621 CC e al delitto dell'art. 2622 CC, già menzionati in precedenza⁵⁹⁰.

Quanto alla prima stratificazione – la regolazione della responsabilità civile degli amministratori (di diritto e di fatto), direttori generali, dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili, sindaci e liquidatori – la si trova nel Codice Civile. La responsabilità civile non riguarda esclusivamente la regolazione delle false comunicazioni sociali. È una responsabilità generale che nasce dagli obblighi del buon commerciante⁵⁹¹. Il nucleo principale di responsabilità è previsto per gli amministratori come figura basica; e viene poi estesa alle altre figure. Esistono diversi tipi di responsabilità degli amministratori: responsabilità verso la società⁵⁹², responsabilità verso i creditori sociali⁵⁹³, responsabilità verso

⁵⁸⁸ In un senso simile, parlando di sistema graduato, VINCIGUERRA, Giur. Ita. 2010, 990.

⁵⁸⁹ Siamo in presenza, quindi, di reati propri. Resta la possibilità di un concorso dell'extraneus, ossia di una persona priva della qualifica soggettiva richiesta.

⁵⁹⁰ Sulla relazione fra illecito civile, amministrativo e penale vedasi: DONINI, Dig. Disc. Pen. 1999, 247 s. "nell'ordinamento italiano, c'è una gradazione, un climax ascendente di umanizzazione degli illeciti via via che si passa dal diritto civile a quello amministrativo, a quello penale."

⁵⁹¹ Esistono articoli omologhi nella regolazione spagnola: per la società a responsabilità limitata, l'art. 69 LSRL, che rinvia agli articoli della LSA. Per la società per azioni, gli artt. 133, 134 e 135 LSA.

⁵⁹² Art. 2392 CCI. "Responsabilità verso la società. Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico

singoli soci o terzi⁵⁹⁴. La responsabilità degli amministratori verso la società deriva da doveri pensati come obbligazioni di mezzi, e non come obbligazioni di risultato⁵⁹⁵, essendo richiesta la diligenza esigibile da parte di chi abbia assunto il compito di gestire un'azienda. Si tratta di una responsabilità contrattuale nella quale non basta l'accertamento di un danno a carico della società che sia in qualche modo riferibile alla condotta degli amministratori⁵⁹⁶.

In riferimento alla responsabilità verso i creditori sociali gli amministratori sono responsabili “per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale”. Questa non è una responsabilità contrattuale, bensì una responsabilità da fatto illecito derivata della regola dell'articolo 2043 CC. L'onere della prova grava sui creditori, i quali devono provare l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione del patrimonio sociale⁵⁹⁷. D'altra parte, l'azione si può esercitare solo nell'ipotesi in cui “*il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti*”: solamente in questi casi i creditori possono esigere la dichiarazione di responsabilità degli amministratori per i danni patiti. Da ultimo, l'articolo 2395 CC contempla la responsabilità verso singoli soci o terzi. Questa ipotesi si ritiene applicabile solo ai casi nei quali esistano atti colposi o dolosi degli amministratori.

e dalle loro specifiche competenze. Essi sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori. In ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dal comma terzo dell'articolo 2381, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose. La responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale.”

⁵⁹³ Art. 2394 CCI. “Responsabilità verso i creditori sociali. Gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. L'azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti. La rinuncia all'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali. La transazione può essere impugnata dai creditori sociali soltanto con l'azione revocatoria quando ne ricorrono gli estremi.”

⁵⁹⁴ Art. 2395 CCI. “Azione individuale del socio e del terzo. Le disposizioni dei precedenti articoli non pregiudicano il diritto al risarcimento del danno spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori. L'azione può essere esercitata entro cinque anni dal compimento dell'atto che ha pregiudicato il socio o il terzo.”

⁵⁹⁵ GALGANO, Diritto commerciale, 2004, 325.

⁵⁹⁶ GALGANO, Diritto commerciale, 2004, 326.

⁵⁹⁷ GALGANO, Diritto commerciale, 2004, 330.

Si tratta, dunque, di una responsabilità extracontrattuale e deve trattarsi di danni “direttamente” cagionati⁵⁹⁸ degli artt. 2043-2059 CCI.

Come è stato detto prima, la responsabilità degli amministratori è un modello per le altre figure e, in questo senso, per la responsabilità dei liquidatori si rinvia alla disciplina della responsabilità degli amministratori⁵⁹⁹; lo stesso avviene per la responsabilità dei direttori generali⁶⁰⁰. Quanto alle funzioni dei dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari si deve far riferimento all'articolo 154-bis D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 54. Ovviamente rimane la possibilità di una responsabilità di altri soggetti a titolo di concorso ex artt. 110 e 117 c.p. Certamente, nel caso in cui ci sia anche un fatto illecito, gli amministratori dovranno rispondere ai sensi della clausola generale dell'art. 2043 CC riguardante il risarcimento del danno aquiliano⁶⁰¹.

Il secondo livello, nella scala di responsabilità già descritta, è quello della responsabilità amministrativa stabilita rispettivamente nei commi 5 e 9 degli artt. 2621 e 2622 CC. Per una migliore comprensione credo sia più corretto passare subito al terzo livello della responsabilità, e cioè quello della responsabilità penale, per ritornare in seguito al livello amministrativo, sussidiario in caso di non ricorrenza di alcuni degli elementi della fattispecie penale, in concreto, delle soglie di punibilità. L'attuale regolazione penale delle false comunicazioni sociali

⁵⁹⁸ GALGANO, Diritto commerciale, 2004, 332.

⁵⁹⁹ Art. 2489 CCI. “Poteri, obblighi e responsabilità dei liquidatori. Salvo diversa disposizione statutaria, ovvero adottata in sede di nomina, i liquidatori hanno il potere di compiere tutti gli atti utili per la liquidazione della società. I liquidatori debbono adempiere i loro doveri con la professionalità e diligenza richieste dalla natura dell'incarico e la loro responsabilità per i danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri è disciplinata secondo le norme in tema di responsabilità degli amministratori”.

⁶⁰⁰ Art. 2396 CCI. Direttori generali: “Le disposizioni che regolano la responsabilità degli amministratori si applicano anche ai direttori generali nominati dall'assemblea o per disposizione dello statuto, in relazione ai compiti loro affidati, salve le azioni esercitabili in base al rapporto di lavoro con la società.”

⁶⁰¹ Art. 2043 CCI. Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”. V. anche l'articolo 2639 sulla estensione delle qualifiche soggettive: “Per i reati previsti dal presente titolo al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione. Fuori dei casi di applicazione delle norme riguardanti i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, le disposizioni sanzionatorie relative agli amministratori si applicano anche a coloro che sono legalmente incaricati dall'autorità giudiziaria o dall'autorità pubblica di vigilanza di amministrare la società o i beni dalla stessa posseduti o gestiti per conto di terzi”.

viene strutturata in due fattispecie⁶⁰²: la prima, contenuta nell'articolo 2621 Codice Civile⁶⁰³, in qualità di contravvenzione⁶⁰⁴; la seconda, in qualità di delitto, inserita nell'art. 2622 CCI⁶⁰⁵. La riforma introdotta dal d. lgs. 61/2002 ha inteso

⁶⁰² Sebbene non sarà oggetto di studio in questo lavoro è necessario segnalare l'art. 2630 relativo alla omessa esecuzione di denunce, comunicazioni o depositi: "Chiunque, essendovi tenuto per legge a causa delle funzioni rivestite in una società o in un consorzio, omette di eseguire, nei termini prescritti, denunce, comunicazioni o depositi presso il registro delle imprese è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 206 euro a 2.065 euro. Se si tratta di omesso deposito dei bilanci, la sanzione amministrativa pecuniaria è aumentata di un terzo".

⁶⁰³ Art. 2621 CCI. False comunicazioni sociali: "Salvo quanto previsto dall'articolo 2622, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, i quali, con l'intenzione di ingannare i soci o il pubblico e al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali previste dalla legge, dirette ai soci o al pubblico, espongono fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni ovvero omettono informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene, in modo idoneo ad indurre in errore i destinatari sulla predetta situazione, sono puniti con l'arresto fino a due anni. La punibilità è estesa anche al caso in cui le informazioni riguardino beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi. La punibilità è esclusa se le falsità o le omissioni non alterano in modo sensibile la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene. La punibilità è comunque esclusa se le falsità o le omissioni determinano una variazione del risultato economico di esercizio, al lordo delle imposte, non superiore al 5 per cento o una variazione del patrimonio netto non superiore all'1 per cento. In ogni caso il fatto non è punibile se conseguenza di valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differiscono in misura non superiore al 10 per cento da quella corretta.

Nei casi previsti dai commi terzo e quarto, ai soggetti di cui al primo comma sono irrogate la sanzione amministrativa da dieci a cento quote e l'interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese da sei mesi a tre anni, dall'esercizio dell'ufficio di amministratore, sindaco, liquidatore, direttore generale e dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, nonché da ogni altro ufficio con potere di rappresentanza della persona giuridica o dell'impresa".

⁶⁰⁴ È necessario spiegare che la relazione delitti-contravvenzioni nella legislazione italiana non coincide con quella "delitos-faltas" nella legislazione spagnola. Così l'articolo 39 CP fissa, (nel Titolo III - Del reato-; Capo I - Del reato consumato e tentato) la distinzione fra delitti e contravvenzioni, disponendo: "I reati si distinguono in delitti e contravvenzioni, secondo la diversa specie delle pene per essi rispettivamente stabilite da questo codice." In questo senso il Codice Penale italiano ha adottato una distinzione di carattere formale, in quanto distingue tra delitti e contravvenzioni in base alla pena prevista per le singole fattispecie di reato. Secondo la disposizione dell'art. 17, "Le pene principali stabilite per i delitti sono: 1. l'ergastolo; 2. la reclusione; 3. la multa. Le pene principali stabilite per le contravvenzioni sono: 1. l'arresto; 2. l'ammenda". Tra le conseguenze della differenziazione tra una e l'altra specie di reato, sono di grande importanza quelle relative all'elemento soggettivo (v. artt. 42 e 43 CP); al tentativo (art. 56 CP); all'oblazione (artt. 162 e 162-bis CP); alla prescrizione (artt 157-161 CP).

⁶⁰⁵ Art. 2622 CCI. False comunicazioni sociali in danno della società, dei soci o dei creditori.

"Gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, i quali, con l'intenzione di ingannare i soci o il pubblico e al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali previste dalla legge, dirette ai soci o al pubblico, esponendo fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni, ovvero omettendo informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene, in modo idoneo ad indurre in errore i destinatari sulla predetta situazione, cagionano un danno patrimoniale alla società, ai soci o ai creditori, sono puniti,

differenziare il trattamento sanzionatorio delle false comunicazioni sociali in relazione alla diversa gravità oggettiva del fatto illecito. In questo modo, l'articolo 2621 prevede una fattispecie di pericolo, dolosa e di natura contravvenzionale, punita con la pena dell'arresto fino a due anni. La seconda fattispecie, contenuta nell'articolo 2622, è di natura delittuosa ed è disegnata come reato di danno. A sua volta, però, la fattispecie di natura delittuosa si divide in due figure, a seconda dell'ambito in cui si realizza il fatto. Così nell'ambito di una società non quotata in borsa, per la procedibilità del reato, è richiesta la querela di parte e si prevede la sanzione della reclusione da sei mesi a tre anni. Nell'ambito di una società quotata in borsa, invece, la procedibilità è di ufficio e la sanzione è più grave: da uno a quattro anni di reclusione.

La fattispecie obiettiva di false comunicazioni sociali si caratterizza, inoltre, per la previsione di una condotta alternativa. Da una parte si prevede l'esposizione "di fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni" e dall'altra una condotta di omissione di una "informazione, la cui comunicazione è imposta dalla legge". Ci sono pertanto due condotte, una attiva e un'altra omissiva, però in entrambe si aggiunge la necessaria attitudine della condotta "di ingannare i soci o il pubblico" nonché "il fine di conseguire per sé o

a querela della persona offesa, con la reclusione da sei mesi a tre anni. Si procede a querela anche se il fatto integra altro delitto, ancorché aggravato, a danno del patrimonio di soggetti diversi dai soci e dai creditori, salvo che sia commesso in danno dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee. Nel caso di società soggette alle disposizioni della parte IV, titolo III, capo II, del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni, la pena per i fatti previsti al primo comma è da uno a quattro anni e il delitto è precedibile d'ufficio.

La pena è da due a sei anni se, nelle ipotesi di cui al terzo comma, il fatto cagiona un grave nocumento ai risparmiatori. Il nocumento si considera grave quando abbia riguardato un numero di risparmiatori superiore allo 0,1 per mille della popolazione risultante dall'ultimo censimento ISTAT ovvero se sia consistito nella distruzione o riduzione del valore di titoli di entità complessiva superiore allo 0,1 per mille del prodotto interno lordo. La punibilità per i fatti previsti dal primo e terzo comma è estesa anche al caso in cui le informazioni riguardino beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi.

La punibilità per i fatti previsti dal primo e terzo comma è esclusa se le falsità o le omissioni non alterano in modo sensibile la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene. La punibilità è comunque esclusa se le falsità o le omissioni determinano una variazione del risultato economico di esercizio, al lordo delle imposte, non superiore al 5 per cento o una variazione del patrimonio netto non superiore all'1 per cento. In ogni caso il fatto non è punibile se conseguenza di valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differiscono in misura non superiore al 10 per cento da quella corretta. Nei casi previsti dai commi settimo e ottavo, ai soggetti di cui al primo comma sono irrogate la sanzione amministrativa da dieci a cento quote e l'interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese da sei mesi a tre anni, dall'esercizio dell'ufficio di amministratore, sindaco, liquidatore, direttore generale e dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, nonché da ogni altro ufficio con potere di rappresentanza della persona giuridica o dell'impresa."

per altri un ingiusto profitto”. Così, la falsità delle comunicazioni sociali avrà rilevanza penale sempre che abbia capacità ingannatoria a “fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto”. Tutte le altre falsità si lasciano agli strumenti civilistici; non saranno tipiche, allora, neppure alla stregua di un illecito amministrativo. In sintesi, in primo luogo si può osservare come ci siano due fattispecie, una contravvenzionale e un'altra delittuosa, che a loro volta, nei casi di non superamento delle soglie di punibilità contenute nell'art. 2621 comma 3 e 4 e nell'articolo 2611 comma 7 e 8, lasciano spazio ai menzionati illeciti amministrativi. Dobbiamo inoltre tener conto che anche per gli illeciti amministrativi è richiesta la capacità di inganno. Per questo motivo è stata concepita, d'altra parte, una protezione residuale in ambito civilistico: si tratta della tutela nelle ipotesi in cui non sia dato ravvisare il requisito dell'idoneità di ingannare. Una delle questioni fondamentali poste da questa nuova regolazione è il rapporto fra le due incriminazioni che, come dopo si vedrà, è basilare per la determinazione del bene giuridico.

Pertanto, nella legislazione italiana riguardante la protezione delle false comunicazioni sociali c'è uno schema regolativo progressivo e integrale⁶⁰⁶ la cui struttura, a mio avviso, si mostra veramente idonea, *a priori* e in astratto, a poter affrontare i diversi problemi, nella loro diversa gravità, riguardanti le false comunicazioni sociali⁶⁰⁷. Ciononostante, la risposta certamente inadeguata in sede penale fa sì che alla fine la valutazione, come si vedrà, non possa essere tanto positiva.

C. La protezione penale delle false comunicazioni sociali. Artt. 2621 e 2622 CCI

⁶⁰⁶ Con riferimento alla legislazione precedente rispetto alla riforma, qualche autore aveva osservato in maniera critica che “altrimenti dall'impugnativa di bilancio rilevante (soltanto) in sede civilistica, si passerebbe automaticamente al procedimento penale per falso in bilancio senza alcuna “mediazione” legata al vero e proprio accertamento dell'elemento oggettivo e/o soggettivo del reato”: MAZZACUVA, Il falso in bilancio, 1997, 5; Crit. Dir. 1995, 285.

⁶⁰⁷ D'altra parte si deve fare riferimento anche alla sua conformità strutturale a quanto l'ordinamento italiano esige con riguardo al principio di sussidiarietà. In questo senso, si veda la struttura ad “iceberg normativo” che presenta DONINI, IUS 17 (2011), 417 ss.

Focalizzando l'attenzione sugli aspetti penalistici, una volta descritti sommariamente la condotta e i soggetti attivi del reato, è necessario soffermarsi su qualche altro profilo della fattispecie, prima di affrontare le due questioni che, per questo lavoro, sono le più importanti, e che si svilupperanno più avanti in paragrafi separati: il bene giuridico protetto e la punibilità delle valutazioni.

Sul termine "comunicazioni sociali" bisogna dire che esso indica qualsiasi attività con la quale un soggetto informa "i soci o il pubblico" di un determinato fatto o accadimento sempre riguardante la società. Il riferimento ai soci e al pubblico è la vera novità, in quanto la vecchia norma parlava genericamente di false comunicazioni; espressione, questa, la cui vaghezza aveva dato molti problemi nella applicazione giudiziaria⁶⁰⁸. L'espressione rinvia alla legge⁶⁰⁹, di talché solo le comunicazioni sociali ufficiali devono considerarsi rilevanti ai sensi dei reati previsti dal codice civile⁶¹⁰. Si inserisce in questo modo un "microsistema di tutela"⁶¹¹ del mendacio comunicativo in seno a una società, il quale ingloba le comunicazioni previste dalla legge. Sicuramente l'introduzione di soglie di punibilità, il cui non-superamento determina la non punibilità del fatto, è l'aspetto più controverso della nuova disciplina delle false comunicazioni sociali⁶¹². Faccio riferimento alla soglia di punibilità più evidente, quella che fissa la non punibilità se la falsità o le omissioni determinano una variazione del risultato economico di esercizio, al lordo delle imposte, non superiore al 5% o una variazione del patrimonio netto non superiore al 1%. Esistono anche altre due soglie di punibilità che determinano la rilevanza penale dei fatti⁶¹³. Esse sono:

a) una soglia di tipo generale (art. 2621, 3° comma, 2622, 7° comma), secondo la quale la punibilità per il reato di false comunicazioni sociali è esclusa se la falsità o le omissioni non alterano in modo sensibile la rappresentazione

⁶⁰⁸ MUSCO, I nuovi reati societari, 3^a, 2007, 62.

⁶⁰⁹ BARTOLO, False comunicazioni sociali, 2004, 92.

⁶¹⁰ La disciplina dei libri sociali si trova nel Capo III relativo alla società, sezione VIII, del Codice Civile Italiano (artt. 2421-2435).

⁶¹¹ MAZZACUVA/AMATI, Diritto penale dell'economia, 2010, 91 ss.

⁶¹² CRESPI, Riv. Soc. 2001, 1350 s.

⁶¹³ Si riferisce a tre soglie di punibilità MAZZACUVA, Diritto penale dell'economia, 2010, 98; conf. ZANNOTTI, Reati societari, 2^a, 2008, 157.

della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene;

b) Una soglia relativa alle valutazioni (art. 2621 4° comma; 2622 8° comma), secondo la quale il fatto non è punibile se è conseguenza di valutazioni estimative che differiscono in misura non superiore al 10% da quella corretta.

Le tre soglie configurano veri e propri limiti alla tipicità del fatto perché sono elementi interni alla struttura del reato⁶¹⁴. L'introduzione delle soglie di punibilità ha ricevuto, come si è detto prima, un bel numero di critiche. Inoltre, si può dire che la fissazione di queste soglie di punibilità "privilegerebbe le grandi realtà aziendali a scapito del settore produttivo più numeroso costituito dalle piccole e medie imprese"⁶¹⁵ e, soprattutto, sembra che le soglie di punibilità quantitative per questo tipo di reato siano arbitrarie⁶¹⁶, perché la gravità non può essere decisa a priori secondo livelli percentuali⁶¹⁷. Secondo me, il problema più grande dell'introduzione delle soglie di punibilità sta nell'inadeguatezza della formula proposta per la protezione dei beni giuridici che si pretende proteggere. Le soglie possono risultare utili in qualche altro reato, ma a mio avviso non trovano alcun fondamento nel sistema delle false comunicazioni sociali⁶¹⁸ o, almeno, non così come sono descritte dalla norma. Le soglie di punibilità possono essere valutate positivamente come strumento per determinare la scelta tra penale e amministrativo, ma si devono determinare con criteri adatti alla protezione del bene giuridico e allo spazio d'intervento. Così, questa inadeguatezza determina la possibilità di assumere ad oggetto di protezione qualsiasi bene giuridico proposto idealmente dalla dottrina, ivi compreso il bene giuridico effettivamente protetto dalla norma incriminatrice, che, come si vedrà, è il patrimonio di società, soci e terzi.

L'elemento soggettivo, con la nuova regolazione, consiste, sia nel delitto che nella contravvenzione, in un dolo intenzionale di inganno dei soci o del

⁶¹⁴ DONINI, in: Enciclopedia del Diritto, 2010, 635 ss.

⁶¹⁵ MAZZACUVA/AMATI, Diritto penale dell'economia, 2010, 99.

⁶¹⁶ BELCREDI, Merc. Conc. Reg. 1 (2002), 139.

⁶¹⁷ ALESSANDRI, Società 7 (2002), 808.

⁶¹⁸ CRESPI, Riv. Soc. 2001, 1351.

pubblico, a cui si aggiunge un dolo specifico di procurare a sè o ai terzi un profitto ingiusto e, da ultimo, un dolo generico di consapevolezza dell'alterazione "sensibile" del risultato economico dell'esercizio (e, quindi, del rischio di aggressione potenziale dei beni patrimoniali per i soci o i creditori)⁶¹⁹. Una tripla volontà, maggiore di quella che esigeva il termine "fraudolentemente" della norma previgente⁶²⁰ e che denuncia, chiaramente, la nuova opzione politico-criminale racchiusa nella fattispecie. Anche la previsione della querela per la perseguibilità del reato è uno dei nuovi elementi criticati. La querela viene regolata nel Codice penale italiano nel capitolo IV, relativo alla persona offesa, dagli artt. 120 al 126 C.P.⁶²¹. Come si è detto prima, la querela sarà sempre necessaria per la procedibilità dei fatti previsti dall'articolo 2622 CC, là dove il reato venga commesso all'interno di una società non quotata in borsa. La procedibilità a querela costituisce una deroga al principio di obbligatorietà dell'azione penale. Il legislatore subordina dunque la possibilità di avviare l'azione penale all'iniziativa del soggetto passivo, il che, insomma, sembra quanto meno inedito, in quanto, in presenza del danno, la mancanza della querela "non dovrebbe paralizzare l'azione penale"⁶²²; la querela, perciò, assume il ruolo di condizione di "maggiore punibilità"⁶²³, riflesso della privatizzazione del bene giuridico⁶²⁴.

⁶¹⁹ DONINI, Cass. Pen., 42 (2002), 1276.

⁶²⁰ MAZZACUVA/AMATI, Diritto penale dell'economia, 2010, 111.

⁶²¹ Art. 120. Diritto di querela. "Ogni persona offesa da un reato per cui non debba procedersi d'ufficio o dietro richiesta o istanza ha diritto di querela. Per i minori degli anni quattordici e per gli interdetti a cagione d'infermità di mente, il diritto di querela, è esercitato dal genitore o dal tutore. I minori che hanno compiuto gli anni quattordici e gli inabilitati possono esercitare il diritto di querela e possono altresì, in loro vece, esercitarlo il genitore ovvero il tutore o il curatore, nonostante ogni contraria dichiarazione di volontà, espressa o tacita, del minore o dell'inabilitato".

Art. 124. Termine per proporre la querela. Rinuncia. "Salvo che la legge disponga altrimenti, il diritto di querela non può essere esercitato, decorsi tre mesi dal giorno della notizia del fatto che costituisce il reato. Il diritto di querela non può essere esercitato se vi è stata rinuncia espressa o tacita da parte di colui al quale ne spetta l'esercizio. Vi è rinuncia tacita, quando chi ha facoltà di proporre querela ha compiuto fatti incompatibili con la volontà di querelarsi. La rinuncia si estende di diritto a tutti coloro che hanno commesso il reato".

Art. 126. Estinzione del diritto di querela. "Il diritto di querela si estingue con la morte della persona offesa. Se la querela è stata già proposta, la morte della persona offesa non estingue il reato".

⁶²² ALESSANDRI, Corr. Giur. 12 (2001), 1549.

⁶²³ ALESSANDRI, Corr. Giur. 12 (2001), 1549.

⁶²⁴ ALESSANDRI, Società 7 (2002), 809; ZANNOTTI, Reati societari, 2ª, 2008, 126.

Dopo aver illustrato non esaustivamente le caratteristiche generali delle fattispecie, mi soffermerò sugli aspetti che, come si è già detto prima, per questo lavoro mi sembrano più interessanti: quello del bene giuridico e quello delle valutazioni dei fatti.

1. Il bene giuridico protetto. La privatizzazione del bene giuridico

La fattispecie *ex art.* 2621 del Codice Civile, nella previgente formulazione,⁶²⁵ tradizionalmente si configurava come un reato contro la fede pubblica⁶²⁶, il patrimonio⁶²⁷, l'ordine economico e anche l'economia pubblica⁶²⁸; secondo una parte della dottrina^{629 630 631} e secondo la giurisprudenza prevalente,

⁶²⁵ Articolo 2621 Codice Civile "False comunicazioni ed illegale ripartizione di utili o di acconti sui dividendi salvo che il fatto costituisca reato più grave, sono puniti con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da L. 2 milioni a L. 20 milioni: i promotori, i soci fondatori, gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori, i quali nelle relazioni, nei bilanci o in altre comunicazioni sociali, fraudolentemente espongono fatti non rispondenti al vero sulla costituzione o sulle condizioni, economiche della società o nascondono in tutto o in parte fatti concernenti le condizioni medesime;

Gli amministratori e i direttori generali che, in mancanza di bilancio approvato o in difformità da esso o in base ad un bilancio falso, sotto qualunque forma, riscuotono o pagano utili fittizi o che non possono essere distribuiti;

Gli amministratori e i direttori generali che distribuiscono acconti sui dividendi:

In violazione dell'art. 2433 bis, 1° comma;

Ovvero in misura superiore all'importo degli utili conseguiti dalla chiusura dell'esercizio precedente, diminuito delle quote che devono essere destinate a riserva per obbligo legale o statutario e delle perdite degli esercizi precedenti e aumentato delle riserve disponibili;

Ovvero in mancanza di approvazione del bilancio dell'esercizio precedente o del prospetto contabile previsto nell'art. 2433 bis, 5° comma, oppure in difformità da essi, ovvero sulla base di un bilancio o di un prospetto contabile falsi."

⁶²⁶ ROCCO, Riv. Pen. 1941, 2, afferma essere il reato una falsità ideologica in documento privato il cui bene giuridico è la fede pubblica; non si tratterebbe dunque di un reato contro il patrimonio e neanche contro l'economia pubblica.

⁶²⁷ NUVOLONE, L'infedeltà patrimoniale, 1941, 109.

⁶²⁸ ZUCCALA, False comunicazioni sociali, 1954, 113-116; RDPE, 1989, 760.

⁶²⁹ CONTI, Diritto penale commerciale, I, 1980, 109; MANTOVANI, Ind. Pen 1987, 16; ANTOLISEI, I reati societari, 12^a, 2002, 118.

⁶³⁰ Sul reato plurioffensivo v., in generale, GALLO, Encicl. Dir, 1964- XIII, 790. Secondo l'A. esisterebbero due tipi di reato plurioffensivo: da un lato, esisterebbero ipotesi in cui la legge penale tutela "uno o più interessi" indifferentemente; dall'altro, esisterebbero interessi tutelati per la confluenza di due interessi parziali che costituirebbero un interesse composto. MAZZACUVA: Il falso in bilancio, 1996, 47, afferma che, nella giurisprudenza, sembra ormai consolidato l'orientamento secondo cui il delitto in esame rappresenta un "reato plurioffensivo".

insomma, si trattava di un reato plurioffensivo⁶³². Così, al suo interno si comprendevano la protezione della fede pubblica, del patrimonio, degli interessi dei soci e dell'economia pubblica. In questo senso, la Corte di Cassazione affermava che “la pluralità dei beni giuridici immediatamente protetti, riguarda non soltanto la società, i soci singoli, i futuri soci, i possibili creditori e, in genere, i terzi interessati, ma si estende all’interesse generale al regolare il funzionamento delle società commerciali nell’ambito dell’economia nazionale, sicché il comportamento incriminato può anche essere lesivo dell’economia pubblica” (Cassazione 28 febbraio 1991, in Cass. Pen., 1991, 1849)⁶³³. A sua volta ANTOLISEI⁶³⁴, principale difensore della teoria della plurioffensività, affermava che non si può non considerare il delitto di false comunicazioni sociali un reato plurioffensivo, perché con esso si tutelano la fede pubblica, gli interessi dell’impresa, dei soci, dei creditori e delle altre persone che possono avere rapporti con l’impresa, e addirittura “anche quel fascio di altri interessi alla cui tutela è preordinato l’ordinamento delle società commerciali”. Ugualmente la giurisprudenza ripeté un bel numero di volte la frase: “il delitto di false comunicazioni sociali è un reato plurioffensivo che tutela un complesso fascio di interessi, sia di natura pubblicistica, che di matrice privatistica, che vanno dall’economia pubblica e dalla fede pubblica agli interessi patrimoniali della società, dei soci considerati singoli, dei futuri soci, dei terzi creditori e dei futuri creditori”⁶³⁵. Senza dubbio la tesi della plurioffensività presentava il vantaggio di evitare analisi più o meno approfondite in merito all’individuazione dell’effettivo interesse protetto, ma comportava il sacrificio di qualsiasi istanza “garantista” messa in relazione alla funzione tipica del bene giuridico⁶³⁶. Così la giurisprudenza iniziò un lento processo di ampliamento degli oggetti di tutela del “falso in bilancio”, ricomprendendovi anche beni, quali il controllo della liquidità

⁶³¹ Critici sul concetto di reato plurioffensivo in generale: ZUCCALA, Riv. Soc., 1964, 294; BALLESTRINO, I problemi generali, 1978, 4.

⁶³² FOFFANI, en: CONTE, Commentario, 1991, 1631.

⁶³³ Cit. Per. MAZZACUVA, Il falso in bilancio, 1997, 48.

⁶³⁴ ANTOLISEI, I reati societari, 12^a, 2002, 118.

⁶³⁵ In MUSCO, I nuovi reati societari, 3^a, 2007, 50 s.

⁶³⁶ BARTOLO, False comunicazioni sociali, 2004, 30, secondo cui la tesi della plurioffensività rappresenta una vera e propria battuta d’arresto per la teorica del bene giuridico; MAZZACUVA, Il falso in bilancio, 1997, 48; Diritto penale dell’economia, 2010, 79.

finanziaria, gli interessi dell'Erario o il merito delle scelte imprenditoriali⁶³⁷, che fecero della norma uno strumento utile per tutte le situazioni⁶³⁸: per punire ogni ipotesi di abuso nella gestione della società⁶³⁹. A fronte di ciò, si fecero sforzi importanti per ordire tesi mono-offensive, affermando che con tale reato si tutela un solo bene giuridico. Così, si è ritenuto essere il bene protetto l'interesse dei destinatari dell'informazione (interni ovvero esterni) alla veridicità e alla completezza della medesima⁶⁴⁰.

È in questa situazione che viene elaborata la riforma introdotta nel 2002, la quale genera due fattispecie di false comunicazioni sociali. Secondo me, per affrontare il tema, c'è bisogno sia della conoscenza della primigenia questione sul bene giuridico, sia dell'analisi del rapporto esistente fra le due fattispecie, ossia fra la contravvenzione e il delitto.

In primo luogo, sembra sia interessante determinare se l'attuale regolazione del falso in bilancio si ponga in continuità con la primigenia regolazione del 1882 fino ad oggi, dopo la già commentata riforma introdotta dal c.d. Progetto Mirone. Per affrontare quest'analisi utilizzerò come guida DONINI⁶⁴¹, il quale fa un'analisi esaustiva della fattispecie prima e dopo la riforma del 2002, ed afferma che "il disegno politico-criminale del legislatore ha realizzato una integrale sostituzione di un tipo di illecito nuovo rispetto a quello precedente". Non è stata, dunque, un'ipotesi di abolizione parziale ma totale, discostandosi il delitto più grave dalla tradizione del codice del 1942 e, in generale, da quella fattispecie che rappresentava il simbolo della tutela della trasparenza⁶⁴². Senza dubbio i diversi soggetti attivi, la diversità della condotta,

⁶³⁷ MUSCO, I nuovi reati societari, 3^a, 2007, 51.

⁶³⁸ ZANNOTTI, Reati societari, 2^a, 2008, 125.

⁶³⁹ ZANNOTTI, Dir. e Giust. 37 (2001), 21 ss.

⁶⁴⁰ GALLO, L'indice 3 (1971), 391; FOFFANI, en: CONTE, Commentario, 1991, 1632; PALIERO, Guida 16 (2002), 37, afferma che gli interessi tutelati dalla disciplina previgente erano in via immediata i beni istituzionali "di settore" e solo in via mediata il patrimonio; NORDIO, Guida 45 (2001), 12 ss., ritiene che l'art. 2621 sia un delitto monoffensivo e il bene giuridico protetto la trasparenza societaria; BRICCHETTI/PISTORELLI, Guida 16 (2002), 47, affermano sia necessario un cambiamento nella protezione del bene giuridico: da reato plurioffensivo a figura posta a tutela della sola trasparenza dell'informazione societaria (nonostante la teoria della plurioffensività comprenda anche quest'ultima). Secondo PEDRAZZI, Digesto 1997-XIII, 352, si tutela da un lato la veridicità, e dall'altro la completezza dell'informazione societaria.

⁶⁴¹ DONINI, Cass. Pen. 42 (2002), 1240 ss.

⁶⁴² DONINI, Cass. Pen. 42 (2002), 1279 ss.

l'evento tipico, l'introduzione delle diverse soglie di non punibilità, l'elemento soggettivo, la perseguibilità a querela nell'ambito delle società non quotate... rendono manifesto il cambiamento del bene giuridico voluto dal legislatore penale⁶⁴³ in questa materia. Perciò, nella determinazione del bene giuridico, i tradizionali oggetti di tutela in materia di false comunicazioni sociali non saranno più rilevanti, appunto perché la nuova disciplina rompe in modo assoluto col passato.

La seconda delle questioni che rilevano in ordine alla determinazione del bene giuridico che, secondo me, è protetto dalla norma, è quella del rapporto fra le fattispecie ex artt. 2621 e 2622 CC. Al riguardo ci sono due linee di pensiero, i cui assunti sono del tutto rilevanti per la successiva determinazione del bene giuridico protetto in ognuna delle norme⁶⁴⁴. Così, da una parte c'è chi pensa che la relazione fra i due reati sia tale che, con parole di DONINI⁶⁴⁵, "rappresentando le due fattispecie una la fotocopia dell'altra quanto alla condotta, la struttura della condotta nel reato contravvenzionale non potrà che sovrapporsi a quella del delitto, costituendone una realizzazione anticipata"⁶⁴⁶. L'aspetto rilevante del rapporto fra le due incriminazioni, secondo questa linea di pensiero, è che il delitto non sembra altro che una condotta più avanzata di quella descritta nell'ipotesi contravvenzionale. Per tali ragioni, sarebbero reati che tutelano il medesimo bene giuridico, differenziandosi quanto a grado di offensività⁶⁴⁷. In questo senso, l'oggettività giuridica sarebbe il patrimonio, presidiato dall'articolo 2621 CC attraverso un reato contravvenzionale e di pericolo, e dall'articolo 2622 CC attraverso un delitto di danno. Ancora con parole di DONINI: " la contravvenzione è ciò che del delitto resta, quale fatto penalmente rilevante,

⁶⁴³ DONINI, Cass. Pen. 42 (2002), 1281.

⁶⁴⁴ Comunque rileva non solo il rapporto contravvenzione-delitto. Anche il rapporto "Vecchio articolo 2621" e "nuovi articoli 2621-2622" sembra sia importante. In questo senso anche le due posizioni più importanti al riguardo: quella di DONINI, Cass. Pen. 42 (2002), 1240, secondo cui non sussiste rapporto alcuno tra vecchia e nuova disciplina, e quella di PULITANO, Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2 (1992), 934 ss., il quale ritiene che "l'area del penalmente rilevante, dopo la riforma, è quasi tutta interna al sistema previgente".

⁶⁴⁵ DONINI, Cass. pen. 42 (2002), 1241 s.

⁶⁴⁶ Analogamente ZANNOTTI, Reati societari, 2^a, 2008, 127.

⁶⁴⁷ DONINI, Cass. Pen. 42 (2002), 1241; FOFFANI, en: GIARDA/ SEMINARA, I nuovi reati societari, 2002, 311, LANZI/CADOPPI, I nuovi reati societari, 2007, 21 ss.; DUBOLINO/DUBOLINO, leggi civili complementari, 19^a, 2009, 2421; MAZZACUVA/AMATI, Diritto penale dell'economia, 2010, 80.

quando non si verifica l'evento di danno"⁶⁴⁸. Così, la dottrina penalistica prevalente ritiene che il fatto tipico di false comunicazioni sociali, nelle sue due forme, protegge il patrimonio⁶⁴⁹ dei soggetti catalogati dalla norma; il che, ovviamente, implica una chiara direzione monoffensiva della figura⁶⁵⁰. La riforma, allora, avrebbe segnato un chiaro cambiamento rispetto al passato, diventando l'articolo 2621 CCI un reato-ostacolo rispetto al delitto di false comunicazioni sociali in danno dei soci e dei creditori⁶⁵¹.

Nonostante ciò, come ho detto prima, non tutta la dottrina penalistica la pensa così. Anzi, ci sono taluni che pensano che la figura contravvenzionale presidi un ampio spettro di interessi finali, mantenendo così, come oggetto immediato di tutela, "l'informazione societaria". Pertanto, gli articoli 2621 e 2622 CC proteggerebbero gli stessi interessi del vecchio art. 2621 CC⁶⁵², sebbene attraverso l'eventuale danno ai soci o ai creditori; oggetto di protezione sarebbe dunque la trasparenza, e quindi un interesse istituzionale, pubblico⁶⁵³.

Allo stesso modo, ma con un'altra argomentazione, altri autori ritengono che la fattispecie contravvenzionale di "falso in bilancio" configuri un'ipotesi di pericolo concreto di offesa al patrimonio, e mettono in risalto anche gli interessi dei terzi alla veridicità e correttezza delle comunicazioni provenienti dall'impresa societaria⁶⁵⁴. Questa situazione fa sì che, tendenzialmente, anche nella fattispecie delittuosa dell'articolo 2622 CCI sia protetto l'interesse dei terzi alla veridicità e la correttezza delle comunicazioni sociali, ovviamente insieme al

⁶⁴⁸ DONINI, Cass. pen. 42 (2002), 1281.

⁶⁴⁹ I diversi concetti di patrimonio costruiti dalla dottrina saranno oggetto di studio nella Prima Parte, Cap 4.

⁶⁵⁰ MUSCO, I nuovi resti societari, 3^a, 2007, 52.

⁶⁵¹ LANZI/CADOPPI, I nuovi reati societari, 2007, 25. Nel senso del cambio di rotta rispetto al passato anche MUSCO, I nuovi reati societari, 3^a, 2007, 35; FOFFANI, en: GIARDA/SEMINARA, I nuovi reati societari, 2002, 311, il quale ritiene che la contravvenzione non sia altro che una forma di tutela anticipata di quei medesimi interessi patrimoniali; FOFFANI, ADFDUC 12 (2008), 343: "il bene giuridico protetto non è più la trasparenza dell'informazione societaria, come nella disciplina originaria del codice civile del'42, ma è diventato il patrimonio dei soci e dei creditori".

⁶⁵² Così: PULITANÓ, Il nuovo diritto penale delle società, 2002, 142 ss.

⁶⁵³ Ritiene che l'art. 2621 CCI tuteli la trasparenza societaria e l'art. 2622 la trasparenza e il patrimonio SEMINARA, Riv. It. Dir. Proc. Pen. 2 (1992), 680.

⁶⁵⁴ MAZZACUVA/AMATI, Diritto penale dell'economia, 2010, 84; AMBROSETTI/MEZZETTI /RONCO, Diritto penale dell'impresa, 2008, 114. In un senso più o meno simile ALESSANDRI, Il nuovo diritto penale, 2002, *passim*, specialmente però 186 ss.

patrimonio⁶⁵⁵. La tesi, secondo una parte della dottrina, sarebbe confermata dall'introduzione di un illecito amministrativo nel 5° comma e nel 9° comma, rispettivamente, degli articoli 2621 e 2622 CCI, in forza della legge 28 dicembre 2005⁶⁵⁶. Bisogna ricordare che questi paragrafi presuppongono che la condotta di mendacio non superi i limiti stabiliti dalle soglie di punibilità, che alla fine è ciò che determina se i fatti costituiscono reato o un mero illecito amministrativo. Ciò significa, per una parte della dottrina, che, quanto meno sul piano formale, il legislatore ha voluto tutelare la trasparenza dell'informazione societaria graduando la risposta sanzionatoria a seconda degli effetti del mendacio⁶⁵⁷ concretatosi (nonostante essa sia una criticabile formula), ossia attraverso di una soglia di punibilità. A mio avviso, proprio la riforma introdotta nel 2005 conferma che la trasparenza e la veridicità delle false comunicazioni sociali non è un bene giuridico protetto nel Diritto penale italiano delle false comunicazioni sociali. Quello che si protegge penalmente è chiaramente il patrimonio della società, dei soci e di qualsiasi persona vincolata in un modo o nell'altro alla società. Così può darsi che, sul piano più formale, il legislatore abbia voluto tutelare la veridicità dell'informazione attraverso questa graduazione; in ogni caso, non si può dire si tratti, nel caso italiano, di un bene giuridico penale, proprio perché è protetto da una sanzione amministrativa⁶⁵⁸. Inoltre, sembra piuttosto strano che il legislatore abbia voluto tutelare un bene giuridico come la trasparenza, cioè un bene istituzionale, con una semplice contravvenzione⁶⁵⁹. In conclusione, ritengo che la chiara rottura con la tradizionale regolazione delle false comunicazioni sociali, da un lato, e il rapporto fra la contravvenzione e il delitto -così come il rapporto con l'illecito amministrativo-, dall'altro, dimostrino che il bene giuridico protetto dall'attuale fattispecie sia solo e esclusivamente il patrimonio⁶⁶⁰. La necessaria

⁶⁵⁵ MAZZACUVA/AMATI, *Diritto penale dell'economia*, 2010, 84. A sua volta ALESSANDRI, *Il nuovo diritto penale*, 2002, 179 s., ritiene che l'articolo 2621 garantisca la veridicità e completezza dell'informazione societaria", mentre l'art. 2622 gli interessi patrimoniali dei soci e dei creditori.

⁶⁵⁶ MAZZACUVA/AMATI, *Diritto penale dell'economia*, 2010, 84.

⁶⁵⁷ MAZZACUVA/AMATI, *Diritto penale dell'economia*, 2010, 85.

⁶⁵⁸ ZANNOTTI, *Reati societari*, 2^a, 2008, 128 ss.

⁶⁵⁹ ZANNOTTI, *Reati societari*, 2^a, 2008, 128.

⁶⁶⁰ Così FOFFANI, *Mer. Conc. Reg. 1* (2002), 129 s.; ZANNOTTI, *Reati societari*, 2^a, 2008, 130; PERINI, en: D'ALLESSANDRO (Dir.)/ NAPOLEONI, *Commentario Romano*, III, 2010,

idoneità ad indurre in errore i destinatari, l'elemento soggettivo consistente nella intenzione di ingannare i soci o il pubblico e nello scopo di conseguire un ingiusto profitto e, per finire, le soglie di punibilità, hanno comportato una evidente patrimonializzazione della fattispecie sconosciuta alla tradizionale regolazione delle false comunicazioni sociali⁶⁶¹. Al massimo può sostenersi che la lesione della trasparenza si configura come un bene giuridico mediamente protetto, nel senso che è necessaria la tutela della trasparenza se si vuole evitare anche la semplice messa in pericolo del bene giuridico patrimonio⁶⁶².

Si deve dire, a questo punto, che condivido la scelta del legislatore della riduzione del bene protetto al patrimonio, considerando, come fa NAPOLEONI⁶⁶³, che la configurazione delle false comunicazioni sociali in chiave di tutela delle informazioni societarie non sia affatto più garantista della tanto deprecata tesi giurisprudenziale della plurioffensività. Sarà in un altro capitolo di questo lavoro che esporrò la mia posizione in ordine alla protezione dei così detti beni giuridici istituzionali; intanto, ci si limita ad affermare che il bene giuridico protetto nelle false comunicazioni sociali è il patrimonio⁶⁶⁴.

2. L'espressione "fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni". La questione della valutazione

La seconda questione oggetto di questo lavoro riguarda una formula che ha sollevato notevoli critiche: "fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché

68, 81, ritiene la natura strettamente patrimoniale dell'interesse tutelato dal delitto di false comunicazioni sociali; ALESSANDRI, Società 7 (2002), 811; DONINI, Cass. Pen. 42 (2002), 1242, 1275, il quale prima afferma essere il patrimonio il bene giuridico protetto, poi però attenua l'assunto precisando che "orienta il fatto tipico verso la messa in pericolo o la lesione di interessi patrimoniali, restando esclusa la rilevanza "autonoma" della mera lesione della trasparenza dell'informazione societaria".

⁶⁶¹ FOFFANI, Mer. Con. Reg. 1 (2002), 129 s. L'intervento penale si muove così nel segno di un'accentuata patrimonializzazione e privatizzazione. C'è una privatizzazione del bene pubblico in quanto sono stati implicati i tre elementi chiave della disciplina societaria: la libertà, la responsabilità e la trasparenza.

⁶⁶² ZANNOTTI, Reati societari, 2^a, 2008, 130.

⁶⁶³ NAPOLEONI, en: D'ALLESSANDRO (Dir.) NAPOLEONI (Coord.), Commentario Romano, III, 2010, 39.

⁶⁶⁴ Critico sui beni intermedi e strumentali, in quanto comportano "una marcata anticipazione della tutela degli interessi economici sottostanti il cui involgimento nelle illegalità societarie è sovente materia di presunzione assoluta e dove il principio di offensività ha vita stentata" PEDRAZZI, Digesto 1997-XIII, 349.

*oggetto di valutazione*⁶⁶⁵. Due sono i problemi che sorgono dalla formulazione adottata dal legislatore. Il primo, quello relativo alla punibilità o meno delle valutazioni; e il secondo, quello che riguarda il significato della non corrispondenza al vero.

Circa il significato concreto della formula prescelta dal legislatore con specifico riferimento alla prima delle questioni prospettate, la dottrina è divisa fra chi ritiene che “nulla sia cambiato” rispetto al primo modello⁶⁶⁶; chi ritiene che adesso, dopo la riforma, le mere dichiarazioni di volontà siano atipiche; e, per ultimo, chi sostiene la tesi intermedia, secondo la quale solo le valutazioni dotate di concretezza siano comprese nella formula in esame⁶⁶⁷.

A mio avviso, nonostante la locuzione non sia chiara, non sembra però che la stessa possa escludere *in radice* le valutazioni dalla sfera del penalmente rilevante. La tesi dell’atipicità di tutte le valutazioni sembra vuota di contenuto nel senso che se il legislatore avrebbe voluto lasciare impunte tutte le valutazioni avrebbe adottato unicamente la formula “valutazioni di fatti”⁶⁶⁸. Tuttavia, conformemente a quello che si è già accennato, e in accordo con quanto prima si è spiegato, ritengo non sia corretto dire che la locuzione attuale sia uguale al primo modello. La locuzione senza dubbio è diversa, quello che non è diverso sono i risultati. Cioè, quanto sopra detto – a proposito fatto che la nuova regolazione sul falso in bilancio dopo il 2002 sarebbe stata, secondo DONINI, una “*abolitio criminis*”⁶⁶⁹ – significa, tutto ciò concesso, che sebbene alla fine, ugualmente che con la prima regolazione, le valutazioni siano punite, il cambiamento è comunque manifesto. In tale senso, la dottrina ha messo in

⁶⁶⁵ MAZZACUVA/AMATI, *Diritto penale dell’economia*, 2010, 102; (...) si esprime in termini di infelice soluzione descrittiva.

⁶⁶⁶ FOFFANI, en: GIARDA/ SEMINARA, *I nuovi reati societari*, 2002, 265; SEMINARA, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2 (1992), 677, il quale osserva che la formula sia il “frutto di una superfetazione che nulla aggiunge e nulla toglie ai fatti di cui al previgente art. 2621 n. 1 CCI.”; MAZZACUVA/AMATI, *Diritto penale dell’economia*, 2010, 103.

⁶⁶⁷ ZANNOTTI, *Reati societari*, 2ª, 2008, 128 ritiene che non saranno suscettibili di essere non rispondenti al vero le mere valutazioni, cioè quei fatti giuridici completamente svincolati da ogni fatto materiale, e ciò per la ragione che le stesse altro non sono che previsioni, pronostici, o comunque giudizi di natura schiettamente soggettiva, rispetto ai quali non sarebbe possibile aspettare un giudizio *aleatico* basato sull’antitesi vero-falso.

⁶⁶⁸ LOSSAPIO, *RDBF* 2008, 4.

⁶⁶⁹ Utilizza inoltre l’espressione *abolitio criminis* MARINUCCI, *Dir. Pen e Proc.* 2 (2002), 137 ss.

evidenza le tre ipotesi che si possono ricondurre alla astratta locuzione “fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni”⁶⁷⁰. In primo luogo, sarebbero i fatti materiali che non vengono valutati: per esempio, la fatturazione dell’azienda. In secondo luogo, i fatti materiali costituenti oggetto di valutazione, come, per esempio, l’ammortamento. Da ultimo, la valutazione pura, il falso avente ad oggetto una mera operazione valutativa⁶⁷¹.

L’espressione ha la funzione di esplicitare la punibilità delle valutazioni⁶⁷².

Quanto alla espressione “non rispondenti al vero”, già la redazione precedente al 2002 aveva dato luogo a diversi orientamenti rispetto a cosa dovrebbe intendersi per veridicità. Possono differenziarsi tre orientamenti⁶⁷³.

- Il criterio del “vero legale”, per cui una valutazione sarà falsa sempre che per la sua quantificazione si siano trasgredite le norme fissate per legge: norme e principi contabili; in tal modo, questa linea teorica fa riferimento ai principi che si trovano raccolti nel codice civile, ma non invece ai principi contabili internazionali.

- Il criterio della ragionevolezza, il quale, in base al criterio dell’accettabilità, comporta che siano considerate veritiere le dichiarazioni che appaiano irragionevoli, artificiose ed arbitrarie⁶⁷⁴.

- L’ultimo criterio per determinare il contenuto dell’espressione “non rispondenti al vero” in riferimento alle valutazioni, considera che ci sarà falsità quando ci sia una “*mancata corrispondenza tra i criteri di valutazione relazionati e le effettive computazioni in base a detti criteri*”. Questa era la tesi o

⁶⁷⁰ MAZZACUVA/AMATI, Diritto penale dell’economia, 2010, 104.

⁶⁷¹ Si può pensare che le provviste di attivo o passivo siano fatti appartenenti a questa classe, ma si potrebbe anche dire, a questo punto, che nel momento in cui si destinano i soldi si realizza anche un fatto materiale. La soluzione è discutibile, nel senso che è difficile affermare che ci siano operazioni valutative senza fatti materiali prima o dopo la valutazione

⁶⁷² MUSCO, I nuovi reati societari, 3^a, 2007, 68.

⁶⁷³ Compiono questa classificazione: MUSCO, I nuovi reati societari, 3^a, 2007, 70; MAZZACUVA/AMATI, Diritto penale dell’economia, 2010, 103. NAPOLEONI, Cass. Pen. 1994, 418 ss., utilizza una classificazione un po’ diversa differenziando: la tesi della “verità legale”, la tesi della “verità soggettiva” e la tesi della “verità relativa”.

⁶⁷⁴ MAZZACUVA, Il falso in bilancio, 1997, 90. In questa linea di pensiero si inserisce anche quella della violazione del vero relativo, come rileva CONTI, Diritto penale commerciale, I, 1980, 236; NAPOLEONI, Falsità nelle comunicazioni sociali, 1996, 204, secondo il quale deve intendersi come “l’adeguamento dei giudizi di valore alle norme tecniche”.

impostazione della Corte di Cassazione⁶⁷⁵ e della dottrina prevalente⁶⁷⁶. In questo modo si differenzia fra mera irregolarità e vera e propria falsità.

Il primo criterio si può criticare facilmente in quanto troppo rigido⁶⁷⁷, non corrispondente alla realtà. Addirittura dopo la riforma, nell'attuale testo, si afferma che esso ha perso senso, specialmente per l'introduzione delle soglie di punibilità che aprono una scissione fra i criteri civilistici di formazione del bilancio e la determinazione penale del falso. Il secondo è criticato dal punto di vista delle esigenze di determinatezza⁶⁷⁸; il legislatore con la riforma ha operato invece un riconoscimento formale, negli artt. 2621 comma 4 e 2622 comma 6 CC, del criterio della ragionevolezza.

Sebbene l'attuale regolazione usi questa espressione, se la si mette in relazione con il resto della disciplina, arriviamo necessariamente a concludere che, sia nel caso della valutazione, sia nel caso dei fatti materiali, ciò che davvero rileva è che la non corrispondenza al vero si trovi delimitata dalle soglie di punibilità, le quali, alla fine, determinano cosa è "falsità" dal punto di vista penale e cosa non lo è. Non può dimenticarsi inoltre che occorre anche che l'esposizione dei fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni, si presenti in modo idoneo ad indurre in errore i destinatari sulla predetta situazione.

D. Le critiche generali della dottrina penalistica italiana alla regolazione delle false comunicazioni sociali. Ricapitolazione e conclusioni

Nel corso di questo capitolo sono state analizzate le diverse critiche che la dottrina penalistica italiana ha rivolto alla regolazione attuale delle false comunicazioni sociali. Senza avere l'intenzione di ripetere adesso ciò che è già stato detto, considero interessante riportare nuovamente l'impressione generale

⁶⁷⁵ MAZZACUVA /AMATI, Diritto penale dell'economia, 2010, 103.

⁶⁷⁶ BARTULLI, Tre Studi sulla falsità in bilancio, 1980, 122; MUSCO, I nuovi reati societari, 3^a, 2007, 70 s.

⁶⁷⁷ ZANNOTTI, Reati societari, 2^a, 2008, 149.

⁶⁷⁸ Critico sul termine ragionevolezza MUSCO, Diritto penale societario, 1999, 95.

emersa in dottrina. Orbene, secondo le parole di FOFFANI, si può dire che la sensazione riguardo agli artt. 2621 e 2622 è che “ci troviamo pertanto di fronte ad una tutela assolutamente inadeguata, non efficace, non proporzionata, non dissuasoria”⁶⁷⁹. L’inserimento di numerosi e vari elementi aggiuntivi nelle fattispecie, siano essi, come si è visto, di carattere oggettivo o soggettivo, ha determinato una chiara scelta politico-criminale⁶⁸⁰ che sembra non soddisfare le necessità dell’ambito di tutela. Così, la procedibilità a querela da un lato, le soglie di punibilità dall’altro, oltre alla previsione del pericolo come contravvenzione, possono trasmettere un messaggio di bagatellizzazione del falso⁶⁸¹. Addirittura qualche autore ritiene che in chiave di prevenzione generale positiva la nuova fattispecie non garantirebbe adeguatamente l’affidamento degli operatori del mercato sulla veridicità e trasparenza delle informazioni societarie⁶⁸², elemento tradizionalmente considerato come uno dei beni giuridici protetti penalmente dalla fattispecie⁶⁸³.

Come si è visto, il quadro complessivo della disciplina delle comunicazioni sociali nei diversi ambiti di intervento extrapenale, con riferimento dunque al diritto pubblico come pure al diritto privato, appare essere, quanto meno sulla carta, adeguato. Nella prima parte di questo lavoro si sono evidenziate l’importanza e la necessità dell’esistenza di una buona regolazione extrapenale nella materia delle false comunicazioni sociali: dal punto di vista di una disciplina adeguata agli scopi di funzionamento etico delle società, gli ambiti non penali saranno i più importanti o, per meglio dire, gli unici davvero rilevanti⁶⁸⁴. Ma, nonostante ciò, una volta che il legislatore stimi adeguato l’intervento del sistema penale per la protezione dei beni giuridici più importanti contro le aggressioni più gravi, tale intervento deve, almeno, poter compiere gli scopi di protezione che

⁶⁷⁹ FOFFANI, ADFDUC 12 (2008), 344.

⁶⁸⁰ ALESSANDRI, Corr. Giur. 12 (2001), 1547.

⁶⁸¹ MUSCO, I nuovi reati societari, 3^a, 2007, 55.

⁶⁸² MUSCO, I nuovi reati societari, 3^a, 2007, 55.

⁶⁸³ Non sono d’accordo con questa affermazione: intanto, a mio avviso, prima si dovrebbe sapere se l’istanza penale, nell’ambito delle false comunicazioni sociali, possa davvero migliorare la trasparenza delle società. In questo senso, COLOMBO, Riv. Soc., 1996 (4), 715, afferma che il dubbio sussiste, anche guardando alla realtà storica delle società italiane.

⁶⁸⁴ Come si è detto nel capitolo II di questo lavoro, non ritengo che il diritto penale possa (neanche debba) contribuire al rinforzo dei valori etici minimi nell’ambito dell’impresa. In senso contrario: ALESSANDRI, Società 7 (2002), 802.

pretende *a priori* la norma. Si può dire che le prime istanze, quella civile e quella amministrativa, nella regolazione delle false comunicazioni sociali nella legislazione italiana, siano da guardare con favore, specialmente per la progressione nell'intervento sanzionatorio, che prima della riforma era oggetto di critica. Tuttavia una volta giunti allo studio della regolazione penale, la logica strutturale cade, in quanto la stessa non riesce a proteggere veramente i beni giuridici coinvolti, così come identificati dalla dottrina; e pienamente, a mio parere, neppure il bene giuridico che qui è stato assunto come oggetto della tutela penale: il patrimonio di società, soci e creditori. Sono le soglie di punibilità che, alla fine, comportano una scandalosa riduzione della protezione della società, dei soci e dei terzi, al punto da potersi dire che è tutelato unicamente il patrimonio della società, ma non quello dei soci e dei terzi. Le soglie di punibilità, come si è visto, determinano che "La punibilità è esclusa se le falsità o le omissioni non alterano in modo sensibile la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene. La punibilità è comunque esclusa se le falsità o le omissioni determinano una variazione del risultato economico di esercizio, al lordo delle imposte, non superiore al 5 per cento o una variazione del patrimonio netto non superiore all'1 per cento. In ogni caso il fatto non è punibile se conseguenza di valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differiscono in misura non superiore al 10 per cento da quella corretta." Sono tutti criteri vincolati all'eventuale danno o messa in pericolo patrimoniale della società, ma dimentichi del possibile danno ai soci. Danno al quale pensano, invece, la regolazione civile e (in forma sussidiaria) quella amministrativa, ma che non viene preso in considerazione sul piano della responsabilità penale proprio per l'introduzione di soglie di punibilità di questo genere. Si pensi, a questo punto, ad un esempio molto semplice: l'amministratore di fatto di una piccola società a conduzione familiare falsa dolosamente il bilancio annuale e conclude un contratto usando il bilancio falso. In un caso simile si può dire che la condotta cagioni una lesione al patrimonio dei soci ovvero di terzi. Una lesione meritevole di protezione penale la cui determinazione dipende da criteri inadeguati, quali le variazioni del risultato economico di esercizio non superiore al 5% o 1% o la differenza di misura non superiore al 10% nel caso di valutazioni estimative. Questo esempio viene a rinforzare l'idea che la fattispecie non riesca a determinare il nocimento per i

soci e per i terzi con i criteri percentuali vincolati alla lesione del patrimonio della società. In sintesi, considerando, come si ritiene in questo lavoro, che il bene giuridico protetto mediante gli articoli 2621-2622 CC sia il patrimonio della società, dei soci e dei terzi – conclusione che mi sembra corretta anche sulla base di quanto già detto prima in relazione ai beni giuridici intermedi come la trasparenza delle comunicazioni sociali – la struttura della fattispecie è manifestamente inadeguata per conseguire la protezione di questo bene giuridico. Se si vuole proteggere il patrimonio della società, dei soci e dei terzi, ritengo che, in un reato come quello in esame, debbano sparire le soglie di punibilità.

Vorrei terminare questa sezione nello stesso modo in cui l'ho cominciata, con la affermazione che la riforma delle false comunicazioni sociali, introdotta nella legislazione italiana nel 2002 e poi nel 2005, sebbene abbia messo freno alla insostenibile tendenza precedente (di una repressione affidata al “diritto giurisprudenziale”), è stata fatta con un chiaro atteggiamento politico del governo in carica in quel momento: lo si avverte nella concreta regolazione, al punto che è stata affermata *l'abolitio criminis* del tradizionale “falso in bilancio”. Per tanto, non si può dire che la filosofia che ha ispirato la riforma sia quella incentrata sulla riduzione dell'applicazione delle false comunicazioni sociali nella convinzione che la trasparenza dell'informazione societaria sia scopo perseguibile in altri ambiti⁶⁸⁵. Altra questione è che, alla fine, lo strumento penale sia stato ridotto, tributando maggiore attenzione ai principi di sussidiarietà⁶⁸⁶ e *ultima ratio* rispetto alla precedente disciplina; ma è anche vero che si è giunti fino al punto di non riuscire a proteggere il bene patrimoniale delle persone relazionate con una società, bene giuridico solo tendenzialmente protetto dalla norma incriminatrice.

⁶⁸⁵ In senso contrario: BRICCHETTI/PISTORELLI, Guida 16 (2002), 48.

⁶⁸⁶ Questo sembra strano in materia di falsità se facciamo un confronto, per esempio, con la pena per il reato di falsità ideologica dell'articolo 483: sebbene il bene giuridico tutelato non sia lo stesso della fattispecie di falso in bilancio, è una norma interessante nel senso che si tratta ugualmente di una falsità. Art. 483: “Chiunque attesta falsamente al pubblico ufficiale, in un atto pubblico, fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità, è punito con la reclusione fino a due anni. Se si tratta di false attestazioni in atti dello stato civile la reclusione non può essere inferiore a tre mesi.”. Si osserva così la situazione di privilegio che il legislatore ha voluto creare in materia di false comunicazioni sociali.

III. IL TRAVISAMENTO DEL “BILANZDELIKTE” NELLA LEGISLAZIONE TEDESCA

A. Introduzione ed evoluzione del reato

Il legislatore tedesco, con riferimento alle false comunicazioni sociali, ha scelto di inserire in ogni norma societaria anche la previsione della relativa responsabilità penale dei diversi soggetti attivi che, sempre all'interno dell'impresa o azienda, commettano questo reato. Per tanto, come ha fatto il legislatore italiano nel codice civile e diversamente da quello spagnolo, il legislatore tedesco sviluppa queste fattispecie all'interno della legislazione specifica della materia. Lo fa però in maniera diversa dall'ordinamento italiano, perché non raccoglie la problematica delle false comunicazioni sociali in uno o in due precetti, essendo caratteristica principale dell'ordinamento tedesco la dispersione normativa⁶⁸⁷. In questo senso, nello Strafgesetzbuch ci sono i §§ 264a, 265b, 283.7 e 283b; nell'Handelgesetzbuch i §§331 e 332; nell'Aktiengesetzbuch i paragrafi §§399 e 400; nella GmbH, con un contenuto praticamente uguale a quello della regolazione per le aziende quotate, ci sono i §§ 82 e 84; per ultimo, nella legge sulla società cooperativa, rileva il § 147 GenG. Si danno così norme diverse per ogni modalità di commissione⁶⁸⁸, che dipendono dal tipo d'impresa o società. La spiegazione di questa regolazione così dispersa si rinviene nel dato storico che le regole di commercio una volta erano regolamentate dai *Länder*⁶⁸⁹, prima di divenire di diritto federale.

SCHÜPPEN⁶⁹⁰, nell'intento di sistematizzare i c.d. “Bilanzdelikte”, propone quattro diverse categorie di manifestazione. La prima categoria è quella dei “Reine Bilanzstraftatbestände”, che sarebbero dei puri *Bilanzdelikte*, tipologia di reati la cui realizzazione consiste nella deficiente redazione del bilancio annuale. La seconda delle categorie, “Bilanzdelikte als notwendige oder typische Tatbestandselemente”, è costituita da *Bilanzdelikte* come manifestazioni tipiche

⁶⁸⁷ PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 34.

⁶⁸⁸ PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 34.

⁶⁸⁹ SCHÜPPEN, Systematik und Auslegung, 1992, 60.

⁶⁹⁰ SCHÜPPEN, Systematik und Auslegung, 1992, 40.

di un reato generale⁶⁹¹. La terza categoria, Bilanzdelikte “als mögliche Tatbestandselemente”, è quella che comprende i reati di bilancio come possibile elemento del tipo. Il quarto gruppo è composto da quelli previsti in maniera indiretta: “Bilanzdelikte als Verdeckungshandlungen oder Ergebnisse anderer Straftaten”, cioè reati di falso in bilancio che si commettono per nascondere la realizzazione di altri reati o che possono essere il risultato d'altri reati. L'ultima delle categorie è quella degli *Steuerhinterziehungen*, cioè i reati di frode fiscale.

D'altra parte, sempre secondo SCHÜPPEN⁶⁹², il nucleo dei *Bilanzdelikte* è formato dai reati di fallimento (*Insolvenzdelikte*), dalla frode (*Betrug*), dai reati relativi al pagamento di tasse e dogana (*Steuer- und Zolldelikte*) e dall'infedeltà (*Untreue*), dal momento che sempre, in tutte e quattro le fattispecie, c'è uno spazio per i *Bilanzdelikte*. In un senso simile TIEDEMANN⁶⁹³, con riferimento al diritto d'impresa, colloca i *Bilanzdelikte* in diversi momenti peculiari della vita dell'impresa. Allora saranno presenti sia nella disciplina dello *StGB*, sia in norme speciali relative alla fase della costituzione dell'azienda, al suo sviluppo e alla sua fase di liquidazione. SCHÜPPEN⁶⁹⁴ ritiene che i giuristi abbiano voluto studiare il fenomeno dei *Bilanzdelikte* e le sue peculiarità, ma che questa categoria non esista; l'A. opera una differenziazione tra diritto penale delle false comunicazioni sociali (*Bilanzstrafrecht*) in senso stretto (*im engeren Sinne*) o in senso ampio (*im weiteren Sinne*). Il diritto penale delle false comunicazioni sociali in senso stretto sarebbe costituito da quelle norme che minacciano con pena la redazione del bilancio oltre la scadenza, o la cattiva redazione del bilancio, ossia senza rispettare le relative regole. Il diritto penale delle false comunicazioni sociali in senso ampio sarebbe orientato alla tutela dell'effettiva realizzazione della contabilità aziendale, con inclusione del dovere di tenuta dei libri contabili e dell'inventario, del conto delle perdite e delle vendite, della redazione della relazione sulla situazione dell'azienda ecc.⁶⁹⁵. Questo Autore ritiene molto più opportuno mantenere una concezione stretta del concetto di diritto penale dei

⁶⁹¹ SCHÜPPEN, *Systematik und Auslegung*, 1992, 40.

⁶⁹² SCHÜPPEN, *Systematik und Auslegung*, 1992, 40.

⁶⁹³ TIEDEMANN, *Manual*, 2010, 48.

⁶⁹⁴ SCHÜPPEN, *Systematik und Auslegung*, 1992, 41.

⁶⁹⁵ SCHÜPPEN, *Systematik und Auslegung*, 1992, 41.

bilanci, e questo lo porta a considerare il termine *Bilanzdelikte* non del tutto adatto a denominare questa tipologia di reati; l'espressione "reati di chiusura dell'esercizio"⁶⁹⁶ è, secondo l'A., più opportuna, perché alla fine lo scopo di questi reati è intervenire in tale ambito⁶⁹⁷, in quanto la normativa commerciale sulle comunicazioni sociali, e in particolare, appunto, quella sul bilancio, ha avuto sempre una connessione molto stretta con il diritto fallimentare⁶⁹⁸. È nel diritto penale fallimentare del XVII secolo che si trovano le regole del *Bilanzstrafrecht* più importanti⁶⁹⁹. Una prima amplificazione del diritto penale della chiusura dell'esercizio annuale sorge, con lo sviluppo delle società quotate, fra gli anni 1870 e 1884⁷⁰⁰. Con il sorgere delle grandi società e il fiorire del mercato finanziario fu necessario punire l'esposizione falsa nel bilancio annuale⁷⁰¹. Dalla creazione di queste fattispecie, i cambiamenti non sono stati molti e le norme relative al *Bilanzrecht*, per come si presentano oggi, sono il frutto di diverse radici storiche⁷⁰².

B. La protezione delle false comunicazioni sociali nella legislazione tedesca

Come si è anticipato all'inizio di questo capitolo di diritto comparato, nel paragrafo seguente non si analizzeranno tutte le fattispecie che fanno riferimento alle false comunicazioni sociali, bensì solo quelle più rilevanti per la mia ricerca,

⁶⁹⁶ In un senso simile MARKER, *Bilanzfälschung und Bilanzverschleierung*, 1970, 32 che ritiene che ci sia un errore nel bilancio quando alla chiusura dell'esercizio questo sia contrario alla legge sul bilancio ed all'ordine comune. Cfr. anche *ibidem*, 129. Anche GÖSSWEINER fa una lista di casi delle diverse forme di falso in bilancio. Secondo l'A. esistono due metodi: il primo, chiamato *Ersatz*, consisterebbe nel falsificare l'informazione del bilancio; il secondo, il *Versatz*, consiste nel rendere difficoltoso il bilancio, infrangendo i principi di chiarezza e continuità dello stesso (GÖSSWEINER, *Bilanzdelikte*, 1970, 140 ss.).

⁶⁹⁷ SCHÜPPEN, *Systematik und Auslegung*, 1992, 41.

⁶⁹⁸ SCHÜPPEN, *Systematik und Auslegung*, 1992, 97; per lo sviluppo storico dei *Bilanzdelikte*, *ibidem*, 87-120.

⁶⁹⁹ SCHÜPPEN, *Systematik und Auslegung*, 1992, 87.

⁷⁰⁰ SCHÜPPEN, *Systematik und Auslegung*, 1992, 87.

⁷⁰¹ SCHÜPPEN, *Systematik und Auslegung*, 1992, 87. Tutte e due le riforme furono introdotte per la insufficienza pratica della fattispecie di truffa.

⁷⁰² SCHÜPPEN, *Systematik und Auslegung*, 1992, 87.

ossia, fondamentalmente, quelle che SCHÜPPEN ha denominato “Reine Bilanzstraftatbestände”⁷⁰³.

Gli argomenti che giustificano una disciplina anche penale delle false comunicazioni sociali si fondano eminentemente sull'importanza della trasparenza, della verità e della completezza delle stesse comunicazioni sociali. Da qui la decisione del legislatore tedesco di prevedere talune fattispecie anche per proteggere il patrimonio delle persone che, in modo diretto o indiretto, abbiano un rapporto con la società suscettibile di essere lesa per la scorrettezza di tali comunicazioni. Detto questo, è ovvio, poi, che ogni fattispecie avrà le sue peculiarità: le quali possono anche consistere nell'enucleazione di beni giuridici diversi, però pur sempre simili per via di questo nesso comune.

Nel titolo dedicato nel codice penale tedesco ai reati inerenti all'insolvenza, si trovano gli articoli 283.7 e 283b, la cui analisi è certamente interessante con riferimento alle false comunicazioni sociali. Sulla base dell'importanza assegnata al mantenimento di una contabilità ordinata, il legislatore tedesco ha previsto il paragrafo 283, lett. a) e lett. b), StGB⁷⁰⁴. La norma punisce fatti in cui si verifica la mera possibilità di produrre un danno patrimoniale per mancato pagamento, anche quale frutto di una contabilità dovuta in una situazione di crisi aziendale⁷⁰⁵, considerando che un'assetto

⁷⁰³ Restano fuori da questo studio due articoli importanti, sui quali ci si limiterà a una mera indicazione del contenuto. Sono i §§ 264a e 265b StGB relativi, rispettivamente, alla truffa negli investimenti di capitale e alla truffa nel credito. Il § 264a - che riguarda il trasferimento di valori mobiliari, diritti di opzione o quote che concedano una partecipazione agli utili di un'impresa, ovvero l'offerta di aumentare le proprie sottoscrizioni in tali quote - stabilisce che è punito (con la pena detentiva fino a tre anni o con la pena pecuniaria) chiunque, nei prospetti, nelle comunicazioni o nelle relazioni sullo stato patrimoniale, fornisca, ad una vasta cerchia di persone, indicazioni inesatte circa vantaggi o taccia fatti svantaggiosi con riguardo a circostanze rilevanti per l'acquisto o l'aumento. Da parte sua, il § 265b stabilisce che è punito (con la pena detentiva fino a tre anni o con la pena pecuniaria) chiunque, ad un'azienda o ad un'impresa, relativamente ad una richiesta di concessione, mantenimento o mutamento delle condizioni di un credito a favore di un'azienda o di un'impresa reale o fittizie riguardo ai suoi rapporti economici presenta documentazioni, specialmente bilanci, conti dei profitti e delle perdite, stati patrimoniali o pareri inesatti o incompleti o fornisce indicazioni scritte inesatte o incomplete, vantaggiosi per il concessionario e rilevanti per la decisione della concessione, ovvero nella presentazione non comunica deterioramenti dei rapporti economici esposti nei documenti o nelle indicazioni, rilevanti per decidere circa la concessione stessa. (V. traduzione corretta sul codice penale tedesco Cedam, a cura di Vinciguerra) Queste due fattispecie di truffa sono esempi di *Bilanzdelikte* incentrati sull'uso di documenti sociali falsi in genere, non solo con riferimento al bilancio, con la finalità di conseguire qualche vantaggio economico.

⁷⁰⁴ TIEDEMANN, LK, 2006, 169; STREE/HEINE, in: SCHÖNKE/SCHRODER (Hrsg.), Kommentar, 27^a, 2006, 2416.

⁷⁰⁵ RADTKE, in: JOECKS/MIEBACH (Hrsg.), Kommentar, 2006, 826 ss.

complessivo dei libri contabili mette in pericolo gli interessi economici dei creditori⁷⁰⁶. Questi articoli si fondano sull'idea che il dovere di redazione del bilancio entro le scadenze disposte dalla legge sia un presupposto basilare dei doveri di commercio e, dunque, che la sua infrazione porti con sé il pericolo di prendere delle decisioni sbagliate con delle conseguenze economiche gravi⁷⁰⁷.

In questa maniera il § 283.7 StGB punisce con la pena detentiva fino a cinque anni o con la pena pecuniaria chi, in uno stato di eccessivo indebitamento o di insolvenza imminente o già in atto, realizza una di queste condotte:

1. sottrae od occulta ovvero, in maniera contrastante con le esigenze di un'ordinata gestione economica, distrugge, danneggia o rende inutilizzabili elementi del suo patrimonio che, nel caso di apertura del procedimento per insolvenza, appartenerebbero alla massa dell'insolvenza;

2. in maniera contrastante con le esigenze di un'ordinata gestione economica, stipula negozi in perdita o meramente speculativi, ovvero contratti differenziali con merci o titoli di credito, oppure, a seguito di spese antieconomiche, di gioco o di scommessa, consuma somme o contrae debiti di importo eccessivo;

3. in maniera contrastante con le esigenze di un'ordinata gestione economica, aliena od altrimenti cede, notevolmente al di sotto del proprio valore, merci o titoli acquistati a credito, ovvero i prodotti ricavati da tali merci;

4. simula diritti altrui o riconosce diritti inesistenti;

5. omette di tenere i libri contabili alla cui tenuta sia obbligato per legge, ovvero li tiene o li altera in modo tale da rendere più difficoltosa la ricostruzione della propria situazione patrimoniale;

6. prima della scadenza dei termini di conservazione stabiliti per i soggetti obbligati alla tenuta dei libri contabili, sottrae, occulta, distrugge o danneggia tali libri, ovvero altri documenti alla cui conservazione un imprenditore commerciale è obbligato secondo il diritto commerciale, rendendo con ciò più difficoltosa la ricostruzione della propria situazione patrimoniale;

7. in violazione delle norme di diritto commerciale:

⁷⁰⁶ TIEDEMANN, Manual, 2010, 405, secondo il quale il bene giuridico protetto sarebbe l'economia creditizia insieme agli interessi economici dei creditori.

⁷⁰⁷ STREE/HEINE, in: SCHÖNKE/SCHRODER, Kommentar, 27^a, 2006, 2437.

a) compila i bilanci in maniera tale da rendere più difficoltosa la ricostruzione della propria situazione patrimoniale, oppure

b) omette di compilare nei termini prescritti il bilancio del proprio patrimonio o l'inventario;

8. in un'altra maniera gravemente contrastante con le esigenze di un'ordinata gestione economica, diminuisce il proprio patrimonio ovvero occulta o dissimula la propria effettiva situazione economica.

Allo stesso modo, nel comma 2° dello stesso § 283 si punisce chiunque, tramite una delle condotte descritte nel comma 1°, cagioni il proprio stato di eccessivo indebitamento o la propria insolvenza.

Il § 283b StGB, che si riferisce alla violazione dell'obbligo di tenuta dei libri, punisce con la pena detentiva fino a due anni o con la pena pecuniaria chiunque:

1. omette di tenere libri contabili alla cui tenuta è obbligato per legge, ovvero li tiene o li altera in maniera tale da rendere più difficoltosa la ricostruzione della propria situazione patrimoniale;

2. prima della scadenza dei termini di conservazione stabiliti dalla legge, sottrae, occulta, distrugge o danneggia libri contabili, ovvero altri documenti alla cui conservazione è obbligato secondo il diritto commerciale, rendendo con ciò più difficoltosa la ricostruzione della propria situazione patrimoniale;

3. in violazione delle norme di diritto commerciale:

c) compila i bilanci in maniera tale da rendere più difficoltosa la ricostruzione della propria situazione patrimoniale, oppure

d) omette di compilare nei termini prescritti il bilancio del suo patrimonio o l'inventario.

Il § 283 si distingue dal §283b per il fatto che in questo ultimo non c'è una situazione fallimentare⁷⁰⁸. Semplicemente si realizzano le violazioni contabili in una situazione di normale funzionamento dell'azienda. Invece nel § 283.7 c'è una situazione di fallimento⁷⁰⁹. Il fallimento è allora un requisito oggettivo della punibilità⁷¹⁰. Il reato è, indipendentemente dal fallimento, pur sempre anti giuridico, meritevole di pena, ma il legislatore non punisce quando l'autore riesce a scongiurare il fallimento. In questo caso la necessità della pena perde il suo senso⁷¹¹.

Il § 283.7 è una norma speciale rispetto al numero 5 dello stesso 283. I soggetti attivi sono quelli obbligati a redigere un bilancio o un inventario conforme alle disposizioni del diritto commerciale. L'obbligazione dei soggetti attivi è un dovere speciale⁷¹². Si tratta di un reato proprio del soggetto obbligato⁷¹³. Tale qualità ricade, come stabiliscono i §§ 240-242 HGB, su tutti i commercianti, a eccezione dei "commercianti minori" la cui azienda non abbia bisogno di una struttura commerciale conforme allo stesso HGB. Si tratta di fattispecie prevista per le *Kaufleute*⁷¹⁴. La giustificazione risiede nell'esigenza che le comunicazioni sociali esprimano la massima veridicità, chiarezza e integrità, come richiesto dai §§ 238, 242, 243 e 246⁷¹⁵.

Le modalità della fattispecie prevedono la possibilità che il bilancio non sia conforme in quanto scorretto in senso stretto, nel senso che non è un bilancio "vero", o perché nasconde una o più informazioni, o ancora perché non è chiaro, o, più radicalmente, perché non è stato redatto⁷¹⁶.

⁷⁰⁸ TIEDEMANN, Manual, 2010, 406.

⁷⁰⁹ RADTKE, in: JOECKS/MIEBACH (Hrsg.), Kommentar, 2006, 840; TIEDEMANN, LK, 2006, 169.

⁷¹⁰ RADTKE, in: JOECKS/MIEBACH (Hrsg.), Kommentar, 2006, 840; TIEDEMANN, Manual, 2010, 407.

⁷¹¹ TIEDEMANN, LK, 2006, 179 ss.

⁷¹² TIEDEMANN, LZ, 2006, 179 ss.

⁷¹³ RADTKE, in: JOECKS/MIEBACH (Hrsg.), Kommentar, 2006, 841; TIEDEMANN, Manual, 2010, 406.

⁷¹⁴ RADTKE, in: JOECKS/MIEBACH (Hrsg.), Kommentar, 2006, 826; STREE/HEINE, in: SCHÖNKE-SCHRODER, Kommentar, 27^a, 2006, 2426.

⁷¹⁵ BILETZKI, NSTZ 1999, 537 ss.; RADTKE, in: JOECKS/MIEBACH (Hrsg.), Kommentar, 2006, 826; TIEDEMANN, Manual, 2010, 418.

⁷¹⁶ TIEDEMANN, Manual, 2010, 419.

Con riferimento ai casi in cui il bilancio non sia stato approntato in tempo, ossia non risulti redatto entro i tempi previsti dalla legge, la dottrina prevalente ritiene equivalente la redazione di un bilancio inesatto alla sua mancata redazione tempestiva⁷¹⁷. Con una eccezione: il caso particolare in cui non sia stata tenuta la contabilità e non sia stato redatto il bilancio per mancanza assoluta di risorse economiche: in questo caso l'omissione resta impunita⁷¹⁸.

Nel diritto commerciale non è prevista una scadenza determinata per la redazione del bilancio e dell'inventario, ma si fa riferimento al concetto di "ordinato commerciante"⁷¹⁹. Quindi questo concetto dovrà essere interpretato facendo riferimento all'oggetto della società, alla sua struttura, ai suoi rischi, al settore cui appartiene, ma sempre avendo riguardo alla protezione dei creditori⁷²⁰. Tuttavia, per le piccole aziende, il periodo massimo di presentazione è di 6 mesi: questo termine diviene un punto di riferimento⁷²¹. Esplicitamente, però, l'articolo 264.1 HGB ha previsto una scadenza generale di 3 mesi, per le società quotate; e il § 336.1 HGB di 5 mesi, per le cooperative⁷²².

Il § 283.7 non contiene un reato di pericolo astratto, bensì concreto⁷²³; mentre il § 283b si configura come un reato di pericolo astratto⁷²⁴. Il bene giuridico protetto è l'interesse dei creditori alla soddisfazione di eventuali richieste di danaro⁷²⁵.

⁷¹⁷ TIEDEMANN, LK, 2006, 169 ss. Si prevede esplicitamente solo un termine concreto per la presentazione del bilancio delle società di capitali. Nel § 264.1 HGB si trova un termine generale di tre mesi; e nel 336.1 HGB, per le cooperative, di 5 mesi. STREE/HEINE, in: SCHÖNKE-SCHRODER, Kommentar, 27^a, 2006, 2426.

⁷¹⁸ TIEMDENANN, Manual, 2010, 419.

⁷¹⁹ KÜHL, Strafgesetzbuch, 2007, 1283.

⁷²⁰ TIEDEMANN, Manual, 2010, 410 s.

⁷²¹ KÜHL, Strafgesetzbuch, 2007, 1283.

⁷²² TIEDEMANN, LK, 2006, 177.

⁷²³ KÜHL, Strafgesetzbuch, 2007, 1281; STREE/HEINE, in: SCHÖNKE-SCHRODER, Kommentar, 27^a, 2006, 812; TRÖNDLE/FISCHER, Strafgesetzbuch, 2007, 1978 ss.

⁷²⁴ TRÖNDLE/FISCHER, Strafgesetzbuch, 2007, 1985 s.; KÜHL, Strafgesetzbuch, 2007, 1286; RADTKE, in: JOECKS/MIEBACH (Hrsg.), Kommentar, 2006, 813. TIEDEMANN, Manual, 2010, 406 tutte e due sono reati di pericolo astratto, ma specialmente quello del § 283b.

⁷²⁵ RADTKE, in: JOECKS/MIEBACH (Hrsg.), Kommentar, 2006, 813.

Come è stato detto prima, anche fuori dallo *StGb*, nella legislazione speciale, ci sono diverse disposizioni riguardanti le false comunicazioni sociali. Così il § 331 HGB punisce con pena privativa della libertà fino a tre anni o con pena pecuniaria, da un lato, colui che, come rappresentante legale o membro del consiglio di amministrazione di una società di capitali quotata, realizzi una falsa presentazione delle relazioni sociali nel bilancio di apertura, nel bilancio annuale, nella relazione di situazione o nel bilancio provvisorio secondo il § 340 comma 3 o le registri di modo falso o simulato. Dall'altro lato, punisce sempre con pena privativa della libertà fino a tre anni o con pena pecuniaria colui che, in qualità di membro dell'organo di rappresentanza di una società di capitali, riveli con colpa grave o con dolo la chiusura dei conti nelle partite contabili internazionali indicate nel § 315 A, comma 1, là dove le relazioni della società quotata siano riferite falsamente o di modo simulato, allo scopo della liberazione secondo il §325 comma 2 frase 1, comma 2 b.

E' inoltre punito anche colui che, in qualità di membro dell'organo di rappresentanza o del consiglio di amministrazione, registri falsamente o simili secondo il § 340 i), comma 4, le relazioni del gruppo nella chiusura dei conti, nel resoconto sulla situazione del consorzio o nel bilancio provvisorio del consorzio.

Per ultimo, è altresì punito colui che, in qualità di membro dell'organo di rappresentanza di una società quotata, riveli dolosamente o con colpa grave alla chiusura dei conti del gruppo o al resoconto sulla situazione del consorzio nel quale si trovano riferite falsamente o in modo simulato le relazioni del consorzio allo scopo della liberazione secondo il § 391, commi 1 e 2, o della liberazione di un regolamento giuridico decretato secondo il § 292.

La dottrina prevalente⁷²⁶ ritiene che la norma fondamentale per tutte l'impresie sia sempre il §331; norma che regola dettagliatamente la frode sullo stato dell'azienda e nella relazione sulla situazione aziendale, essendo l'unica che punisce in maniera dettagliata gli errori nella chiusura dell'esercizio⁷²⁷.

⁷²⁶ SCHÜPPEN, *Systematik und Auslegung*, 1992, 45.

⁷²⁷ TIEDEMANN, *Manual*, 2010, 426 tutto quello relativo alla contabilità allora non sarà punito a traverso questa fattispecie.

Il § 331 è ritenuto un reato proprio⁷²⁸: la norma stabilisce chi sono le persone che possono commettere il reato in un elenco chiuso e complesso che fa riferimento ai membri di un organo di rappresentanza e ai membri del consiglio di amministrazione della società di capitali, allorquando gli appartenenti a entrambe queste figure si trovino nell'esercizio delle funzioni.

Come si vedrà, il bene giuridico protetto, anche nei §§ 400 e 82 GmbH, è la fiducia nella veridicità e completezza delle informazioni sociali delle società di capitali ovvero dei gruppi⁷²⁹. Le informazioni sociali vanno redatte nella forma espressa dalle norme di contabilità integrate nel *HGB* e nel *Bilanzrichtliniengesetz*, conformemente agli standard del § 315, comma 1, sulla chiusura dei conti e al § 325, comma 2°, 2b⁷³⁰. Si deve considerare al riguardo che la riproduzione delle informazioni è scorretta quando la dichiarazione è ingiustificabile⁷³¹. La rappresentazione scorretta sussiste quando essa non concorda con la realtà. Esiste un margine di valutazione e di giudizio, ma saranno relazioni corrette, secondo il §331, quelle che rendono possibile avere un quadro totale della situazione economica della società⁷³². Una rappresentazione sarà scorretta solo quando l'errore sussiste senza dubbio⁷³³.

Alla stessa maniera, la norma vuole proteggere, da una parte, la stessa società di capitali ovvero il gruppo; e, dall'altra, tutte le persone che hanno qualsiasi rapporto giuridico o economico con la società: creditori, lavoratori...⁷³⁴ In questo modo, sussiste una norma di protezione ai sensi del § 823, comma 2, BGB. La fattispecie è strutturata come un reato di pericolo astratto⁷³⁵, non

⁷²⁸ QUEDENFELD, en: EBKE (Red.), Kommentar, 2001, 1403; TIEDEMANN, Manual, 2010, 427.

⁷²⁹ RUß, in: GLANEGGER/KIRNBERGER/KUSTERER/RUß/SELDER/STUHLFELNER (Aut.), Handels-gesetzbuch, 7ª, 2007, 849; TIEDEMANN, Manual, 2010, 849; QUEDENFELD, en: EBKE (Red.), Kommentar, 2001, 1402; TIEDEMANN, Manual, 2010, 427.

⁷³⁰ RUß, in: GLANEGGER/KIRNBERGER/KUSTERER/RUß/SELDER/STUHLFELNER (Aut.), Handels-gesetzbuch, 7ª, 2007, 849; TIEDEMANN, Manual, 2010, 849.

⁷³¹ RUß, en: GLANEGGER/KIRNBERGER/KUSTERER/RUß/SELDER/STUHLFELNER (Aut.), Handels-gesetzbuch, 7ª, 2007, 849; TIEDEMANN, Manual, 2010, 850.

⁷³² MERKT, in: HOPT/MERKT (Hrsg.), Kommentar, 2008, 1200.

⁷³³ MORCK, in: KOLLER/ROTH/MORCK (Hrsg.), Kommentar, 2007, 914.

⁷³⁴ QUEDENFELD, in: EBKE (Red.), Kommentar, 2001, 1402.

⁷³⁵ TIEDEMANN, Manual, 2010, 427.

essendo richiesto alcun risultato per la falsa o scorretta rappresentazione delle comunicazioni sociali considerate, come ad esempio un danno patrimoniale.

Anche il § 332 HGB prevede un reato proprio: in questo caso gli autori sono i sindaci e gli assistenti dei sindaci. Si fa riferimento all'infrazione dell'obbligo della prova e si punisce con pena privativa della libertà fino a tre anni o con pena detentiva il sindaco deputato alla chiusura dei conti o l'assistente che affermi falsamente o nasconda circostanze gravi importanti nella relazione del revisore dei conti, o conceda un'annotazione di conferma falsa con riguardo al contenuto sul risultato dell'esame di una chiusura dei conti annuali, su di una chiusura dei conti individuale secondo il § 325, comma 2, su di una relazione sulla situazione di una chiusura dei conti del consorzio, su di una relazione della situazione del consorzio di una società anonima o su di una chiusura dei conti provvisoria secondo il § 340 a, comma 3, o su di una chiusura dei conti provvisoria di un consorzio secondo il § 340 i, comma 4.

Di seguito la norma stabilisce che, quando l'autore agisca dietro pagamento o con l'intenzione di profitto per sé stesso o un terzo, o con l'intenzione di cagionare danni a terzi, la pena è quella privativa della libertà fino a 5 anni o la multa.

Come il § 331, anche il reato del § 332 non richiede nessun risultato: è un reato di pericolo astratto⁷³⁶. L'elemento soggettivo richiesto è il dolo, mentre non è prevista la modalità colposa. Il bene giuridico protetto è, una volta in più, la fiducia nella veridicità e nell'integrità dell'ispezione fatta da un organo di controllo indipendente sulla chiusura del conto annale, sui bilanci economici e sui rapporti provvisori⁷³⁷. L'oggetto della tutela riguarda non solo la società di capitali o il consorzio, ma anche tutte le persone vincolate, direttamente o indirettamente, legalmente o economicamente, alla società, o che vorrebbero avere un rapporto, per esempio i soci, i lavoratori, i creditori... La norma alla quale si appresta tutela è quella del § 823, comma 32, BGB⁷³⁸.

⁷³⁶ QUEDENFELD, in: EBKE (Red.), Kommentar, 2001, 1414.

⁷³⁷ QUEDENFELD, in: EBKE (Red.), Kommentar, 2001, 1417.

⁷³⁸ QUEDENFELD, in: EBKE (Red.), Kommentar, 2001, 1417.

D'altra parte, anche *AktG*, *GmbH* e *GemG* disciplinano i *Bilanzdelikte*. In questa sede, si farà riferimento solo a ciò che si prevede nella *AktG* per le società quotate; non, invece, alle previsioni riguardanti le società a responsabilità limitata oppure cooperative, trattandosi di contenuto praticamente simile, salvo piccoli dettagli dettati dalle caratteristiche proprie del tipo di società⁷³⁹.

Il § 399 *AktG*, relativo alle false dichiarazioni, stabilisce che sarà punita con pena privativa della libertà fino a tre anni o con multa la persona che realizza false dichiarazioni od omette circostanze importanti nei seguenti casi:

1. in qualità di fondatore o di membro della giunta direttiva o del consiglio di amministrazione, con la finalità di iscrivere la società in quanto alla presa in possesso di azioni, al pagamento di azioni, all'uso delle quantità sborsate, alla

⁷³⁹ § 82 GmbH "Dichiarazioni false. I. Con pena privativa della libertà fino a tre anni o con multa sarà punito chi: 1. Come socio o come amministratore allo scopo dell'iscrizione della società sull'acquisto delle quote principali, il reddito delle quote, l'uso di somme sborsate, sopra vantaggi straordinari, pagamento in specie e cauzioni per pagamenti in contanti non completamente sborsati; 2. Come socio nella relazione di fondazione di quote in specie; 3. Come amministratore allo scopo dell'iscrizione di un incremento del capitale base sulla sottoscrizione o lo sborso di capitale nuovo o sui pagamenti in specie; 4. Come amministratore nella dichiarazione prevista dal § 57 I 2; 5. Come amministratore nell'assicurazione che deve essere realizzata secondo i §§ 8 III 1 o § 39 III 1 o come liquidatore nell'assicurazione che deve essere realizzata secondo il § 67 III 1, fa dichiarazioni false/ II. Si punisce ugualmente la persona che: 1. Come amministratore allo scopo della diminuzione del capitale sociale offre informazione incorretta sulla soddisfazione o assicurazione del creditore o; 2. Come amministratore, liquidatore, membro del consiglio di amministrazione o un organo simile in una relazione pubblica espone incorrettamente lo stato patrimoniale della società ovvero ostacola la sua conoscenza, quando l'azione non sia punita nel §331 n. 1 o n. 1 a del HGB.

§ 84 Infrazione di doveri nei casi di perdite, impossibilità di pagamento o sopraindebitamento , I. Con pena privativa della libertà fino a tre anni o con multa sarà punito chi: 1. Come amministratore omette l'annunciare ai soci una perdita della metà del capitale sociale o; 2. Come amministratore contro il § 64 I o come liquidatore contro il § 71 IV omette sollecitare l'inizio della procedura d'insolvenza nel caso d'impossibilità di pago o sopraindebitamento; II. Se l'autore agisce in modo colposo la pena è la privativa della libertà fino a un anno o multa

§ 147 Dati falsi o rappresentazione incorretta: 1. Sarà punito con la pena privativa della libertà fino a tre anni o con multa chi sia socio della giunta direttiva o chi sia liquidatore e in un'offerta attraverso atti scritti nel § 79 comma 5 frase 2 sulla decisione della continuazione della cooperativa registri dati discordanti o nasconda situazioni significativi; 2. Ugualmente sarà punito il socio della giunta direttiva o del consiglio di amministrazione o il liquidatore: 1. Dell'attività della cooperativa nella rappresentazione o visione complessiva del patrimonio, il socio o l'imprenditore individuale, nell'assemblea (...) la presentazione o le informazioni incorrette quando il fatto non si trovi punito con pena nel § 340 m in associazione con il § 331 numero 1 o 1^a della HGB; 2. Nel chiarimento o determinazione delle prescrizioni delle norme nell'esame della cooperativa, presentino dati falsi o nascondano incorrettamente la situazione pietosa della cooperativa, quando non si trovi punito nel § 340 m in relazione al § 332 numero 4 della HGB.

quantità di spese di azioni su vantaggi straordinari, alle spese di fondazione, ai pagamenti in specie, all'acquisto di cose e alla cauzione per pagamenti in contante non completamente sborsati;

2. in qualità di fondatore o di membro della giunta direttiva o del consiglio di amministrazione, nella relazione di fondazione, nella relazione di post-fondazione o nella relazione d'ispezione;

3. nel pubblico annuncio secondo il § 47 numero 3;

4. in qualità di membro della giunta direttiva o del consiglio di amministrazione, con la finalità dell'iscrizione di un incremento del capitale sociale (§§ 182-206) sull'apporto del capitale che era presente fino al momento, la sottoscrizione o gli apporti del nuovo capitale, la somma di spese delle azioni, le spese delle azioni di sottoscrizione o dei pagamenti in contante;

5. in qualità di liquidatore, con la finalità dell'iscrizione della continuazione della società nell'attestato previsto dal § 274 numero 3; oppure

6. in qualità di membro della giunta direttiva, nelle assicurazioni che devono stipularsi ai sensi del § 37, comma 2, frase 1, o § del 81, comma 3, frase 1, o come liquidatore nell'assicurazione che deve contrarre ai sensi del § 266, comma 3, frase 1.

Si punisce ugualmente alla persona che, come membro della giunta direttiva o del consiglio di amministrazione, con la finalità dell'iscrizione dell'incremento del capitale sociale, realizza le dichiarazioni previste nel § 210, I, 2, in maniera difforme dalla realtà.

Il § 399 *AttKG* non è stata una norma molto applicata nella pratica tedesca, e d'altra parte, la dottrina penalistica più influente non le ha riservato una buona valutazione⁷⁴⁰, giacché si ritiene che sia un vero ricettacolo d'omelette⁷⁴¹. Con questa fattispecie si puniscono un bel numero di condotte, tutte concernenti le false comunicazioni sociali nell'ambito della società per azioni, le quali possono essere commesse dai fondatori, dai membri della giunta direttiva o

⁷⁴⁰ Critici: OTTO, *Aktienstrafrecht*, 1997, 7; SCHRÖDER, *Aktienhandel und Strafrecht*, 1994, 48.

⁷⁴¹ SCHRÖDER, *Aktienhandel und Strafrecht*, 1994, 48.

del consejo de administración e dai liquidatori. Si tratta, pertanto, di un reato proprio, dove i fatti di reato sono, per il fondatore, quelli che si sviluppano nel comma 1, 2, 3; per i membri della giunta direttiva e del consiglio di amministrazione, le condotte del comma 1, 2, 3, 4, 6 e II; per i liquidatori, quella del comma 5.

La differenza fra le fattispecie del I e del II risiede semplicemente nel fatto che quest'ultima si riferisce ad una tematica diversa dalle false dichiarazioni.

Tutte le condotte alternative previste dalla legge sono "Äusserungsdelikte"⁷⁴², cioè reati dichiarativi. Talune fattispecie sono costituite da false dichiarazioni, altre da dichiarazioni incomplete e, nel comma 2, difformi dalla realtà.

Il bene giuridico protetto è la fiducia nella completezza e veridicità delle iscrizioni che si fanno nel Registro Mercantile⁷⁴³. Dunque, non sono protette tutte le informazioni sociali, ma solo quelle che si devono iscrivere nel Registro e che formano oggetto di previsione nelle fattispecie.

Non costituisce bene giuridico tutelato, pertanto, l'ordine pubblico; e neanche la veridicità delle informazioni sociali che non si iscrivono nel Registro Mercantile. HEFENDEHL considera che la protezione della fiducia nel corretto funzionamento del Registro Mercantile non è un fine in sé stesso. Questo ha lo scopo di proteggere i beni patrimoniali delle persone interessate alla società⁷⁴⁴. In questo senso, il bene giuridico sarà anche qui il patrimonio individuale dei creditori e degli azionisti attuali e potenziali, nonché il pubblico in generale, in senso ampio.

Tutte le diverse condotte del § 399 tendono ad a prestare una tutela alla norma contenuta nei §§ 823 II BGB. Si proteggono, al contempo, un bene giuridico collettivo e un bene giuridico individuale, benché in forma indiretta, poiché la struttura della fattispecie scelta dal legislatore tedesco è quella del reato di pericolo astratto⁷⁴⁵. Non è richiesto un inganno o un danno patrimoniale.

⁷⁴² SCHRÖDER, Aktienhandel und strafrecht, 1994, 48.

⁷⁴³ OTTO, Aktienstrafrecht, 1997, 38; HEFENDEHL, in: SPINDLER/STILZ (Hrsg.), Kommentar, 2007; SCHRÖDER, Aktienhandel und strafrecht, 1994, 48.

⁷⁴⁴ HEFENDEHL, in: SPINDLER/STILZ (Hrsg.), Kommentar, 2007, 1197.

⁷⁴⁵ SCHRÖDER, Aktienhandel und strafrecht, 1994, 48; OTTO, Aktienstrafrecht, 1997, 39; HEFENDEHL, in: SPINDLER/STILZ (Hrsg.), Kommentar, 2007, 1119.

Dal canto suo, il § 400 stabilisce che:

I. Con pena privativa della libertà fino a tre anni o con multa è punita la persona che, in qualità di membro della giunta direttiva o del consiglio di amministrazione o di liquidatore:

1. nelle relazioni della società, incluse le relazioni delle aziende del gruppo, nelle presentazioni o nell'immagine generale sullo stato patrimoniale, in esposizioni o informazioni date nell'assemblea generale, riferisca in maniera non corretta o frappongono uno ostacolo, quando l'azione non sia punita dal § 331 n. 1 o n. 1a HGB, o

2. nei chiarimenti o accertamenti che secondo le norme di questo codice si devono fornire a un sindaco della società o di un'azienda del gruppo, rende dichiarazioni false o riferisca in maniera scorretta le relazioni della società o le ostacoli, quando l'azione non sia punita nel § 331 n. 4 HGB.

II. Si punisce ugualmente chi, essendo fondatore o azionista, in chiarimenti o accertamenti che secondo le norme di questo codice si devono dare a un sindaco fondatore o qualsiasi altro sindaco, renda dichiarazioni false oppure ometta circostanze importanti.

Neppure il § 400 è stata una norma molto applicata nella pratica tedesca⁷⁴⁶, soprattutto per via della cessazione della persecuzione nel caso della applicazione § 154 StPO oppure nei casi in cui vi fossero stati procedimenti relativi ai reati 263, 266 o 283 StGB.

Il § 400 punisce i membri degli organi collegiali (giunta direttiva, consiglio di amministrazione), i liquidatori, i fondatori e gli azionisti della società per azioni che:

- nelle relazioni della società, incluse le relazioni delle aziende del gruppo, nelle presentazioni o nell'immagine generale sullo stato patrimoniale, in esposizioni o informazioni date nell'assemblea generale, riferisca in maniera scorretta o ostacoli,

⁷⁴⁶ HEFENDEHL, in: SPINDLER/STILZ (Hrsg.), Kommentar, 2007, 1202.

- nei chiarimenti o accertamenti che secondo le norme di questo codice si devono dare a un sindaco della società o di un'azienda del gruppo, renda dichiarazioni false o riferisca in modo scorretto le relazioni della società o le ostacoli
- dovendo fornire, secondo le norme del codice, a un sindaco fondatore o a qualsiasi altro sindaco delle informazioni, rendano dichiarazioni false oppure omettano circostanze importanti.

Con questa previsione il legislatore tedesco vuole proteggere la veridicità e l'integrità delle comunicazioni sociali dovute da determinati organi o persone per rendere possibile e garantire, a tutti i soggetti interessati, un'analisi reale della situazione della società⁷⁴⁷. Veridicità e integrità secondo le norme del BHB⁷⁴⁸. Così si intende proteggere la società, i potenziali appaltatori, i creditori, gli azionisti e i lavoratori⁷⁴⁹. La fiducia nell'informazione societaria è il bene giuridico protetto⁷⁵⁰, e la struttura del reato è di pericolo astratto⁷⁵¹. La norma non esige che i soggetti protetti abbiano un legame o un rapporto diretto con la società. Sembra, allora, che vengano protetti tutti quelli che compiano una qualsivoglia disposizione patrimoniale fondata sulla fiducia in una informazione (la informazione tipica descritta nella norma).

IV. CONCLUSIONI DEL CAPITOLO

Con un veloce sguardo alla disciplina delle false comunicazioni sociali in Italia e in Germania si può definitivamente concludere, come si è già anticipato, che la regolazione in materia è assolutamente diversa nelle due legislazioni. Non solo è diversa la tecnica di tutela, per cui risulta diverso anche il bene giuridico rispettivamente tutelato. È stato anche assolutamente diverso lo sviluppo della

⁷⁴⁷ SCHÖDER, Aktienhandel und Strafrecht, 1994, 48; OTTO, Aktienstrafrecht, 1997, 86; HEFENDEHL, in: SPINDLER/STILZ (Hrsg.), Kommentar, 2007, 1251.

⁷⁴⁸ SCHÖDER, Aktienhandel und Strafrecht, 1994, 48.

⁷⁴⁹ HEFENDEHL, in: SPINDLER/STILZ (Hrsg.), Kommentar, 2007, 1252.

⁷⁵⁰ HEFENDEHL, in: SPINDLER/STILZ (Hrsg.), Kommentar, 2007, 1252.

⁷⁵¹ OTTO, Aktienstrafrecht, 1997, 87; HEFENDEHL, in: SPINDLER/STILZ (Hrsg.), Kommentar, 2007, 1255.

fattispecie in sé stessa in ognuna delle due legislazioni, e diversa è anche stata l'importanza rivestita nella tradizione giuridica.

Tutto questo, nel caso concreto, rinforza l'affermazione che nel capitolo 1 di questo lavoro si faceva al riguardo del diritto penale economico, là dove in particolare si scriveva che questo esso non è uguale in ogni Stato, avendo un contenuto diverso in ogni legislazione. Le false comunicazioni sociali sono un valido esempio di quest'affermazione. Ci troviamo, allora, di fronte a una materia che assume un'importanza diversa nelle varie legislazioni e una diversa concretizzazione. I beni giuridici protetti dalle fattispecie delle false comunicazioni sociali sono, come si è visto, nella disciplina tedesca, la veracità, la trasparenza e la completezza delle comunicazioni, nonché il patrimonio, sia in generale sia quello dei creditori. Invece, nella legislazione italiana, si è detto che l'unico bene giuridico protetto, dopo le riforme, è esclusivamente il patrimonio. Anche le tecniche di protezione sono diverse. Mentre nella legislazione tedesca si utilizza fondamentalmente la formula del pericolo astratto, la struttura di pericolo concreto o di risultato è quella più consueta nella disciplina italiana. È curioso che in Italia, contrariamente a quello che si potrebbe pensare, l'importanza storica delle false comunicazioni sociali, e soprattutto le polemiche sollevate dentro e fuori i dibattiti dottrinali, siano state molto più intense di quanto lo siano state in Germania; nondimeno, la protezione del bene che, in teoria, secondo le asserzioni dottrinali, si dovrebbe proteggere con questo reato, finisce per non essere protetto.

Anche la struttura delle fattispecie è davvero diversa: fino al punto che nella legislazione tedesca il semplice fatto di non presentare i documenti sociali nel Registro Mercantile alle scadenze stabilite integra già la fattispecie, mentre nella legislazione italiana si introducono soglie di punibilità. Un'altra differenza di notevole importanza è quella riguardante il fatto che nella legislazione tedesca vengano identificati i diversi tipi di informazioni sociali e il modo in cui si intenderà realizzato un falso in quella comunicazione. In questa maniera si distinguono le comunicazioni che si devono presentare nel Registro Mercantile, da quelle che riguardano i soci o i creditori. La legislazione italiana, invece, non differenzia nessun tipo di comunicazione, essendo meno esaustiva.

Lo scopo di questa analisi di entrambe le legislazioni era di evidenziare le diverse possibilità di disciplina sanzionatoria di una materia che, inoltre, è anche

diversa nella sua prospettiva privatistica, cioè nel diritto privato. Mettere in rilievo questo ci serve per poter analizzare in una maniera più corretta la regolazione del codice penale spagnolo. Cioè senza pregiudizi per la regolazione esaminata, perché, come si è visto, la stessa non è mai uguale in tutte le legislazioni; inoltre, analizzando la fattispecie, la sua tradizione codicistica e le sue peculiarità, si potranno svolgere con libertà delle conclusioni. Ciò non significa che non si considerino le idee che sono state sviluppate riguardo alle diverse regolazioni da parte della dottrina, anzi. Lo sforzo di analisi di queste legislazioni ci servirà per poter arrivare a diverse conclusioni, ma sempre dentro l'indipendenza che offre il fatto di sapere che ogni legislazione, in materia di false comunicazioni sociali, è, lo si è già ribadito più volte, diversa.

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO 3:

UN DERECHO PROTECTOR DE BIENES JURÍDICOS. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL ART. 290 CP Y LA TÉCNICA DE TUTELA EMPLEADA

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL BIEN JURÍDICO EN DERECHO PENAL. TOMA DE POSICIÓN

A. Introducción. Aproximación a un concepto de bien jurídico

1. Realizar algunas notas generales sobre el concepto de bien jurídico no es una labor sencilla, ya que éste es un tema que ha dado lugar a discusiones doctrinales especialmente profundas, por ser para muchos una piedra angular⁷⁵² de la teoría del delito y también por las funciones que se le han ido otorgando a lo largo de la historia: la clasificatoria, la sistemática, la exegética, la dogmática y la crítica⁷⁵³. Además, la indeterminación de su definición ha producido una cierta confusión sobre el significado del término⁷⁵⁴; indeterminación que llega hasta nuestros días y que, como expondré más adelante, en mi opinión no deja más opción que acudir a las técnicas de tutela para delimitar con precisión el inicial y fundamental contenido material que se dé al concepto, especialmente para lograr que se materialice una de sus funciones fundamentales: la función delimitadora del *ius puniendi*.

La extensión de este trabajo y el objeto me impiden detenerme en todas las cuestiones que sobre él se suscitan, por lo tanto mencionaré sólo algunos de sus desarrollos para terminar dando algunos apuntes sobre el concepto de bien jurídico del que se partirá en este trabajo. Para ello haré un breve repaso (que no pretende ser ni mucho menos original) del desarrollo y evolución del concepto de bien jurídico, sin detenerme en todos y cada uno de los hitos y referentes importantes, sino sólo en aquellos que he considerado imprescindibles para

⁷⁵² ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, 1983, 4, considera -utilizando el mismo término de piedra angular- que el bien jurídico es la institución que ha tenido este rol de piedra angular en ordenamientos que todavía eran modelados por esquemas ideológicos autoritarios como el italiano para la reconstrucción y el cambio de los ordenamientos penales.

⁷⁵³ ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, 1983, 4.

⁷⁵⁴ OTTO, en: MÜLLER-DIETZ (Hrsg.), *Strafrechtsdogmatik und kriminalpolitik*, 1971, 2; RUDOLPHI, *NPP* 4 (1975), 329, sostiene que el bien jurídico "pertenece a aquellos conceptos que, sin perjuicio de los esfuerzos en este sentido, todavía presentan una considerable falta de claridad". En un modo parecido HASSEMER, *RDP* 12 (1989), 280, considerando que la vaguedad del concepto de bien jurídico está íntimamente vinculada con la falta de efectividad de la teoría del bien jurídico.

comprender algunas cuestiones sobre los bienes jurídicos protegidos en el delito objeto aquí de estudio.

2. Hay un relativo consenso en la doctrina en cuanto al hecho de que fue BIRBAUM, quien a mediados del S. XIX, concretó el concepto de bien jurídico⁷⁵⁵. Este autor entendía que el delito no es la infracción del Derecho sino la lesión de un bien a través de esa infracción: la conexión deberá ser entonces infracción/bien y no infracción/derecho⁷⁵⁶. Una infracción se verá como delito cuando una garantía general no se pueda proteger de otra manera más que a través de la amenaza de una pena determinada⁷⁵⁷. En lo que no hay tanto acuerdo es sobre si en su origen el bien jurídico deviene como límite al *ius puniendi* o más bien, por el contrario, si su construcción permitía la expansión del Derecho penal⁷⁵⁸, en su caso para los delitos contra la religión y las buenas costumbres⁷⁵⁹.

En poco tiempo se desarrolló este inicial concepto de bien jurídico de la mano de BINDING, quien concretó el contenido del bien jurídico como “todo aquello que el legislador considera de valor para la vida en comunidad”⁷⁶⁰; es por tanto el legislador quien decide cuáles son los objetos merecedores de

⁷⁵⁵ Sobre la atribución a Birnbaum de la fundación del concepto de bien jurídico, v. entre otros, ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, 1983, 79; ROXIN, *Derecho penal*, PG, 1997, 55; GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, *Bien jurídico*, 2004, 15 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, PG, 5ª, 2007, 192.

⁷⁵⁶ BIRNBAUM, *AdCrim XV* (1834), 176.

⁷⁵⁷ BIRNBAUM, *AdCrim XV* (1834), 179.

⁷⁵⁸ PADOVANI, *DeP 1* (1984), 116, considera sin duda que del concepto de Birnbaum no se deduce si la nueva categoría puede o debe constituir un límite material a la potestad punitiva. DONINI mantiene el origen expansivo del concepto de bien jurídico. DONINI, en: CADOPI (Coord.), *Offensività e colpevolezza*, 2002, 132: “El bien jurídico, en la práctica, ha sido utilizado varias veces para ejercer funciones extensivas de la punición, debe reconocerse de todas formas que la producción teórica y la jurisprudencia orientadas al bien jurídico han ofrecido al respecto contribuciones hermenéuticas óptimas, capaces de interpretar en sentido sustancial y restrictivo varias tipologías de incriminaciones”. BALCARCE, *Breve relato sobre la ineficacia de la función político-criminal del bien jurídico penal*, 4. Se encuentra en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20081006_02.pdf, considera por el contrario que desde el inicio el concepto de bien jurídico era liberal.

⁷⁵⁹ OLAIZOLA NOGALES, *Cohecho*, 1999, 43.

⁷⁶⁰ HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico*, 2006, 44 ss. Así también FERNÁNDEZ GONZALO, *Bien jurídico* 2004, 19.

protección, convirtiéndose la norma en un imperativo puro⁷⁶¹. Fue precisamente BINDING quien consiguió que este concepto se impusiera en la doctrina de manera generalizada⁷⁶². Pero no fue hasta VON LISZT que se configuró un concepto material de bien jurídico que sirviese de límite a lo punible⁷⁶³ y que fuese extraído de la realidad social. Para VON LISZT el concepto de bien jurídico debe considerarse como el término límite de la lógica jurídica⁷⁶⁴. Los hechos y las consecuencias jurídicas (que para el Derecho penal se llaman crimen y pena) son los aspectos más importantes de cada rama de la ciencia jurídica; también son los últimos y más importantes términos de la ciencia jurídica general y el bien jurídico responde a por qué el Derecho conecta ese hecho con esa consecuencia jurídica⁷⁶⁵. Con el bien jurídico, advierte el propio autor, ingresa la idea del fin en el ámbito de la dogmática jurídica⁷⁶⁶, el bien jurídico es un término límite de la lógica jurídica que abstrae⁷⁶⁷. Este autor da un giro en la concepción del bien jurídico y lo define como un “interés jurídicamente protegido”⁷⁶⁸, el cual no es creado por el ordenamiento jurídico sino por el individuo y por la comunidad y es posteriormente cuando el legislador eleva este interés al estatus jurídico de bien jurídicamente protegible⁷⁶⁹. Los bienes jurídicos son intereses vitales para el individuo y para su comunidad⁷⁷⁰.

Pero en todo caso, ni BINDING ni VON LISZT concretaron los criterios para la determinación del bien jurídico.

3. En esta progresión, a inicios del S. XX, empiezan a tener una importante influencia las perspectivas neokantianas fruto de una reacción

⁷⁶¹ BINDING, Handbuch, 1. Band, 1991, 155.

⁷⁶² HORMAZÁBAL MALARÉE, Bien jurídico, 2006, 47.

⁷⁶³ OLAIZOLA NOGALES, Cohecho, 1999, 44.

⁷⁶⁴ VON LISZT, Strafrechtliche Aufsätze, 1970, 222.

⁷⁶⁵ VON LISZT, Strafrechtliche Aufsätze, 1970, 223.

⁷⁶⁶ VON LISZT, Strafrechtliche Aufsätze, 1970, 223.

⁷⁶⁷ VON LISZT, ZStW 8 (1888), 139.

⁷⁶⁸ VON LISZT, ZStW 8 (1888), 134.

⁷⁶⁹ VON LISZT, ZStW 8 (1888), 134; VON LISZT, Tratado, II, 4^a, 1999, 2.

⁷⁷⁰ VON LISZT, Tratado, II, 4^a, 1999, 2.

antipositivista⁷⁷¹ y que con VON LISZT trabajaban con el paradigma de la comprobabilidad empírica de los conceptos empíricos⁷⁷². De esta corriente surge el causalismo valorativo, siendo MEZGER el máximo exponente de éste y quien define el bien jurídico como “el estado en que se haya el interés medio que toma en cuenta el Derecho”⁷⁷³. Pero la llegada del nacionalsocialismo y los regímenes autoritarios que rechazaron el concepto de bien jurídico caracterizó todo un periodo donde éste pierde relevancia⁷⁷⁴. Sin duda este hecho marcó irremediabilmente la evolución de la concreción del bien jurídico, cuya conceptualización fue después retomándose con diferentes componentes y en diferentes direcciones tras el periodo nazi.

En este sentido, en adelante las posiciones que se han ido planteando en relación al bien jurídico hasta la actualidad las expondré, como además viene siendo habitual en la mayoría de trabajos sobre el bien jurídico, en tres bloques: aquellas llamadas constitucionalistas, las teorías sociológicas dentro de las que se encuentran las teorías funcionalistas extremas, y moderadas, y las personalistas, y por último las perspectivas iushumanistas.

1. Teorías constitucionalistas

Es en Italia donde las teorías constitucionalistas se empiezan a construir y desarrollar con fuerza y donde adoptan una especial relevancia. Desde el Codice Rocco, y especialmente desde la concreción del bien jurídico de BRICOLA como valor constitucionalmente relevante⁷⁷⁵, empieza a tener peso una construcción que en Alemania tuvo un desarrollo limitado⁷⁷⁶. Pero, en realidad, la referencia a la Constitución a partir del inicio de los años 70 como

⁷⁷¹ FERNÁNDEZ GONZALO, Bien jurídico, 2004, 24.

⁷⁷² MIR PUIG, Introducción, 1976, 191; FERNÁNDEZ GONZALO, Bien jurídico, 2004, 25.

⁷⁷³ MEZGER, Tratado, I, 1935, 333.

⁷⁷⁴ BRICOLA, en: Noviss. Dig. It., 1973, 26 ss., pero habría que matizar que en Italia el periodo del fascismo, no se rechazó el concepto de bien jurídico, sino que se asumió, como mera *ratio legis*. Para una exhaustiva descripción de los postulados esenciales de las formulaciones de ideología fascista sobre el bien jurídico v. POLAINO NAVARRETE, Bien jurídico, 1974, 165 ss.. Sobre el periodo de la influencia de la llamada Escuela de Kiel v. JIMÉNEZ DE ASÚA, El criminalista 1947-VII, *passim*.

⁷⁷⁵ BRICOLA, en: DE ACUTIS/ PALOMBARINI (a cura di), Funzioni e limiti, 1984, 9.

⁷⁷⁶ FERNÁNDEZ GONZALO, Bien jurídico, 2004, 48 s.

nueva clave de lectura⁷⁷⁷ de las normas penales, surge del empeño en la necesidad de revisión de las normas penales⁷⁷⁸.

Para BRICOLA el ilícito penal debe concretarse exclusivamente “en una lesión significativa de un valor constitucionalmente relevante”⁷⁷⁹, cuya importancia se refleja en la determinación de la pena⁷⁸⁰. Esto trae tres consecuencias claras: la primera es que serán susceptibles de tutela penal los derechos de los ciudadanos protegidos en la Constitución y las normas internacionales de obligatorio cumplimiento para los Estados que podrán adquirir el valor de bien jurídico protegido cuando así lo estime el legislador penal, y la segunda es que, por el contrario, no lo serán todos aquellos derechos o intereses que no estén consagrados en la Constitución al menos de manera indirecta.

La tercera consecuencia, en relación con la determinación de la pena, es que su graduación deberá ser correlativa a la posición en la “escala jerárquica”⁷⁸¹ que ocupe el bien en la Constitución. Dice BRICOLA que la tutela penal se puede legítimamente extender a bienes que encuentren en la Constitución un reconocimiento (basta también que éste sea implícito) pero también a aquellos que pueden lesionar un valor que no tenga una previsión constitucional pero que sí esté ligado a un valor constitucional a través de una relación que se

⁷⁷⁷ FIANDACA, Riv. It. Dir. Proc. Pen. 1982, 43.

⁷⁷⁸ BRICOLA, en: Noviss. Dig. It., 1973, 8. En este sentido igualmente se ha hecho antes referencia a cómo ANGIONI consideraba el bien jurídico, efectivamente, como esa piedra angular guía para la reforma de las leyes penales.

⁷⁷⁹ BRICOLA, en: Noviss. Dig. It., 1973, 15.

⁷⁸⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, Introducción, 1999, 13 y ss al que luego me referiré más concretamente, aun siguiendo el planteamiento de BRICOLA expone como el planteamiento de este para ser aceptado, debe ser aclarado en distintos extremos. El se refiere a algunos puntos oscuros y desarrolla las siguientes cuestiones: 1.- Posibilidad de establecer jerarquías valorativas en el interior de la Constitución; 2.- Significado de la expresión “valor constitucionalmente relevante”; 3.- Las obligaciones constitucionales de penalización. Advirtiendo que esto significa que únicamente es posible imponer sanciones penales cuando el bien atacado tenga relevancia constitucional. En concreto advierte que “una cosa es que el constituyente haya trazado límites, y otra muy distinta que el legislador ordinario carezca de autonomía en la concreción de bienes a proteger y las correspondientes medidas de tutela”; 4.- las cuestiones que puedan plantearse ante una hipotética declaración de inconstitucionalidad de la conversión de las penas de multa en privativas de libertad; 5.- Los bienes constitucionalmente implícitos y la posible y desmesurada ampliación de los bienes susceptibles de tutela penal; 6.- el carácter meramente sancionador del Derecho penal; 7.- la posibilidad de encontrar un soporte en nuestra constitución para una construcción semejante.

⁷⁸¹ BRICOLA, en: Noviss. Dig. It., 1973, 19.

presupone necesaria, de manera que la lesión del primero sea imprescindible y unívocamente idónea para hacer peligrar al segundo⁷⁸².

Como advierte FIANDACA, aun siendo partidario de la tesis precedente en una versión matizada, este tipo de nexo no siempre subsiste o es manifiesto, ni tampoco se puede establecer con certeza⁷⁸³. Por tanto, para FIANDACA, el esfuerzo de precisar tiene como premisa “el convencimiento de que el reclamo de la Constitución no puede llevar sólo a la afirmación genérica de que la tutela penal depende de la salvaguardia de bienes dotados de dignidad constitucional; se debe ir más allá: se trataría de encontrar un principio constitucional susceptible de tener relevancia directa sobre el específico terreno penal, del cual puedan deducirse los contenidos típicos del ilícito penal y en consecuencia los límites de legitimidad de la intervención del legislador en materia penal”⁷⁸⁴; siendo además que sólo aquellos valores constitucionales que concretan los presupuestos esenciales de la convivencia son los que pueden tener rango de bien jurídico penal.

También en Italia, igual que FIANDACA, en una línea no tan constitucionalmente estricta se encuentra MANTOVANI, quien plantea la relación bien jurídico- Constitución en términos de no incompatibilidad, y este planteamiento es el que, en realidad, sigue la mayoría de la doctrina actualmente en este país⁷⁸⁵.

En la doctrina española es GONZÁLEZ RUS quien mantiene una línea constitucionalista estricta del bien jurídico. Para este autor, que la Constitución haya de ser de obligado punto de referencia se justifica desde una doble perspectiva: “jurídica en cuanto que constituye la norma fundamental a la que deben acomodarse el resto de las que conforman el ordenamiento jurídico; política, desde el momento en que por su procedimiento de elaboración es el instrumento más fiable (aunque evidentemente imperfecto) al cual acudir en

⁷⁸² BRICOLA, en: Noviss. Dig. It., 1973, 16.

⁷⁸³ FIANDACA, Riv. It. Dir. Proc. Pen. 1982, 53.

⁷⁸⁴ FIANDACA, Riv. It. Dir. Proc. Pen. 1982, 56. Fiandaca además hace esta reflexión para posteriormente referirse al principio de lesividad y su relación íntima con el bien jurídico. Para una mayor profundidad en el concepto de principio de lesividad v. MANES, Il principio di offensività, 2005, *passim*.

⁷⁸⁵ MANTOVANI, Diritto penal, PG, 5ª, 2007, 184 s.

búsqueda de los principios y valores socialmente compartidos y a los que debe responder un Derecho penal que quiera reflejar adecuadamente las características básicas de la comunidad en que ha de aplicarse(...)"⁷⁸⁶. Sólo con esta referencia, dice, se elimina el riesgo de "perversión" del bien jurídico⁷⁸⁷. Según este autor, del hecho de que en nuestro Derecho el ilícito penal deba ocuparse de la protección de bienes jurídicos, se derivan dos consecuencias: la de la propia definición constitucional del Estado y el análisis de su propio contenido⁷⁸⁸. La relación del bien protegido con la Constitución sólo puede entenderse en términos de "no compatibilidad", es decir, no caben bienes jurídicos incompatibles con la Constitución. Además parecería a su entender necesario hacer un catálogo de bienes jurídicos eventualmente protegibles por la constitución que consideran serían: a) los directamente reconocidos a los ciudadanos; b) los recogidos en convenciones internacionales; c) los tutelados en sí mismos sin referencia personal; d) los constitucionalmente "integrables, homologables o asimilables a los propiamente constitucionales"⁷⁸⁹.

Otro autor que en la doctrina española hace una interesante aportación en la construcción del bien jurídico con referente constitucional es ÁVAREZ GARCÍA quien considera necesario el referente constitucional para establecer límites al derecho a castigar del Estado porque, en palabras de él "sólo el poder constituyente y su producto normativo típico que es la constitución, pueden condicionar la actividad de un poder constituido como es el legislativo en aquellos ordenamientos, como en el nuestro, en los que se adopte un concepto formal de ley. Es decir: si el Estado crea el ordenamiento y de lo que se trata es de fijar un límite –mediante el concepto de bien jurídico- al poder de castigar del Estado, éste no puede encontrarse en el propio ordenamiento producido por el legislador ordinario. Eso constituiría, a mi entender, una contradicción lógica y material insalvable. El límite, por el contrario, tiene que ser impuesto externamente al legislador; pero a la vez ha de tener el consecuente carácter

⁷⁸⁶ GONZÁLEZ RUS, Bien jurídico, 1983, 35.

⁷⁸⁷ GÓNZÁLEZ RUS, Bien jurídico, 1983, 35.

⁷⁸⁸ GONZÁLEZ RUS, Bien jurídico, 1983, 38.

⁷⁸⁹ GONZÁLEZ RUS, Bien jurídico, 1983, 41.

normativo para no incurrir en los errores en los que han caído otros planteamientos”⁷⁹⁰.

En este sentido, según este autor, el concepto de bien jurídico que se elabora tendrá que reunir dos condiciones⁷⁹¹: riqueza de contenido y autoridad frente al legislador ordinario. Estas dos condiciones, advierte, serán las que permitan por un lado designar qué bienes pueden llegar a gozar de la protección penal⁷⁹² y por otro “evitar que el límite al ius puniendi “sea ilusorio, ya que si se deja en manos del legislador ordinario la determinación de qué es lo que se considera vital, el límite habrá dejado de existir”⁷⁹³.

En cuanto a la eventual obligación constitucional de castigar, considera ÁLVAREZ GARCÍA que esto significa únicamente que es posible imponer sanciones penales cuando el bien atacado tenga relevancia constitucional. En concreto advierte que “una cosa es que el constituyente haya trazado límites, y otra muy distinta que el legislador ordinario carezca de autonomía en la concreción de bienes a proteger y las correspondientes medidas de tutela”⁷⁹⁴.

2. Teorías sociológicas

Dentro de las llamadas teorías sociológicas se encuentran englobadas construcciones de muy diferente índole, pero que tienen como punto en común el hecho de que el concepto de bien jurídico que proponen gira en torno a la conservación de un orden social y por tanto al concepto de “daño social”.

2.1. Teorías funcionalistas extremas

AMELUNG, uno de los primeros referentes del funcionalismo extremo, mantiene un contenido de bien jurídico condicionado por lo “socialmente dañoso”

⁷⁹⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, Introducción, 1999, 12.

⁷⁹¹ ÁLVAREZ GARCÍA, Introducción, 1999, 11.

⁷⁹² ÁLVAREZ GARCÍA, Introducción, 1999, 11.

⁷⁹³ ÁLVAREZ GARCÍA, Introducción, 1999, 11.

⁷⁹⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, Introducción, 1999, 11.

⁷⁹⁵, entendiéndolo como una disfuncionalidad⁷⁹⁶. Por tanto este autor no parte de la persona para la construcción del bien jurídico, sino del sistema, “a partir de la conexión valorativa con el sistema social y con los posibles efectos disfuncionales de la dañosidad social del comportamiento”⁷⁹⁷. En la tesis de AMELUNG no caben los bienes jurídicos de carácter individual *per se*, porque el bien jurídico se constituye desde una conexión valorativa con el sistema social y con los posibles efectos disfuncionales de la dañosidad del comportamiento para el sistema”⁷⁹⁸.

A mi entender, su postura en relación al bien jurídico y su valoración acerca de la idea de que el Derecho penal contribuya al mantenimiento del sistema como concreta condición de la vida en comunidad se comprende muy bien en sus siguientes palabras:

“El bien jurídico, entendido como objeto de protección de la norma de conducta que puede inferirse del Derecho positivo, es un instrumento polivalente de la argumentación jurídico penal. El postulado de que las normas de conducta penalmente protegidas siempre deben proteger un objeto ‘detrás de ellas’; postulado que se apoya en la idea de protección de bienes jurídicos, exige que tales normas tengan una utilidad que vaya más allá del mantenimiento de su vigencia fáctica. En qué ha de consistir tal utilidad es una cuestión que, dentro de los límites constitucionales, se deja al juicio de valor del legislador. En esta caracterización, la teoría de la protección de bienes jurídicos es un dogma que, por un lado, niega la legitimación a las normas penales inútiles pero, por el otro, es tan flexible que toma en consideración la facultad del legislador de decidir qué ha de considerarse útil y digno de protección. Junto a esta teoría cabe una teoría sociológica sobre la lesividad social que no concibe el daño social como el deterioro de objetos, sino que retoma la vieja idea de que el delito ataca las condiciones de organización de la convivencia humana. Por ello se apoya en la idea de la sanción penal como instrumento para la protección de la vigencia fáctica de las normas de conducta. Si, de acuerdo con el modelo científico-social,

⁷⁹⁵ AMELUNG, Rechtsgüterschutz, 1992, 268 ss.

⁷⁹⁶ AMELUNG, Rechtsgüterschutz, 1992, 310.

⁷⁹⁷ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Bien jurídico, 2004, 59.

⁷⁹⁸ AMELUNG, en: HEFENDEHL (Coord.), La teoría del bien jurídico, 2007, 230 s.

entendemos estas normas como elementos estructurales del sistema social configurado por la Ley Fundamental, entonces es posible emprender un análisis estructural-funcional que indague cuál es la contribución de la norma al mantenimiento de este sistema como concreta condición de la vida en comunidad. La sanción asegura esta contribución. La cuestión de si la dogmática jurídica puede implementar este modelo queda abierta”⁷⁹⁹.

JAKOBS también mantiene un concepto funcionalista extremo de bien jurídico; considera que el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa⁸⁰⁰, la Constitución y la sociedad⁸⁰¹, lo cual permite afirmar que más bien lo que plantea JAKOBS es un abandono del concepto de bien jurídico. La pena no repara bienes, sino que confirma la identidad normativa de la sociedad⁸⁰²; es más, entiende que la pena nunca ha logrado recomponer el bien jurídico lesionado⁸⁰³. Sin embargo las normas, que son el contenido esperado de las relaciones entre personas, han de tener vigencia y estabilizarse⁸⁰⁴. Por tanto, para este autor, como el Derecho penal no protege bienes jurídicos sino que lo que fundamenta la punición del delito es la protección de la vigencia de la norma, la pena implica la restauración de aquella⁸⁰⁵. JAKOBS importa del pensamiento de LUHMANN⁸⁰⁶ la idea de las expectativas como elementos estructurales del sistema⁸⁰⁷ y de esta manera considera que “El delito es esencialmente defraudación de expectativas –no lesión de bienes- y la pena tiene el significado de mantener dichas expectativas, es decir, en términos jurídicos, la vigencia de la norma”⁸⁰⁸. La pena, por tanto, en la concepción de

⁷⁹⁹ AMELUNG, en: HEFENDEHL (Coord.), *La teoría del bien jurídico*, 2007, 263.

⁸⁰⁰ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 1996, 15.

⁸⁰¹ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 1996, 15; JAKOBS, *Dogmática de Derecho penal*, 2004, 75.

⁸⁰² JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 1996, 11; JAKOBS, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, 2000, 46.

⁸⁰³ JAKOBS, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, 2000, 57.

⁸⁰⁴ JAKOBS, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, 2000, 57.

⁸⁰⁵ JAKOBS, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, 2000, 62, 64.

⁸⁰⁶ Sobre la justa aplicación del verdadero pensamiento de LUHMAN en el planteamiento de JAKOBS v. GARCÍA AMADO, *Doxa* 23 (2000), *passim*.

⁸⁰⁷ CANCIO MELIÁ/FEIJÓO SÁNCHEZ, en: *La pena estatal*, 2006, 19.

⁸⁰⁸ CANCIO MELIÁ/FEIJÓO SÁNCHEZ, en: *La pena estatal*, 2006, 21.

JAKOBS, va mas allá del plano instrumental de protección de bienes jurídicos; se mueve en un plano simbólico o comunicativo⁸⁰⁹.

2.2. Teorías funcionalistas moderadas

Dentro de las que se podrían denominar teorías funcionalistas moderadas se deben mencionar tres autores de relevancia como son ROXIN, LUZÓN PEÑA y MIR PUIG. Sus tesis son las que posteriormente tomo en consideración en la construcción del concepto de bien jurídico por lo que en este momento daré tan solo algunas pinceladas del planteamiento acerca del concepto bien jurídico de estos tres autores para, posteriormente, concretar algunas cuestiones de manera más precisa en el apartado en el que tomo posición al respecto.

ROXIN, parte de un concepto de bien jurídico en el que se incluyen como dignos de protección circunstancias o finalidades útiles para la persona y su libre desarrollo entendido en un marco social global “estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”⁸¹⁰. En esta definición, como el mismo advierte, “al atender a ‘circunstancias dadas y finalidades’ en vez de a ‘intereses’ de modo general, quiere expresar que este concepto de bien jurídico abarca tanto los estados previamente hallados por el Derecho como los deberes de cumplimientos de normas creados sólo por el mismo, o sea que no se limita a la primera alternativa”⁸¹¹. También para ROXIN, la Constitución, la Ley Fundamental, marca los límites del *ius puniendi* del Estado y es la única restricción que previamente viene dada para el legislador.

Por su parte LUZÓN PEÑA en un sentido parecido considera por bienes jurídicos a las condiciones necesarias para la vida de la persona tanto como individuo como en sociedad. De este modo afirma que “a su juicio, “quizás se pueda formular un concepto amplio y general (...) de bienes jurídicos como condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo de la sociedad (o si se prefiere para el desarrollo de la vida de la persona, tanto como individuo en su esfera más íntima, cuanto en sus relaciones con la sociedad). Tales

⁸⁰⁹ CANCIO MELIÁ/FEIJÓO SÁNCHEZ, en: La prena estatal, 2006, 24.

⁸¹⁰ ROXIN, Derecho penal, PG, 2003, reimpr., 55.

⁸¹¹ ROXIN, Derecho penal, PG, 2003, reimpr., 55.

condiciones pueden consistir en objetos, materiales o inmateriales, relaciones, intereses o derechos, que en cualquier caso ha de ser especialmente valiosos y por ello dignos de protección jurídica⁸¹².

Además este autor advierte cómo tales condiciones pueden tener un titular concreto o que este sea toda la sociedad o colectividad cuando las condiciones afectan al desarrollo de la vida de todos los ciudadanos⁸¹³.

El último de los planteamientos que se quería exponer aquí es el de MIR PUIG. Este autor considera que es importante determinar un concepto político-criminal de bien jurídico que se distinga de valores puramente morales⁸¹⁴. De esto modo reclama una “particular importancia social” para los bienes jurídicos penales lo que significa “erigir como criterio básico de dicha valoración específica el que tales bienes puedan considerarse fundamentales para la vida social”⁸¹⁵. Sin embargo, esa valoración de la importancia social advierte MIR PUIG, se debe hacer en función de su repercusión en los individuos, porque a un Estado social y Democrático le importan los intereses colectivos en la medida en que de alguna manera condicionen a los ciudadanos. La razón, dice este autor, es obvia: “se trata de que el sistema social se ponga al servicio de individuo, no de que el individuo esté al servicio del sistema”⁸¹⁶.

Por tanto los bienes jurídicos importantes para el Derecho penal serán aquellos con constituyen una necesidad social y condicionan las “*posibilidad de participación*”⁸¹⁷ del individuo en los sistemas sociales⁸¹⁸.

⁸¹² LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 177.

⁸¹³ LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 177.

⁸¹⁴ MIR PUIG, EPC 1991, 206 “Desde el prisma de un Estado social y democrático de Derecho, no es inútil reclamar un concepto político-criminal de bien jurídico que lo distinga de los valores puramente morales y facilite la delimitación de los ámbitos propios de la Moral y el Derecho; no es ocioso situar los bienes merecedores de tutela jurídica en el terreno de lo social, exigiendo que constituyan condiciones de funcionamiento de los sistemas sociales, y no sólo valores culturales como pretendió el neokantismo; y, finalmente, es ciertamente conveniente postular que el bien jurídico no sólo importe al sistema social, sino que se traduzca además en concretas posibilidades para el individuo”.

⁸¹⁵ MIR PUIG, EPC XIV(1991), 207.

⁸¹⁶ MIR PUIG, EPC XIV (1991), 208.

⁸¹⁷ Cursivas del autor.

⁸¹⁸ MIR PUIG, Derecho penal, PG, 9ª, 163.

2.3. Teorías personalistas

El máximo exponente de la concepción personalista del bien jurídico es HASSEMER. Según este autor los bienes jurídicos tutelados penalmente son aquellos bienes socialmente reconocidos, que “el hombre puede ver”⁸¹⁹ y que se someten a la tutela penal⁸²⁰. Sus objetos son los intereses humanos tangibles: vida, salud, libertad, honor, propiedad, patrimonio. Mientras un interés es socialmente reconocido, el grado de su reconocimiento (es decir de ser tutelado penalmente) crece con la frecuencia, socialmente percibida, de su lesión y viceversa⁸²¹. Los bienes jurídicos se elaboran entonces en la experiencia social, según la frecuencia de su lesión y la amenaza de ésta.

Este concepto personalista de HASSEMER permitirá, a su entender, implementar la función limitadora del *ius puniendi* del Estado en tanto que ésta nunca se legitimará si no es, en este caso, en función de la persona. En coherencia con esta posición, este autor será especialmente crítico con los llamados bienes jurídicos supraindividuales, cuya construcción considera que amenaza el concepto de bien jurídico y modifica el Derecho penal orientado a la prevención de una manera específica, si no se hace en el sentido ahora expuesto y que él desarrolla: con la funcionalidad de los bienes partiendo siempre de la persona.

Considera HASSEMER que las nuevas esferas de criminalización introducen nuevos y difusos bienes jurídicos que para un adecuado concepto de bien jurídico resultan demasiado vagos⁸²². Éstos, por muy legítimos que puedan ser, no son bienes jurídicos en el sentido tradicional, sino objetivos de organizaciones políticas, sociales, económicas, propios de un Derecho penal que tutela funciones⁸²³. Los bienes jurídicos colectivos, que son aquellos no

⁸¹⁹ HASSEMER, DeP 2 (1984), 106.

⁸²⁰ HASSEMER, DeP 2 (1984), 106.

⁸²¹ HASSEMER, DeP2 (1984), 106.

⁸²² HASSEMER, DeP, 2 (1984), 109.

⁸²³ HASSEMER, DeP, 2 (1984), 110. Cfr. MOCCIA, Riv. Ital. Dir. Proc. Pen. 2 (1995), 345, 343 SS.; PADOVANI, Cass. Pen. 1987, 677.

estrictamente personales, deberán “funcionalizarse partiendo de la persona”⁸²⁴; es decir: la protección de las instituciones sólo puede llegar hasta el punto que sea condición de la posibilidad de protección de la persona⁸²⁵. Además entiende imprescindible fundamentar la necesidad de realizar elaboraciones teóricas acerca del desarrollo de las estructuras sociales y de los problemas sociales, sin renunciar con ello a la tradición personal de la teoría⁸²⁶. Pero como él mismo advierte, “un concepto personal del bien jurídico no rechaza la posibilidad de bienes jurídicos generales o estatales, pero funcionaliza estos bienes desde la persona: solamente puede aceptarlos con la condición de que brinden la posibilidad de servir a intereses del hombre”⁸²⁷.

3. Teorías *iushumanistas*

Un concepto *iushumanista* del bien jurídico penal se caracteriza por estar estrechamente ligado a los derechos humanos⁸²⁸: “no hay bienes jurídicos auténticos, si no pueden relacionarse con los derechos fundamentales del hombre; por lo menos, con sus derechos políticos y sociales a las “prestaciones” del Estado”⁸²⁹. Partiendo de la idea de bien jurídico como valor, aquellos protegidos penalmente son valores de relación, ya sea de los individuos con los objetos, de las relaciones intersubjetivas entre las personas, aquellas colectivas de todo el sistema social o de relaciones con el Estado en el ámbito de las prestaciones⁸³⁰. Es decir, no sólo englobaría aquellos derechos de índole fundamentalmente individual sino también aquellos llamados de última generación, los derechos sociales. De esta manera, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, apunta cómo la función limitadora del *ius puniendi* quedaría fuertemente

⁸²⁴ HASSEMER, en: HEFENDEHL (Coord.), La teoría del bien jurídico, 2007, 95.

⁸²⁵ HASSEMER, RDP 12 (1989), 282.

⁸²⁶ HASSEMER, RDP 12 (1989), 281.

⁸²⁷ HASSEMER, RDP 12 (1989), 282.

⁸²⁸ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Bien jurídico, 2004, 141. Sin embargo parece ser éste el único autor que hace una propuesta en este sentido, no encontrándose más bibliografía que plantee una tesis humanista de manera estricta.

⁸²⁹ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Bien jurídico, 2004, 138.

⁸³⁰ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Bien jurídico, 2004, 142.

reforzada constituyendo un límite más rígido para el legislador⁸³¹. Esta autor plantea su tesis del bien jurídico *iushumanista* basándose en la fundamentación filosófica *iusnaturalista*⁸³². Su tesis se plantea como novedosa en el sentido que traspasa propuestas como la de FERRAJOLI basada en un garantismo *iushumanista* como modelo que apuesta por un Derecho penal mínimo, optando por un concepto “*iushumanista* del bien jurídico penal”⁸³³.

B. Toma de posición

A pesar de las dificultades expuestas en relación a la concreción del contenido del concepto de bien jurídico, las cuales son innegables, considero que éste tiene que seguir siendo el elemento nuclear, o conforme a él debe seguir girando de manera esencial la teoría del ilícito penal⁸³⁴. Esto significa que rechazo la orientación que fundamenta la intervención penal exclusivamente en la vigencia de la norma, ya que considero que entender que el Derecho penal protege bienes jurídicos en vez de la vigencia de la norma se corresponde más con el modelo de un Derecho penal adscrito a un Estado social y democrático de Derecho⁸³⁵.

Acogeré en este trabajo una definición de bien jurídico integradora, sea de una perspectiva social como individual de éste, desde el convencimiento de que ambos ámbitos son importantes para el ser humano, para su libre desarrollo y por tanto objeto deseable de protección. En este sentido, con LUZÓN PEÑA⁸³⁶, como ya se ha expresado anteriormente⁸³⁷, por bien jurídico se entenderán “aquellas condiciones básicas para el funcionamiento del sistema social y para el desarrollo y participación del individuo en el sistema social”. Un sistema social que por otro lado no se caracteriza por el consenso ni en sus valores ni en su

⁸³¹ GONZÁLEZ FÉRNANDEZ, Bien jurídico, 2004, 146.

⁸³² GONZÁLEZ FÉRNANDEZ, Bien jurídico, 2004, 123.

⁸³³ GONZÁLEZ FÉRNANDEZ, Bien jurídico, 2004, 141.

⁸³⁴ En el mismo sentido, entre otros, GONZÁLEZ FÉRNANDEZ, Bien jurídico, 2000, 81.

⁸³⁵ ARIAS HOLGUÍN, Bienes jurídicos colectivos, 274, en prensa.

⁸³⁶ LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 22.

⁸³⁷ En el Primera Parte, Cap. 1 de este trabajo ya se ofreció esta definición.

gestión, sino que al contrario se caracteriza por importantes y heterogéneas posiciones y por el conflicto entre ellas⁸³⁸. Esto provoca, como advierte algún autor, “la desmitificación de la universalidad de los valores, lo cual impone severas reglas de prudencia al legislador, para llevar adelante el proceso de criminalización”⁸³⁹ de tal manera que, conforme a esto, el bien jurídico adoptará una función fundamental de limitación del *ius puniendi* a la tutela de esas condiciones básicas que ahora mencionábamos⁸⁴⁰. Como concreta ROXIN, se trata de “dotarnos de un Derecho penal que se oriente a proteger aquellos bienes jurídicos indispensables y también a impedir la comisión de delitos, pero que sea capaz a su vez de sintetizar las exigencias de un Estado Social de Derecho”⁸⁴¹.

Por tanto, se deberá hacer una continua revisión de cuándo es necesario recoger un valor como bien jurídico penalmente protegido, analizando si protege o no condiciones básicas y en segundo lugar si éstas son necesarias para posibilitar el desarrollo y la participación de los individuos en el sistema⁸⁴². También es importante cómo se proteja, a través de qué técnica de tutela y en este sentido la reflexión que hacía al inicio de este apartado en relación a la importancia a la hora de concretar el bien jurídico, no solo en su contenido material si no también en su sentido práctico, en cuanto a las técnicas de tutela que se utilicen para su protección: ante la lesión, el peligro abstracto o concreto, sólo frente a ciertos sujetos (delito especial), únicamente a través de ciertas conductas (delitos con modalidad de comisión determinada), etc.

Considero que una concepción constitucionalista o una funcionalista extrema de bien jurídico aportan un concepto poco manejable⁸⁴³; poco

⁸³⁸ Parte también de esta perspectiva conflictual GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Bien jurídico, 2004, 121 y 134, sin embargo, para posicionarse en un concepto iushumanista del bien jurídico.

⁸³⁹ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Bien jurídico, 2004, 121.

⁸⁴⁰ FERNÁNDEZ, Bien jurídico, 2004, 121, considera que “sólo puede otorgarse protección penal a aquel mínimun de valores o intereses, coincidentes con los derecho humanos básicos”.

⁸⁴¹ ROXIN, La evolución de la política criminal, 2000, 31.

⁸⁴² OLAIZOLA NOGALES, Cohecho, 1999, 56.

⁸⁴³ Ya MIR PUIG, EPC 1991, 207 apuntó, que “el reconocimientos constitucional de un bien debe servir de criterio relevante para decidir si nos hallamos en presencia de un interés fundamental para la vida social que reclame protección penal. Sin embargo, la cuestión no puede

maneja en cuanto rígido. La concepción constitucionalista, en sentido estricto, es en buena parte incapaz de llevar a cabo las labores limitadoras de la intervención del legislador penal⁸⁴⁴ y no sólo eso, sino que además la Constitución no suministra criterios positivos de identificación de contenidos dignos de tutela penal⁸⁴⁵, sino que los que aporta son de carácter negativo: “no pueden incriminarse conductas que sean expresión de derechos o principios garantizados por la Constitución”⁸⁴⁶, en el sentido de que el legislador penal no puede introducir ninguna prohibición que suponga la negación de principios constitucionales o la restricción de su ejercicio⁸⁴⁷. O dicho de otro modo, el legislador penal no podrá recoger y castigar penalmente una conducta si este vulnera o restringe valores constitucionales. Además, como se ha advertido anteriormente, también las teorías constitucionalistas resultarían poco dinámicas, en la línea de que siendo que las sociedades evolucionan, pueden surgir intereses dignos de protección no recogidos en una Constitución⁸⁴⁸.

Por su parte, el funcionalismo extremo, con su concepción de bien jurídico podría desembocar en tesis reaccionarias⁸⁴⁹, con un claro olvido de la persona por la primacía del funcionamiento de una concreta estructura social y, en todo caso, en última instancia, considero que deja al bien jurídico vacío de contenido material en detrimento del objetivo de la vigencia de la norma.

También las tesis llamadas iushumanistas considero que son criticables. La propuesta desde los Derechos humanos, si bien inicialmente resulta muy atractiva, en la práctica considero que podría ampliar (y mucho, como ha sucedido en el ámbito del Derecho internacional de los DDHH) el rango de acción del Derecho penal por lo que su propuesta se vería insuficiente para limitar claramente la intervención penal.

resolverse de plano con el solo recurso a la Constitución, que tampoco en este punto constituye la varita mágica que algunos creen”. También OLAIZOLA NOGALES, Cohecho, 1999, 55.

⁸⁴⁴ Así GONZÁLEZ RUS, Bien jurídico, 1983, 34, quien, como se ha desarrollado, mantiene un concepto más amplio.

⁸⁴⁵ SOTO NAVARRO, La protección penal, 2003, 51.

⁸⁴⁶ SOTO NAVARRO, La protección penal, 2003, 64.

⁸⁴⁷ SOTO NAVARRO, La protección penal, 2003, 65.

⁸⁴⁸ MIR PUIG, EPC 1991, 207.

⁸⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, 269. Advierte ARIAS HOLGUÍN, Bienes jurídicos colectivos, 274, en prensa, cómo además esta concepción nos lleva a la expansión del Derecho penal más allá del ámbito de las realidades hasta el mundo de los valores.

Adoptando por tanto un concepto material y no formal de bien jurídico (como por otro lado hacen la mayoría de los autores en la actualidad⁸⁵⁰), una de las funciones fundamentales y más significativas⁸⁵¹ de éste será la función limitadora del *ius puniendi* del Estado⁸⁵². Es en este sentido en el que antes me refería a la necesidad de que para terminar de delimitar el concepto material de bien jurídico será necesario determinar qué técnicas de tutela son legítimas y cuáles, por el contrario, no se adecúan a la definición de la que se parte y que apenas he concretado. Por tanto, más adelante me pronunciaré sobre el peligro de que esta función quede mermada con el adelanto de barreras de punibilidad, con la criminalización de conductas muy distantes a la realización efectiva de una ofensa al bien jurídico⁸⁵³, sea éste individual o colectivo. Y es de esta manera, a través de esta función delimitadora del *ius puniendi*, que, en parte, el bien jurídico será un instrumento que seleccione valorativamente los ámbitos de intervención, y por tanto legitime la intervención penal. Tendrá de este modo el bien jurídico una función de orientación del *ius puniendi*⁸⁵⁴.

Son a mi entender legítimos, siguiendo una tesis funcionalista moderada, los bienes jurídicos de carácter individual y aquellos de carácter colectivo. Sobre la relación entre ambos, es decir, para la distinción y aceptación de bienes jurídicos individuales y colectivos y la relación entre ellos⁸⁵⁵ tradicionalmente se ha mantenido una clasificación entre posturas monistas y dualistas. Anticipo que en este trabajo se sostiene una postura monista personalista⁸⁵⁶, concibiendo el bien jurídico siempre en relación a la persona y existiendo entre los bienes jurídicos individuales y los colectivos (siendo los dos legítimos) una dependencia

⁸⁵⁰ Sobre la diferencia entre concepto formal y material de bien jurídico: LASCURAÍN SÁNCHEZ, RchD 22 (1995), 253 ss.

⁸⁵¹ MOCCIA, Riv. Ital. Dir. Proc. Pen. 2 (1995), 345.

⁸⁵² LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 23 ss.

⁸⁵³ MOCCIA, Riv. Ital. Dir. Proc. Pen. 2 (1995), 345.

⁸⁵⁴ LUZÓN PEÑA, Curso, I, 1996, 328. En contra SOTO NAVARRO, La protección penal, 2003, 82.

⁸⁵⁵ Al respecto v.: SANTANA VEGA, Bienes jurídicos colectivos, 2000, 84 ss.; SOTO NAVARRO, La protección penal, 2003, 139 ss.

⁸⁵⁶ También así OLAIZOLA NOGALES, Cohecho, 1999, 57.

más bien recíproca⁸⁵⁷. Sin embargo, el desarrollo sobre el bien jurídico colectivo y las implicaciones de la adopción de esta postura las expondré en el siguiente apartado.

Además, y por último, simplemente se debe dejar planteada la cuestión de si considero preferible que en aquellos supuestos en los que estemos ante un delito pluriofensivo se exija la afectación de todos los bienes jurídicos que se propongan o no. Adelanto que consideraré necesaria la efectiva afectación de todos los bienes protegidos, no sólo de uno o alguno de ellos, que serían los llamados “delitos pluriofensivos de objetividad alternativa”⁸⁵⁸.

III. ESPECIAL PROBLEMÁTICA DE LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS

1. Cuando se hace referencia al término bienes jurídicos “colectivos”⁸⁵⁹, “supraindividuales”, “universales”, o incluso “difusos”⁸⁶⁰, aunque con denominaciones diferentes, se está haciendo referencia a una misma tipología de bienes jurídicos⁸⁶¹. Por tanto, parece que la cuestión de utilizar una denominación u otra es más de tipo terminológico, de mayor o menor precisión, ya que materialmente con ello se alude a un mismo tipo de bienes siendo que lo importante es la conceptualización de estos bienes jurídicos⁸⁶². En este trabajo se utilizará el término bien jurídico colectivo por entender que es el que más acierta

⁸⁵⁷ SOTO NAVARRO, La protección penal, 2003, 233. En este sentido CEREZO MIR, RDPCr 10 (2002), 56 considera que no se puede reducir el Derecho penal a la exclusiva protección de bienes individuales, sin embargo, pág. 58 considera que “No es posible dotar a los bienes jurídicos colectivos de un carácter autónomo, de modo que puedan ser objeto de protección penal sin referencia a los bienes jurídicos individuales”.

⁸⁵⁸ PAGLIARO, Principi, 8ª, 2003, 237.

⁸⁵⁹ Es el término que utilizan, entre otros: BUSTOS RAMÍREZ, Control social, 1987, 181 ss.; SOTO NAVARRO, La protección penal, 2003, 193; ANASTASOPOULOU, Kollektiver Rechtsgüter, 2005, *passim*.

⁸⁶⁰ El término intereses difusos es conceptualizado por SGUBBI con el término *Interessi diffusi*: SGUBBI LQc 3 (1975), *passim*. Sin embargo, la de “intereses difusos” es una traducción incorrecta, porque “difuso” es la adjectivación del verbo “diffondere”, esto es, de difundir y por tanto significa difundido, no difuso. En concreto SGUBBI, p. 449. Así lo entiende también SOTO NAVARRO, La protección penal, 2003, 194.

⁸⁶¹ Para un profundo análisis del bien jurídico colectivo v. HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter, 2002.

⁸⁶² En este sentido SANTANA VEGA, Bienes jurídicos colectivos, 2000, 106; SOTO NAVARRO, La protección penal, 2003, 193.

con el contenido material de éste y que ahora desarrollaremos. Desde este momento abogo por mantener un concepto material de bien jurídico colectivo y no formal⁸⁶³, y, tal y como he anticipado anteriormente, en la cuestión relativa a la relación entre los bienes jurídicos individuales y colectivos, una postura monista personalista.

2. A grandes rasgos, los denominados bienes jurídicos colectivos son aquellos de titularidad compartida por toda la sociedad⁸⁶⁴. Estos son indisponibles; de lo que se deriva “la ineficacia jurídica del consentimiento en la lesión o puesta en peligro de algunos de estos bienes⁸⁶⁵”, con la ulterior discusión de si esta disponibilidad sería posible si fuere por común acuerdo de todos sus cotitulares⁸⁶⁶. La indivisibilidad es otra de las características de estos bienes jurídicos⁸⁶⁷; cualidad que no poseen los bienes jurídicos individuales, o dicho de otra manera, es propia de los bienes jurídicos colectivos⁸⁶⁸ y que si no concurre no se estará ante un bien jurídico de este tipo.

3. En este trabajo se acepta la existencia y la legitimidad de bienes jurídicos colectivos⁸⁶⁹, sin negar las dificultades que se presentan en relación a éstos y especialmente cuando su tutela “obliga” a utilizar técnicas de protección como el peligro abstracto y admitiendo que la existencia de bienes jurídicos

⁸⁶³ Un análisis exhaustivo sobre las distintas posiciones al respecto en SOTO NAVARRO, La protección penal, 2003, 170 ss.; MAYO CALDERÓN, Bien jurídico colectivo, 2003, 35 ss.

⁸⁶⁴ SOTO NAVARRO, La protección penal, 2003, 194.

⁸⁶⁵ SOTO NAVARRO, La protección penal, 2003, 195.

⁸⁶⁶ Al respecto v. SOTO NAVARRO, La protección penal, 2003, 195 ss.

⁸⁶⁷ SOTO NAVARRO, La protección penal, 2003, 199.

⁸⁶⁸ SOTO NAVARRO, La protección penal, 2003, 199. Para esta autora, pág. 228, de hecho es el auténtico criterio diferenciador de los bienes jurídicos supraindividuales.

⁸⁶⁹ Esto no significa que no se atiendan algunas de las críticas y problemas que, por ejemplo HASSEMER, en atención a la propuesta que plantea su teoría personalista de bien jurídico, hace a los bienes jurídicos colectivos especialmente en relación a los problemas que surgen cuando son tutelados a través de la técnica del peligro abstracto. V. al respecto, HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, La responsabilidad por el producto, 1995, 26, 41 ss. Critica las posiciones que niegan la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos utilizando el argumento de la vulneración del principio de intervención mínima: CARBONELL MATEU, CDJ 1994-36, 20. Hay que atender también a lo que advierte KAISER, en: BARBERO SANTOS (Coord.), Los delitos socio-económicos, 177 s., en cuanto a que la facilidad con la que se descubren y formulan los bienes jurídicos supraindividuales podría influir de manera importante en la pérdida de la función de límite del concepto de bien jurídico.

colectivos “se ha revelado como una de las técnicas más genuinas del Derecho penal moderno para la anticipación de la tutela penal”⁸⁷⁰. Es también por esto que su legitimidad no será automática y *per se* siempre⁸⁷¹. Ésta vendrá dada, en mi opinión, sólo cuando se cumplan tres requisitos fundamentales. El primero, que para su definición y concreción no se utilicen fórmulas vagas e imprecisas ajenas al Derecho penal⁸⁷², de manera que conceptos como la economía nacional, el orden económico, el funcionamiento de la economía crediticia, que nos interesan especialmente en este trabajo, no serán verdaderos bienes jurídicos⁸⁷³. El segundo de los requisitos será dotar de un verdadero contenido material al bien jurídico colectivo y deberá hacerse siempre en el sentido de: “la promoción o favorecimiento de la participación de los individuos en el sistema”⁸⁷⁴ o en la sociedad en general diría yo. En palabras de SOTO NAVARRO se protegerá el bien jurídico colectivo pero sin olvidar que “todo bien jurídico, sea cual sea su naturaleza, ha de mantener una referencia última al individuo, por cuanto éste es el destinatario último de la protección jurídico-penal”⁸⁷⁵.

4. En este sentido y para otorgar una verdadera autonomía a los bienes jurídicos colectivos⁸⁷⁶, parte de la doctrina, con la cual estoy de acuerdo,

⁸⁷⁰ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, El moderno Derecho penal, 1999, 78.

⁸⁷¹ ARIAS HOLGUÍN, Bienes jurídicos colectivos, 333, en prensa.

⁸⁷² En este sentido OLAIZOLA NOGALES, Cohecho, 1999, 58.

⁸⁷³ Así MAYO CALDERÓN, Bien jurídico colectivo, 2005, 37. También MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PG, 4ª, 2014, en concreto en la pág. 171 lo que afirma es que el que no podrá constituir nunca un bien jurídico directamente tutelado es el orden económico en sentido amplio. Sobre el orden económico en sentido estricto (pág. 173) advierte que “una adecuada comprensión del problema del bien jurídico en los delitos contra el orden económico exige diferenciar realmente también un bien jurídico mediato, que se caracteriza en todo caso por tratarse de un bien colectivo general inmaterial o institucionalizado y un bien jurídico inmediato (también de naturaleza colectiva general), que es el interés directamente tutelado en sentido técnico”.

⁸⁷⁴ MAYO CALDERÓN, Bien jurídico colectivo, 2005, 77.

⁸⁷⁵ SOTO NAVARRO, La protección penal, 2003, 232. Así también: BUSTOS RAMÍREZ, Control social, 1987, 196 s.; SANTANA VEGA, Bienes jurídicos colectivos, 2000, 93 ss.

⁸⁷⁶ También mantiene la autonomía de los bienes jurídicos colectivos: CORCOY BIDASOLO, en: MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (Coords.), responsabilidad por el producto, 1996, 251, “me adhiero a la tesis que mantiene que los bienes jurídicos colectivos, contra una opinión muy generalizada, no son meros instrumentos de protección de bienes jurídicos individuales, o al menos no exclusivamente, sino que son un nuevo bien jurídico”. Una aplicación concreta de esta premisa se puede observar, por ejemplo, en: LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, en: BOIX REIG (Dir.), DDPE, 2008, 33 cuando afirman en relación con el bien jurídico protegido en el art. 295 que

considera que es necesario rechazar el punto de partida según el cual los bienes jurídicos colectivos se configuran como delitos de peligro abstracto para los bienes jurídicos individuales⁸⁷⁷. En palabras de MAYO CALDERÓN “los tipos delictivos pueden configurarse como delitos de peligro abstracto, peligro concreto o lesión respecto a bienes jurídicos colectivos, de la misma manera que pueden configurarse como delitos de peligro abstracto, peligro concreto o lesión en relación con los bienes jurídicos individuales”⁸⁷⁸. Es decir, “si el delito protege un verdadero bien jurídico colectivo se configurará como un delito de lesión, de peligro concreto, o de peligro abstracto para ese bien jurídico colectivo, sin referencia al peligro abstracto para los bienes jurídicos individuales”⁸⁷⁹.

Se opta por tanto en este trabajo por desvincular a los bienes jurídicos colectivos de los delitos de peligro abstracto que como se ha evidenciado ha sido, al menos en los últimos años, un recurso repetido por parte de la doctrina. Aquí se considera que los bienes jurídicos supraindividuales si se justifican es por lo anteriormente apuntado: porque son valiosos para generar condiciones básicas para el desarrollo y participación en el sistema social. Y por su parte, el recurso a la técnica de tutela del peligro, lo será siempre que una vez éste sea valorado se entienda imprescindible para la protección del bien jurídico y se respete el fundamental principio de intervención mínima⁸⁸⁰. Nuevamente en

afirma: “Nos podríamos encontrar con un clásico ejemplo de bienes jurídicos intermedios y supraindividuales, aunque precisamente aquí no se de la conexión directa y casi automática, según pretende un amplio sector de la doctrinal, de bien jurídico supraindividual con delito de peligro abstracto o concreto, sino que como veremos estamos ante un genuino delito de resultado”.

⁸⁷⁷ Así SOTO NAVARRO, La protección penal, 2003, 185 s.; MAQUEDA ABREU, AP 26/27 (1994), 492 “Por ello, la afirmación de que estos delitos que protegen bienes colectivos son «delitos de peligro» es matizable. Pues si bien en ellos la idea de peligro puede estar presente en relación a esos bienes jurídicos individuales subyacentes, la conducta que altera su «seguridad», o mejor, las condiciones imprescindibles para su disfrute, no es ya de peligro sino de lesión. Y ello a pesar de que demasiado a menudo el legislador penal recurre para la tutela de bienes colectivos a la tipificación de conductas que, dada su lejanía del objeto de protección, sólo remotamente lo amenazan y, en ese sentido, más bien pudiera ser consideradas como simplemente peligrosas para el mismo y escasamente justificadas por cierto en cuanto condiciones para asegurar la integridad de los bienes jurídicos individuales que les sirven de presupuesto”; MAYO CALDERÓN, Bien jurídico colectivo, 2005, 101.

⁸⁷⁸ MAYO CALDERÓN, Bien jurídico colectivo, 2005, 101.

⁸⁷⁹ MAYO CALDERÓN, Bien jurídico colectivo, 2005, 105.

⁸⁸⁰ MAYO CALDERÓN, Bien jurídico colectivo, 2003, 116. En todo caso se deben tener en cuenta las palabras de MOCCIA, Riv. It. Dir. Proc. Pen. 2 (1995), 345, quien dice que entendiendo legítima la criminalización de conductas lejanas a la ofensa, vengán a caer por completo las funciones de delimitación del bien, desde el momento en que la criminalización de

palabras de MAYO CALDERÓN⁸⁸¹, “dado que el peligro abstracto es el grado de afección del bien jurídico de menor gravedad, el Derecho penal solo deberá intervenir en los supuestos en que así lo determine el fundamental principio de intervención mínima, de tal modo que, en muchos casos, cuando se de este grado de afección será suficiente la intervención del resto de los sectores del ordenamiento que se encargan de la tutela del correspondiente bien jurídico”.

Por último, en tercer lugar, será necesario para afirmar la legitimidad de la intervención penal en la protección de bienes jurídicos colectivos que no implique renunciar a las garantías y principios jurídico-penales clásicos del Derecho penal⁸⁸², y en este sentido cabe destacar especialmente la necesidad de que el bien jurídico colectivo sea susceptible de ser lesionado⁸⁸³. Es decir, con SOTO NAVARRO “por un lado, debe tratarse de una lesión efectiva, esto es, verificable en el propio sistema social (de lo contrario se burlaría el principio de lesividad); por otro, ha de ser imputable a acciones individuales y no a comportamientos colectivos (a fin de respetar el principio de responsabilidad personal) por lo que la autora rechaza la lesión acumulativa (o mediante acumulación de plurales conductas individuales) de bienes jurídicos. Por lo demás, la lesión ha de servir de referente preciso para configurar la puesta en peligro del bien jurídico, como segunda modalidad de afectación, pues, según la concepción que aquí se sigue, el peligro no es un concepto autónomo, sino un estadio previo a la lesión”⁸⁸⁴.

5. En conclusión, se parte de una concepción de bien jurídico entendido como “aquellas condiciones básicas para el funcionamiento del sistema social y para el desarrollo y participación del individuo en el sistema social”⁸⁸⁵ incluyendo dentro de estas condiciones tanto aquellas propias de la esfera personal como

cualquier conducta, también la más inocua, sobre el plano de la dañosidad social, puede ser siempre enlazada a la tutela de fundamentales, si bien remotos, bienes jurídicos.

⁸⁸¹ MAYO CALDERÓN, Bien jurídico colectivo, 2003, 121.

⁸⁸² ARIAS HOLGUÍN, Bienes jurídicos colectivos, 333, en prensa.

⁸⁸³ SOTO NAVARRO, La protección penal, 2003, 283 s.

⁸⁸⁴ SOTO NAVARRO, La protección penal, 2003, 283 s.

⁸⁸⁵ LUZÓN PEÑA, Curso, I, 1996, 88.

aquellas de afectación colectiva⁸⁸⁶, por entenderlas igualmente valiosas para el desarrollo de la persona en la sociedad⁸⁸⁷. Los bienes jurídicos colectivos son

⁸⁸⁶ Y siempre en conjunción con el principio de lesividad. De ninguna manera comparto el planteamiento de CARREÑO AGUADO. CARREÑO AGUADO, *La inveracidad en la información*, 2013, 434 ss.: “Los tipos penales se articulan en torno, no tanto a la concreta lesión de un bien jurídico-penal, cuanto a una no participación, en contra de un deber instituido, en la constitución de un bien jurídico. En este sentido, es factible avanzar en la concepción de los delitos societarios como supuestos de inobservancia de un deber positivo de realización de expectativas normativas atribuidas socialmente a través del establecimiento –más o menos institucional- de roles funcionales corporativos. Lo cual lleva inevitablemente a aceptar, en los términos de la teoría de los sistemas sociales, que las expectativas normativas a las que ahora me refiero se dirigen a destinos contruidos comunicativamente a los que nos referimos como personas en sentido jurídico-penal. Hasta el punto de que un sector doctrinal, al que me adscribo, entiende que el mandato no puede ya rezar «no causas la lesión de un bien», sino «no quebrantes tu rol como alguien que no lesiona», de suerte que la atribución de responsabilidad habrá de interrumpirse en el límite del rol propio de cada uno, teniendo en cuenta que la pena ha de ser entendida, en este esquema, como «una modalidad cognitiva de procesamiento» que se articula con fines intimidatorios, y que la mera incriminación de una conducta se traduce en su marginalización comunicativa”. En concreto, CARREÑO AGUADO, *La inveracidad en la información*, 2013, 290 s. plantea que: “La evolución, pues, del Derecho penal en la sociedad moderna no parece entenderse si no se conceptualiza el dolor como constructo comunicativo del sistema jurídico. Es decir, como mecanismo de *diferenciación* que permite al sistema asignar un *lugar* –y ¿un rol?- en su estructura a la información validada. Ellos explicaría paradójicamente, el fenómeno expansivo que aqueja a la ciencia jurídico-penal en las sociedades *postideológicas*, ya que, el tiempo que retrocede en cuanto a la imposición de castigos corporales, el Derecho penal se expande y refuerza en cuanto a su código de significación comunicativa, al grito aparente de *¡muchas más penas, pero penas menos duras!* Situación que revierte notablemente en la afectación de la necesidad preventiva por aclamación popular. El Derecho penal viene dirigiéndose al ciudadano desde el *lenguaje* del “Derecho penal del enemigo” y la sensación que sigue es, para el ciudadano, la de que un abanico más amplio de conductas son ahora consideradas delictivas, al tiempo que las conductas delictivas en su conjunto son cada día consideradas menos gravemente antisociales.” Sigue en la pág. 291 s. “Se ha hablado hasta aquí de la pena como constructo comunicativo y símbolo de vigencia elemental de la norma. Pues bien, al respecto se eleva por sí misma la pregunta que sigue: ¿es realmente necesaria la pena para la confirmación de la norma? Si existe en el plano cognitivo un dolor penal anterior al físico, de efectos independientes y suficientes para comunicar la vigencia de la norma, entonces la respuesta a la anterior cuestión ha de ser afirmativa”.

Desde esta posición CARREÑO AGUADO, *La inveracidad en la información*, 2013, 381 concluye que “En suma, y en lo que interesa para este estudio, un Derecho penal de lo económico, globalista, favorable a la autorregulación y la autoorganización, ha de ser en todo caso un *Derecho penal operativamente abierto que comparta roles y niveles estructurales con sistemas de su entorno interno, interpenetrados con él*” (...) “El derecho penal económico es un «Derecho penal en blanco». En él se ha normativizado y se actualiza un determinada *lex artis* societaria que se gesta concretamente en ámbito del Derecho mercantil de sociedades para convertirse en institución de aplicación general en Derecho penal bajo las formas de la autorregulación. La razón es que la especificidad y solvencia técnicas de éstas pueden definir, mejor que ningún otro instrumento jurídico-penal, los márgenes típicos de determinados injustos penales”. En consecuencia, como resultado de las ideas expuestas este autor, en la pág. 336 enlaza esto con la noción de autorregulación y de Gobierno corporativo considerando que “es a través de la organización de la libertad de pactos como el poder público entra a normativizar un estado embrionario de autorregulación”. En la pág. 453 afirma también que “El programa normativo del gobierno corporativo está llamado a afectar, como se ha expuesto a lo largo de este estudio, a tres grandes áreas, a saber: 1) la tutela penal de la transparencia empresarial; 2) la mejora de los sistemas de control sobre la gestión; y 3) el abuso de poder” y por tanto, concluye: “es preciso observar cómo la línea político-criminal a la que apuntan las últimas normas del gobierno corporativo relativas a las obligaciones de transparencia empresarial ha dejado de centrar sus

por tanto a mi criterio autónomos, independientes de los individuales, si bien ambos toman como referencia a la persona.

Los bienes jurídicos colectivos serán entonces legítimos siempre y cuando en ellos se pueda mantener una referencia última al individuo. Esto no viene a tener el mismo significado que los bienes jurídicos intermedios o de referente individual. Al contrario, este planteamiento es criticado (por no otorgar contenido material al bien jurídico colectivo, exigencia que se ha considerado imprescindible) y se opta por un planteamiento autónomo de los dos tipos de bienes jurídicos pero considerando que el colectivo se justificará por su utilidad para la persona, es decir, en un sentido funcional para la persona y no para otro tipo de pretensiones, lo cual considero sería ilegítimo⁸⁸⁸.

6. No se utilizará por tanto en este trabajo la terminología de bienes mediata o inmediatamente protegidos⁸⁸⁹, la cual parece poner en cuestión ese

mandatos exclusivamente en la transparencia patrimonial para incrementar cuantitativa y cualitativamente los deberes de comunicación al mercado”.

⁸⁸⁷ BUSTOS RAMÍREZ, LH- Del Rosal, 1993, 214 “El Estado moderno al preocuparse de proteger a la persona ha de hacerlo no sólo mediante la asunción de deberes negativos (no matar, no lesionar, no dañar, etc.), sino también, y especialmente, a través de deberes positivos, esto es, por una parte, procurando remover obstáculos que impidan y, por otra parte, promoviendo condiciones que posibilitan lograr el máximo desarrollo de la persona. Es ello lo que ha permitido en el Derecho moderno reconocer una serie de derechos que dicen relación con todas y cada una de las personas del sistema social. Es por eso que con razón desde la perspectiva del Derecho penal se habla de bienes jurídicos colectivos, pues ellos dicen relación con toda la colectividad (calidad del consumo, salud, pública, libre y limpia competencia etc.) o con uno colectivo determinado (seguridad en el trabajo)”.

⁸⁸⁸ Y por eso se han rechazado bienes jurídicos como la economía nacional y es que si no, como advierte MOCCIA, Riv. Ita. Dir. Proc. Pen. 2 (1995), 353, si se pierde de vista la dimensión patrimonial y se utilizan bienes de escasa tangibilidad, como la tutela del correcto funcionamiento del sistema económico o de un programa de política económica, individualizando, por ejemplo, la ofensa al abuso en las subvenciones o de la evasión fiscal en términos de vulneración a determinados objetivos programáticos y no en términos de cantidad de recursos sustraídos indebidamente al ente regulador o el Estado, la ofensa se diluye y se hace invisible, su misma naturaleza vuelve ardua la individualización de precisos correlatos fenomenológicos.

⁸⁸⁹ Utiliza esta terminología: RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Delitos de peligro, 1994, 299 ss., quien distingue entre delitos de peligro abstracto orientados a la protección de bienes individuales o suficientemente individualizables y delitos de peligro abstracto que protegen bienes jurídicos supraindividuales inmateriales, donde se protegen aquellos bienes jurídicos colectivos no reconducibles a bienes individuales. El único bien jurídico realmente protegido es ese que la autora denomina “representante” ; MATA Y MARTÍN, Bienes jurídicos intermedios, 1997, mantiene un concepto formal de bien jurídico colectivo; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PG, 3ª, 2011, 190 s. sostiene que “La noción de bien jurídico inmediato es la que debe servir de principal referencia para designar las diversas funciones que tradicionalmente se han venido atribuyendo a esta institución en la ciencia del Derecho penal. La vulneración del bien jurídico mediato no aparece incorporada al tipo de injusto de la infracción correspondiente, por tanto, el intérprete no tiene porqué acreditar que en el caso concreto se ha producido una lesión o puesta

verdadero carácter autónomo que se pretende dar desde aquí a los bienes jurídicos colectivos⁸⁹⁰. Tampoco se utilizará el concepto de bien jurídico intermedio de referencia individual⁸⁹¹ por considerar, como advierte algún autor⁸⁹², que no es el bien jurídico intermedio o de referente individual el que permite hacer coexistir a los bienes individuales o los colectivos considerando que la lesión o puesta en peligro del bien colectivo (intermedio) es medio o paso previo necesario para la lesión o puesta en peligro del bien individual⁸⁹³. La estructura por la cual se tutelan penalmente bienes jurídicos colectivos de referente individual, que pasan por la protección de ciertas condiciones de seguridad, adoptando esquemas de peligro para estos bienes y como consecuencia la lesión del bien jurídico colectivo, hace que, en palabras de DOVAL PAIS⁸⁹⁴, sea “dudoso que esta clase de bienes jurídicos colectivos posea en realidad la autonomía que se suele predicar por la doctrina o que, incluso, sea necesario contar con esta categoría para caracterizar al grupo de delitos que protegen bienes jurídicos de esta clase”.

Por tanto rechazo la combinación que implica que a un bien jurídico tutelado inmediatamente se le pueda vincular la protección mediata de otro bien jurídico. El motivo de este rechazo parte de la creencia de que esta fórmula puede vaciar de contenido el bien jurídico, al arrebatarle las funciones que tradicionalmente le han sido otorgadas: interpretativa, sistemática, de medición de la pena y de limitación del *ius puniendi*⁸⁹⁵.

Concreta MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ que sólo el bien jurídico inmediatamente protegido se incorpora al tipo de injusto en el sentido de su

en peligro de dicho bien, ni tiene porqué exigir que el dolo o la imprudencia del autor vaya referidos a él”.

⁸⁹⁰ Así también DOVAL PAIS, CDJ 1994-36, 49.

⁸⁹¹ Sobre la construcción de los bienes jurídicos intermedios de referencia individual a través del delito abstracto RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Delitos de peligro, 1994, 302 ss.; MATA MARTÍN, Bienes jurídicos intermedios, 1997.

⁸⁹² MATA Y MARTÍN, Bienes jurídicos intermedios, 1997, 8: “El concepto de bien jurídico intermedio o de referente individual que, según nuestro punto de vista, permite la coexistencia de bienes individuales y colectivos, como se ha señalado y, deberá examinarse las consecuencias que, para la técnica de los delitos de peligro, produce la mencionada pluralidad bienes protegidos”.

⁸⁹³ MATA Y MARTÍN, Bienes jurídicos intermedios, 1997, 32.

⁸⁹⁴ DOVAL PAIS, CDJ 1994-36, 69.

⁸⁹⁵ V. sobre las funciones del bien jurídico Cap. 3 epígrafe I.

vulneración por parte de la acción del sujeto activo que afecta al bien jurídico protegido por el tipo, pero el mediato, aunque no está incorporado al tipo, tendrá funciones tan importantes (aunque MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ las denomina modestas) como la “interpretativa”, en el plano de la legitimidad de la intervención penal, la sistemática y la de medición o determinación de la pena. Se podría decir, por tanto, que el vaciamiento al que yo me he referido no es tal ya que, a excepción de la función de limitación del *ius puniendi*, parece que las demás funciones otorgadas al bien jurídico se siguen manteniendo en el bien jurídico mediatamente protegido. Sin embargo, cuando se habla de un bien jurídico protegido de forma mediata, a mi entender, lo que se pretende es evitar la verificación de su afectación y lo que en cambio se hace es asumirla como algo automático una vez comprobada la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado en modo inmediato. Es justamente por esto por lo que considero que lo que se está haciendo es vaciar de contenido al bien jurídico, porque no se pone en relación con el principio de lesividad, por lo que las atribuciones que al mismo se le hagan por parte de la doctrina son, desde mi punto de vista, falsas frente a asuntos tan importantes como, por ejemplo, la medición de la pena. Se esconde por tanto, mediante esta fórmula, la necesidad de comprobar la lesividad de una conducta para el bien jurídico, lo cual termina por distorsionar el auténtico significado y funciones de este concepto.

7. En conclusión, y de lo dicho hasta el momento, adelanto que las críticas que más adelante se hagan a los bienes jurídicos colectivos expuestos por la doctrina como protegidos, vendrán de las ideas aquí presentadas: esto es, del rechazo a la utilización de la técnica de protección mediata y automática de bienes jurídicos colectivos cuando se afecte a bienes jurídicos individuales por un lado, y por otro la crítica a la falta de concreción material del contenido de los bienes jurídicos colectivos que la doctrina mantiene: orden económico, correcto funcionamiento de las sociedades, veracidad e integridad de las cuentas.

IV. APROXIMACIÓN AL OBJETO DE TUTELA DEL ART. 290 CP

A. Cuestiones preliminares

La cuestión de la determinación del bien jurídico protegido en el art. 290 CP relativo a las llamadas falsedades en documentos sociales es fundamental, ya que a mi entender y en el sentido expuesto en el apartado anterior, conforme a él debe seguir girando de manera esencial la teoría de este ilícito penal. Sin embargo, su concreción no es en absoluto unánime en la doctrina, tanto española como italiana (en lo relativo al delito *delle false comunicazioni sociali* o más conocido como *falso in bilancio*⁸⁹⁶), y sin embargo no es tan problemática en la alemana⁸⁹⁷.

Atendiendo a la legislación española, son cinco los bienes jurídicos que se manejan por la doctrina como bienes protegidos en el art. 290 CP, no siendo todos concurrentes, por supuesto, pero sí, a excepción de aquellos que mantienen que el único bien jurídico protegido es el patrimonio⁸⁹⁸, entre estas cinco posibilidades se hacen multitud de combinaciones entre un bien jurídico individual y otro colectivo, uno individual y dos colectivos, etc.

Los bienes jurídicos que se han planteado por la doctrina como protegidos por el art. 290 CP, son: el «patrimonio de sociedad, socios o terceros» en exclusiva o no; la «veracidad e integridad de la información» con diferentes variantes, en el sentido de que a veces se utiliza esta expresión, pero en otras ocasiones se utiliza la expresión de «el derecho a una información veraz»⁸⁹⁹, en otras «el derecho de los socios de que la empresa tenga una transparencia externa, una información completa y veraz sobre la situación

⁸⁹⁶ V., Parte Primera, Cap. 2, sec. primera.

⁸⁹⁷ V. Primera Parte, Cap. 2, sec. 2ª.

⁸⁹⁸ Estos son: POLO VEREDA, LL 1998-2, 2047; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 36; QUERALT JIMÉNEZ, Derecho penal, PE, 6ª, 2010, 581.

⁸⁹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1996, 55. Tanto RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, administrador desleal, 1997, 25, como DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, en LH- R. Mourullo, 2007, 1302, y vinculan el derecho a la información veraz a la protección de los intereses económicos de la sociedad.

jurídica o económica de la sociedad»⁹⁰⁰, o la «confianza de que los documentos sociales sean verídicos»⁹⁰¹, haciendo referencia sustancialmente a lo mismo: el orden económico⁹⁰²; la funcionalidad del documento⁹⁰³ y por último el correcto funcionamiento de las sociedades⁹⁰⁴.

⁹⁰⁰ BACIGALUPO ZAPATER, AAMN 37 (1999), 27, considera que son dos los bienes jurídicos: la transparencia externa de la administración social y la veracidad de la información que reciben los socios; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Delitos societarios, 1996, 100, concreta ese interés a la veracidad de la información social en la sociedad, socios y terceros vinculados con la misma y además advierte que no se protege la veracidad de toda la información sino sólo de aquella que viene obligada por la norma. SILVA SÁNCHEZ, Derecho penal, PE, 1995, 65, considera que este bien jurídico lo es inmediatamente protegido y que opera como “barrera de evitación de perjuicios económicos”; DEL ROSAL BLASCO, en: Cometarios, Vives Antón (Coord.), 1996, 1414 ss. estima que es este el bien jurídico protegido pero conjuntamente con el patrimonio y negando que se trate de un delito de falsedad documental, es decir, de naturaleza falsaria; El mismo Delitos societarios, 1998, 94. SUÁREZ GONZÁLEZ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO /Dir./ JORGE BARREIRO (Coord.), Comentarios, 1997, 834, a su entender el bien jurídico tutelado “lo conforma el derecho de los socios y de terceros a que la información suministrada por la sociedad sea completa y veraz”. En sentido parecido, PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 128, 135 también rechazando la naturaleza falsaria y considerando el patrimonio como bien jurídico protegido junto con el interés general de los potenciales interesados en ser informados de manera veraz y completa acerca de la situación jurídica y económica de las sociedades, en concreto hace referencia a la “transparencia, veracidad e integridad de la información”; GONZÁLEZ RUS, en: COBO DEL ROSAL (Coord.), Derecho penal, PE, 2ª, 2003, 612: “el bien jurídico protegido es el derecho de información de los socios y de los terceros interesados, que deben recibir datos veraces y fieles de la situación de la sociedad, como garantía del correcto funcionamiento de la misma y de sus propios patrimonios; SEQUEROS SAZATORNIL, Delitos societarios, 2003, 67, apunta que se trata de un delito pluriofensivo “al proteger tanto el derecho a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica y económica de la sociedad como los intereses patrimoniales de la sociedad y los destinatarios de la información societaria”; CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios, I, 2004, 1090: “la norma persigue garantizar el derecho a una correcta información de los socios, acreedores y terceros, que debe reflejarse en documentos claros y exactos, derecho que se corresponde con el deber de los empresarios de llevar una contabilidad ordenada y fiel”. En contra expresamente de este bien jurídico, por ejemplo: MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES, (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 9ª, 2011, 966, quien considera que la tutela penal de la veracidad de la información social deviene claramente instrumental de la protección de los intereses patrimoniales de la entidad, sus socios o terceros que con ella se relacionan.

⁹⁰¹ BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, Derecho penal económico, 2ª, 2010, 617. Además considera que se protege el patrimonio.

⁹⁰² FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 57, como bien jurídico mediatamente protegido; CALDERÓN/CHOCLÁN (Coords.), en: Comentarios, 2005, 624, el bien jurídico inmediatamente protegido es el patrimonio y mediatamente protegido tanto el orden económico como el adecuado funcionamiento de las sociedades y el papel económico que desempeñan.

⁹⁰³ Conjuntamente con el patrimonio como bien jurídico pluriofensivo, que es la tesis que se defiende en este trabajo pero sin la vinculación de bienes mediatamente protegidos, por lo ya considerado en relación a esta categoría de bienes, FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 370; La misma, en: Falsedad en documentos sociales, 2003, 41. También GARCÍA CANTIZANO, Falsedades documentales, 1997, 154; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 464 s.

⁹⁰⁴ MARTÍN PALLÍN, en: SERRANO BUTRAGUEÑO (Coord.), Comentarios, 1999, 1394. Así también FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 62, indirectamente: “La diferencia entre estos delitos y los puramente patrimoniales radica, pues, en que a través de la protección

Desde mi punto de vista, adelanto ya en este momento que son dos los bienes jurídicos protegidos en el art. 290 CP: la tutela a través de un delito de lesión de la funcionalidad del documento y del patrimonio, estructurado como un delito de peligro hipotético en el inciso primero y de lesión en el segundo. Se trata, por tanto, de un delito pluriofensivo, y como he sostenido se parte de que en los delitos pluriofensivos –o al menos en éste- hay que comprobar la vulneración de todos los bienes jurídicos, es decir, es necesaria la efectiva lesión de todos los bienes protegidos y no sólo de uno o alguno de ellos que sería la tesis denominada como “delitos pluriofensivos de objetividad alternativa”⁹⁰⁵. Así mismo, este delito, además de complejo (que integra el desvalor de dos o más tipos independientes, en este caso: un delito de falsedad y un delito contra el patrimonio) es especial, ya que tutela esos bienes jurídicos sólo de manera limitada frente a ciertos sujetos delante de los cuales los bienes jurídicos protegidos son especialmente vulnerables⁹⁰⁶.

En este apartado plantearé, en primer lugar, las críticas que se pueden hacer a los bienes jurídicos veracidad e integridad de las cuentas, orden económico y correcto funcionamiento de la sociedad para posteriormente, después del estudio de las técnicas de tutela empleadas en el art. 290 CP (lesión para la funcionalidad del documento, peligro para el patrimonio y utilización del delito especial para ambos bienes jurídicos) pasar a argumentar por qué considero que éstos dos bienes jurídicos expuestos son los que se protegen por el art. 290 CP.

B. Razones de la inconveniencia de la protección de algunos bienes jurídicos propuestos por la doctrina

inmediata de los patrimonios individuales se protege de forma mediata el adecuado funcionamiento de las sociedades mercantiles, concretado en la veracidad de las informaciones sociales, la integridad del capital y el patrimonio social y la fidelidad de los órganos sociales”. Este es para FARALDO “el interés subyacente que inspira la política criminal que radica en el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles”; CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), Comentarios, I, 2004, 1091, también hacen referencia a cómo la norma ha de encontrar sentido en el ámbito de las necesidades de protección del sistema societario.

⁹⁰⁵ DURIGATO, Reato pluriofensivo, 1972, 33 ss.; PAGLIARO, Principi, 8ª, 2003, 237 s.

⁹⁰⁶ Sobre una concepción de la técnica del delito especial vinculada al bien jurídico V. RESTREPO RODRÍGUEZ, I reati propri, 2010.

1. La veracidad e integridad de las cuentas

1. Para argumentar porqué no parece oportuno que éste sea un bien jurídico protegido considero que la primera de las cuestiones que se debe plantear es la de determinar cuál es realmente su contenido y, en este sentido, las dificultades son muchas. Así, si bien la doctrina italiana, y especialmente con la redacción anterior a las últimas reformas de los arts. 2621 y 2622 CCI, ha mantenido sistemáticamente este bien jurídico como el protegido en el delito de falsedad en documentos de la sociedad, también es cierto que no ha hecho grandes esfuerzos por concretar qué es lo que esto significa⁹⁰⁷.

Sí lo ha hecho la doctrina alemana, en parte, pero con un límite negativo, aunque el matiz, además, viene del hecho de que la mayor parte de la doctrina alemana plantea que el bien jurídico protegido por los preceptos homólogos al art. 290 CP no es la veracidad e integridad de las cuentas en sí y como algo absoluto, sino la confianza en esa veracidad e integridad de las cuentas. Así, consideran que hay una falta de verdad que puede vulnerar esa confianza en la información societaria cuando las declaraciones expuestas en los documentos societarios “son injustificables”⁹⁰⁸. Serán sin embargo correctas aquellas que hacen posible tener un panorama general y un cuadro total de la real situación económica de la sociedad⁹⁰⁹. Una representación incorrecta se apreciará sólo cuando el error sea evidente, cuando exista sin ningún género de duda⁹¹⁰. Esto significa que para la doctrina alemana sólo se recogerán aquellas falsedades tal vez no groseras pero sí muy importantes, insostenibles, que hacen que no se pueda tener un conocimiento completo o real de la situación económica, de manera que se produce una desinformación o una información equivocada que termina por hacer quebrar la confianza de toda la sociedad en la fiabilidad de las cuentas.

⁹⁰⁷ Al respecto V. Cap. 2 epígrafe I.

⁹⁰⁸ RUß, en: GLANEGGER/KIRNBERGER/KUSTERER/RUß/SELDER/STUHLFELNER (Aut.), Handels-gesetzbuch, 7ª, 2007, 849; TIEDEMANN, Manual, 2010, 850.

⁹⁰⁹ MERKT, en: HOPT/MERKT (Hrsg.), Kommentar, 2008, 1200.

⁹¹⁰ MORCK, en: KOLLER/ROTH/MORCK (Hrsg.), Kommentar, 2007, 914.

2. En la doctrina Española el bien jurídico de veracidad e integridad de las cuentas es defendido por una buena parte de ella⁹¹¹. Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS⁹¹² considera que el bien jurídico protegido es la transparencia y veracidad de la información social, matizando que no se castiga cualquier falsedad material o ideológica en el ámbito societario, cualquier irregularidad o inexactitud, sino el falseamiento de la información societaria que debe reflejar la situación jurídica y económica de la entidad, y en la medida en que ello sea relevante para la protección de los intereses económicos de la sociedad, los socios o terceros. Por su parte, CHOCLÁN MONTALVO⁹¹³ advierte que el art. 290 CP tiene encomendada una distinta función de protección que el

⁹¹¹ MATA Y MARTÍN, RdS 1995-V, 172; GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1996, 55; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 100, considera que el bien jurídico protegido por el precepto no es otro que la veracidad de la información social. No de toda la información, sino de aquella que venga obligada por la norma; JIMÉNEZ VILLAREJO, BICAM 1 (1996), 22; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS ADPCP 1996, 437 s.; DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios, 1998, 94; CHOCLÁN MONTALVO, LL 2002-7, 1647; GALLEGU SOLER, en: MIR PUIG/ CORCOY BIDASOLO (Dir.)/ GÓMEZ MARTÍN (Coord.), Nuevas tendencias, 2006, 323, comparte la opinión de que la veracidad y la transparencia en la información societaria es el interés inmediatamente protegido que actúa como barrera de evitación de perjuicios económicos, pero matiza que en el art. 290 CP no se protege tanto la información en sí misma, como el perjuicio económico que se puede irrogar en el patrimonio de sujetos para los que dicha información tiene una gran relevancia; PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 135, estima que se tutelan el patrimonio y el interés general de los potenciales interesados a ser informados de manera veraz y completa acerca de la situación jurídica y económica del ente, el que considera que es un bien jurídico intermedio de nueva generación; FARALDO CABANA, El delito de falsedad, 2003, 38 s. “El bien jurídico tutelado en los delitos de falsedad documental es la propia funcionalidad del documento en las diversas tareas que cumple en dicho tráfico. No olvidemos, sin embargo, que su contemplación como bien jurídico penalmente protegido tiene sentido en la medida en que la protección penal se configura como una tutela funcional que tiene su punto de mira en estos intereses subyacentes. En efecto, los documentos a que alude el art. 290 CP son, como podremos comprobar más adelante, aquellos a los que el legislador encomienda la función de dar a conocer a socios, acreedores y terceros la situación jurídica o económica de la entidad, por lo que la falsedad material o ideológica que afecta negativamente a esta función es punible siempre que sea idónea para perjudicar los patrimonios de los destinatarios de la información”. BACIGALUPO ZAPATER, en: BAJO FERNÁNDEZ (Dir.)/BACIGALUPO SAGGESE / GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.), Gobierno Corporativo, 2008, 164. CARREÑO AGUADO, La inveracidad en la información, 2013, 213 “En este sentido el art. 290 CP se configura como un delito de peligro abstracto o de aptitud abstracta (párrafo primero) y como un delito de lesión (párrafo segundo). No obstante, si bien la veracidad de la información social constituye ciertamente el bien jurídico protegido por el precepto, no hay que olvidar que no toda información social es objeto de protección penal en este punto, sino únicamente aquella que pueda reflejar la imagen social jurídica o económica”, o más adelante, pág. 212 “Ya he abordado antes en este capítulo la cuestión relativa al bien jurídico protegido en el art. 290 CP y puede decirse que es el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la entidad”; el mismo autor, en la pág. 457 expone como el bien jurídico que se pretende proteger “no es otro que la veracidad en la información social, articulada a través del principio mercantil de «imagen fiel»”.

⁹¹² RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, ADPCP 1996, 437 s.

⁹¹³ CHOCLÁN MONTALVO, LL 2002-7, 5.

delito de falsedad. Se protege en este delito, dice, “la transparencia de la información societaria debida a la sociedad, socios y terceros, no la fe pública de la que pueda gozar un documento”. SÁNCHEZ ÁLVAREZ⁹¹⁴ considera también que el bien jurídico protegido por el precepto es la veracidad de la información social aunque no de toda la información, sino de aquella que venga obligada por la norma.

Se ha de advertir, además, que todos los autores vinculan (aunque no lo expresen directamente de ese modo) la veracidad e integridad con la imagen fiel de la sociedad⁹¹⁵. Por tanto, cuando se habla por estos autores de veracidad se está haciendo referencia en realidad a los parámetros que consideran como verdadero el concepto de imagen fiel de la empresa, es decir, la verdadera representación del estado de la sociedad, lo que, como expondré mas adelante, tiene una gran relevancia.

Por otro lado, otra parte de la doctrina entiende que lo que se protege mas bien en el art. 290 es, por un lado, “la confianza de los socios en que la documentación manejada por los administradores refleje correctamente la situación económica y jurídica de la sociedad, pero por otro, la confianza de los terceros especialmente de los acreedores, que puedan relacionarse con la sociedad confiando en que los datos documentales reflejen correctamente su situación”⁹¹⁶. Esta sería una fórmula en parte distinta a la de la veracidad e integridad de las cuentas pero que en todo caso viene a hacer referencia sustancialmente a lo mismo: la confianza en la imagen fiel.

⁹¹⁴ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 100.

⁹¹⁵ CARREÑO AGUADO, La inveracidad en la información, 2013, 223 “En lo que respecta al concepto de «imagen fiel», tribunales y doctrina han hecho de él un uso indebido, llegando a otorgarle un contenido que dudo pretendiera el legislador penal cuando concibió los delitos societarios”. “La expresión «imagen fiel», desconocida en nuestra legislación hasta la Ley 19/1989, de 25 de julio, de Reforma y Adaptación de la Legislación Mercantil, procede de las Directivas de la CEE (aparece en el art. 2, párrafo 3, de la Cuarta Directiva, de 25 de julio de 1978, el cual se incorpora con idénticas palabras al art. 34.2 CCo). Estas a su vez la recogen de la expresión inglesa «true and fair view» (imagen verdadera y fiel), cuyo significado es dispar para la doctrina. Por su parte, el Plan General Contable de 1990, en su Exposición de Motivos, definía tal «imagen fiel» como el «corolario de aplicar sistemática y regularmente los principios contables, entendiendo éstos como el mecanismo capaz de expresar la realidad económica de las transacciones realizadas». También, en la pág. 224 afirma que “Reducir la «imagen fiel» de una entidad que actúa con ánimo de permanencia en el mercado a sus cuentas anuales constituye un error de cálculo por defecto”.

⁹¹⁶ MUÑOZ CONDE, Derecho penal, PE, 19ª, 2013.

3. Otra formulación en parte diferente sería aquella que mantienen algunos autores y que se concretan en la fórmula del “derecho a la información de los socios, sociedad y terceros” como bien jurídico protegido. Sobre esta concepción cabe incluso una ulterior reflexión y es que “el único requisito de la falsedad es su idoneidad objetiva para causar un perjuicio, lo que puede producirse tanto por una desinformación como por el destino y efecto del documento en el tráfico”⁹¹⁷. Considero que esta postura también quedaría enmarcada dentro de las cuestiones que plantea la veracidad - o el valor de la información societaria - con la crítica añadida de que, quienes proponen esta opción no tienen en cuenta, a mi entender, que en la práctica puede suceder perfectamente que el sujeto pasivo no haya sufrido ninguna desinformación de acuerdo a los derechos que la LSC otorga a los socios o, siendo tercero, haya habido una transparencia total en la información y que sin embargo exista peligro para su patrimonio. Y también, puede haber falseamiento de las cuentas y desinformación pero que no sea idóneo para causar perjuicio.

4. La crítica fundamental que se plantea por parte de la doctrina hacia el bien jurídico «veracidad e integridad de las cuentas» en cualquiera de las tres propuestas expuestas deviene justamente de la necesidad de dotar de un verdadero contenido material a los bienes jurídicos, mientras que al que ahora nos estamos refiriendo comportaría una formalización indeseable de éste”⁹¹⁸. Antes de expresar los argumentos que me posicionan en la idea de que mantener este bien jurídico sería sostener un bien jurídico formal, me gustaría concretar algunas cuestiones referidas a los conceptos de veracidad e imagen fiel de las cuentas que darán luz a las ulteriores reflexiones que se desarrollarán

⁹¹⁷ POLO VEREDA, LL 1998-2, 2046 s. Así también GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1996, 55.

⁹¹⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 2005, 378. En la 4ª ed. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 465 s. el autor enfoca la inconveniencia de defender este bien jurídico desde la perspectiva de que sostener éste como tal implica la asunción de la tesis de la infracción de deber que define al art. 290 CP, en concreto, pág. 465 “Finalmente, el elenco de posiciones en torno a la naturaleza jurídica del art. 290 se completa con la tesis de aquellos autores que entienden que lo que fundamenta el injusto de este delito es el deber de información sobre la situación real de la empresa configurado extrapenalmente. De este modo, el criterio material para imputar el hecho al autor no sería el dominio sobre el riesgo, basado en la libre organización de la propia esfera, sino exclusivamente la infracción del deber extrapenal específico que incumbe a determinadas categorías de sujetos, basado en una vinculación de esferas de organización (administrador/sociedad, socios o Registro Mercantil).

a continuación, y que considero no son tenidas en cuenta suficientemente por la doctrina a la hora de concluir que es éste el bien jurídico protegido por la norma.

5. La doctrina mercantilista considera que cuando se hace referencia a la exigencia de veracidad de las cuentas anuales ésta vendrá formulada en términos generales como un deber de que estas cuentas ofrezcan una “imagen fiel”⁹¹⁹ del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad.

El concepto de imagen fiel no es un concepto unívoco. En este sentido, RIVERO TORRE⁹²⁰ plantea diversos contenidos para imagen fiel. En primer lugar estaría aquella que entiende la imagen fiel como sinónimo de exactitud, objetividad o verdad. Se entiende que si la información contable refleja todo lo importante, sin errores y es expresada claramente, se está cumpliendo el requisito de imagen fiel. Por otro lado estaría la imagen fiel como cumplimiento de la regulación legal de los principios contables; en tercer lugar está el concepto de imagen fiel como sinónimo de información útil; y, por último, el concepto de imagen fiel como preeminencia del fondo sobre la forma. Este mismo autor considera que “la imagen fiel consituye un objetivo que para ser alcanzado debe tener en cuenta: las señas distintivas del entorno económico en el que las

⁹¹⁹ GONDRA ROMERO, EH-Girón Tena, 1991, 555. Sobre la imagen fial v. CORDOBÉS MADUEÑO/MOLINE SÁNCHEZ, Téc. Cont. 614 (2000), 92 quien se pregunta: ¿qué es la imagen fiel? “El término en sí es la traducción dada al concepto de *true fair view*, recogido en el artículo 2º. 3 de la IV Directiva. De hecho, las adaptaciones nacionales a dicha norma por regla general utilizaron una expresión similar. La presencia de la *true fair view* y la amplitud con la que se recogió, fue la gran aportación británica a la IV Directiva. No obstante, la presencia de un principio rector del ordenamiento contable ya existía con anterioridad en las diversas legislaciones nacionales”.

⁹²⁰ RIVERO TORRE, Comentarios, 1993, 160 ss, concretamente sobre lo que se acaba de exponer, en la página 159 s.: “Pueden seleccionarse cuatro interpretaciones como las más representativas de la noción imagen fiel/ Imagen fiel como sinónimo de exactitud, objetividad, verdad. Se entiende que si la información contable refleja todo lo importante, sin errores, y lo expresa claramente, se está cumpliendo el requisito de la imagen fiel./ Imagen fiel como cumplimiento de la regulación legal de los principios contables. Se puede decir que es la acepción histórica más usual entre los profesionales de la contabilidad y, sobre todo, de la auditoría (...)/ Imagen fiel como preeminencia del fondo sobre la forma. Los profesionales que consideran esta acepción de la imagen fiel están señalando la primacía de la interpretación, medida y representación de los hechos puramente económicos y financieros frente a la vertiente fiscal y jurídica de los mismos (...)/Imagen como sinónimo de información útil. A este respecto hay que indicar que la aplicación del principio de la imagen fiel en la confección de la información contable o financiera tiene como fin último que ésta sea útil para los distintos agentes usuarios de la misma”.

Así también, siguiéndole VELA BARGUES, El concepto de imagen fiel, 1996, 87.

empresas desarrollan su actividad (economía de mercado, incertidumbre, etc); las características de la información contable (estados contables periódicos expresados en términos monetarios, sujetos al ordenamiento legal y útiles para la toma de decisiones de los diversos estamentos interesados en la actividad empresarial; los requisitos exigidos por el sistema de información de información contable (identificabilidad, oportunidad, claridad, relevancia, imparcialidad, etc)⁹²¹. Se trata, por tanto, de un concepto jurídico que se caracteriza por una clara indefinición⁹²², por lo que los esfuerzos de concreción que serán necesarios realizar serán mayores⁹²³ que para aquellos más concretos y de límites más claros⁹²⁴.

Por tanto, el concepto de imagen fiel no es un concepto cerrado y delimitado⁹²⁵ y hay que tener en cuenta que la mera aplicación de los principios

⁹²¹ RIVERO TORRE, en: Comentarios, 1993, 160 ss.; VELA BARGUES, El concepto de imagen fiel, 1996, 87.

⁹²² GONDRA ROMERO, EH-Girón Tena, 1991, 556. También LÓPEZ COMBARROS, APD 184 (2002), 22 "(...) conviene, aunque sea someramente, hacer una reflexión sobre este concepto, respecto del cual la Introducción de nuestro Plan General de Contabilidad, si bien reconoce que no es un concepto cerrado ni delimitado, proclama que "trata de transmitir la doble noción de imparcialidad y objetividad". Estas cualidades deben alcanzarse con carácter general mediante la aplicación sistemática y regular de los principios contables y de las normas que los desarrollan, de forma que las situaciones y transacciones realizadas se reflejen en las cuentas anuales, de acuerdo con su esencia económica, de forma coherente y aplicando los criterios técnicos que se consideran mejores y que puedan ser interpretadas adecuada y unívocamente. Y es tal la fuerza de este objetivo que si excepcionalmente existe en un caso concreto una incompatibilidad entre la norma y la imagen fiel, esta última es la que debe prevalecer".

⁹²³ En este sentido GONDRA ROMERO, EH-Girón Tena, 1991, 555 ss., realiza un interesante estudio comparado entre el modelo de imagen fiel inglés (trae and fair view y el alemán (bilanzwahrheit) para poder concretar el concepto de imagen fiel que adoptó la IV Directiva Europea en materia contable. Así, en las páginas 572 y ss., concluye que: "En síntesis, en el sistema inglés se considera por los Jueces que las cuentas anuales jurídicamente veraces son las que económicamente se consideran correctas y, lógicamente, para este enjuiciamiento sobre la "corrección económica" de las mismas el Juez tiende a descansar en la opinión de la doctrina económico-contable, tanto por lo que se refiere a los supuestos normales, como a los que por ésta se estiman excepcionales, sin renuncia, claro está, a retener el control último sobre esta doctrina praxis profesional, a la que en definitiva él otorga eficacia jurídica. En el ordenamiento alemán, por el contrario, el principio de Bilanz-wahrheit, como ya se vio, no se considera en modo alguno como un principio ético "suprapositivo" o "extrapositivo". Se ve más bien como la explicitación del fin que preside el conjunto de la reglamentación legal y, como tal, está llamado a desplegar una función, meramente auxiliar, de ayuda en la interpretación y complementación del sistema legal, sin que se contemple siquiera la hipótesis de una eventual contradicción entre este principio de veracidad y el resto de las normas legales. Se considera que la aplicación de las normas legales y técnico-profesionales han de conducir necesariamente al resultado de "veracidad" querido por la Ley.

⁹²⁴ RIVERO TORRE, en: Comentarios, 1993, 159 "el concepto de imagen fiel no es, por tanto, algo cerrado ni definitivo".

⁹²⁵ GONDRA ROMERO, EH-Girón Tena, 1991, 576; VELA BARGUES, El concepto de imagen fiel, 1996, 86.

contables no garantiza el logro de reflejar la imagen fiel⁹²⁶. En palabras de GONDRA ROMERO, “el principio de “imagen fiel” se muestra, así, como un principio general, expresivo de un concepto jurídico indeterminado, que se proyecta, como un principio ordenador supremo sobre el propio sistema informativo configurado por el legislador europeo, cuya aplicación misma vendría subordinada a su congruencia con la valoración última que en aquel principio preeminente se contiene”⁹²⁷. Por tanto, la imagen fiel actuaría como un principio general supremo proyectado sobre un sistema contable cuyos principios y reglas básicas vienen consagrados como normas legales⁹²⁸. Este principio general atribuye al juzgador un decisivo espacio valorativo que suscita, entre otros, los siguientes interrogantes⁹²⁹: ¿Cuándo y con qué límites cabe exigir una información suplementaria en aras de la “imagen fiel”? ¿Cuáles son los supuestos excepcionales que no sólo permiten sino que, incluso, obligan a no aplicar las normas legales, por exigencias del fin supremo de la “imagen fiel”?

6. Las cuentas anuales, como veremos expresamente en el Cap. 4 de este trabajo, se integran por el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y el informe de gestión. En concreto, sobre el primero de los documentos se ha de aceptar la idea de que este no puede decir todo sobre la empresa y, además, decirlo bien⁹³⁰. En este sentido también GONDRA ROMERO afirma que “no sólo la información que el Balance tiene capacidad de suministrar es limitada en razón de los específicos fines informativos a los que sirve este modelo contable”⁹³¹, “de este modo, la materia crucial de la valoración sobre la que se apoya la entera veracidad o, si se prefiere, fiabilidad del modelo informativo que el balance representa, no logra sustraerse a un cierto grado de subjetivismo o, si

⁹²⁶ VELA BARGUES, El concepto de imagen fiel, 1996, 86.

⁹²⁷ GONDRA ROMERO, EH-Girón Tena, 1991, 576.

⁹²⁸ GONDRA ROMERO, EH-Girón Tena, 1991, 576.

⁹²⁹ GONDRA ROMERO, EH-Girón Tena, 1991, 577.

⁹³⁰ GONDRA ROMERO, EH-Girón Tena, 1991, 588.

⁹³¹ GONDRA ROMERO, EH-Girón Tena, 1991, 595, según el autor también otros documentos societarios adolecerían de esta característica.

se prefiere, de discrecionalidad”⁹³². Y continúa diciendo: “ello explica la tradicional resistencia de la doctrina económico-empresarial a admitir la referibilidad (sic) de la noción de “veracidad” al Balance. Así se propugna por algunos su suavización con la agregación de calificativos que tienden a descartar la exigencia de una veracidad entendida en términos absolutos. Otros llegarán, incluso, a propugnar abiertamente su sustitución por otras nociones alternativas (coherencia, corrección o fiabilidad económicas) que quizá expresan mejor el grado relativo de certeza u objetividad que se puede alcanzar en materia de valoración del Balance, constatando la existencia de una zona valorativa, que no admite otro enjuiciamiento que el de su congruencia con la racionalidad económica en la que se informa la configuración del Balance como específico modelo contable”⁹³³.

Además, continúa el autor, “hay que tener presentes otras limitaciones, inherentes a la propia metodología de determinación y cálculo de los valores anotados en el Balance, que muestran lo desmesurado de aquellas pretensiones ideales de “precisión” y exactitud”, que el propio legislador ha referido en ocasiones al Balance”⁹³⁴. Por todo esto GONDRA ROMERO finaliza afirmando que “dejando aparte las cuestiones semánticas lo que tiene significación a los efectos del enjuiciamiento del Balance, como instrumento de información a terceros, es constatar el sentido “lógico-económico” desde el que debe postularse la veracidad o la “imagen fiel” de la información suministrada por el Balance. Esto presupone que deban siempre tenerse presentes las aludidas limitaciones cognoscitivas y expresivas del Balance, tanto por lo que se refiere a la cantidad como a la calidad de la información que el Balance tiene capacidad de suministrar”⁹³⁵, “todo ello viene a mostrar la lógica que informa la construcción tradicional del Balance de ejercicio, como sistema informativo y, por tanto, su “veracidad”, en la medida en que ofrece la representación de una realidad desde una determinada perspectiva informativa, con arreglo a la cual, ciertamente, se

⁹³² GONDRA ROMERO, EH-Girón Tena, 1991, 595.

⁹³³ GONDRA ROMERO, EH-Girón Tena, 1991, 596.

⁹³⁴ GONDRA ROMERO, EH-Girón Tena, 1991, 594.

⁹³⁵ GONDRA ROMERO, EH-Girón Tena, 1991, 596.

puede considerar que la configuración de este modelo contable resulta congruente y, en este sentido, se puede decir que es veraz⁹³⁶.

7. Es cierto, con BLASCO LANG, que “la transparencia informativa de las entidades que intervienen en la economía es un requisito esencial para el eficiente funcionamiento del mercado y del orden socio-económico; por ello se establece un conjunto de medidas a fin de garantizar la adecuada información económica de las empresas⁹³⁷ y además en cuanto a la contabilidad “ésta da una serie de información económico financiera relevante, para interpretarla y cuantificarla mostrando como producto final unos informes que sirven para el usuario de la misma para tomar decisiones⁹³⁸, pero esto no significa que la veracidad, la transparencia informativa o en definitiva la imagen fiel de la empresa puedan ser bienes jurídicos penalmente relevantes.

8. Pienso que son dos los argumentos que justifican el rechazo a este bien jurídico por suponer la formalización de éste.

Por un lado, lo que la LGC, CCom y LSC exigen de las cuentas anuales y otros documentos que las acompañan es que reflejen la imagen fiel de éstas; concepto que entendido como se ha expresado en las líneas precedentes no es exactamente igual a la veracidad o “imagen verdadera”, por tratarse de un concepto con un alto grado de discrecionalidad. Si mantenemos el concepto de veracidad que nos dice que ésta “constituye una cualidad intrínseca del documento que hace referencia a la fidelidad del contenido de la información a la realidad sobre lo que debe dar noticia⁹³⁹ y por otro lado conocemos que la imagen fiel no es sólo el resultado de la correcta aplicación de un proceso o sistemática de normas contables⁹⁴⁰, cuyo resultado no constituye una materia exacta, sino que es algo más (la fórmula es más subjetiva ya que, además de

⁹³⁶ GONDRA ROMERO, EH-Girón Tena, 1991, 596.

⁹³⁷ BLASCO LANG, PD 85 (1998), 33 ss.

⁹³⁸ BLASCO LANG, PD 85 (1998), 33 ss. Sobre los usuarios de la información financiera v. GIMÉNEZ BARRIOCANAL, EF 109 (1995), *passim*.

⁹³⁹ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 384.

⁹⁴⁰ POLO VEREDA, LL 1998-2, 2047 considera que sí es la correcta aplicación de las normas contables.

requerir por regla general la aplicación de las normas contables, este principio exige tener en cuenta el contexto de la sociedad para que pueda cumplirse) resultaría que la defensa de la información societaria como bien jurídico sería lo mismo que defender como objeto de tutela la correcta aplicación de los principios contables, lo que no parece un concepto aceptable por limitarse a la tutela de normas y no de bienes jurídicos⁹⁴¹, lo cual ha sido rechazado en este trabajo⁹⁴²; o peor aún, una veracidad que en realidad no es tal.

Pero además, por otro lado, hemos de tener en cuenta que el Derecho contable en España ha sufrido a lo largo de los años gran cantidad de reformas y modificaciones, tanto en lo relativo a sus principios rectores como en sus objetivos. Así, la contabilidad hasta hace no muchos años pretendía ofrecer una información económico financiera que buscaba representar la imagen fiel de la situación patrimonial de las empresas. Las normas internacionales de contabilidad, NIC/NIFF⁹⁴³, a las cuales progresivamente también España se ha debido adaptar, han provocado cambios sustanciales en la contabilidad que tienden o pretenden generar una información más relevante de la situación actual y futura de la empresa, especialmente en relación a su comportamiento estratégico para tomar decisiones⁹⁴⁴. Es decir, las cuentas anuales en la actualidad en su contenido van más allá de la mera representación fiel del

⁹⁴¹ En palabras muy similares POLO VEREDA, LL 1998-2, 2047, expone “De esta manera defender la información como bien jurídico sería lo mismo que defender como objeto de tutela la correcta aplicación de los principios contables, lo que no parece un concepto aceptable al no presentar un contenido unívoco al de la verdad, contenido que debe imperar aquí a la hora de identificar la falsedad típica”. También sobre el rechazo a la tutela de normas y no de bienes jurídicos FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, 2009, 10^a.

⁹⁴² V. Primera Parte, Cap. 3, Apartado A).

⁹⁴³ Las normas contables NIC/NIIF se refieren al proceso de reforma contable iniciado hace unos años en la Unión Europea para conseguir que la información elaborada por las sociedades comunitarias se rija por un único cuerpo normativo. Para ellos los estándares internacionales de contabilidad e información financiera, traducidos como "normas", son un conjunto de guías para preparar y reportar información contable y financiera, compuestos por: Las "Normas" Internacionales de Contabilidad (NIC) y las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF).

⁹⁴⁴ En este sentido BERNAL GARCÍA/GARCÍA PÉREZ DE LEMA, EF 261 (2009), 28 “En el fondo de la reforma contable subyace un importante cambio. Se rompe con la tradición de nuestro sistema contable que se dirige esencialmente a suministrar información a propietarios y acreedores, de cara a la rendición de cuentas, el control y la protección patrimonial. Mientras que el nuevo sistema contable se dirige hacia la protección del mercado, a los inversores y a los analistas, para evaluar la situación presente y futura de la empresa”.

“estado actual de la empresa” o “realidad económica presente de la empresa”, aunque el CCom y la LSC sigan refiriéndose al concepto de imagen fiel. Las cuentas anuales serán por tanto y además un instrumento que pretende exponer la trayectoria futura que se espera de una empresa, lo cual, por un lado dota de más subjetividad al concepto y formaliza todavía más al eventual bien jurídico pero además su protección supondría en cada caso proteger un modelo concreto de veracidad o de “situación verdadera de la empresa”.

Por todo lo expuesto hasta el momento no parece aceptable que se pueda admitir la veracidad e integridad de las cuentas como bien jurídico protegido.

2. El orden económico

Como ya se abordó en el Cap. 1, Tít. I de este trabajo, hay que diferenciar los conceptos de orden económico en sentido estricto y en sentido. Y a su vez, también, ha de tenerse en cuenta si cuando se habla de la protección de éste se está haciendo referencia a una protección mediata o inmediata del bien jurídico. De este modo, por ejemplo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ considera que el orden económico en sentido amplio nunca será un bien jurídico directamente tutelado⁹⁴⁵. Por su parte, en los denominados delitos económicos en sentido estricto, el autor opta por considerar, a diferencia de lo que plantea con matices otra parte de la doctrina⁹⁴⁶, que lo podrán ser mediatamente protegidos⁹⁴⁷.

⁹⁴⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PG, 4ª, 2014, 171.

⁹⁴⁶ BAJO FERNÁNDEZ/SUÁREZ GONZÁLEZ, en: BAJO FERNÁNDEZ./ PÉREZ MANZANO/ SUÁREZ GONZÁLEZ (Aut.), Manual, PE, 1993, 565 “Pues bien, aunque el orden económico, en uno u otro sentido, es objeto de protección jurídica, en su aspecto amplio entendemos que nunca se presenta como bien jurídico protegido, ni de forma directa ni en sentido técnico. Esto quiere decir que nunca se presenta como elemento del tipo de injusto, con la consecuencia de que no necesita ser abarcado por el dolo del autor, ni se precisa su lesión o puesta en peligro para la consumación del delito. Cuando hablamos del orden económico en sentido estricto, podemos, por el contrario, mantener su condición de bien jurídico en sentido técnico, siempre que se entienda de forma adecuada/ En puridad, el orden económico entendido como regulación jurídica no suele aparecer como bien jurídico, concretándose más bien en un interés del Estado susceptible de concreción en cada figura delictiva particular. Por ejemplo, las leyes que castigan los delitos monetarios tratan de proteger el orden económico, es decir, la regulación jurídica del intervencionismo estatal en las transacciones con el exterior, pero este objeto de protección puede concretarse en el interés de las Administración Pública en el control de los medios de pago internacionales. En los delitos monetarios, por otra parte, la confusión entre el

A mi parecer ninguno de los dos órdenes económicos, sea el entendido en sentido estricto que en sentido amplio y en ninguna de las dos formas de tutela: la mediata o la inmediata, serán bienes jurídicos tutelados. Las críticas a que el bien jurídico protegido sea el orden económico son muchas⁹⁴⁸, y

orden económico, su regulación jurídica, y el interés, es bastante acusada, ya que la prueba de la lesión del interés estriba en la infracción de la regulación jurídica del control de cambios. En otros casos no se produce esta confusión, sino un mayor distanciamiento. Tal es el caso de los delitos relativos a alteraciones de precios en donde el bien jurídico se concreta en el interés de la Administración en el logro de una política concreta de precios, bien la que atiende al principio de la libre competencia, bien la que atiende al principio de control de precios, o del delito fiscal en el que el bien jurídico es el Erario Público/ En conclusión, sólo el orden económico en sentido estricto aparece como bien jurídico protegido de manera directa, es decir en sentido técnico, si bien esta concreción halla la plasmación en un determinado interés de la Administración”.

⁹⁴⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PG, 4ª, 2014, 172 s., “Por su parte, de forma parcialmente diferente, y más compleja, se plantea el tema en lo que atañe a los denominados delitos económicos en sentido estricto. En principio pudiera pensarse aquí que el orden económico aparece como bien jurídico directamente protegido. Sin embargo, esta afirmación sólo puede ser aceptada si se acompaña de importantes matizaciones. Quienes, como BAJO/SUÁREZ (P.E., 1993, P.565), admiten de alguna manera que el orden económico en sentido estricto pueda ser considerado como un bien jurídico penal directamente tutelado en algunas figuras delictivas se apresuran a aclarar a renglón seguido que tal consideración sólo es sostenible en la medida en que se matice que dicho orden económico, entendido como regulación jurídica, se concreta en un específico y determinado interés jurídico del Estado, diferente en cada delito en particular”. Y continúa en la pág. 173, “En conclusión, una adecuada comprensión del problema del bien jurídico en los delitos contra el orden económico en sentido estricto exige diferenciar realmente también un bien jurídico mediato, que se caracteriza en todo caso por tratarse de un bien colectivo general inmaterial o institucionalizado (integrado por el orden económico general, aunque éste sea, a su vez, susceptible de subdivisión de acuerdo con sus diversas funciones), y un bien jurídico inmediato (también de naturaleza colectiva general), que es el interés directamente tutelado en sentido técnico”.

⁹⁴⁸ GIULIANI-BALESTRINO, I problemi generali, 1978, 13; MAZZACUVA, en: NEPPI MODONA (a cura di), Materiali, 1984, 213; idem, Diritto penale dell'economia, 2010, dice que el orden económico nacional constituye, simplemente, el motivo o el objetivo político-criminal que justifica la incriminación pero no el objeto jurídico específico de las distintas figuras delictivas. HORMAZÁBAL MALARÉE, en: Hacia un derecho penal económico europeo, 1995, 192 ss., considera que el orden económico no puede ser entendido como bien jurídico protegido sino solamente como un concepto que cumple una función sistemática. BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo, 2002, 2ª ed., 219 “...la alusión al orden económico en su conjunto es excesivamente vaga e imprecisa para constituir un bien jurídico, y requiere determinar qué aspectos de aquél son lesionados o puestos en peligro por el blanqueo de capitales”. SOTO NAVARRO, La protección penal, 2003, 256 ss. “Por lo que se refiere a los delitos contra el orden socio-económico, hay un meridiano consenso en que alteran las condiciones esenciales de funcionamiento del sistema económico establecido, en cuanto ámbito nuclear de la convivencia en sociedad. No obstante, se da la paradoja de que siendo este tipo de delincuencia objeto de especial atención por las ciencias empírico-sociales y disponiéndose de información relevante para identificar la dañosidad social de las conductas dignas de incriminación, sin embargo, a nivel legislativo y dogmático-penal reina aún una gran imprecisión en los intentos por definir el bien jurídico. Sí se coincide en señalar la necesidad de concreción del bien jurídico por sectores o subsistema integrantes del llamado orden socio-económico, pues un concepto tan genérico como este [...] sólo sirve como criterio de agrupación sistemática de una serie de conductas delictivas cuyo común denominador es el ámbito de la vida social en que se produce. Es ineludible, por ello, una ardua tarea de identificación de las instituciones e instrumentos básicos (unidades funcionales) sobre los que se estructura la economía social de mercado, para nuclear en torno a cada uno de ellos concretos bienes jurídicos a proteger penalmente frente a los ataques más gravemente obstaculicen sus respectivas funciones en el sistema económico”; CERVINI/ ADRIASOLA, El Derecho penal de la empresa, 2005, 59 “...es preciso señalar

avanzando en esas críticas, considero que la mayor o menor afectación y/o protección del orden económico en realidad “sólo es consecuencia o efecto que se deriva de la protección por el ordenamiento jurídico de determinados bienes jurídicos en el ámbito económico”⁹⁴⁹. Incluso, algunos autores, como SCHÜNEMANN⁹⁵⁰, han ido más allá y han afirmado que “el interés colectivo, en una economía de mercado, significa sólo la suma de los intereses individuales de todos los intervinientes en el mercado. Desde esta perspectiva el Derecho penal económico significa, ante todo una cosa: protección del ciudadano en su actividad como sujeto económico, y de la globalidad de estas protecciones individuales resulta, por sí misma, la preservación de la institución de la economía de mercado”⁹⁵¹.

Considero que las categorías de «orden económico» y de «orden socioeconómico» constituirán al máximo “una categoría de referencia que engloba un conjunto más o menos sistematizado de valores económicos”⁹⁵². Y en tal sentido, la postura aquí asumida entiende que más que un bien jurídico - que no se ve cómo pueda llegarse a determinar de manera respetuosa con el principio de legalidad en su vertiente de la taxatividad o adecuada determinación de los tipos penales- el mantenimiento del orden económico es la *ratio legis* que subyace a éste y otros delitos, pues al protegerse el correcto funcionamiento de las sociedades no es que se tutele el orden económico, sino que se tutela un elemento fundamental de ese orden, como son las sociedades (o más bien que estas funcionen correctamente) que es lo que en última instancia motiva la

que la invocación de un supuesto orden económico [o socioeconómico], como manera de etiquetar el bien jurídico tutelado, es una definición que siempre padeció de cierta falta de precisión conceptual debido, precisamente, a sus pretensiones de amplitud [...] por otro lado, esa amplitud genera el riesgo de crear delitos que, en los hechos, no tutelan ningún bien jurídico. Tan desmesurada extensión no es sino la lógica consecuencia de acudir a fórmulas demasiado amplias y sin precisión conceptual...” En relación a este debate advierte FEIJÓOSÁNCHEZ, ADC 1 (2009), 34. “El Derecho penal no es un instrumento para superar crisis económicas, igual que, en general, no debe ser un instrumento para conducir la economía, sino que sólo se ocupa de castigar a sujetos concretos que han realizado comportamientos gravemente perturbadores de la vida social (con independencia de que dichos comportamientos afecten a intereses individuales, estatales o colectivos)”.

⁹⁴⁹ MAYO CALDERÓN, Bien jurídico colectivo, 2005, 39.

⁹⁵⁰ SCHÜNEMANN, Temas actuales, 2002, 190 ss.

⁹⁵¹ SCHÜNEMANN, Temas actuales, 2002, 190.

⁹⁵² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PG, 3ª, 2011, 157 ss.

protección penal de algunos bienes jurídicos concretos⁹⁵³, pues si no pueden concretarse, no puede aceptarse su naturaleza de bien jurídico-penalmente tutelable, al menos si se es medianamente respetuoso con el principio de ofensividad y de subsidiariedad.

Pero es que además “orden económico” es un concepto sin definir y dependiendo de cómo lo definamos podremos aceptarlo como bien jurídico o no. Es decir, en este trabajo, me he pronunciado sobre la necesidad de dotar de contenido material concreto a los bienes jurídicos colectivos. En este sentido, la falta de definición y por tanto lo ilimitado del concepto es una de las importantes críticas que se pueden hacer y que dan lugar a que éste no pueda ser considerado como bien jurídico posible y eventualmente protegido⁹⁵⁴. Es cierto que algunos autores han querido dotar de contenido al orden económico atendiendo a lo estipulado en la llamada “constitución económica”⁹⁵⁵; sin embargo, yo no soy partidaria de esta propuesta. En primer lugar porque no es en la Constitución donde se encuentran los bienes jurídicos que se van a proteger por el Derecho penal económico⁹⁵⁶ y, en segundo, porque en atención a ella el contenido seguiría siendo igualmente abstracto e inabarcable⁹⁵⁷.

En definitiva que rechazo este bien jurídico no sólo porque las definiciones que se han ofrecido de este concepto no las considero oportunas si no sobre todo porque justamente éste en un concepto tan general e indefinido que no permite construir una definición satisfactoria que este en consonancia con los criterios que exige el concepto de bien jurídico penal.

⁹⁵³ DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 26, consideran que efectivamente la realización de conductas prohibidas por el orden socio-económico puede afectar negativamente a la actividad económica. Pero esto no significa que el orden económico sea el bien jurídico protegido.

⁹⁵⁴ PAREDES CASTAÑÓN, RDPCR 11 (2003), 159, advierte cómo, “en todo caso, prácticamente ningún bien jurídico de la legislación económica puede verse definido en términos ilimitados. Al contrario, en todos los casos parece necesario establecer límites precisos al alcance del bien”.

⁹⁵⁵ V. lo expuesto en la Primera Parte, Cap. 1, epígrafe IV, de este trabajo.

⁹⁵⁶ En este sentido me he expresado también en el Cap. 1 apartado D). Además está la cuestión de si el funcionamiento general del orden económico puede garantizarse a base de medios penales. En este sentido KAISER, en: BARBERO SANTOS (Coord.), Los delitos socio-económicos, 1985, 176. También, PAREDES CASTAÑÓN, RDPCR 11 (2003), 158 afirma que “parece que el recurso a regulaciones jurídicas coactivas no es muchas veces la mejor de las fórmulas de intervención del Estado en la vida económica”.

⁹⁵⁷ Igualmente me remito a lo expresado en el Cap. 1 apartado D) en relación a las diferentes interpretaciones del modelo económico que se pretende proteger por la CE.

3. El correcto funcionamiento de las sociedades

1. Una parte de la doctrina de una u otra forma hace referencia a cómo el art. 290 CP “ha de encontrar sentido en el ámbito de las necesidades de protección del sistema societario”⁹⁵⁸, o cómo mediatamente, a través del precepto, se protege el adecuado funcionamiento de las sociedades mercantiles⁹⁵⁹.

2. La crítica principal que se ha hecho a este bien jurídico es que la visión de interpretar que el daño patrimonial provoca el mal funcionamiento societario es incorrecta, porque en realidad lo que sucede es al revés: primero se daña el funcionamiento de la empresa y luego, como consecuencia de este mal funcionamiento, se daña el patrimonio⁹⁶⁰. Así, DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO y POLO VEREDA⁹⁶¹ advierten que el adecuado funcionamiento de las entidades mercantiles no puede ser un bien jurídico con carácter supraindividual tutelado por dos razones: porque no se puede restringir el ámbito societario puramente al mercantil y, en segundo lugar, porque los delitos societarios del CP de 1995 se tipifican no sólo porque violen las normas que regulan el buen funcionamiento de las sociedades sino por algo más, por un perjuicio o la posibilidad de él. Añaden a su vez estos autores que “este desarrollo no es correcto en tanto que lo primero que se lesiona es el buen funcionamiento de la sociedad mediante la descripción de la conducta prohibida y su consecuencia es la lesión o puesta en peligro del interés individual, normalmente de carácter patrimonial. De esta

⁹⁵⁸ CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios, I, 2004, 1091.

⁹⁵⁹ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 62, considera que “La diferencia entre estos delitos y los puramente patrimoniales radica, pues, en que a través de la protección inmediata de los patrimonios individuales se protege de forma mediata el adecuado funcionamiento de las sociedades mercantiles, concretado en la veracidad de las informaciones sociales, la integridad del capital y el patrimonio social y la fidelidad de los órganos sociales”.

⁹⁶⁰ DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 35.

⁹⁶¹ DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 35.

manera, la lesión patrimonial no puede ser nunca la causa sino el efecto del mal funcionamiento societario⁹⁶².

Por mi parte creo que no se puede considerar que la lesión al patrimonio se dé antes que un mal o incorrecto funcionamiento de la empresa o viceversa, sino que en su caso serían concomitantes: el acto sería uno solo⁹⁶³: el del falseamiento. Éste se comete y ahí puede que, de una u otra forma, dependiendo de cada caso, a veces se lesione primero el patrimonio y luego el funcionamiento, o en otras ocasiones primero exista un mal funcionamiento de la empresa. Sin embargo, considero que no es demasiado importante establecer en abstracto el orden en que se den estas situaciones, aunque es cierto que en las explicaciones teóricas se parte de la lesión al patrimonio, pues será el más fácil de comprobar al ser un bien jurídico individual más concreto que el eventual correcto funcionamiento de la sociedad.

3. Una crítica sólida hacia este bien jurídico no sigue tanto esta línea argumental, que considero no ataca al fundamento de su inconveniencia, sino que puede provenir de dos objeciones que se pueden hacer a la defensa de este bien jurídico. En primer lugar, las dificultades de dotar de contenido al bien jurídico correcto funcionamiento y, en segundo lugar, en caso de dotarlo de contenido, las dificultades para que pueda ejercer de límite al *ius puniendi* por una cuestión práctica de redacción del tipo.

4. Derivada de la primera objeción surge una primera pregunta: ¿qué es el correcto funcionamiento de las sociedades? Se ha de advertir que no existe en el CC, CCom, LSC o en la Constitución precepto alguno que otorgue una definición que determine qué es “correcto funcionamiento de las sociedades”. Por tanto, para concretar qué significa “correcto funcionamiento de las sociedades” se propone en este trabajo relacionarlo con el concepto de «correcta administración».

34. ⁹⁶² DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO/ POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 26, n.

⁹⁶³ Esto lo profundizaré en el la Tercera Parte, Cap. 4.

Si partimos, como se ha dicho, de la base de que la empresa es una realidad compleja, diversa y cambiante y, ante todo, de que es una organización social “abierta”. Si además atendemos a que su unicidad no se puede cortar ni separar de sus relaciones con otras y con el entorno y, además, de que en tanto la empresa se dirige a producir riqueza de manera permanente y continuada se convierte en base fundamental de la economía, se observará como en su compleja realidad se plantean problemas tecnológicos, sociales, psicológicos, económicos de la más diversa índole y justamente, los encargados de gestionar todo esto son él o los administradores de una sociedad, y se confía en que su actuación sea la correcta en aras a que la sociedad funcione.

La LSC atribuye a los administradores competencias de gestión y representación de la sociedad, que engloban un conjunto de actuaciones de diversa naturaleza encaminadas al desarrollo del objeto social y a la consecución del fin social, entre estas se encuentran las relativas a la gestión en sentido estricto y las que se refieren a la organización interna de la sociedad, así como las facultades de representación de la sociedad frente a terceros, cuya atribución depende de la estructura concreta de administración.

En este sentido, el concepto de “correcto funcionamiento de las sociedades” no se define directamente por las normas, pero los deberes de los administradores sí que están determinados en la LSC y son extensibles a los deberes generales de todo empresario y también a otras formas sociales que encajan en el concepto normativo extenso que adopta el art. 297 CP (asociaciones, fundaciones, sociedad civil que actúe en el mercado...) ⁹⁶⁴.

Por tanto, si de alguna manera se puede dotar de contenido material al bien jurídico “correcto funcionamiento de las sociedades”, deberá ser atendiendo a los deberes de los administradores ⁹⁶⁵. Me refiero a los deberes fiduciarios

⁹⁶⁴ V. Primera Parte, Cap. 1 en lo relativo al concepto de sociedad adoptado por el art. 297 CP.

⁹⁶⁵ No quiero detenerme en este asunto, porque creo que es claro. Pero, por las dudas que pudiera suscitar aclaro que cuando hago referencia a correcto funcionamiento, me refiero al cumplimiento de los administradores de sus funciones conforme a las leyes y estatutos de la sociedad, de ninguna manera estoy haciendo referencia, o doy por implícito en ellas al concepto de honorabilidad. Este concepto creo, a diferencia de otros autores, que, no tiene ninguna implicación en el ámbito penal y por tanto ni hago referencia expresa a él, ni tampoco considero que queda indirectamente insertado en la concepción ofrecida de correcto funcionamiento de las sociedades. En sentido diferente CARREÑO AGUADO, La inveracidad en la información, 2013 otorga gran importancia a este concepto y se refiere en varias ocasiones a él en su monografía. Entre otras las

generales: el deber de diligencia (art. 225 LSC) y el deber de lealtad (art. 226 LSC), y a los deberes fiduciarios específicos: el deber de secreto y los deberes de abstención⁹⁶⁶. Sólo a partir de estas normas se podría ver y delinear con claridad lo que el ordenamiento valora como un funcionamiento adecuado. Se entenderá que la empresa tiene un correcto funcionamiento siempre que los administradores lleven su cargo conforme a sus obligaciones, obligaciones contractuales con la sociedad que vienen a concretar la voluntad de los socios pero con unas pautas claras de respeto y mantenimiento de la propia sociedad y más en concreto en el art. 290 CP de respeto de los deberes generales de la llevanza de las cuentas anuales.

siguientes: pág. 175 “Proclamar que la honorabilidad equivale simplemente a no haber cometido un ilícito de naturaleza penal o administrativa no garantizaría probablemente la confianza social depositada en determinadas personas para que desarrollen sus actividades profesionales sin poner en riesgo los intereses generales o de terceros a ellas encomendados. Junto a los posible ilícitos, surgen como determinantes del comportamiento profesional una serie de circunstancias reveladoras de una actitud de respeto o de desprecio hacia el buen hacer profesional que, aunque no hayan sido objeto de una medida sancionadora, pongan de manifiesto una actitud irresponsable e indigna de confianza”. Sobre el concepto “honorabilidad” en la pág. 177 afirma “El legislador español no tiene construida una teoría general respecto al contenido y alcance de la cláusula, sino que hoy por hoy recurre a ella “de manera aislada y por saltos, como si unos casos no tuvieran que ver con los otros”. Ello refuerza mi posición en torno a la urgente necesidad de restringir la noción en aras de rescatarla del desuso en el que se halla sumida. El dilema es, entonces, el siguiente: ¿ha de ser la honorabilidad un valor arraigado en la sociedad, que ella misma se encarga de tutelar y vigilar, o habrá de ser una respuesta legal que describa opciones y límites a golpe de reglamentación?”. En la pág 179 plantea el dilema entre: a) “Mantener el actual significado de la “cláusula de honorabilidad”, en cuyo caso el Derecho ha de focalizar sus esfuerzos en la legislación de unas nociones de “honor” y honorabilidad” unitarias y de aplicación universal; b) “Renunciar a la problemática del “honor” e inclinarse por un significante que permita una división y sectorización de su significado, siempre sin caer en la polisemia”. Al final es en la pág. 458 donde ante la pregunta ¿Cuál ha de ser, entonces, el término a acuñar? “La remisión que propongo puede concretar en la «cláusula de buen hacer profesional» recogida en los respectivos códigos y buen gobierno corporativo y/o programas de cumplimiento efectivo, la cual halla su antecedente en la llamada «cláusula de honorabilidad para el ejercicio de profesiones financieras».

Adelanto en este momento que en el Cap. 4, siempre en la línea de la relación del concepto de correcto funcionamiento con correcta administración, en el momento de concretar un concepto de administrar para el art. 290 CP considerando que no hay un único concepto de administrador y por tanto tampoco de administrar, considero que la función de administrar en relación a los documentos sociales a los que se refiere el art. 290 CP está recogida de manera clara por la ley, la cual se puede concretar en tres funciones básicas: 1.- La de redacción de las cuentas anuales conforme al criterio de imagen fiel; 2.- La de la firma que garantiza que la funcionalidad de los documentos se respete, y no sólo de las cuentas anuales, sino también de todos aquellos documentos que deban ser firmados por ellos y certificados por ellos para ser publicados en el Registro Mercantil; 3.- La de ser garantes de la publicidad de los documentos que así lo exijan que, en última instancia, es lo que califica al documento de mercantil. En este sentido, se avanza a lo largo de este trabajo en la concreción del concepto de administrar para poder determinar con precisión el ámbito real de poder del administrador y por tanto para poder concretar cuestiones de autoría y participación.

⁹⁶⁶ Sin embargo, esta cuestión la desarrollaré más adelante en el apartado siguiente: IV de este mismo título.

5. No obstante, no considero que este contenido se pueda elevar a bien jurídico penal. Los problemas que surgen al respecto se encuadran básicamente en dos grupos.

El primero es de tipo general. Considero que *a priori* no resulta del todo conveniente que se recojan como bienes jurídicos instituciones en las que se incluya el “correcto funcionamiento” de algún sistema⁹⁶⁷. En este sentido PAREDES CASTAÑÓN se ha pronunciado considerando que “desde el punto de vista de la función práctica que han de cumplir en la dogmática jurídico-penal las definiciones de los bienes jurídicos, resultará preferible una definición que contenga elementos con una referencia empírica clara a una que no los contenga (o los contenga en menor grado). Términos como “estabilidad” o “buen funcionamiento” (de un sistema, de la actividad económica) son, por ello, menos útiles como definiciones de los bienes jurídicos que otros dotados de mayor referencia empírica”⁹⁶⁸. En este trabajo, en relación con el correcto o buen funcionamiento de las sociedades (un sistema de la actividad económica) me sitúo en la línea expuesta por este autor. Justamente por ello, la primera de las cuestiones que se ha planteado es la relativa a ¿qué se entiende o debe entenderse por correcto funcionamiento? Y siguiendo a PAREDES CASTAÑÓN, la respuesta que se ofrece es la de entender que en su caso, la manera de concretar ese correcto funcionamiento es atendiendo a las normas de gestión de los administradores⁹⁶⁹.

6. Todavía con esto, aún pudiendo dotar de contenido a este bien jurídico con la determinación de pautas de conductas concretas, se plantean otras objeciones que hacen discutible que se pueda considerar un bien jurídico. Una, es que este tipo de estructuras se acercan mucho a estructuras que castigan infracciones de deberes o meras infracciones de normas (y en este caso, en

⁹⁶⁷ Así también, PAREDES CASTAÑÓN, RDPCR 11 (2003), 132.

⁹⁶⁸ PAREDES CASTAÑÓN, RDPCR 11 (2003), 132.

⁹⁶⁹ En este sentido PAREDES CASTAÑÓN, RDPCR 11 (2003), 132, considera que “la forma más idónea de definir operativamente los bienes jurídicos es aquella que lo hace en relación con pautas de conducta. En efecto, las pautas de conducta son, como ya señalé, regularidades empíricas, a las que se les añade un cierto componente creencial. En cualquier caso, ambos aspectos de la pauta de conducta permiten una más fácil verificación empírica aun cuando siempre exista un margen para la interpretación, no cabe duda de que es más fácilmente si se da o no”.

concreto, el incumplimiento de estos deberes de administración), las cuales han sido rechazadas en este trabajo. Otra, es que esas normas de conducta de los administradores, como veremos, no son tan concretas como se esperaría que fuesen para poder determinar el contenido del bien jurídico y hacen referencia a toda una serie de principios (y no sólo a uno, por ejemplo, como podría ser la obligación de información a los socios) que complican la concreción a la que me refería y que deberán ponerse siempre a la luz del caso concreto.

La segunda de las objeciones se trata de una cuestión que puede entenderse más bien de carácter práctico, por la forma en la que está redactado el tipo. Si, conforme a lo expuesto hasta el momento, es necesario que en los supuestos en los que estamos ante un delito pluriofensivo se compruebe que todos los bienes jurídicos recogidos en el tipo han sido lesionados, o en su caso puestos en peligro; es decir, la antijuridicidad material se deberá verificar con el análisis de los diferentes deberes del administrador. Es decir, de estos deberes se derivaría lo que el legislador entiende por un “correcto funcionamiento” de la sociedad, que se deberá comprobar si concurre o no en el supuesto y que se utilizará como criterio de valoración *ex ante* para determinar si existe o no idoneidad en la puesta en peligro del patrimonio.

La cuestión es, y por ello considero el rechazo de este concepto como bien jurídico, que existe una limitación de tipo práctico, ya que como el legislador ha elegido un modo de conducta que es especialmente peligrosa (falsedad) y además exige la lesión al patrimonio, estamos ante un tipo muy restrictivo, en el que cuando se afecte la funcionalidad del documento y al menos se ponga en peligro el patrimonio (según el art. 290.1 CP), estarán concurriendo los requisitos que he establecido para eventualmente dotar de contenido al correcto funcionamiento de las sociedades.

Siendo así, si en todos los casos en los que exista una falsedad que afecte a la funcionalidad del documento, y ésta ponga al menos en peligro el patrimonio, se estarán lesionando siempre y en todo caso las obligaciones de administración, es decir, las normas de gestión (única manera a través de la cual he considerado que se puede dotar de contenido al bien jurídico «correcto funcionamiento de la sociedad») nos encontraríamos ante la indeseable situación de que este bien jurídico se convertiría por vía de hecho en una especie de bien jurídico mediatamente protegido, categoría que he rechazado,

porque justamente éste no actuaría de ninguna manera como límite al *ius puniendi*.

7. Con todo, como he adelantado, me parece más oportuno considerar que el correcto funcionamiento no es un bien jurídico, pero sí que los deberes de los administradores (los cuales desarrollaré con mas exhaustividad en el numeral V de este mismo capítulo) podrán dar pautas y concretar en qué casos se puede estar ante una conducta que puede lesionar la funcionalidad del documento y ser un peligro para el patrimonio de la sociedad, los socios y/o los terceros.

8. A mi entender, como se dijo, es indudable que el legislador cuando introdujo el capítulo de “Los delitos societarios” estaba pensando en la necesidad de regular de alguna manera el funcionamiento de las sociedades⁹⁷⁰ y de ahí también, en parte, su relación con la economía. Este criterio, sin embargo, no puede ser atendido para elevarlo a bien jurídico pero sí para cualificar y dar singularidad al delito contenido en el art. 290 respecto de otros delitos societarios⁹⁷¹. La forma que he estimado más correcta, y que ya he adelantado aunque la expondré más ampliamente con posterioridad, es introducir estos deberes de administración, con cuyo cumplimiento podremos estar hablando de correcta gestión de la empresa, en la determinación *ex ante* de las conductas que supongan la lesión para la funcionalidad del documento (o desde otra

⁹⁷⁰ Igualmente FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 62, afirma que este es “el interés subyacente que inspira la política criminal que radica en el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles”, así también, GALLEGO DÍAZ, RDPP 14 (2005), 13 s “Esta proyección mediata de la conducta delictiva sobre el orden económico entendido en sentido amplio es precisamente lo que permite afirmar que los delitos societarios pertenecen a la categoría de los delitos socioeconómicos”.

⁹⁷¹ LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, en: BOIX REIG (Dir.), DDPE, 2008, 33 en relación a la administración desleal consideran, por ejemplo, que “lo que adicionalmente se protege de modo directo es la fiabilidad del funcionamiento correcto de las sociedades, que a su vez condiciona el funcionamiento del sistema económico”. Los mismos autores también, en: Indret 7 (2010) “se protege por una parte el patrimonio tanto social, como el patrimonio de los socios y de terceros equiparados pero por otra también el correcto funcionamiento de las sociedades del sistema societario, la fiabilidad de las sociedades, del sistema societario para la comunidad como bien jurídico colectivo o supraindividual”. Y a pesar de que los autores consideran que este es un bien jurídico protegido y en este trabajo no se mantenga este extremo, el planteamiento, como se verá, tienen grandes puntos de encuentro con lo que se expondrá en adelante sobre cómo el concepto de correcto funcionamiento servirá en la determinación de la puesta en peligro del patrimonio.

perspectiva, la superación del riesgo permitido en el ámbito empresarial) y un eventual peligro para el patrimonio de la sociedad, socios y terceros.

IV. LAS TÉCNICAS DE TUTELA PRESENTES EN EL ART. 290 CP

A. Los delitos de lesión y el fundamento de la punición de los delitos de peligro

1. El análisis de la técnica de tutela de los bienes jurídicos es una cuestión especialmente compleja y a su vez extremadamente importante porque, en el sentido que me expresaba anteriormente, es precisamente en este punto donde se pueden dar claros criterios que delimiten la intervención penal: las técnicas de tutela de los bienes jurídicos deben responder a la tipología de éstos y a que su protección penal en concreto se ajuste de la mejor manera posible a los mandatos de los principios de subsidiariedad o intervención mínima del Derecho penal⁹⁷².

Este trabajo no me permite desarrollar como se merecen muchas de las complejas cuestiones que se suscitan en torno a la utilización de los delitos de peligro, por lo que me limitaré a dar algunas notas, aquellas que sean fundamentales, de las características de la técnica de tutela del tipo objeto de este trabajo. Como se ha adelantado, la técnica de tutela contenida en el art. 290 CP es de lesión para «la funcionalidad del documento» y para «el patrimonio» es la propia de los delitos de aptitud o de peligro hipotético en el primer inciso y de lesión en el segundo. Por este motivo, si bien trataré de ofrecer la posición de la que parto en relación al fundamento de punición a través de la técnica del peligro y las condiciones mínimas para su legitimidad, así como de dar un panorama general sobre los tres tipos de técnica de tutela de los bienes jurídicos a través del “peligro”, me centraré especialmente en el contenido de los delitos de aptitud o como los viniera a llamar TORÍO LÓPEZ, «delitos de peligro hipotético», los

⁹⁷² Sobre la cuestión de la necesaria lesividad de los bienes jurídicos en la utilización de las técnicas de peligro, BRICOLA, Teoría general, 2012, *passim*.

cuales han tenido por lo general una muy buena acogida entre la doctrina⁹⁷³, por convertirse en una alternativa más aceptable que los delitos de peligro abstracto, desde una perspectiva respetuosa de los principios de un Derecho penal liberal y garantista⁹⁷⁴.

2. En cuanto a los delitos de lesión, por todos conocidos, simplemente se puede decir que son aquellos que suponen la efectiva lesión o menoscabo del bien jurídico⁹⁷⁵. Si lo que se requiere por el tipo no es la lesión del bien jurídico, ya sea material o ideal, sino que basta con la puesta en peligro de éste, estaremos ante un delito de peligro. Normalmente, para distinguir entre delitos de lesión y delitos de peligro, la doctrina de forma mayoritaria alude a la diferenciación en relación a la conducta y el bien jurídico tutelado, es decir, a la diferente intensidad del ataque al bien jurídico⁹⁷⁶.

3. Sin embargo, esta diferenciación de los delitos de lesión y los delitos de peligro conforme a la relación entre la conducta (que por el principio de fragmentariedad debe responder a la idea de excluir del ámbito penal las conductas menos graves) y el bien jurídico tutelado, parece estar siendo en parte superada por la realidad práctica tendente a determinar qué tipo de estructura del tipo se conforma en relación al bien jurídico protegido⁹⁷⁷. Es decir, es el bien jurídico protegido el que, por su naturaleza, determinará qué forma típica será utilizada (pues la gravosidad de las conductas considerada en abstracto –sin relación al bien jurídico concreto- es de difícil determinación)⁹⁷⁸. En este sentido, algunos ámbitos como el del Derecho Económico, el ambiental o todos aquellos que puedan tutelar, *a priori*, intereses generales, y que por tanto protegen bienes jurídicos supraindividuales tienden a ser protegidos a través de delitos de peligro

⁹⁷³ “Son preferibles los delitos de aptitud o idoneidad que los de peligro abstracto o también los de peligro concreto”, como lo afirma MENDOZA BUERGO, RDPC 9 (2002), 72.

⁹⁷⁴ TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1981, 833 ss.

⁹⁷⁵ ROXIN, Derecho penal, PG, 2003, 362 ss.; MIR PUIG, Derecho penal, PG, 9ª, 2011, 239 s.; LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 168.

⁹⁷⁶ MENDOZA BUERGO, Delitos de peligro abstracto, 2001, 18.

⁹⁷⁷ ESCRIBÁ RIVAS, La puesta en peligro, 1976, 40 ss.

⁹⁷⁸ ESCRIBÁ RIVAS, La puesta en peligro, 1976, 40 ss., apuntaba cómo es la cualidad o naturaleza del bien jurídico lo que determina o condiciona la estructura del tipo delictivo.

por la mera naturaleza del bien jurídico protegido. Es así que la previa concreción de los bienes jurídicos tutelados es lo que decide la modalidad de afección en términos de lesión o de peligro⁹⁷⁹. En esta clase de “nuevos ámbitos”⁹⁸⁰ tienden a tipificarse comportamientos simplemente inconvenientes, que están muy lejos de afectar la integridad del bien jurídico protegido, por lo que se terminan protegiendo meras condiciones de funcionamiento fijadas en un determinado ámbito de actividad del correspondiente subsistema⁹⁸¹ motivo por el que resulta inevitable que la técnica de incriminación sea la de los delitos de peligro abstracto⁹⁸².

Sin embargo yo no estoy de acuerdo con esta idea. Considero, como he expuesto anteriormente que SOTO NAVARRO⁹⁸³ acierta cuando plantea que si se concretasen correctamente todos los bienes jurídicos, y en especial los colectivos, se podrá pensar hasta en delitos de lesión para ellos pero como advierte esta autora es necesario concretar el injusto material en esos comportamientos. La idea de que debe vincularse un tipo de bienes jurídicos a cierto tipo de técnicas para su tutela, porque otras son imposibles, me parece falaz ya que otro tipo de técnicas serán posibles si dotamos de contenido material al bien jurídico, especialmente como se ha dicho hasta ahora al bien jurídico colectivo.

4. Los delitos de peligro han supuesto en los últimos años un instrumento principal a través del cual realizar una tutela penal anticipada⁹⁸⁴. El Derecho penal y la política criminal se han centrado de modo creciente, de unos años a esta parte, en la legitimidad de la utilización de la técnica de peligro abstracto

⁹⁷⁹ MENDOZA BUERGO, Delitos de peligro abstracto, 2001, 14.

⁹⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ, La expansión, 1999, 20 s. y 97 ss.

⁹⁸¹ MENDOZA BUERGO, Delitos de peligro abstracto, 2001, 16.

⁹⁸² En este sentido pero en otro orden de cosas (autonomía de los bienes jurídicos supraindividuales respecto de los bienes jurídicos individuales) CORCOY BIDASOLO, en: MIR PUIG/LUZÓN PEÑA, (Coords.), Responsabilidad por el producto, 1996, 248 ss., considera que lo que caracteriza y justifica la existencia de delitos de peligro en general es la protección de bienes jurídicos supraindividuales.

⁹⁸³ SOTO NAVARRO, La protección penal, 2003, 283 ss.

⁹⁸⁴ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, El moderno Derecho penal, 1999, 36.

como modo de tipificación⁹⁸⁵. De esta forma, no resulta exagerado afirmar que en la actualidad esta técnica se ha convertido en el modelo estándar de técnica legislativa que además se vuelve, para algunos la fórmula idónea para la protección de los nuevos bienes jurídicos supraindividuales⁹⁸⁶, con lo que he advertido no estoy de acuerdo porque a mi parecer no demuestra más que desde la dogmática penal no se ha arriesgado o esforzado en pensar una dogmática del daño para bienes jurídicos colectivos⁹⁸⁷.

El problema fundamental que además se plantea con esta técnica legislativa es sin duda la de su legitimidad, puesta en entredicho por la anticipación de la tutela penal que suponen los delitos de peligro⁹⁸⁸, en los que se castiga una conducta peligrosa por parte del sujeto, realizando sólo un análisis *ex ante* sin consideración a una perspectiva *ex post* que es en definitiva lo que permitiría construir injustos materiales, alrededor del daño o peligro concreto a los bienes jurídicos.

No son pocos por tanto los problemas de legitimidad que se han planteado sobre esta técnica de tutela de bienes jurídicos y tampoco los intentos de dar un contenido material a éstos, especialmente a los delitos de peligro abstracto⁹⁸⁹. En cuanto a las críticas, éstas han venido tanto desde un punto de vista dogmático como político-criminal. Sin ningún ánimo de exhaustividad, entre otras, se encuentran la posible vulneración del principio *in dubio pro reo* en la teoría de la presunción⁹⁹⁰, la contradicción con el contenido del principio de culpabilidad en la teoría del peligro general⁹⁹¹, la vulneración de los principios de

⁹⁸⁵ Así: MENDOZA BUERGO, Delitos de peligro abstracto, 2001, 2.

⁹⁸⁶ MENDOZA BUERGO, Delitos de peligro abstracto, 2001, 3 y 5.

⁹⁸⁷ En torno a esta reflexión es muy interesante el trabajo de SOTO NAVARRO, La protección penal, 2003, 283 s.

⁹⁸⁸ Entienden que los delitos de peligro abstracto suponen un adelanto de la barrera penal, entre otros, ALCÁCER GUIRAO, Lesión de bien jurídico, 2003, 76. En contra de entender que los delitos de peligro son supuestos de anticipación de la tutela penal CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, 44 y 183.

⁹⁸⁹ Para una exposición de esta idea MENDOZA BUERGO, Delitos de peligro abstracto, 2001, 3 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Delitos de peligro, 1994, 251. LACKNER, Das konkrete gefahrdungsdelikt, 17, quien dice que efectivamente el concepto de peligro tiene un punto de inseguridad e imprecisión pero la doctrina y la jurisprudencia pueden, aunque queda mucho por hacer, reducir esa inseguridad al mínimo.

⁹⁹⁰ MENDOZA BUERGO, Delitos de peligro abstracto, 2001, 340.

⁹⁹¹ MENDOZA BUERGO, Delitos de peligro abstracto, 2001, 340.

ultima ratio, subsidiariedad e intervención mínima del Derecho penal⁹⁹², la vulneración de la necesaria lesividad de un bien jurídico protegido con la conducta típica⁹⁹³... que hacen que surja la sospecha de la falta de legitimidad de incriminar estos comportamientos⁹⁹⁴ que sólo ponen en peligro, y a veces sólo en un peligro que puede ser poco probable, el bien jurídico objeto de protección penal. En definitiva, “el principal inconveniente de los delitos de peligro abstracto radica en que pueden contemplar conductas que no supongan materialmente un injusto penal en el caso concreto”⁹⁹⁵. De este modo, si se plantea en serio el presupuesto de que el Derecho penal sólo puede y debe intervenir frente a los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes⁹⁹⁶, sólo podrán ser incriminadas aquellas conductas que objetivamente representen un verdadero peligro o lesión para tales bienes⁹⁹⁷. O dicho de otra manera y concretándolo en los delitos de peligro: “sólo es posible adelantar la tutela penal de forma legítima al momento en que pueda apreciarse que el comportamiento que se prohíbe y que se quiere sancionar es objetivamente capaz de afectar realmente al bien jurídico”⁹⁹⁸. Tan sólo de esta manera, y otorgando un verdadero contenido material a los bienes jurídicos individuales y colectivos se podrán respetar los principios sustentadores del Derecho penal y dar legitimidad a esta técnica de tutela.

5. En este trabajo se parte de la concepción de la teoría de la peligrosidad general o peligrosidad como fundamento y motivo del legislador para introducir en el CP delitos de peligro abstracto⁹⁹⁹. En palabras de

⁹⁹² BRICOLA, en: *Noviss. Dig. It.*, 1973, 81 ss., FIANDACA, en: *Dei delitti e delle pene*, 1981, 441 s.

⁹⁹³ PARODI, *I reati di pericolo*, 1990, 382.

⁹⁹⁴ MENDOZA BUERGO, *Delitos de peligro abstracto*, 2001, 345.

⁹⁹⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, *RICP 1* (2000), 163.

⁹⁹⁶ Así me he expresado en el apartado anterior, Cap. 3. I B).

⁹⁹⁷ MENDOZA BUERGO, *Delitos de peligro abstracto*, 2001, 391.

⁹⁹⁸ MENDOZA BUERGO, *Delitos de peligro abstracto*, 2001, 394.

⁹⁹⁹ Entre otros LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 2ª, 2012, 164. Sobre la teoría de la presunción de peligro v. MENDOZA BUERGO, *Delitos de peligro abstracto*, 2001, 68. Pero la autora advierte cómo en realidad, a pesar de los matices de la teoría de la presunción de peligro y de la

MENDOZA BUERGO, en los delitos de peligro “la *peligrosidad* de la conducta se entiende, pues, *elemento imprescindible del injusto* y sólo ha de afirmarse éste cuando la conducta, además de coincidir con la descrita en el tipo, constituya una acción antinormativa por ser potencialmente lesiva o peligrosa para el bien jurídico protegido: en suma, el *desvalor objetivo material* de la acción peligrosa constituye el elemento central de la constitución del tipo de injusto”¹⁰⁰⁰. Esto da lugar a que en consecuencia, tal y como advierte la autora y se acaba de apuntar, “sólo cabe *adelantar la tutela penal de forma legítima* al momento en que pueda apreciarse que el comportamiento prohibido es objetivamente capaz de afectar al bien jurídico; teniendo además en cuenta las exigencias propias de la atribución de responsabilidad penal, ello no debe determinarse en abstracto por la pertenencia a una *clase* de acciones, sino que exige que sea evidente tal peligrosidad objetiva, al menos en el momento de realizar la conducta”¹⁰⁰¹.

En definitiva y siguiendo a PAREDES CASTAÑÓN¹⁰⁰², considero que no es posible realizar ninguna consideración más acerca de la legitimidad o ilegitimidad de la utilización de la técnica del peligro porque donde realmente estarán las consideraciones más importantes es en la determinación de la legitimidad de los bienes jurídicos a proteger.

B. Algunos apuntes sobre los delitos de peligro concreto, delitos de peligro abstracto y delitos de aptitud

1. Los delitos de peligro concreto y abstracto

En líneas generales los delitos de peligro abstracto son aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin necesidad de que en el caso concreto se requiera un resultado de puesta en peligro¹⁰⁰³. En

peligrosidad general, no son teorías tan diferentes. MENDOZA BUERGO, Delitos de peligro abstracto, 2001, 75, 79.

¹⁰⁰⁰ MENDOZA BUERGO, RDPC 9 (2002), 70.

¹⁰⁰¹ MENDOZA BUERGO, RDPC 9 (2002), 70.

¹⁰⁰² PAREDES CASTAÑÓN, RDPCR 11 (2003), 160.

¹⁰⁰³ ROXIN, Derecho penal, PG, I, 2003, 407. Así también GALLAS, FS- Heinitz 1972, 179; FEIJÓOSÁNCHEZ, LH-R. Mourullo, 2005, 311 “En los delitos de peligro abstracto la norma

éstos basta que la conducta sea peligrosa en general para algún bien jurídico¹⁰⁰⁴. En los delitos de peligro abstracto no se trata de la determinación del desvalor del resultado sino del desvalor de la acción¹⁰⁰⁵; es suficiente la mera comprobación de una peligrosidad general de la acción¹⁰⁰⁶. Los delitos de peligro abstracto son delitos de peligrosidad abstracta porque el contenido de la abstracción no es la consumación del peligro sino la peligrosidad de la actuación. De tal manera que el análisis no se basa en una peligrosidad concreta sino en una general¹⁰⁰⁷: “los tradicionalmente denominados ‘delitos de peligro abstracto’, estrictamente considerados son delitos de peligrosidad abstracta, porque no es el resultado de peligro sino la peligrosidad de una conducta el contenido de la abstracción: de ahí que no haya que centrarse en la peligrosidad concreta, sino en la general”¹⁰⁰⁸.

Para algunos autores las normas de los delitos de peligro abstracto se interpretan como prohibiciones de dañar, de perjudicar, las condiciones de seguridad (heterogéneas) necesarias para la libre disposición sobre bienes¹⁰⁰⁹. Ese peligro es abstracto de tal manera que no se refiere, no afecta, a la incapacidad concreta, y por eso accidental, de proteger una condición relevante para el daño sino que se refiere al perjuicio para la libre disposición sobre

penal hace abstracción de la situación de riesgo concreta para otros ámbitos de organización individuales o supraindividuales y describe como típicas conductas que estadísticamente o de forma general se muestran como peligrosas”. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ /DEMETRIO CRESPO (Dir.), Derecho penal económico y empresarial, 2010, 88 “Los delitos de peligro abstracto se integran ya con la mera presencia de la acción del sujeto activo, siendo suficiente la comprobación de una peligrosidad general de dicha acción para algún bien jurídico y sin que, por ende, se requiera concreción alguna del peligro, que denote una probabilidad inmediata o próxima de lesión. Por consiguiente, para evaluar el riesgo en los delitos de peligro abstracto se utilizará un juicio *ex ante* acerca de la peligrosidad de la acción, a diferencia de lo que sucederá en los delitos de peligro concreto, en los que habrá que recurrir a una perspectiva *ex post* para enjuiciar el resultado de peligro”.

¹⁰⁰⁴ LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 169.

¹⁰⁰⁵ MEYER, Die Gefährlichkeitsdelikte, 1992, 168.

¹⁰⁰⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PG, 4ª, 2014, 209.

¹⁰⁰⁷ HIRSCH, FS- Kaufmann, 1993, 549 s.

¹⁰⁰⁸ HIRSCH, ADPCP 1996, 514.

¹⁰⁰⁹ KINDHÄUSER, Gefährdung als Straftat, 1989, 280 ss.

bienes¹⁰¹⁰, "...en los delitos de peligro abstracto la definitiva lesión o puesta en peligro concreto no desempeña ningún papel entre los elementos típicos"¹⁰¹¹.

Por su parte, y también sin ánimo de exhaustividad, los delitos de peligro concreto exigen que en el caso concreto se haya producido un peligro real para un objeto protegido por el tipo¹⁰¹². Requieren que la acción produzca un resultado de concreto peligro de lesión inmediata o próxima para algún bien jurídico¹⁰¹³. Los delitos de peligro concreto son delitos de resultado, es decir, en palabras de ROXIN, se distinguen de los delitos de lesión "no por criterios de imputación divergentes, sino porque en lugar de un resultado lesivo aparece el resultado de peligro típico correspondiente"¹⁰¹⁴. En un sentido parecido, LACKNER¹⁰¹⁵ advierte que los tipos de peligro concreto tienen la misma estructura que los delitos de lesión: están contruidos de tal manera que con una conducta determinada, que siempre contendrá una infracción de una norma, abrá causalmente un peligro concreto. La infracción de estas normas aparece como una actuación típica y el peligro se presenta como la consumación típica que tiene que estar conectada directamente con el hecho o también puede estar conectada con ésta por medio de un número mayor o menor de circunstancias enlazadas progresivamente que forman entre el hecho y consumación una cadena causal.

En definitiva, en el delito de peligro concreto se requiere que el autor haya causado con su comportamiento una situación de concreto peligro de

¹⁰¹⁰ KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, 280 ss. Sin embargo, a mi entender, esta concepción chocaría con el principio de lesividad. Sobre el principio de lesividad, extensamente MANES, *Il principio di offensività*, 2005, *passim*.

¹⁰¹¹ OLAIZOLA NOGALES, *Cohecho*, 1999, 377.

¹⁰¹² ROXIN, *Derecho penal*, PG, 2003, 404. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ /DEMETRIO CRESPO (Dir.), *Derecho penal económico y empresarial*, 2010, 88 "Los delitos de peligro concreto exigen que la acción del sujeto activo cause un resultado consistente en la creación de un concreto peligro de lesión para el bien tutelado, o sea, en unas condiciones tales que quepa afirmar que dicho bien jurídico estuvo en una situación próxima a la lesión, porque el objeto material o el sujeto pasivo entraron en el radio de la acción peligrosa: el ejemplo más característico, unánimemente reconocido, es el delito contra la seguridad e higiene en el trabajo del art. 316".

¹⁰¹³ LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 2ª, 2012, 169.

¹⁰¹⁴ ROXIN, *Derecho penal*, PG, 2003, reimpr., 404.

¹⁰¹⁵ LACKNER, *Das konkrete gefahrdungsdelikt*, 1967, 7.

lesión¹⁰¹⁶; esto es, que haya puesto un bien jurídico determinado en una situación en la que realmente le amenaza una lesión¹⁰¹⁷.

Las diferencias entre el delito de peligro concreto y abstracto derivan entonces, en palabras de SCHRÖDER¹⁰¹⁸, en que “los delitos de peligro abstracto son tales en los que las características del peligro están determinadas por la ley misma mientras que en los delitos de peligro concreto se les ha otorgado a los jueces la decisión en el caso concreto de si había un peligro o no”. Otros autores consideran, sin embargo, que la tradicional diferencia entre delito de peligro concreto y abstracto es errónea. En este sentido, HIRSCH¹⁰¹⁹ advierte cómo “todavía se sigue hablando de “delitos de peligro” que luego se dividen en concreto y abstracto (...) Conforme a esto, con frecuencia también se habla únicamente de ‘peligro concreto y abstracto’, pareciendo entonces que se trata de un único e idéntico concepto como punto de partida para todo el entorno, y que simplemente el peligro se tiene que realizar en unos casos en forma concreta y abstracta en otros. En realidad, la diferencia fundamental se da entre delitos de peligro y delitos de peligrosidad (de riesgo)”. De esta manera, para el autor, sólo los delitos de peligro concreto son auténticos delitos de peligro. Frente a éstos estarán los delitos de peligrosidad (o de riesgo), en los que lo característico no es un resultado de peligro sino la peligrosidad de una conducta. Y es ahí donde primeramente se hace significativa la distinción entre concreto y abstracto. Para este autor, es fundamental la adecuada distinción entre peligro (concreto) en el que ha entrado un bien jurídico (= peligro en sentido propio), y peligrosidad (concreta)¹⁰²⁰. El peligro es objeto entonces de los delitos de peligro (concreto) y frente a éstos están los delitos de peligrosidad (delitos de riesgo) “que suponen la peligrosidad de una conducta establecida por la perspectiva de una persona media normal colocada en la situación del autor, sin que sea necesario que un peligro haya llegado a darse como resultado”¹⁰²¹.

¹⁰¹⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PG, 4ª, 2014, 208.

¹⁰¹⁷ GALLAS, FS- Heinitz 1972, 134.

¹⁰¹⁸ SCHRÖDER, ZStW 81 (1969), 17.

¹⁰¹⁹ HIRSCH, ADPCP 1996, 514.

¹⁰²⁰ HIRSCH, ADPCP 1996, 523.

¹⁰²¹ HIRSCH, ADPCP 1996, 523.

En todo caso también HIRSCH considera que la diferencia esencial entre ambos conceptos debe estar en que para el concreto “la presencia del peligro se tiene que constatar en cada caso”, en tanto que para el abstracto al comportamiento en cuestión “se le asigna típicamente la protección de un concreto peligro”¹⁰²², con cuya explicación no estoy de acuerdo porque no considero aceptable que una decisión del legislador en el ámbito de la criminalización primaria pueda comportar una licencia para que el juez se abstenga de realizar comprobaciones en los casos concretos.

En general, es opinión compartida que los delitos de peligro concreto, más allá de la realización de la conducta en la práctica, exigen “la entrada de un objeto de la acción en el radio de eficacia de la conducta peligrosa y, por tanto, la producción de una objetiva situación de peligro, aludida de diferente manera en el tipo, que ha de ser constatada en el caso concreto por el juez”¹⁰²³. Así, la distinción vendrá dada por la necesaria verificación del peligro¹⁰²⁴ (que no peligrosidad) de la puesta en peligro del bien jurídico¹⁰²⁵.

2. Los delitos de aptitud

1. Los llamados delitos de aptitud¹⁰²⁶, de peligro hipotético¹⁰²⁷, o delito abstracto-concreto¹⁰²⁸, vienen a hacer referencia a un tipo de delitos sobre los

¹⁰²² HIRSCH, ADPCP 1996, 1996, 514.

¹⁰²³ MENDOZA BUERGO, Delitos de peligro abstracto, 2001, 23.

¹⁰²⁴ En este sentido MENDOZA BUERGO, Delitos de peligro abstracto, 2001, 32, advierte, con lo que estoy totalmente de acuerdo, que: “Las conductas tipificadas en los delitos de peligro abstracto no pueden ser consideradas menos peligrosas que las previstas en delitos de peligro concreto; por el contrario, la diferencia estriba en si, de acuerdo con la descripción típica correspondiente, ha de constatarse en el caso individual que el comportamiento ha sido *en concreto peligroso*, es decir, si ha producido una concreta situación de peligro para el bien jurídico protegido o si sólo es necesaria una consideración, conforme a un juicio *ex ante*, de la peligrosidad de la conducta”. También aborda esta complicada cuestión del juicio de peligrosidad SOLA RECHE, ADPCP 1994, 176 ss.

¹⁰²⁵ También sobre la determinación del delito de peligro concreto y abstracto MATA Y MARTÍN, Bienes jurídicos intermedios, 1997, 52 ss.; PULITANÒ, Diritto penale, PG, 2007, 221 ss.

¹⁰²⁶ Así los denomina HOYER, Die Eignungsdelikte, 1987, 16.

¹⁰²⁷ TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1981, 833.

¹⁰²⁸ SCHRÖDER, JZ 1967, 522. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ /DEMETRIO CRESPO (Dir.), Derecho penal económico y empresarial, 2010, 89 “clase en cierto modo intermedia”.

que se discute, para su determinación, si se encuentran dentro de la categoría de los delitos de peligro abstracto o entre ésta y los delitos de peligro concreto¹⁰²⁹. Para una parte de la doctrina los delitos de aptitud estarían dentro de los delitos de peligro abstracto¹⁰³⁰, entendiendo que dentro de ellos se pueden distinguir dos tipos básicos: primero, aquellos que tengan las características propias de esta tipología de delitos y, por otro lado, los denominados delitos de aptitud o posibles delitos de peligro que contienen la característica del tipo “apto para” y con eso requieren una prueba de aptitud en vista a la posibilidad de un daño (perjuicio del bien jurídico protegido), ya que en esa prueba de aptitud no se tienen que tener en cuenta (aunque con matices) todos los factores relevantes para la aptitud concreta, sino que lo que se exige, como desarrollaré más adelante, es una valoración general de esa aptitud que no tiene en cuenta las circunstancias concretas¹⁰³¹.

¹⁰²⁹ FEIJÓOSÁNCHEZ, LH- R. Mourullo, 2005, 312 “Estos delitos han recibido denominaciones de lo más diverso que, en esencia, designan la misma técnica legislativa con más o menos matices”. Además, pág. 314 afirma que con independencia de la discusión de si se trata estos de delitos abstractos o concretos y más allá de que sea una erudición teórica es importante diferenciar esta categoría de otras porque tiene importantísimos efectos prácticos”.

¹⁰³⁰ Esta es la doctrina mayoritaria. Entre otros, GALLAS, FS- Heinitz 1972, 183, FIANDACA, Dei deliti e delle pene, 1984, 443; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Delitos de peligro, 1994, 20; CEREZO MIR, RDPCr 10 (2002), 48 considera que los delitos de aptitud son delitos de peligro abstracto; LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 170; Considera que son delitos de peligro concreto ESCRIVÁ, Puesta en peligro, 1976, 31 s. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ /DEMETRIO CRESPO (Dirs.), Derecho penal económico y empresarial, 2010, 90 “Aunque algunos autores han pretendido otorgar autonomía a esta categoría de los delitos de aptitud para la producción de un daño como un auténtico género intermedio entre los delitos de peligro concreto y peligro abstracto, es mayoritario el entendimiento que los incardina bajo la categoría general del peligro abstracto porque, si bien es cierto que se exige al juez que constate la concurrencia del peligro, se trata de delitos en los que el juez no debe tener en cuenta todas las circunstancias del caso concreto ni verificar la peligrosidad en ese caso concreto, sino que en principio debe calificar la acción como peligrosa al margen de dichas circunstancias. En otras palabras, no se requiere la verificación de peligro concreto alguno para los bienes jurídicos de sujetos individuales, dado que tal peligro es simplemente un “motivo” ponderado por el legislador a la hora de decidir la criminalización del comportamiento”.

¹⁰³¹ GRAUL, Abstrakte Gefährdungsdelikte, 1991, 120; también TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1981,838: “dentro de los delitos de peligro abstracto, en tanto no precisan un peligro real para el bien jurídico como plus ulterior a la acción, se hallan los que denominamos como delitos de peligro hipotético. En ellos es necesaria, aunque también suficiente, la ejecución de una acción peligrosa, idónea para producir un peligro para el bien jurídico protegido. No es bastante, por ello, la coincidencia formal entre acción y descripción ofrecida por el legislador. Este grupo comprende muy diversas figuras del delito, entre las que se encuentran algunas pertenecientes al centro del Derecho penal”.

Otra parte de la doctrina¹⁰³², sin embargo, considera que más bien son delitos que están sistemáticamente entre los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto; categoría que además no se limita a los casos en los que se usa en el tipo el término apto sino que incluye otros tipos y así crea un término material de la aptitud concreta. La determinación de ese término de aptitud que se puede reemplazar por la peligrosidad (concreta) no se basa tanto en la vista de un observador objetivo, sino en las características objetivas de las actuaciones en cuestión.

Pero este autor, y esto es lo que me interesa, va incluso más allá y se plantea si este debate es correcto. Es decir, cuestiona si preguntarse si los delitos de aptitud son de peligro concreto o abstracto es correcto ya que tradicionalmente nos hemos limitado a estas dos clases de delito¹⁰³³, por lo que esta sería una categoría diferente de las otras dos. Esta postura es la que yo mantengo por considerar que la construcción dogmática que se ha hecho de los delitos de peligro hipotético o de aptitud les otorga la suficiente fuerza como para considerarlos una categoría independiente de las ya construidas hasta el momento.

Pero además hay que tener en cuenta que no todos los tipos que contienen explícitamente o tácitamente la característica de la aptitud por fuerza han de considerarse (potenciales) tipos de peligro abstracto¹⁰³⁴, aunque sí que una parte importante de la doctrina lo entiende así¹⁰³⁵. En todo caso yo rechazo los delitos de peligro abstracto (por no implicar un desvalor de resultado y por ende por la imposibilidad de comprobación de la antijuridicidad material) pero acepto los de peligro hipotético se entiendan o no dentro de los de peligro abstracto.

2. Una vez aclarado esto, en adelante utilizaré el término de peligro hipotético por ser el nombre que TORÍO LÓPEZ, en la literatura en lengua

¹⁰³² HIRSCH, FS-Kaufmann, 1993, 561; GALLAS, FS- Heinitz 1972, 171.

¹⁰³³ HIRSCH, FS-Kaufmann, 1993, 561.

¹⁰³⁴ GRAUL, Abstrakte Gefährdungsdelikte, 1991, 121; MENDOZA BUERGO, Delitos de peligro abstracto, 2001, 48. FEIJÓOSÁNCHEZ, LH-R. Mourullo, 2005, 315. No solo los delitos que tienen la cláusula de idoneidad son de peligro idóneo, también hay otros, aunque no la tengan.

¹⁰³⁵ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Delitos de peligro, 1994, 19 s.

castellana, acuñó por primera vez sobre la propuesta hecha anteriormente por SCHRÖDER¹⁰³⁶, referida a los delitos de peligro abstracto-concreto y a la cual se ha adherido una parte de la doctrina¹⁰³⁷, siendo sustancialmente parecida su propuesta.

3. Los delitos de peligro hipotético exigen que la acción sea adecuada, apta, para producir un peligro al objeto de protección¹⁰³⁸; son delitos de peligro posible, es decir, éstos no requieren que la acción determine un peligro efectivo, como los delitos de peligro concreto, pero sí que éstos puedan originar un estado que suponga la probabilidad de un daño o lesión¹⁰³⁹ tanto *ex ante* como *ex post*¹⁰⁴⁰ y en este sentido considero que esta exigencia *ex post* satisface las demandas de una perspectiva de injusto material como advertía anteriormente¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁶ SCHRÖDER, JZ 1967, 522 ss.

¹⁰³⁷ Entre otros utiliza esta terminología MORALES PRATS, EH-Casabó, 1997, 490 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, Derecho penal, PG, 7ª, 2007, 303.

¹⁰³⁸ TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1981, 839; MAQUEDA ABREU, AP 26/27 (1994), basta que «la acción sea peligrosa, de modo que en la hipótesis de un contacto entre esa acción y el objeto de protección pueda surgir un peligro concreto». «Basta (pues) un peligro potencial, no efectivo, susceptible de realizarse»

¹⁰³⁹ TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1981, 839.

¹⁰⁴⁰ Será en el siguiente apartado de este Cap. 3 Cap. 4 donde se concrete el sentido en el que se deberá hacer el análisis *ex ante* y *ex post* en el art. 290 CP.

¹⁰⁴¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ /DEMETRIO CRESPO (Dir.), Derecho penal económico y empresarial, 2010, 90 s. “La tipicidad dependerá en realidad de la formulación de dos juicios por parte del intérprete: de un lado, un juicio impersonal de pronóstico en el que desde una perspectiva *ex ante* se determina si la acción del agente, además de poder ser subsumida formalmente en el tipo, es apta generalmente para producir un peligro para el bien jurídico; de otro lado, el intérprete ha de llevar a cabo un segundo juicio *ex post* sobre “la posibilidad del resultado de peligro”, osea, ha de verificar si en la situación concreta habría sido posible un contacto entre la acción y el bien jurídico, como consecuencia del cual habría podido producirse un peligro efectivo para dicho bien jurídico. De esta suerte, la idoneidad lesiva para el bien jurídico se erige como un elemento valorativo inexcusable del tipo de injusto que debe poder ser imputado objetivamente a la acción del autor, en virtud de lo cual hay que entender que, si éste adopto previamente las medidas necesarias para evitar toda posibilidad de que se produjese un efectivo peligro para dicho bien jurídico, quedaría excluida la tipicidad”. Parcialmente diferente: FEIJÓOSÁNCHEZ, LH-R. Mourullo, 2005, 312 “Desde una perspectiva político-criminal y dogmática esta opción plantea menos problemas cuando se opta por una menor abstracción utilizando como técnica los denominados delitos de peligro abstracto-concreto. En estos casos no se exige constatar *ex post* una situación de peligro concreto como resultado de peligro sino sólo que la conducta tipificada encierre una idoneidad o aptitud para lesionar o producir un daño o que se constate que supera ciertos niveles de permisión de riesgos”. En contra de la necesidad de análisis *ex post* GÓMEZ TOMILLOS, en: LH- Cobo del Rosal, 2005, 466 s. En concreto afirma: “Desde nuestro punto de vista, el juicio de idoneidad del comportamiento característico de esta clase de ilícitos debe verificarse desde una perspectiva *ex ante*, conforme al

Además, los delitos de peligro hipotético contienen una dimensión normativa o valorativa¹⁰⁴². En estos delitos se da el juego por el que “la acción formalmente descrita en el tipo (a), para según un juicio *ex ante* producir un peligro (b) se halla en contradicción, o desvalorizada, por la norma base del tipo penal (c)”¹⁰⁴³. Esta estructura del peligro hipotético exige que “la acción, según un juicio de pronóstico, a formular *ex ante* por el juez, sea definida como comportamiento apto para hacer peligrar el objeto de protección”¹⁰⁴⁴. Lo decisivo en los delitos de aptitud será entonces la valoración como contraria al fin de la norma jurídica de la acción realizada por el autor¹⁰⁴⁵. En palabras de TORÍO LÓPEZ “lo hipotético de los delitos de peligro hipotético se refiere a que si bien el delito requiere una acción que por sus propiedades materiales sea susceptible de ser considerada según un juicio de pronóstico como peligrosa para el objeto de protección, el juez debe además verificar si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre acción y bien jurídico, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para éste. Ha de plantear, pues, la hipótesis de si la acción comprobadamente peligrosa hubiera podido determinar un resultado peligroso. En los delitos de peligro hipotético es preciso acreditar la peligrosidad de la acción (desvalor real de la acción) y la posibilidad del resultado peligroso (desvalor potencial de resultado) como exigencias del tipo”¹⁰⁴⁶.

4. Son por tanto dos los juicios que será necesario hacer, uno *ex ante* debiendo analizar si la conducta del sujeto es apta para producir un peligro para el bien jurídico y uno *ex post* sobre, como dice TORÍO LÓPEZ, “la posibilidad del resultado de peligro” en la situación concreta. De esta manera considera

criterio de un espectador objetivo, puesto en el lugar del autor, con los conocimientos de éste, donde presumimos incluido el conocimiento de los cursos causales propio (*sic.*) del momento histórico en el que acontecen los hechos, teniendo en cuenta las circunstancias cognoscibles por ese espectador al que se presume una inteligencia media. Tal juicio debe emitirse en términos probabilísticos” y añade “el análisis debería agotarse en la conducta del autor, prescindiendo, pues, de si el objeto material se encuentra o no dentro de su potencial radio de acción”.

¹⁰⁴² TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1981, 839.

¹⁰⁴³ TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1981, 839.

¹⁰⁴⁴ TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1981, 841.

¹⁰⁴⁵ TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1981, 841.

¹⁰⁴⁶ TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1981, 846.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ¹⁰⁴⁷ “la idoneidad lesiva para el bien jurídico se erige como un elemento valorativo inexcusable del tipo de injusto”.

El presupuesto de la peligrosidad en las estructuras de “aptitud” deberá entonces ser concretado por el juez en cada caso. Esto llevará a la posibilidad de que si todas las circunstancias del caso concreto llevan al juzgador a entender que la actuación, en esa situación, no es peligrosa, deberá determinar que no se cumplen los elementos del tipo. Se tiene que decir que en un tipo que generalmente requiere una sentencia de aptitud general, la aptitud se puede o se tiene que valorar excepcionalmente de manera concreta¹⁰⁴⁸.

Con todo, en realidad, parece que estamos más cerca de los delitos de peligro concreto que de los delitos de peligro abstracto, ya que en estos delitos de aptitud lo que se exige es la existencia de peligro para el bien jurídico y no ya sólo que la conducta sea peligrosa. En este sentido, es fundamental diferenciar los conceptos *peligrosidad* y *peligroso*, como ya lo ha hecho la doctrina¹⁰⁴⁹ y no sólo para disipar problemas que puedan surgir en la delimitación de los delitos de peligro concreto y abstracto, sino también para construir un concepto normativo general de peligro que sirva en otras sedes de la teoría del delito como las de las causas de justificación, la imputación objetiva, etc.¹⁰⁵⁰. Así, si tenemos en consideración (por correctas) las teorías normativas del peligro, la cuestión será determinar para concretar el peligro: “que tomando en cuenta la situación fáctica a la que da lugar la acción, probada la presencia de un objeto típico en el radio de eficacia de la acción peligrosa, valorar si ante la relevante posibilidad de la producción de un daño, la no producción de éste se debe a circunstancias extraordinarias que no puedan ser interpuestas de modo objetivo-

¹⁰⁴⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PG, 4ª, 2014, 210 s.

¹⁰⁴⁸ GRAUL, Abstrakte Gefährdungsdelikte, 1991, 121. Además, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ /DEMETRIO CRESPO (Dir.), Derecho penal económico y empresarial, 2010, 92 “En todo caso, conviene añadir que el aludido requisito denotativo de la “aptitud” para la producción de un daño ha sido calificado en la doctrina como elemento normativo típico de carácter relativo, en el sentido de que requiere una valoración concreta en cada caso del riesgo potencial que la acción supone para el bien jurídico. Y, consiguientemente, al igual que ocurre con todos los elementos del tipo, los términos de aptitud (reveladores de la idoneidad lesiva) habrán de ser abarcados por el dolo del autor, cuando menos a título de dolo eventual”.

¹⁰⁴⁹ MENDOZA BUERGO, Delitos de peligro abstracto, 2001, 25 ss.; CORCOY BIDASOLO, Delito imprudente, 2005, 206.

¹⁰⁵⁰ MENDOZA BUERGO, Delitos de peligro abstracto, 2001, 27.

final”¹⁰⁵¹. La diferencia con los delitos de peligro concreto es que esta modalidad “no requiere la producción efectiva de un resultado de peligro concreto *ex post*”¹⁰⁵². En palabras de MENDOZA BUERGO “esta modalidad delictiva presenta, pues, una particularidad respecto a la interpretación más extendida de los delitos de peligro abstracto como delitos en los que el peligro es irrelevante como elemento de la comprobación de la tipicidad del hecho, y es que exige algún tipo de prueba de la idoneidad de la conducta en relación a la posibilidad de una afectación o lesión del bien jurídico, pero a diferencia de los delitos de peligro concreto, no suponen un juicio *ex post* conforme al cual se comprueben las concretas consecuencias del comportamiento”¹⁰⁵³, aunque sí que haya una comprobación del desvalor *ex post* en el caso concreto si bien con algunos matices”.

Estoy de acuerdo con MENDOZA BUERGO, quien además afirma que “en cuanto al *juicio de idoneidad o aptitud*”¹⁰⁵⁴, la peligrosidad de la acción concreta ha de ser comprobada por el Juez de acuerdo con un juicio *ex ante* con los elementos de juicio individual que el correspondiente tipo permita tomar en cuenta; es decir, se evalúa la peligrosidad de la *concreta* acción (...) pero *limitando la base* del juicio con los datos que el propio tipo fije o permita considerar: dicho de otro modo, haciendo abstracción de aquellos otros que sean cognoscibles *ex post* o que no quiera el legislador que se tengan en cuenta”¹⁰⁵⁵. Es decir, “se propone que sea suficiente con que conste una relación estadística entre tales hechos y no se considere necesaria la inequívoca prueba científica, claramente inaccesible en un sin número de procesos o, incluso, se pretende también que baste con la imposibilidad de afirmar con seguridad el carácter absolutamente inofensivo de la conducta o condición”¹⁰⁵⁶. Pero además esta exigencia del tipo ha de ser abarcada por el dolo, siquiera eventualmente. Por tanto es necesario que el autor sea consciente de la aptitud

¹⁰⁵¹ MENDOZA BUERGO, Delitos de peligro abstracto, 2001, 31.

¹⁰⁵² MENDOZA BUERGO, Delitos de peligro abstracto, 2001, 42.

¹⁰⁵³ MENDOZA BUERGO, Delitos de peligro abstracto, 2001, 42.

¹⁰⁵⁴ Las cursivas son del original.

¹⁰⁵⁵ MENDOZA BUERGO, Delitos de peligro abstracto, 2001, 48.

¹⁰⁵⁶ MENDOZA BUERGO, Delitos de peligro abstracto, 2001, 48.

lesiva de su conducta¹⁰⁵⁷. Esta exigencia, sin embargo, no hará necesario que “el autor conozca la peligrosidad de su acción en su exacta dimensión técnica”¹⁰⁵⁸, sino más bien se le exigirá este conocimiento a partir del que sea propio desde la esfera del profano¹⁰⁵⁹. Se plantearán, por tanto, cuestiones problemáticas en relación con la aptitud de la conducta que llevará a problemas dentro del dolo que veremos más adelante¹⁰⁶⁰.

C. Las peculiaridades de tutela por ser un delito especial

Siguiendo el esquema de análisis propuesto; esto es, el de relacionar el bien jurídico con su técnica de tutela, y habiendo visto ya lo relativo al instrumento de tipificación del peligro, es necesario hacer referencia, ahora, a la técnica de tutela del delito especial que también se presenta en el delito objeto de este trabajo.

Lo primero que se debe aclarar es que, como se deduce de lo anterior, asumir que la tipificación de una conducta a través de la configuración de un delito especial es una técnica de tutela, implica negar que los delitos especiales obedezcan a una naturaleza ontológica diferente a la de los delitos comunes.

Precisamente, en este sentido, me alejo de un concepto complejo de delito especial¹⁰⁶¹, porque no sostengo que todos los delitos especiales tengan

¹⁰⁵⁷ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Delitos de peligro, 1994, 312. Las cuestiones relacionadas con el tipo subjetivo se profundizarán en el Cap. 8 de esta tesis.

¹⁰⁵⁸ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Delitos de peligro, 1994, 313.

¹⁰⁵⁹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Delitos de peligro, 1994, 313.

¹⁰⁶⁰ Esta cuestión se planteará en el Cap. 8 de este trabajo.

¹⁰⁶¹ Siguiendo a GÓMEZ MARTÍN, Los delitos especiales, 2006, 16 se considera que “El concepto simple de delito especial se caracteriza por la concurrencia de dos elementos esenciales: la configuración de los delitos especiales como una restricción del círculo de posibles autores del delito por medio de una serie de elementos exigidos por el tipo; y la omisión de cualquier referencia al fundamento sobre el que descansa esta restricción legal del círculo de autores”. Por su parte, estaremos frente a un concepto complejo de delito especial cuando las definiciones sean más completas. Siguiendo a este mismo autor, pág. 22 “Un segundo sector doctrinal define los delitos especiales de un modo más completo. Este mayor grado de completud se debe a que tales definiciones no se limitan a describir el efecto restrictivo de la autoría que caracteriza a los delitos especiales, sino que incorporan al concepto el fundamento de aquella restricción”, y sigue, pág. 23 s. “ El modelo conceptual complejo de delito especial partiría de dos características principales: se trataría de un concepto de delito especial que no se limitaría a definirlo externamente como una restricción del círculo de autores o sujetos activos del delito, sino que incorporaría al concepto la fundamentación de aquella restricción; y en segundo lugar, únicamente podría ser defendido de forma coherente por aquellos autores que consideren posible afirmar que todos los delitos

necesariamente un mismo fundamento (pues la elección de tipificar un delito como especial puede responder a diferentes necesidades de tutela o de limitación de la responsabilidad penal) y por tanto considero que éste viene caracterizado por el hecho de que la conducta sólo es típica en concepto de autor cuando viene realizada por determinados sujetos¹⁰⁶².

Sin embargo, aun partiendo de un concepto de delito especial simple, al igual que hace una parte de la doctrina, y sin poder aquí abordar una discusión más amplia sobre todos los delitos especiales¹⁰⁶³, considero que, al menos en el delito del art. 290 CP que aquí se analiza, el fundamento de la limitación de los sujetos activos que hace de éste un delito especial, es la relación que estos tienen con los bienes jurídicos allí tutelados; es decir, porque frente a los sujetos descritos es que el bien jurídico se presenta vulnerable de manera exclusiva o preferencial¹⁰⁶⁴.

Ahora bien, para precisar esto último, será necesario recordar que nos encontramos frente a un delito pluriofensivo que por ende, y de acuerdo a la postura asumida por mí, requiere de la afectación de los dos bienes jurídicos que se tutelan: la «funcionalidad del documento» y el «patrimonio», pues esto hace necesario analizar la relación entre el sujeto calificado y el bien jurídico especial frente a ambos objetos de la tutela penal.

No obstante, antes de proceder al análisis por separado frente a cada uno de los bienes jurídicos tutelados, considero adecuado precisar la perspectiva desde la que hablaré sobre los delitos especiales como técnica de tutela que

especiales tendrían el mismo fundamento, ya que, en caso contrario, una diversidad de fundamentos daría lugar a una diversidad de conceptos”.

¹⁰⁶² LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 163.

¹⁰⁶³ Al respecto v. en la literatura española: QUINTERO OLIVARES, Los delitos especiales, 1974 en concreto sobre los antecedentes y el concepto de delito especial, 11 ss.; GÓMEZ MARTÍN, Los delitos especiales, 2006, *passim*; ROBLES PLANAS, Garantes y cómplices, 2007, *passim*; RUEDA MARTÍN, Delitos especiales de dominio, 2010, *passim*. En la literatura italiana: SEMINARA, concorso di persone nel reato, 1987, *passim*; PELISSERO, reato proprio, 2004, *passim*; GULLO, Il reato proprio, 2005, *passim*; RESTREPO RODRÍGUEZ, I reati propri, 2010, *passim*.

¹⁰⁶⁴ GÓMEZ MARTÍN, Los delitos especiales, 2006, 254 “Puede decirse que la mayor parte de los delitos especiales se caracterizan por la implicación del bien jurídico en un ámbito de actividad social estructurado de un modo más o menos formalizado y dominado por su titular, el *intraneus*”; RUEDA MARTÍN, DPC 7 (2004), 140 s. afirma que “La doctrina ha reconocido que en los delitos especiales existen relaciones entre el sujeto idóneo del delito especial y el bien jurídico protegido, que constituyen el elemento esencial para determinar los motivos que han inducido al legislador a restringir la autoría en los delitos especiales”.

implica una protección limitada del bien jurídico, en la medida en que se dirige sólo a ciertas personas, y no a cualquiera, como por ejemplo sucede en una gran categoría de los delitos especiales: los delitos de omisión impropia¹⁰⁶⁵.

Que los bienes jurídicos tutelados en el art. 290 CP se protejan sólo frente a los administradores de hecho o de derecho¹⁰⁶⁶, conlleva que para que la conducta sea jurídicopenalmente relevante, tenga que ser realizada por un sujeto calificado como «administrador» de la sociedad, de hecho o de derecho, y esto es, que se encuentre, como lo expone ALLEGRA en general, en una situación jurídica subjetiva compuesta por la suma de una «posición empírica» y una «cualificación jurídica»¹⁰⁶⁷, que hacen que los bienes jurídicos sean más vulnerables frente a ese sujeto, que la doctrina denomina *intraneus*.

Es la posición en la que un determinado sujeto se encuentra respecto de un bien jurídico lo que explica que estos sean previstos como sujetos activos. Estos sujetos poseen un dominio en la esfera en la que vienen inscritos los bienes jurídicos protegidos. Esto supone que ellos tienen el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico¹⁰⁶⁸. O, visto desde el ángulo del bien jurídico y no de los sujetos activos, que estamos frente a un (o unos) bien(es) jurídico(s) “limitadamente protegido”(s)¹⁰⁶⁹, pues se les otorga tutela penal sólo frente a quienes se encuentren en determinada relación con, o en una posición previa (preexistente) al hecho delictivo; requisito fundamental que evidencia RESTREPO RODRÍGUEZ¹⁰⁷⁰, al afirmar que:

“En efecto, una calidad que surja de manera concomitante al hecho delictivo no refleja la relación especial frente al bien jurídico que permite hablar de una posición del sujeto frente a éste [...] / si la calidad no fuese previa al hecho, no se daría una real restricción del círculo de los sujetos a los que se

¹⁰⁶⁵ RESTREPO RODRÍGUEZ, I reati propri, 2010, 235 ss. donde sostiene que los delitos de omisión impropia son todos delitos especiales, pues la calidad de la posición de garante hace allí las veces, cumpliendo con todas sus características, de la calificación del sujeto activo propia de un delito especial.

¹⁰⁶⁶ Que serán específicamente definidos en el Tít. 3, Cap. 5 de este texto.

¹⁰⁶⁷ ALLEGRA, RP 1949, 166 ss.

¹⁰⁶⁸ GRACIA MARTÍN, El actuar en lugar de otro, I, 1985, 305.

¹⁰⁶⁹ RESTREPO RODRÍGUEZ, I reati propri, 2010, 249 ss.

¹⁰⁷⁰ RESTREPO RODRÍGUEZ, I reati propri, 2010, 57, 235 ss. y especialmente 249 ss. Esta autora parte para explicar esta característica, de las teorías sobre la posición del sujeto activo calificado de ALLEGRA y DEMURO; pero especialmente de PELISSERO, reato proprio, 2004, 143.

dirige la norma, sino que ésta se dirigiría en principio a todos. Por ende, no tendría ningún sentido hablar de un bien jurídico especial, en el sentido de un bien limitadamente tutelado, pues tal limitación de la protección tiene que poderse reconducir al momento de la construcción del tipo penal, y por ello se vincula con el principio de legalidad, como garantía para todos los sujetos no calificados de que no serán llamados a responder de ese determinado delito, al menos en su modalidad de realización monosubjetiva, y en aquella plurisubjetiva sólo si se presenta (y se tiene conocimiento de ello) la concurrencia de al menos un *intraneus*¹⁰⁷¹.

Esto ubica al autor en el centro de la relación que enlaza al *intraneus* con el bien jurídico especial. Una vez que el legislador, atendiendo al hecho de esta relación, decide hacer una limitación del posible círculo de los sujetos activos, para tipificar con la forma del delito especial, el bien que de este modo se eleva a categoría jurídico penalmente tutelada será un bien especial y, por supuesto, completamente protegido. Es decir, si el bien jurídico es sólo vulnerable frente a las conductas que exclusivamente pueden realizar unos concretos sujetos, entonces el bien jurídico está totalmente protegido, puesto que otros sujetos distintos no lo podrían vulnerar y frente a esas está protegido.

Lo anterior se sostiene sin perjuicio de que el bien jurídico pueda ser materialmente (pero sin relevancia jurídico penal por la técnica de tutela del delito especial elegida) vulnerado también por un *extranei* (sujetos sin la calidad especial indicada en el tipo), pero el ordenamiento quiere limitar el círculo de lesiones sancionadas penalmente a las producidas por un grupo determinado de personas; lo que responde de manera adecuada al principio de intervención mínima.

El bien jurídico, por tanto, desde la perspectiva que yo parto, juega un papel importante. Y a este bien jurídico es al que llamaré bien jurídico especial, o de accesibilidad limitada¹⁰⁷², por la relación entre el sujeto y la vulnerabilidad del bien jurídico, y que en el caso que interesa se presenta en realidad frente a dos bienes jurídicos diferentes, que sin embargo tienen una relación inseparable (argumento adicional para sostener que se tienen que lesionar ambos, o no se

¹⁰⁷¹ RESTREPO RODRÍGUEZ, I reati propri, 2010, 269 s.

¹⁰⁷² GULLO, Il reato proprio, 2005, 96.

configurará el delito del art. 290 CP). Se trata del bien jurídico «funcionalidad del documento» y del bien jurídico «patrimonio». Frente al primero, está claro que sólo los administradores de hecho o de derecho pueden afectar este bien jurídico, cuando tengan una relación previa o preexistente (y no surgida incidentalmente frente a un determinado hecho que será el mismo que consagre el tipo, en nuestro caso el acto falsario) con el mismo, que consistirá en estar dotados jurídica o fácticamente de la capacidad de hacer las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad; puesto que cuando tales documentos los expida otra persona (y esto se evidencia, pues otra cosa sería si nos encontráramos ante un delito de falsedad en documento, cuya relación con el tipo aquí analizado se profundizará *infra* en el Cap. 9), un *extraneus*, no tendrán la validez en el ámbito comercial que se concreta en su capacidad probatoria, de garantía y perpetuación, que es la que se tutela a través de este bien jurídico.

Así, podemos determinar que, no habiendo un tipo común paralelo a éste; es decir, no protegiendo el ordenamiento jurídico-penal español la «funcionalidad de documentos» provenientes de personas que no sean el administrador de la sociedad: pues no se encuentra ninguna tipificación para los delitos de falsedad ideológica por parte de particulares, y que además proteja también el patrimonio por ese falseamiento. Estamos frente a un bien jurídico especial propio (tutelado por un delito especial propio), con las consecuencias que esto comporta en el ámbito de la participación (y que se abordarán en el Cap. 7).

Igualmente, como se decía, la protección que el art. 290 CP otorga al bien jurídico «patrimonio» es limitada, con la modalidad de tutela de un delito especial propio: sólo frente a los administradores de derecho o de hecho que mediante un acto falsario (sobre el que se ahondará en el Cap. 4) pongan en peligro (de aptitud) o lesionen el patrimonio de la sociedad, socios, o terceros. Si bien este bien jurídico encuentra una amplia y variada protección penal en el ordenamiento jurídico, la tutela frente a esta modalidad de acción sólo se otorga frente a estos sujetos calificados; esto es, como se advertía, no hay ningún tipo penal que abarque la conducta de quien a través de una falsedad lesione o ponga en peligro el patrimonio. La tipificación –a través de un delito común– más similar se encuentra en el art. 248 CP que consagra el delito de estafa. Sin embargo, no puede decirse que este sea un delito común paralelo, pues en éste

se requiere un elemento subjetivo especial que no se necesita para el delito objeto de este trabajo, como es el ánimo de lucro.

Estando pues ante un delito especial propio que tutela dos bienes jurídicos, habrá que tener en cuenta que la tutela se limita a unos sujetos activos calificados, por fuera de los cuales la conducta pierde cualquier relevancia penal. Esta limitación puede, a su vez, ayudar a justificar el adelantamiento de la tutela frente al peligro de aptitud, pues aunque esta técnica amplía los márgenes de la responsabilidad penal, está unida a otra técnica, la del delito especial, que en cambio restringe el marco de actuación del Derecho penal.

V. TOMA DE POSICIÓN: LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS POR EL ART. 290 CP Y SU RELACIÓN CON LA FORMA DE PROTECCIÓN

A. Los bienes jurídicos protegidos por el art. 290 CP

1. Primer bien jurídico protegido. La funcionalidad del documento.

1. Como he adelantado anteriormente, desde mi perspectiva, en el art. 290 CP se protegen dos bienes jurídicos: uno individual “patrimonio” y uno colectivo “funcionalidad del documento”, siendo que los dos están inmediatamente protegidos y entre ellos existe una especial conexión. Los autores que entienden que el bien jurídico protegido es la funcionalidad del documento consideran que “un tratamiento específico de las falsedades documentales en el ámbito de las sociedades mercantiles sólo se justifica cuando, además de lesionar la funcionalidad del documento, se ponen en peligro o lesionan bienes jurídico-penales de titularidad individual, esencialmente el patrimonio”¹⁰⁷³. No consideran, por tanto, que la única razón de la creación de un

¹⁰⁷³ FARALDO, Los delitos societarios, 1996, 369, quien además añade que el bien jurídico tutelado en las falsedades es la funcionalidad del documento en las diferentes tareas que cumple en el tráfico jurídico y esta funcionalidad quebrará siempre que la falsedad sea idónea para causar un perjuicio económico a los sujetos pasivos mencionados en el tipo. En un sentido parecido CORCOY BISASOLO/MIR PUIG (Dirs.), Comentarios al Código penal, 2011, 643. “No se protege tanto la información en sí misma, como el perjuicio económico que se puede irrogar en el patrimonio de sujetos para los que dicha información tiene una gran relevancia. Esta configuración

delito societario de falsedad documental sea la lesión de la funcionalidad del documento sino que ésta se producirá siempre que la falsedad sea idónea para causar un perjuicio económico a los sujetos pasivos mencionados por el tipo¹⁰⁷⁴. En palabras de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “la simple acción de falsear no es suficiente para cumplir el tipo básico del injusto del art. 290 párrafo 1º, toda vez que el legislador ha incorporado al radio de peligro de la acción una idoneidad lesiva para el patrimonio de la sociedad, de alguno de los socios o de algún tercero, configurándolo como un tipo de aptitud para la producción de un daño”¹⁰⁷⁵; “en concreto, cabe afirmar que el texto definitivo del tipo básico del art. 290 se caracteriza por añadir a la lesión del bien jurídico colectivo inmaterial de

del bien jurídico hace que para la doc. May. sólo revistan carácter típico las falsedades relevantes sobre documentos sociales trascendentes, y sólo cuando la falsedad sea idónea para generar un perjuicio patrimonial”. También SAP Cádiz 30-4-2007 EDJ 2007/71799, frente al recurso de apelación por archivo de actuaciones dice, “Además, las falsedades a las que se refiere el mencionado precepto han de ser de las denominadas falsedades esenciales, en el sentido de que lo esencial es la capacidad para producir un perjuicio económico: se trata de falsedades que además de ser idóneas para producir dicho perjuicio, han de estar dirigidas directamente a esta finalidad (dolo), y de ello se deriva la necesidad de que el documento societario falso haya entrado en la esfera del tráfico jurídico mercantil, considerándose esta idoneidad como la capacidad cierta de la acción para incidir en el tráfico económico de la sociedad, tratándose dicha idoneidad de una idoneidad material, no simplemente formal, porque sólo así pueden verse amenazados los bienes jurídicos protegidos, que son tanto el tráfico mercantil, como los intereses económicos de las sociedades, de sus socios y de las personas que se relacionan con ellos (...)”.

Por su parte PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 135, considera que son el patrimonio y el interés general de los potenciales interesados a ser informados de manera veraz y completa acerca de la situación jurídica y económica del ente, que entiende es un bien jurídico intermedio de nueva generación.

¹⁰⁷⁴ GONZÁLEZ VIZCAYA, AP, 10 (1997), 235; FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 39; VALLE MUÑIZ/MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 8ª, 2009, 894. También RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, ADPCP 1996, 437, aun considerando que el nuevo artículo 290 CP no es una mera modalidad de falsedad en documento mercantil en el ámbito societario, sino que el objeto de protección específico de este delito es la transparencia y veracidad de la información social, apunta, en lo que ahora nos interesa, cómo no se castiga “cualquier falsedad material o ideológica en el ámbito societario, cualquier irregularidad o inexactitud, sino el falseamiento de la información societaria, que debe reflejar la situación jurídica y económica de la entidad, en la medida en que ello es relevante para la protección de los intereses económicos de la sociedad, los socios o terceros. Y esta idea debe presidir la interpretación del precepto, a la hora de decidir qué conductas son punibles y cuáles no”.

Consideran que no se puede criminalizar cualquier inexactitud o irregularidad, sino sólo aquellas que sean idóneas para causar perjuicio económico TERRADILLOS BASOCO, Derecho penal de la empresa, 1995, 85; MATA Y MARTÍN, RdS 1995-V, 172; DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios, 1998, 99.

¹⁰⁷⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 472.

la funcionalidad del documento la exigencia de una aptitud lesiva para el patrimonio individual de alguno de los sujetos pasivos enumerados¹⁰⁷⁶.

La falsedad entonces no será un mero instrumento de la comisión del delito sino que con esta fórmula se entenderá protegida la funcionalidad del documento siempre que la falsedad sea idónea para poner en peligro o lesionar el patrimonio que será el segundo bien jurídico protegido, pero no de manera alternativa, sino en unión con el anterior, lo que incluso se podría denominar, si se prefiere hablar de un solo bien jurídico, en vez de un bien jurídico pluriofensivo, de un bien jurídico especial propio y complejo -en el sentido de conformado por la unión de dos bienes jurídicos funcionalidad del documento y patrimonio-. Con la posibilidad de poder hablar de un único bien jurídico complejo se quiere simplemente ahondar la estrecha e íntima relación que existen entre los dos bienes jurídicos propuesto, así como en la necesidad de que los dos sean afectados. Sin embargo, en este trabajo se mantendrá la idea de que son dos los bienes jurídicos protegidos: funcionalidad del documento y patrimonio (y no uno complejo) pero con las notas apuntadas.

La anterior es mi posición, no sólo porque considero que es la más coherente con el tipo penal, a la luz de los principios de legalidad y subsidiariedad, sino porque es la que conlleva las consecuencias más satisfactorias en materia de concursos (y que se desarrollarán en el Cap. 9). Mantengo, por tanto, que es éste un delito pluriofensivo en el que se deberá materializar la lesión de la funcionalidad del documento y al menos el peligro al patrimonio (pues cuando se lesiona este último de manera efectiva se presenta un incremento en la pena), lo que evitará también indeseables supuestos de lagunas de punibilidad. Es claro cómo el legislador ha entendido que falsear es la “acción” especialmente idónea para poder afectar al patrimonio; es una forma especialmente lesiva de afectarlo, y que precisamente a través del falseamiento se puede precisar esa especial relación del sujeto activo con el bien jurídico que justifica la exigencia de una calidad especial, como se explicó *supra*¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 472.

¹⁰⁷⁷ Consideran que aquí se presenta un delito de dominio: CHOCLÁN MONTALVO, LL 2002-7, 1648; GALLEGO SOLER, Responsabilidad penal, 2002, 163; FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 83 ss.; MUÑOZ CONDE, Derecho penal, PE, 19ª, 2013, 498. Por su parte, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 2005, 350 y 389

Recuérdese que nos encontramos ante un delito especial¹⁰⁷⁸, y que para el análisis de estos delitos debe buscarse algo que explique o fundamente su especialidad, en lugar de limitar el análisis a un mero criterio formal como es la calificación del sujeto activo, aunque sin embargo es el primer indicio esencial para su identificación: pues materialmente sólo podrán realizar actos de falseamiento idóneos para afectar la funcionalidad de los documentos sociales y el patrimonio de la sociedad, de los socios o de terceros, quienes sean reconocidos por el ordenamiento como administradores de hecho o derecho de una sociedad constituida o en formación (delito especial propio).

Pero con esta función de medio o instrumental no significa que no se proteja la funcionalidad del documento, entendida como valor específico de los documentos (en concreto las cuentas anuales y los demás documentos que deban reflejar la situación económica y jurídica de la sociedad) como medios de prueba (función probatoria), garantía (función de garante) y perpetuación¹⁰⁷⁹: “Los documentos poseen un valor probatorio (función probatoria) específico frente a otros medios de prueba, en cuanto que el documento prueba mediante la declaración que contiene, atribuida siempre a una persona garante de ella,

sostenía que era un delito de dominio sin matices. Sin embargo, en ediciones posteriores ha ido matizando esa postura (que es, aunque con algunas salvedades la tesis que se plantea en este trabajo) hasta considerar que se trata de un delito de naturaleza mixta, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 466 “En todo caso, si se parte de la base de interpretar que el art. 290 exige la infracción de un deber extrapenal específico, lo que sí cabría afirmar es que el art. 290 se configura como un delito de naturaleza mixta, de dominio y de infracción de un deber, al igual que sucede v. gr. En los delitos de los arts. 279-1º, 282 bis, 289, 305, 307 y 316, en el sentido descrito por mí en MARTÍNEZ-BUJÁN, P.G., IV.4.5. Por lo demás, la configuración del art. 290 como delito de dominio (o, en su caso, como delito de naturaleza mixta) permite llegar a conclusiones político-criminalmente más satisfactorias en materia de delimitación de las conductas prohibidas, en materia de autoría y, en fin, de concursos con otras figuras delictivas”.

Sostienen en cambio que se trata de un delito de infracción de deber: GARCÍA CAVERO, Administrador de hecho, 1999, 181; BACIGALUPO ZAPATER, en: BAJO FERNÁNDEZ (Dir.)/BACIGALUPO SAGGESE / GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.), Gobierno Corporativo, 2008, 164 es un delito de infracción de deber.

¹⁰⁷⁸ La protección del bien jurídico a través de un delito especial va a tener recíprocamente implicaciones en la concreción de la figura del administrador de hecho y en sede de autoría y participación, cuestiones éstas que se analizarán en los Cap. 6 y 7.

¹⁰⁷⁹ Así también FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 38, afirma que teniendo en cuenta el servicio indispensable que cumple el documento en las relaciones jurídicas, el bien jurídico protegido (uno de ellos) es la funcionalidad del documento en las diversas tareas que cumple en el tráfico jurídico. GARCÍA CANTIZANO, Falsedades documentales, 1994, 134; VILLACAMPA ESTIARTE, La falsedad documental, 1999, 84 ss. Mantiene la funcionalidad del documento como bien jurídico en las falsedades documentales DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Dir.), EPB, 2002, 722.

dependiendo además la fuerza probatoria del documento de la persona que emite la declaración –documentos públicos frente a documentos privados, falsedad de autoridades o funcionarios frente a las de particulares- (función de garantía), y en cuanto que la declaración se plasma en un soporte material que la perpetúa sin variaciones en el tiempo (función de perpetuación)”¹⁰⁸⁰.

2. Las cuentas anuales, que son el objeto material del art. 290 CP, son el instrumento de información fundamental para todos los agentes relacionados con las sociedades: la misma sociedad (para la toma de decisiones), los socios y terceros, tengan una relación directa con la empresa (ej. acreedores, trabajadores) o no (la sociedad en su conjunto como interesada en que las sociedades funcionen).

Se trata por tanto y a mi entender, el del art. 290 CP, de un delito de falsedad documental¹⁰⁸¹ en el que las conductas que encajen en la falsedad

¹⁰⁸⁰ Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: COBO DEL ROSAL/MORILLAS CUEVA (Dir.), Comentarios, 2011, 161. En un sentido muy parecido se expresa SILVA SÁNCHEZ, Lecciones, PE, 2ª, 2009, 295: “Estas funciones son tres: la función de perpetuación, la función de garantía y la función probatoria. La primera alude a la capacidad del documento de hacer constar su contenido de forma estable (permanencia). La segunda, a su capacidad de identificar a su autor (autenticidad). La tercera, a su capacidad de ser instrumento de prueba de su contenido (veracidad).

¹⁰⁸¹ Esta es la postura de la doctrina mayoritaria. Por todos, FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 61 ss.; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Consulta 15/1997, de 16 de diciembre, sobre el alcance de la conducta falsaria en el delito societario del art. 290 del Código Penal; MATA Y MARTÍN, RdS 1995-V, 172; GÓMEZ BENITEZ, Derecho penal de los negocios, 2001, 190 s.

FERRÉ OLIVÉ, AP 44 (1998), 880, 883; GÓMEZ BENITEZ, Derecho penal de los negocios, 2001, 190 s.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, ADPCP 1996, 437; DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO/ POLO VEREDA, LH-R. Mourullo, 2005, 1317; CORCOY BISASOLO/MIR PUIG (Dirs.), Comentarios al Código penal, 2011, 645.

La postura minoritaria que considera que no es éste un delito de falsedad, la sostienen: TERRADILLOS BASOCO, en: DEL ROSAL BLASCO, (Coord.), Estudios, 1997, 275; DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios, 1998, 95; PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 385 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, LL 2002-7, 1645; ECHANO BASALDUA, RVAP 87-88 (2010), 420 ss.; CARREÑO AGUADO, La inveracidad en la información, 2013, 222, “En cambio, el falseamiento en sentido estricto consiste en una inveracidad escrita en los documento del art. 290 CP que sea capaz de alterar de modo relevante la imagen fiel de la sociedad, ya sea en su dimensión jurídica o en la económica. El problema es que, desde esta posición, una inveracidad referida a los beneficios que no alterara la imagen fiel de la sociedad en cuestión quedaría excluida del ámbito de aplicación del art. 290; y ello aunque, como ha explicado POLO VEREDA, tal inveracidad perjudicara a los accionistas a través de una merma de los dividendos repartidos”.

La jurisprudencia también ha sido de lo más variada adoptando una y otra posición. Un análisis exhaustivo de las sentencias más relevantes al respecto se encuentra en: ECHANO BASALDUA, RVAP 87-88 (2010), 389 ss.

serán aquellas del art. 390 CP, todas, incluidas las falsedades ideológicas por la asimilación del administrador con los funcionarios públicos¹⁰⁸². Es claro que sólo existe el deber jurídico de veracidad para determinadas personas “que ocupan posiciones especiales”¹⁰⁸³ en la sociedad. Este será el caso de los administradores de hecho y de derecho¹⁰⁸⁴ de una sociedad por su posición, no sólo en relación a la propia sociedad sino también frente a terceros relacionados con la sociedad. En palabras de FARALDO CABANA “se reconoce un deber de veracidad de los administradores en cuanto a los actos propios de su cargo y funciones”¹⁰⁸⁵. El delito de falsedad en documentos sociales será por tanto un tipo específico de falsedad de documento mercantil¹⁰⁸⁶, porque los documentos que se falsean constituyen una clase especial dentro de los mercantiles, en concreto de aquellos que deben reflejar la situación jurídica o económica de las sociedades¹⁰⁸⁷.

Además, a la acción de falsear y por tanto a la lesión de la funcionalidad del documento se le vincula, al menos, una necesaria puesta en peligro del patrimonio. Pero no todos los documentos que se generan por la sociedad serán documentos mercantiles. A tenor de lo establecido por el art. 290 CP lo serán sólo las cuentas anuales y aquellos documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad y los demás documentos serán documentos privados¹⁰⁸⁸.

3. Sin embargo, como se ha advertido, la cuestión de la naturaleza falsaria del art. 290 CP y su encaje en el art. 390 CP ha sido una cuestión muy

¹⁰⁸² Esta cuestión se profundizará en Cap. 4 I.

¹⁰⁸³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Dir.), EPB, 2002, 730.

¹⁰⁸⁴ La concreción de los conceptos de administrador de hecho y de derecho se hará en el Tít. III, Cap. 6.

¹⁰⁸⁵ FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 63.

¹⁰⁸⁶ Así también Consulta 15/1997, de 16 de diciembre, sobre el alcance de la conducta falsaria en el delito societario del art. 290 del Código Penal; NÚÑEZ CASTAÑO, La estafa de crédito, 1998, 431; MUÑOZ CONDE, Derecho penal, PE, 19^a, 2013, 501. RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, ADPCP, 1999, 437, considera que el art. 290 CP no es una mera modalidad de falsedad documental mercantil en el ámbito societario.

¹⁰⁸⁷ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 374 ss.

¹⁰⁸⁸ V. Cap. 4 II. Tít. III donde concreto el concepto de documento mercantil y se expone esta solución.

discutida¹⁰⁸⁹ y por ello también se ha puesto en duda que el bien jurídico “funcionalidad del documento”, que es el que considero se protege en el capítulo de las falsedades documentales¹⁰⁹⁰ y en consecuencia también en el art. 290 CP, sea un bien jurídico protegido por este precepto. En este sentido, recientemente ECHANO BASALDUA¹⁰⁹¹ ha expresado cómo, en un contexto en el que todavía los delitos de falsedad documental se encuentran en un momento de evolución, lo más oportuno resulta, en principio, “la interpretación rechazada por la jurisprudencia actual de forma matizada y sancionar aquellas falsedades ideológicas cometidas por particulares que estén sujetos a un específico deber de veracidad extrapenal – a pesar de que no constituyen delitos de falsedad documental en sentido propio y de que, por ello, algunas son objeto de tipificación específica-, excluyendo, por tanto, la punición de las falsedades ideológicas que constituyen meros engaños perjudiciales para bienes jurídicos de terceros, es decir, que ni afectan a las funciones de los documentos y, por tanto, a su eficacia probatoria, ni están constituidas por la infracción de un específico deber de veracidad impuesto por razón de la posición jurídica (administrador de una sociedad, etc.) que se ocupa”¹⁰⁹².

¹⁰⁸⁹ Se analiza esta cuestión en profundidad en el Cap. 4, sin embargo conviene ahora anticipar algunas cuestiones concretas para poder argumentar razonadamente el por qué de la elección de este bien jurídico.

¹⁰⁹⁰ Mantienen que el bien jurídico protegido en las falsedades documentales es la funcionalidad del documento concretada en las tres funciones fundamentales que el documento representa en el tráfico jurídico (garantía, perpetuación y probatoria), si bien entre ellos con diferentes matices: GARCÍA CANTIZANO, Falsedades documentales, 1994, 133 s.; FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 369; LASCURAÍN SÁNCHEZ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.)/JORGE BARREIRO (Coord.), Comentarios, 1997, 1062; NÚÑEZ CASTAÑO, La estafa de crédito, 1998, 189; VILLACANPA ESTIARTE, La falsedad documental, 1999, 93 ss.; MUÑOZ CONDE, Derecho penal, PE, 19^a, 2013, 501; BACIGALUPO ZAPATER, falsedad documental, 1999, 4 s., da especial importancia a la función probatoria frente a las demás funciones, rechazando que se protejan todas las funciones del documento.

En la doctrina española, mantienen que el bien jurídico es la fe pública CONDE-PUMPIDO TOURÓN, MFC 1999-4, 433 s.

Consideran que el bien jurídico en las falsedades documentales es la seguridad del tráfico jurídico, entre otros, FERNÁNDEZ PANTOJA, Delito de falsedad, 1996, 76 s; CALDERÓN CEREZO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, Manual, PE II, 2005, 441; COBO DEL ROSAL, CPC 56 (1995), 438 s.

Un estudio sobre las diferentes posturas en torno al bien jurídico de las falsedades se encuentra en BOLDOVA PASAMAR, Estudio del bien jurídico, 2000, *passim*.

¹⁰⁹¹ ECHANO BASALDUA, RVAP 87-88 (2010), 421 s.

¹⁰⁹² ECHANO BASALDUA, RVAP 87-88 (2010), 421s.

Una vez expresado esto, ECHANO concluye que “se hace patente que el delito de falseamiento de documentos sociales no tiene naturaleza falsaria, que no es un delito de falsedad documental en el sentido propio del término”¹⁰⁹³. Y precisamente apunta cómo en ello radica su razón de ser: “es una falsedad ideológica impune desde la perspectiva de los delitos de falsedad documental – no afecta a las funciones del documento ni, por tanto, a su eficacia probatoria-, pero digna de sanción como delito societario”¹⁰⁹⁴. Y continúa apuntando: “precisamente por ello queda configurado como un delito especial propio, en el que los sujetos activos quedan limitados a los administradores de hecho y de derecho, a los únicos que están sujetos a un específico deber de veracidad extrapenal respecto de las cuentas anuales y otros documentos que deben reflejar la situación jurídica y económica de la sociedad. Este deber de veracidad tiene su origen en la necesidad de transparencia y veracidad de la información societaria tanto para la seguridad del patrimonio de la sociedad, de los socios y de terceros como para el ordenado desarrollo de la actividad económica”¹⁰⁹⁵.

4. Con esta posición sólo puedo estar de acuerdo en parte. Como ya se ha apuntado, únicamente aquellos particulares con especiales posiciones tienen el deber jurídico de veracidad, el cual se establece, al menos en este precepto, en atención a la relación de estos sujetos con los bienes jurídicos que se busca tutelar. Los administradores societarios son un ejemplo de ello. Así, recordamos que esta tipificación trata efectivamente de un delito especial propio, como también lo apunta ECHANO BASALDUA, pero esto no significa que éste no se trate de un delito de naturaleza falsaria. A mi entender, el hecho de que los administradores societarios puedan cometer falsedades ideológicas de las del art. 390.4 CP no significa que, en la obligación que tienen para con las cuentas anuales y otros documentos que deban reflejar la situación jurídica y económica de la sociedad, no puedan cometer también algunas de las falsedades documentales materiales de los apartados 1, 2, y 3 del art. 390 CP¹⁰⁹⁶. La

¹⁰⁹³ ECHANO BASALDUA, RVAP 87-88 (2010), 422.

¹⁰⁹⁴ ECHANO BASALDUA, RVAP 87-88 (2010), 422.

¹⁰⁹⁵ ECHANO BASALDUA, RVAP 87-88 (2010), 422.

¹⁰⁹⁶ El tema de los concursos se profundizará en el Cap. 8.

naturaleza falsaria del art. 290 CP, como se ha expuesto, a mi entender se torna evidente. Las cuentas anuales y demás documentos societarios con contenido jurídico-económico cumplen una función de prueba, garantía y perpetuación, por lo que la acción recogida por el tipo, la acción de falsear, ha de englobar las cuatro conductas del art. 390 CP y en este sentido será la funcionalidad del documento la que también se proteja junto al patrimonio. Esto no será óbice, insisto, para que, por la especial posición de los administradores y sus especiales deberes que surgen de la posición que tienen frente al objeto de protección penal, se deba incluir la falsedad ideológica que de otra manera sería impune. Pero lo que está claro es que el contenido del que se ha dotado a las conductas de falsedad en documento en el CP español deberán en este sentido ser límite y guía interpretativa para determinar las conductas que encajen en el art. 290 CP. Tampoco con esta argumentación se está queriendo desnaturalizar el contenido propio del art. 290 CP. Al contrario, la justificación de la creación de este delito considero que tiene un fundamento doble. Por un lado está el de castigar con mayor severidad el falseamiento de unos documentos de especial trascendencia¹⁰⁹⁷ (aunque sólo se castigue en la medida en que sea idónea para perjudicar el patrimonio). Por otro lado, el de que, siendo un delito especial, enmarcado en un contexto especial, se pretende encontrar una posición adecuada en el CP a fines sistemáticos y de prevención. Es claro además que de ninguna manera se desnaturaliza el contenido propio del art. 290 CP desde el momento en el que, justamente en sentido contrario, se está afirmando la existencia de un bien jurídico especial propio y complejo que desarrollaré con detenimiento más adelante.

5. Respecto de la primera de las justificaciones es cierto que la severidad del art. 290 CP con respecto al art. 392 CP¹⁰⁹⁸ no es excesivamente relevante,

¹⁰⁹⁷ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 377.

¹⁰⁹⁸ Art. 392 CP "1. El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses; 2. Las mismas penas se impondrán al que, sin haber intervenido en la falsificación, traficare de cualquier modo con un documento de identidad falso. Se impondrá la pena de prisión de seis meses a un año y multa de tres a seis meses al que hiciere uso, a sabiendas, de un documento de identidad falso/ Esta disposición es aplicable aun cuando el documento de identidad falso aparezca como perteneciente a otro Estado de la Unión Europea o a un tercer Estado o haya sido falsificado

especialmente si tenemos en consideración el hecho de que el art. 392 CP no requiere ninguna puesta en peligro de otro bien jurídico. Sin embargo, el que la pena sólo sea ligeramente superior, y siendo en todo caso mayor, permite hacer dos afirmaciones. La primera es que el legislador ha querido proteger especialmente y recoger de manera específica, castigando más duramente, las falsedades de estos documentos que como he afirmado son una especie genuina de documento mercantil. La segunda, por la relación que se exige (al menos peligro) para el segundo bien jurídico, el patrimonio, y la especial transcendencia que tiene para su afectación.

6. Adicionalmente, respecto a la segunda de las afirmaciones, el contexto societario es muy importante. Se exponía en el Cap. 1, III, del Tít. I de este trabajo que la característica común de los delitos societarios es que se trata de actuaciones realizadas en el seno societario por personas que de alguna manera ejercen funciones de toma de decisiones en ésta y que por tanto pueden perjudicar con su actuación, con mayor facilidad (y contrariando precisamente el encargo que se les ha endilgado y para cuyo cumplimiento se les pone en una situación de poder) a la entidad, a los socios o a los terceros. Se ha considerado por tanto que son dos los pilares sobre los que se asentaba la noción de delito societario: por un lado el concepto de sociedad y por otro el del poder en ésta. Esto es lo que en última instancia no sólo califica al sujeto activo, sino también al bien jurídico protegido en el art. 290 CP.

7. Por tanto, por todo lo expuesto, no hay razón alguna para entender que, ante el verbo que utiliza el legislador al concretar la conducta típica en el art. 290 CP: “el que falseare”, no se entienda que se trata de una conducta falsaria, y por tanto ésta deba remitirse a los supuestos del art. 390 CP, pero a todos, por la especial relevancia de las falsedades ideológicas tanto en el ámbito en el que nos encontramos, las sociedades complejas, como por la posición y concretos deberes de quien gestiona esa realidad societaria, los administradores de hecho y de derecho, que es lo que otorga singularidad al art. 290 CP respecto

o adquirido en otro Estado de la Unión Europea o en un tercer Estado si es utilizado o se trafica con él en España.

del art. 392 CP que recoge las falsedades en documento mercantil¹⁰⁹⁹. A diferencia de aquellos autores que consideran que la acción falsaria no debe direccionarse a los supuestos del art. 390 CP, considero que debe ser así porque también los administradores societarios pueden cometer en estos específicos documentos societarios falsedades de tipo material. No siendo el fundamento del art. 290 CP cubrir lagunas de punibilidad que se presentan con las falsedades ideológicas sino, y sobre todo, proteger dos bienes jurídicos especialmente vulnerables a través de la acción falsaria: la funcionalidad de los documentos societarios y el patrimonio de sociedad, socios y terceros, no encuentro ningún problema, al contrario, para que se dé esta remisión (veremos cómo en el Cap. 4) que además otorga una mayor seguridad jurídica a la hora de determinar las conductas punibles y responde a las exigencias de intervención mínima del Derecho penal.

2. Segundo bien jurídico protegido: El patrimonio.

1. Como ya se ha dicho, la funcionalidad del documento no es el único bien jurídico protegido en el art. 290 CP; el otro es el patrimonio. Si hay un elemento fundamental para que una sociedad, al menos de las que le interesan al legislador penal y de la forma en que le interesan, funcione correctamente, éste es el patrimonio. Y el patrimonio no sólo de las sociedades sino de todos aquellos (personas físicas pero muy especialmente otras sociedades) que tengan algún tipo de relación jurídico económica con ella. El patrimonio es el

¹⁰⁹⁹ También son un régimen especial sobre las falsedades del art. 392 CP, las falsedades que contiene en el art. 310 y 261 CP. En este sentido GALLEGO SOLER, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (Dirs.), Comentarios, 2011, 689. Sobre el 310 “El presente delito es una excepción al régimen general de las falsedades documentales (arts. 390 y 392), porque se viene a castigar un supuesto de falsedad ideológica cometida por particular. Tienen cabida en el art. 310 supuestos en los que determinados particulares –los obligados por ley tributaria a la llevanza de contabilidad mercantil, libros o registros fiscales- falten a la verdad en la narración de los hechos. La lesividad del art. 310 se justifica por la imposición a todo obligado tributario de determinadas obligaciones formales que van encaminadas a facilitar el control de la gestión tributaria”

GALLEGO SOLER, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (Dirs.), Comentarios, 2011, 582. Sobre el art. 261 CP “Este precepto, al igual que el art. 290, opera como excepción a la atipicidad de la falsedad ideológica cometida por particular en documento”. Igualmente TERRADILLOS BASOCO, en: TERRADILLOS BASOCO (Coord.), Materiales y lecciones, 2012, 125.

alma de una sociedad; sociedad además entendida en sentido amplio (una concepción que, por cierto, adopta el art. 290 CP). Además, también por las relaciones jurídicas y personales que se entablan a través de las sociedades, es primordial para su buen funcionamiento (y de ahí la protección penal) el patrimonio de los socios, quienes para la consecución de unos determinados fines deciden participar de una sociedad. También requiere una especial protección para el legislador penal el patrimonio de terceros, de todos aquellos que en la confianza de un correcto funcionamiento de las sociedades entablen con ellas relaciones jurídicas, económicas. Y de todo aquello que se podría proteger especialmente dentro de una sociedad (como por ejemplo derechos de los socios, y derechos de los acreedores) el art. 290 CP opta por proteger el patrimonio tanto de la sociedad, como de los socios y de los terceros.

Pero sobre la protección del patrimonio hay que diferenciar que una parte de la doctrina considera que el único bien jurídico protegido en el art. 290 es el patrimonio¹¹⁰⁰ y, por el contrario, otra parte mayoritaria, considera que si bien éste se protege, como se expone en este trabajo, se hace conjuntamente con la funcionalidad del documento, es decir, se trata de un bien jurídico pluriofensivo¹¹⁰¹.

¹¹⁰⁰ FERNÁNDEZ TERUELO, Los delitos societarios, 1998, 164 ss., sostiene que el bien jurídico protegido es exclusivamente el patrimonial; POLO VEREDA, LL 1998-2, 2047; GALLEGO SOLER, en: MIR PUIG/ CORCOY BIDASOLO (Dir.)/ GÓMEZ MARTÍN (Coord.), Nuevas tendencias, 2006, 279, estima que el único bien jurídico protegido es el patrimonio de los sujetos pasivos y el fundamento de la incriminación se encuentra en la concreta posición material que ostenta el administrador en relación con el patrimonio de los sujetos; SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, Derecho penal, PE, 16ª, 2011, 541 considera que lo que se protege, el bien jurídico protegido, es el patrimonio de la sociedad, de los socios y de los terceros. QUERALT JIMÉNEZ, Derecho penal, PE, 6ª, 2010, 585 s. RODRÍGUEZ MOURULLO, Derecho penal económico, 2009, 92 considera que el único bien jurídico protegido es el patrimonio, "El legislador no detiene su preocupación en la veracidad documental, tal como hace en la práctica totalidad de los tipos de falsedades documentales, sino que alude explícitamente bien a la idoneidad de la falsedad para perjudicar patrimonialmente a otro, bien al efectivo perjuicio patrimonial de otro. El tipo pasa de ser un tipo de mera actividad a ser, en su primera modalidad, un tipo de actividad peligrosa idónea para producir un cierto resultado, y, en su segunda modalidad, a ser un delito de resultado, constituido por la lesión del patrimonio. La falsedad se convertiría así en un modo de ataque al patrimonio ajeno o a su seguridad".

¹¹⁰¹ Así FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 370; La misma, El delito societario de falsedad, 2003, 41; GARCÍA CANTIZANO, Falsedades documentales, 1997, 154; SEQUEROS SAZATORNIL, Los delitos societarios, 2003, 63; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 464. Otros autores, además, consideran que se trata de un delito pluriofensivo pero, negando la naturaleza falsaria de la conducta, entienden que el bien jurídico protegido, además del patrimonio, es el derecho a obtener una información completa y veraz sobre la situación de la sociedad: SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 100;

2. El concepto de patrimonio históricamente ha sido controvertido, y ni siquiera hoy parece que haya una unanimidad deseable de criterios al respecto¹¹⁰², a pesar de la extensa bibliografía existente en torno a esta discusión. El desarrollo de las cuestiones que se suscitan excedería con mucho el objeto de este trabajo. Pero siendo uno de los bienes jurídico el patrimonio, lo que sí resulta fundamental es determinar qué concepto de patrimonio se sostiene aquí. Existen diferentes conceptos de patrimonio¹¹⁰³: concepto jurídico, concepto económico, concepto jurídico-económico¹¹⁰⁴.

DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios, 1998, 94; PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 135.

¹¹⁰² FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 65. La doctrina ha utilizado el concepto "patrimonio" en diferentes sentidos: Por todos HUERTA TOLCIDO, Patrimonio inmobiliario, 1980, 29 ss.; DE LA MATA BARRANCO, Apropiación, 1994, 65 ss.

¹¹⁰³ Para un análisis exhaustivo de las diferentes concepciones v. entre otros GALLEGO SOLER, Responsabilidad penal, 2002, 108 ss.

¹¹⁰⁴ No se debe olvidar, además, el concepto funcional de patrimonio. En la doctrina española es mantenido, entre otros por DE LA MATA BARRANCO, Apropiación, 1994, 83 ss., "No es la mera atribución formal o relación estática entre bienes y titular de los mismos la que explica el fundamento material de la protección penal, sino las posibilidades de actuación que esa relación concede a su titular y que fluyen de la función que el objeto de la misma cumple para su propietario. El objeto de protección no puede relacionarse únicamente con la cosa concreta objeto de ataque en su correspondiente estado, puesto que "lo decisivo es la función objetiva de la cosa en su relación con el propietario en la realidad social". Y en la pág. 89 concluye "Este concepto funcional y dinámico de propiedad, respecto a las concepciones formal y económica, implica, de un lado, restringir el ámbito de lo punible; de otro, ampliarlo. La restricción se produce en cuanto los ataques que afecten sólo formalmente a la situación de dominio del propietario no entrarán en el ámbito de protección de los delitos de protección de los delitos de apropiación; la ampliación, en cuanto se sancionará la apropiación de cualquier bien que sea idóneo para satisfacer, en el ámbito patrimonio, los intereses del titular, y no sólo aquella que conlleve un menoscabo o perjuicio valorable contablemente".

Por su parte PASTOR MUNOZ, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LINARES (Dir.), práctica penal económica, 2013, 99 ss aboga por un concepto personal de patrimonio, que además, considera es especialmente adecuado en la interpretación de los delitos societarios, en concreto en el art. 291 y 295 CP, "El análisis del patrimonio y su menoscabo en el seno de los delitos societarios en especial la adopción de acuerdos abusivos del art. 291 CP y la administración fraudulenta del art. 295 CP, pone de relieve que, en la determinación del perjuicio en estos tipos no es adecuado el modo de proceder tradicional consistente en concentrarse en la *disminución patrimonial inmediata* a la adopción del acuerdo (art. 291 o tras la realización del acto de disposición o contracción de una obligación(295) para afirmar o negar la concurrencia de perjuicio. En efecto, la valoración global de la situación patrimonial tras la correspondiente conducta (del art. 291 y del art. 295) no debe tener solamente en cuenta las consecuencias inmediatas de la conducta para el patrimonio de la víctima, sino también las consecuencias a largo plazo, salvo que se pretenda que el Derecho penal considere perjudiciales situaciones que, en términos de estrategia empresarial, son diferentes o, incluso, beneficiosas. En efecto, la interpretación de si los acuerdos abusivos «no benefician a la sociedad» (art. 291) t de su ek acto de disposición del administrador de hecho o de Derecho o del socio causa «directamente un perjuicio económico evaluable» (295) obliga a *revisar los criterios para la determinación de la concurrencia del menoscabo del patrimonio*".

La concepción jurídica del patrimonio le ha sido doctrinalmente atribuida a BINDING¹¹⁰⁵. Según esta concepción la protección penal del patrimonio es independiente del valor económico del resultado dañoso, concretándose y entendiéndose que éste existe en el momento en que haya un perjuicio formal de lesión. Algunos autores han considerado que esta concepción resultaba demasiado restringida por negar la protección a bienes que, siendo de gran valor económico en el tráfico, no estén jurídicamente concretados, por lo que ese patrimonio no dispondría de protección penal¹¹⁰⁶. En cambio, la concepción económica del patrimonio, desde presupuestos absolutamente diferentes, incluso contrarios a la anterior, concreta el patrimonio en base al precio de mercado que en el tráfico jurídico quepa atribuir al concreto objeto o posición fáctica cuestionados¹¹⁰⁷.

La concepción llamada mixta o jurídico-económica de patrimonio que fue propuesta en la doctrina española por BAJO FERNÁNDEZ¹¹⁰⁸ pretendió “aunar coherentemente los presupuestos de ambas para evitar las indeseables consecuencias a que conducía cada una de ellas individualmente consideradas”¹¹⁰⁹. Por mi parte, mantendré justamente este concepto de patrimonio, un concepto económico-jurídico que no supone un ataque a todo el patrimonio en su totalidad sino sólo una lesión o puesta en peligro de alguno o algunos de los elementos que lo componen¹¹¹⁰. Además, siguiendo a PAREDES CASTAÑÓN¹¹¹¹, se adoptará un concepto de patrimonio en sentido funcional. Es decir “no como pura realidad económica (bienes tenidos de hecho por el sujeto), pero tampoco en un sentido estrictamente “jurídico” (conjunto de bienes sujetos a derechos subjetivos de contenido patrimonial), sino más bien funcional (la detentación de bienes como relación social con funciones propias)”¹¹¹². Será

¹¹⁰⁵ Así, GALLEGOS SOLER, Responsabilidad penal, 2002, 111 s.

¹¹⁰⁶ HUERTA TOLCIDO, Patrimonio inmobiliario, 1980, 30.

¹¹⁰⁷ GARCÍA MOSQUERA, La estafa de seguro, 2006, 175.

¹¹⁰⁸ BAJO FERNÁNDEZ, Derecho penal económico, 1978, 167.

¹¹⁰⁹ GARCÍA MOSQUERA, La estafa de seguro, 2006, 176.

¹¹¹⁰ FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 40 ss.

¹¹¹¹ PAREDES CASTAÑÓN, PJ 46 (1997), 239 ss.

¹¹¹² PAREDES CASTAÑÓN, PJ 46 (1997), 239 s.

preciso, entonces, para poder hablar de patrimonio, estar ante bienes reconocidos en el tráfico jurídico como propios del sujeto¹¹¹³.

Es necesario para que la intervención penal resulte legítima, un ataque a la integridad de la composición del patrimonio y otro a su valor económico¹¹¹⁴.

3. También es necesario concretar el concepto de perjuicio patrimonial, en el sentido de que se precisa, para la consumación del tipo, la idoneidad de la acción típica para causar un perjuicio económico (en el primer inciso del art. 290 CP) o la lesión (en el segundo inciso del art. 290). En este sentido se entenderá por perjuicio económico: “cualquier menoscabo patrimonial verificado según el criterio del saldo total, esto es la comparación entre estado patrimonial anterior a la acción delictiva y el estado patrimonial posterior”¹¹¹⁵. Este es el criterio del saldo global¹¹¹⁶. Es decir, “existirá perjuicio patrimonial siempre y desde el momento en el que se produzca una alteración del valor económico del patrimonio, en sentido depreciatorio, respecto del valor precedente, a raíz de una actuación del sujeto activo en cuestión”¹¹¹⁷. Así, con GALLEGO SOLER¹¹¹⁸, la puesta en peligro del patrimonio puede concebirse como un supuesto de perjuicio patrimonial que opera, generalmente, en el ámbito de los negocios jurídicos sinalagmáticos¹¹¹⁹.

B. La forma de protección del bien jurídico

1. Aproximación

¹¹¹³ PAREDES CASTAÑÓN, PJ 46 (1997), 240.

¹¹¹⁴ PAREDES CASTAÑÓN, PJ 46 (1997), 242.

¹¹¹⁵ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 68; DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios, 1998, 99 s.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 473 s.

¹¹¹⁶ FARALDO, El delito de falsedad, 2003, 71 ss.

¹¹¹⁷ PAREDES CASTAÑÓN, PJ 46 (1997), 251.

¹¹¹⁸ GALLEGO SOLER, en: MIR PUIG/ CORCOY BIDASOLO (Dir.)/ GÓMEZ MARTÍN (Coord.), Nuevas tendencias, 2006, 233.

¹¹¹⁹ GALLEGO SOLER: Responsabilidad penal, 2002, 386 y ss.

Una vez resueltos cuáles son los bienes jurídicos protegidos, procede entrar a la cuestión de cómo se concretan las técnicas de tutela que hemos dicho operan en el art. 290 CP.

Como se ha dicho anteriormente, el art. 290 CP protege la funcionalidad del documento a través de un delito de lesión, y el patrimonio a través de la fórmula de los delitos de peligro hipotético¹¹²⁰, siendo los dos especiales (propios) por utilizarse la técnica de que restringe el posible círculo de autores (esto es, la del delito especial propio). Es así que en cuanto al resultado para la funcionalidad del documento, siguiendo a FARALDO CABANA¹¹²¹, los dos párrafos del art. 290 CP contienen un delito de lesión y en cuanto al bien jurídico patrimonio, el art. 290 CP prevé en su párrafo primero un delito de aptitud, por tanto de peligro abstracto¹¹²²; mientras que el segundo contempla la posibilidad de que efectivamente se haya causado un perjuicio económico.

En cuanto a la funcionalidad del documento, se considerará que ésta ha sido lesionada cuando la falsedad sea lo suficientemente relevante como para

¹¹²⁰ Consideran que estamos ante un peligro hipotético: FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 389; El delito societario de falsedad, 2003, 69; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 41 s.; FERNÁNDEZ TERUELO, Los delitos societarios, 1998, 190 s.; LL 2002-5, 1677, indica que si falta la aptitud para causar perjuicio económico sencillamente no hay delito; NÚÑEZ CASTAÑO, La estafa de crédito, 1998, 442; POLO VEREDA, LL 1998-2, 2047; DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios, 1998, 94; VALLE MUÑIZ/MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 8ª, 2009, 398; RODRÍGUEZ MOURULLO, Derecho penal económico, 2009, 51 “tipo de actividad peligrosa idónea”; LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 170; ALCÁCER GUIRAO, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LINARES (Dirs.), Práctica penal económica, 2013, 562; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PG, 4ª, 2014, 210.

Consideran que es un delito de peligro concreto: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, LH- R. Mourullo, 2005, 1329 ss., parece en un primer momento que mantiene una figura de delito de peligro concreto pero acaba por no considerarlo así; QUERALT JIMÉNEZ, Derecho penal, PE, 6ª, 2010, 600.

¹¹²¹ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 388.

¹¹²² CARREÑO AGUADO, La inveracidad en la información, 2013, 227 “desde una primera perspectiva, cabe concebir la falsedad en la información social del art. 290 CP como un delito de peligro concreto contra el patrimonio. Esta interpretación, sin embargo, convierte al precepto en una especie de tentativa de estafa expresamente tipificada, o bien –como han sugerido algunos autores– como una modalidad del tipo clásico de estafa, lo cual resulta insuficiente para justificar su utilidad. En cambio, una definición del injusto del art. 290 en términos bi-ofensivos, como delito contra el patrimonio y contra un bien jurídico supraindividual espiritualizado –como el valor probatorio de los documentos sociales, el buen funcionamiento de las sociedades en sentido amplio o el principio mercantil de imagen fiel–, superaría el anterior escollo”.

afectar a las funciones de garantía, prueba y perpetuación y además se introduzca en el tráfico jurídico¹¹²³.

Es respecto a la técnica de protección del patrimonio que se suscitan más problemas¹¹²⁴. Parte de la doctrina mantiene, al igual que lo que sostengo en este trabajo, que la técnica de tutela para el patrimonio es la del peligro hipotético¹¹²⁵, y advierte que conforme a las exigencias planteadas para esta técnica “el juez ha de determinar si la conducta es idónea para causar daños al patrimonio de manera abstracta, sin atender a las circunstancias que le rodean

¹¹²³ Será en la Tercera Parte, Cap. 4 de esta tesis, donde se precisará cómo se entenderá que este bien jurídico se verá lesionado, con qué conductas y en el Cap. 4 B cuándo se producirá la lesión.

¹¹²⁴ Igualmente que con respecto al bien jurídico funcionalidad del documento si bien aquí se plantean algunas de las bases de la afectación al patrimonio en relación con las técnicas de tutela utilizadas será en el Cap. 4 B donde se determinará cuándo el delito del art. 290 se entenderá o no consumado.

¹¹²⁵ Muy crítico con la inclusión de esta técnica de tutela en el art. 290 CP es CARREÑO AGUADO, La inveracidad en la información, 2013, 226 por considerar que con esta se introducen barreras cuantitativas que sólo perjudican a las pequeñas empresas. En este sentido indica “(...) estimo necesario repensar el significado de la idoneidad a la que el art. 290 CP se refiere ya que, tal y como se halla actualmente configurado el precepto, este favorece el falseamiento societario menor en las grandes sociedades al tiempo que sanciona idénticas conductas en pequeñas y medianas empresas. Y es que considero del todo rechazable el recurso a horizontes cuantitativos de punibilidad en delitos como los societarios, que pueden ser cometidos por sujetos activos tan desiguales cuantitativamente (...) El bien tutelado no es otro que el principio mercantil de “imagen fiel” de una sociedad que actúa en el mercado. Expresión que no puede reducirse a las cuentas anuales, a las que se refiere en primer término el art. 290 CP, sino que, a efectos de determinación del riesgo típicamente relevante en sede de imputación objetiva, será imagen fiel la que sea relevante, cuantitativa y cualitativamente, para transmitir la representación de la empresa en el concreto contexto, de conformidad con el concepto económico de “hecho balanceable”. Una sociedad ofrece una imagen fiel de sí en cada actuar, que se corresponde con el de la expectativa que genera. De la interpretación actual de la expresión cabe extraer que la idoneidad para causar un perjuicio que exige el art. 290 CP es en realidad un requisito cuantitativo indeterminado dependiente, por un lado, de la clase de documento sobre el que recaiga la falsedad, y, por otro, del tamaño de la sociedad en cuyo seno tiene lugar la acción típica. Lo cual, paradójicamente, favorece el falseamiento societario menor en las grandes sociedades al tiempo que sanciona idénticas conductas en pequeñas y medianas empresas”.

Finalmente el autor pág 480 plantea su eliminación.

En este punto simplemente quisiera anotar que el hecho de que la jurisprudencia (como él mismo apunta) y la práctica judicial existente por el momento en torno al art. 290 CP intervenga en supuestos básicamente de pequeñas y medianas empresas (se retomará esta cuestión en el Cap. 10) considero que no es de ninguna manera un problema imputable a la existencia de esta cláusula de idoneidad, la cual me parece adecuada a fin de delimitar el ámbito de intervención penal en aras de adecuarse conforme al principio de intervención mínima. Más bien creo que es una cuestión de voluntad política, de intervenir verdaderamente en los supuestos más graves que son aquellos de las empresas que cotizan en bolsa y de tomarnos en serio el control de las auditorías (v. Cap. 10) así como, por qué no la RSC en las pequeñas empresas que en este sentido podrían utilizar el instrumento de la mediación, como herramienta para la justicia restaurativa que tan de la mano va con la RSC para solventar conflictos y prevenir en otros futuros que pudieran tener índole penal. En este sentido V. NIETO MARTÍN, en: ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN (Dirs.), Autorregulación y sanciones, 2008, *passim*.

para producir un peligro en relación con el patrimonio. Así que el tipo sólo exige que la conducta sea peligrosa *ex ante*¹¹²⁶.

Atendiendo a lo expuesto anteriormente en relación al peligro hipotético y lo definido por TORÍO LÓPEZ para este delito del art. 290 CP, nos encontramos con que los delitos de peligro hipotético exigen que la acción sea adecuada, apta, para producir un peligro al objeto de protección¹¹²⁷; en este caso a uno de ellos, el patrimonio.

El anteproyecto de 1994 exigía que el falseamiento se hiciera “para causar un perjuicio económico”. En concreto, sancionaba a “los administradores de hecho o de derecho de una sociedad mercantil que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, para causar un perjuicio económico a ésta, a alguno de sus socios, o a un tercero...”. Sin embargo, la actual redacción no emplea esa expresión criticada por algunos autores¹¹²⁸ y alabada por otros¹¹²⁹, sino que utiliza la técnica del peligro hipotético¹¹³⁰.

Al ser delitos de peligro posible, no requieren que la acción determine un peligro efectivo, pero sí que éstos puedan originar un estado que suponga la probabilidad de un daño o lesión¹¹³¹. Esta estructura del peligro hipotético exige que “la acción, según un juicio de pronóstico, a formular *ex ante* por el juez, sea definida como comportamiento apto para hacer peligrar el objeto de protección”¹¹³². Como ya se señaló, en palabras de TORÍO LÓPEZ:

“lo hipotético de los delitos de peligro hipotético se refiere a que si bien el delito requiere una acción que por sus propiedades materiales sea susceptible de ser considerada según un juicio de pronóstico como peligrosa para el objeto de protección, el juez debe además verificar si en la situación concreta ha sido

¹¹²⁶ PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 143 ss.

¹¹²⁷ TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1981, 839.

¹¹²⁸ FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 69.

¹¹²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, los delitos societarios, 1996, 59 ss.

¹¹³⁰ Incluso MATA Y MARTÍN, RdS 1995-V, 172 hace una interpretación del tipo como si el tenor literal del actual texto del art. 290 CP mantuviese la expresión “para causar perjuicio económico”.

¹¹³¹ TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1981, 839.

¹¹³² TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1981, 841.

posible un contacto entre acción y bien jurídico, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para éste. Ha de plantearse, pues, la hipótesis de si la acción comprobadamente peligrosa hubiera podido determinar un resultado peligroso. En los delitos de peligro hipotético es preciso acreditar la peligrosidad de la acción (desvalor real de la acción) y la posibilidad del resultado peligroso (desvalor potencial de resultado) como exigencias del tipo”¹¹³³.

Son por tanto dos los juicios que será necesario hacer, uno *ex ante* debiendo analizar si la conducta del sujeto es apta para producir un peligro para el bien jurídico y uno *ex post* sobre, como dice TORÍO LÓPEZ, “la posibilidad del resultado de peligro” en la situación concreta¹¹³⁴. De esta manera considera MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ¹¹³⁵ “la idoneidad lesiva para el bien jurídico se erige como un elemento valorativo inexcusable del tipo de injusto”. Además, los términos de aptitud habrán de ser abarcados por el dolo del autor, cuando menos a título de dolo eventual¹¹³⁶.

Por el contrario, también siguiendo a TORÍO LÓPEZ¹¹³⁷, hay que entender que si el sujeto adoptó previamente las medidas necesarias para evitar toda posibilidad de que se produjese un efectivo peligro para dicho bien jurídico, quedaría excluida la tipicidad.

También DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA¹¹³⁸ consideran que “si lo que ha de ser idóneo para el tipo de injusto es el comportamiento visto en su conjunto, éste viene caracterizado por los siguientes datos concretos: a) la

¹¹³³ TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1981, 846.

¹¹³⁴ Así también FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 379: “La consumación del tipo básico contenido en el primer párrafo del art. 290 se produce desde el momento del falseamiento idóneo para causar un perjuicio económico a la sociedad, a alguno de los socios o a un tercero. Como corresponde a los delitos de aptitud, según la caracterización que les ha otorgado TORÍO LÓPEZ, habrá que realizar dos juicios: el juicio impersonal de pronóstico desde un punto de vista *ex ante*, acerca de la peligrosidad de un resultado peligroso, desde un punto de vista *ex post*, en el que se verifique si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre el falseamiento de los documentos y el patrimonio de los sujetos pasivos, como consecuencia del cual hubiera podido producirse un peligro efectivo para dicho patrimonio”.

¹¹³⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PG, 3ª, 2011, 195. El mismo autor en Derecho penal económico, PG, 4ª, 2014, 212 amplía y expone cómo “lo verdaderamente identificador de estos delitos es la incorporación explícita al injusto de elementos típicos normativos “de aptitud”, o sea, elementos de valoración sobre la potencialidad lesiva de la acción del agente, cuya concurrencia habrá de ser constatada por el juez”.

¹¹³⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PG, 4ª, 2014, 213.

¹¹³⁷ TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1981, 838.

¹¹³⁸ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, LH- R. Mourullo, 2005, 1329.

realización de una falsedad, la cual en términos matemáticos operaría como una constante necesaria, pero no suficiente b) la naturaleza del documento en que se inserta dicha mendacidad c) el destino concreto que se va a dar al documento y las circunstancias que lo rodean”.

GARCÍA DE ENTERRÍA considera (y critica) que la aptitud para causar un perjuicio patrimonial implica “configurar el falseamiento de la información social como un “delito de peligro abstracto” o de “actividad”, que no exige la materialización ni la prueba de ningún perjuicio económico real y que se consume en todos sus extremos con el simple fraude en la información suministrada¹¹³⁹. De este modo afirma que “lo que todo esto supone, en definitiva, es la necesidad de valorar la conducta falsaria por sí misma y de forma objetiva, ponderando la trascendencia intrínseca de los extremos inciertos u omitidos y su aptitud para inducir a los destinatarios de la información a tomar una decisión equivocada, sin necesidad de acreditar ninguna relación de causalidad entre la falsificación del documento y cualquier tipo de daño patrimonial (aunque este dato sí que influirá, en su caso, en la determinación de la pena aplicable)”¹¹⁴⁰. Ello implica, al propio tiempo, continúa diciendo el autor, “que sólo las falsedades u omisiones que distorsionen u oculten gravemente la verdadera situación social y que comporten un notable riesgo de lesividad podrán ser perseguidas a través de este tipo; las simples inexactitudes o irregularidades contables que objetivamente carezcan de entidad suficiente para ofrecer una imagen falseada de la realidad jurídica o económica de la sociedad no bastarán en modo alguno para integrar el comportamiento típico”¹¹⁴¹.

Sin embargo, a mi entender esta interpretación no se ajusta fielmente a la figura de los delitos de aptitud, los cuales exigen un juicio de probabilidad de la idoneidad de la conducta para afectar al bien jurídico, en este caso el patrimonio de sociedad, socios y terceros *ex ante*, pero también *ex post*¹¹⁴².

¹¹³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1996, 61.

¹¹⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1996, 63.

¹¹⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1996, 63.

¹¹⁴² Así también FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 389 s.; FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 68 ss.

2. El concepto “correcto funcionamiento de las sociedades” como criterio de valoración *ex ante* de “la posibilidad del resultado de peligro” en la situación concreta.

2.1. Introducción

Para comenzar a concretar la técnica de tutela utilizada en el art. 290 CP para proteger el patrimonio, parece conveniente definir, en primer lugar, algunos indicios que nos van a permitir entender en qué supuestos *ex ante* podríamos estar ante una falsedad idónea para causar un perjuicio económico y en cuáles no, sin perjuicio de la concreta valoración que haya que hacer en cada caso, es decir, *ex post*. En este sentido, y como ya he adelantado anteriormente, considero es de especial importancia el concepto de “correcto funcionamiento de las sociedades” como concepto cuyo contenido (conjuntamente con otros) nos permitirá determinar cuándo, una vez que se ha verificado que existe una falsedad, podremos estar ante una situación que *ex ante* tendencialmente pudiera poner en peligro al patrimonio, sin perjuicio de la subsiguiente valoración *ex post*.

2.2. El correcto funcionamiento de las sociedades como correcta gestión. Los deberes de diligencia y lealtad de los administradores.

1. A efectos de determinar el contenido del correcto funcionamiento de las sociedades, relacionado con la correcta gestión, nos interesan especialmente, como se anticipó, los deberes fiduciarios generales de los administradores. Ambos dos, el deber de diligencia consagrado en el art. 225 LSC¹¹⁴³ y el de lealtad recogido en el art. 226 LSC¹¹⁴⁴, “expresan la voluntad hipotética de los socios consistente en que los administradores desempeñen su cargo esforzándose en la consecución del interés social y absteniéndose de

¹¹⁴³ Art. 225 LSC. “Deber de diligente administración. 1. Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario; 2. Cada uno de los administradores deberá informarse diligentemente de la marcha de la sociedad”.

¹¹⁴⁴ Art. 226 LSC.” Deber de lealtad. Los administradores desempeñarán su cargo como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad, y cumplirán los deberes impuestos por las leyes y los estatutos”.

obtener ventajas propias a costa del sacrificio de la sociedad, y evita los costes inherentes a una regulación exhaustiva de la diversa tipología de conflictos de intereses”¹¹⁴⁵.

En primer lugar, el deber de diligencia es un deber que exclusivamente se debe ejercer con respecto a la sociedad y “cuya característica reside en que no exige de los administradores el cumplimiento de una específica conducta sino que desempeñen su cargo cumpliendo con el modelo de conducta que lo define”¹¹⁴⁶. Es más, la doctrina entiende que “establecer *ex ante* todas las conductas que exige el desarrollo de esa actividad no sólo resulta impracticable, pues resulta prácticamente imposible prever todas las conductas exigibles, sino también improcedente, pues llegado un punto de concreción los beneficios de una regulación más detallada no compensan los costes de llevarla a cabo”¹¹⁴⁷. Siguiendo a ORIOL LLEBOT “el deber de diligencia constituye pues una cláusula general residual para enjuiciar todas aquellas conductas de los administradores que ponen de manifiesto el tipo de conflictos de intereses que persiguen evitar su imposición”¹¹⁴⁸.

Pero también es cierto que el modelo que elige la LSC es uno, el de “ordenado empresario”, que carece de un contenido concreto y que, por tanto, deberá dársele en cada supuesto¹¹⁴⁹. No obstante, pueden precisarse algunos deberes que claramente comprendería este deber de diligencia, y que permiten entender qué tipo de funcionamiento de la sociedad se pretende alcanzar como correcto: el deber de ejercer el cargo¹¹⁵⁰, el deber de informarse¹¹⁵¹, el deber de

¹¹⁴⁵ ORIOL LLEBOT, en: BELTRÁN/ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (Dir.)/CAMPUZANO LAGUILLO, (Coord.), La responsabilidad de los administradores, 5ª, 2013, 28. Sobre los deberes generales, v. también GUERRA MARTÍN, Sociedades de capital, 2011, 52 ss.; BROSETA PONT/MARTÍNEZ SANZ, Manual I, 2011, 427-430.

¹¹⁴⁶ ORIOL LLEBOT, en: BELTRÁN/ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (Dir.)/CAMPUZANO LAGUILLO, (Coord.), La responsabilidad de los administradores, 5ª, 2013, 29.

¹¹⁴⁷ ORIOL LLEBOT, en: BELTRÁN/ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (Dir.)/CAMPUZANO LAGUILLO, (Coord.), La responsabilidad de los administradores, 5ª, 2013, 29.

¹¹⁴⁸ ORIOL LLEBOT, en: BELTRÁN/ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (Dir.)/CAMPUZANO LAGUILLO, (Coord.), La responsabilidad de los administradores, 5ª, 2013, 29.

¹¹⁴⁹ GUERRA MARTÍN, Sociedades de capital, 2011, 58.

¹¹⁵⁰ Art. 225.1 LSC. “Deber de diligente administración. 1. Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario”.

¹¹⁵¹ Art. 225.2 LSC. “Deber de diligente administración. 2. Cada uno de los administradores deberá informarse diligentemente de la marcha de la sociedad.”

imparcialidad¹¹⁵² y la necesaria discrecionalidad de las decisiones empresariales¹¹⁵³.

Igual que el deber de diligencia, el deber de lealtad integra el contrato de administración concluido entre los administradores y la sociedad. Es un deber general formulado en términos generales¹¹⁵⁴. También será, por tanto, una cláusula residual, en la que habrá de entenderse por interés general al interés de la sociedad¹¹⁵⁵. Entre algunos de los deberes que presupone el art. 226 LSC, se encuentran: la prohibición de realizar transacciones con la sociedad, la prohibición de explotar la posición de administrador¹¹⁵⁶, la prohibición de

¹¹⁵² Art. 229 LSC: "Situaciones de conflicto de intereses. 1. Los administradores deberán comunicar al Consejo de Administración y, en su defecto, a los otros administradores o, en caso de administrador único, a la Junta General cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con el interés de la sociedad. El administrador afectado se abstendrá de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiera/ 2. Los administradores deberán, asimismo, comunicar la participación directa o indirecta que, tanto ellos como las personas vinculadas a que se refiere el artículo 231, tuvieran en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social, y comunicarán igualmente los cargos o las funciones que en ella ejerzan/ 3. Las situaciones de conflicto de intereses previstas en los apartados anteriores serán objeto de información en la memoria.

¹¹⁵³ Art. 232 LSC.: "Deber de secreto. 1. Los administradores, aun después de cesar en sus funciones, deberán guardar secreto de las informaciones de carácter confidencial, estando obligados a guardar reserva de las informaciones, datos, informes o antecedentes que conozcan como consecuencia del ejercicio del cargo, sin que las mismas puedan ser comunicadas a terceros o ser objeto de divulgación cuando pudiera tener consecuencias perjudiciales para el interés social/ 2. Se exceptúan del deber a que se refiere el apartado anterior los supuestos en que las leyes permitan su comunicación o divulgación a tercero o que, en su caso, sean requeridos o hayan de remitir a las respectivas autoridades de supervisión, en cuyo caso la cesión de información deberá ajustarse a lo dispuesto por las leyes/ 3. Cuando el administrador sea persona jurídica, el deber de secreto recaerá sobre el representante de ésta, sin perjuicio del cumplimiento de la obligación que tengan de informar a aquélla."

¹¹⁵⁴ GUERRA MARTÍN, *Sociedades de capital*, 2011, 65.

¹¹⁵⁵ GUERRA MARTÍN, *Sociedades de capital*, 2011, 66.

¹¹⁵⁶ Art. 227 LSC: "Prohibición de utilizar el nombre de la sociedad y de invocar la condición de administrador. Los administradores no podrán utilizar el nombre de la sociedad ni invocar su condición de administradores de la misma para la realización de operaciones por cuenta propia o de personas a ellos vinculadas".

aprovechar oportunidades de negocio¹¹⁵⁷, la prohibición de entrar en competencia con la sociedad¹¹⁵⁸¹¹⁵⁹.

2. Pero además, por otro lado, habría una segunda clasificación de las competencias de los administradores. De este modo, nos encontramos con una competencia de gestión en sentido estricto, donde estarán comprendidos los actos referidos a la actividad y planificación empresarial que persiguen mejorar la productividad y competitividad de la empresa, incluyendo en el plano societario determinadas actuaciones que son objeto de regulación expresa, como la formulación de las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación de resultados o la distribución de dividendos en cuenta¹¹⁶⁰. Por otro lado están las competencias de la administración en cuanto órgano social, que están referidas a la organización de la sociedad, ej. Convocar la Junta General, velar por el respecto del principio de igualdad, nombrar auditores, colaborar con los liquidadores.

3. La pregunta, que ya antes se planteaba para analizar la viabilidad del correcto funcionamiento como bien jurídico protegido en el art. 290 CP es: ¿Qué se entenderá entonces por correcto funcionamiento de las sociedades?

De todo lo expresado hasta el momento, para el correcto funcionamiento de la sociedad, se derivan las siguientes exigencias que ahora se exponen¹¹⁶¹. O

¹¹⁵⁷ Art. 228 LSC: "Prohibición de aprovechar oportunidades de negocio. Ningún administrador podrá realizar, en beneficio propio o de personas a él vinculadas, inversiones o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo, cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o la sociedad tuviera interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador".

¹¹⁵⁸ Art. 230 LSC: "Prohibición de competencia. 1. Los administradores no podrán dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social, salvo autorización expresa de la sociedad, mediante acuerdo de la Junta General, a cuyo efecto deberán realizar la comunicación prevista en el artículo anterior; 2. En la sociedad de responsabilidad limitada cualquier socio podrá solicitar del juez de lo mercantil del domicilio social el cese del administrador que haya infringido la prohibición anterior; 3. En la sociedad anónima, a petición de cualquier accionista, la Junta General resolverá sobre el cese de los administradores que lo fueren de otra sociedad competidora".

¹¹⁵⁹ Al respecto v. GUERRA MARTÍN, *Sociedades de capital*, 2011, 67 ss.

¹¹⁶⁰ GUERRA MARTÍN, *Sociedades de capital*, 2011, 42 ss.

¹¹⁶¹ Justo en este extremo es en el que se concreta lo que anteriormente afirmaba -en relación con la negación de que el bien jurídico protegido en el art. 290 fuese el correcto

dicho de otro modo, se considerará que una sociedad funciona -o cumple con las exigencias para poder funcionar- correctamente, y por tanto cumple con las implicaciones de las exigencias del correcto funcionamiento cuando¹¹⁶²:

- La sociedad toma decisiones coherentes con toda la información posible a su alcance. Es decir, antes de cualquier decisión la sociedad tiene que conocer la situación en que se encuentra en relación con el mercado y otros agentes externos.

- Las decisiones que guíen a la sociedad tienen que tomarse en interés de la sociedad y no de alguno(s) de sus socios o en interés de otras sociedades. En este sentido se debería decir que no puede estar afectada en su toma de decisiones por estos factores externos que se alejen del interés de la sociedad, debe ser autónoma.

funcionamiento de las sociedades y la tesis de LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, en: BOIX REIG (Dir.), DDPE, 2008, 33 sobre el art. 295 CP- sobre el hecho de que el planteamiento de estos autores es de algún modo cercano al que aquí se expone. Ellos consideran que “podemos sostener que en la administración fraudulenta se protege en primer término el patrimonio tanto social, como el patrimonio de los socios y de terceros equiparados (cuentapartícipes, depositarios, titulares de valores o bienes administrados), pero también el correcto funcionamiento de las sociedades, del sistema societario, la confiabilidad o fiabilidad en y de las sociedades, del sistema societario, como bien jurídico colectivo o supraindividual. Ambos bienes jurídicos van de la mano, porque no se castiga el menoscabo del patrimonio social o individual sin más, sino el menoscabo del patrimonio social o individual de una manera determinada, que implica una infracción de un deber que se tiene como fundamental dentro de las relaciones societarias: la lealtad, y por otro lado, por unas personas determinadas, los administradores de hecho y de derecho y los socios (como veremos, los que también sean administradores), lo que vuelve a apoyar la idea de que no vale cualquier lesión del patrimonio social o individual sino que sólo interesa la realizada por aquellos que habitualmente gestionan y se mueven como operadores económicos dentro del sistema social de las correspondientes sociedades”. En esta tesis la infracción de deberes propios del cargo de administración, eje central de las relaciones en la sociedad, fundamenta que el correcto funcionamiento de las sociedades sea un bien jurídico. En este trabajo, de forma diferente, esos deberes, considerándolos igualmente importantes, son el fundamento para dotar de contenido material al concepto correcto funcionamiento que servirá de criterio definidor de determinadas conductas peligrosas.

¹¹⁶² Es necesario advertir, como lo hace SALAS FUMÁS, Análisis financiero 90 (2003), 19 que “La doctrina jurídica ha definido los deberes de diligencia y lealtad de los administradores como un medio para delimitar las responsabilidades que asumen con la empresa y con quienes se relacionan con ella, y responder del cumplimiento de las mismas delante de los tribunales de justicia. El Informe Aldama recoge algunas propuestas iniciales del Informe Olivencia sobre los deberes de los administradores, y recomienda un mayor desarrollo legislativo en materia de deberes y responsabilidades de quienes se encargan de la administración de la sociedad. La propuesta nos parece de gran interés pero al mismo tiempo creemos que su puesta en práctica requiere clarificar cuestiones tan importantes como a quién deben responsabilidad los administradores, a través de qué indicadores de resultados se va a evaluar el cumplimiento de esos deberes y cuáles son las relaciones entre los administradores y la empresa y entre las empresas del mismo grupo, que son más susceptibles de desencadenar conflictos de interés”.

- El deber de lealtad, visto desde la perspectiva de las exigencias para un buen funcionamiento de las sociedades, lo que hace es confirmar esa característica central, fundamental, que debe tener la sociedad en sus actuaciones (en particular, aquellas que directamente ordena el administrador): la exclusión de cualquier actuación que no vaya en interés de toda la sociedad, sino de alguno(s) de sus socios o de terceros, o incluso en interés del propio administrador.

Y es que, aunque parezca evidente, en la protección penal este rasgo caracterizador tiene que jugar un rol esencial, pues en última instancia manifiesta la esencia de toda sociedad: generar un espacio de interés común (no general, en los mismos términos de lo público, pero sí en cuanto al sector que recoge y las personas que reúne como un colectivo) en el que puedan participar las personas en pro del beneficio común. Se entenderá entonces que una sociedad funciona correctamente desde el momento en el que el/los administrador/es llevan a cabo sus funciones conforme a lo establecido en las leyes y estatutos.

2.3. Las obligaciones de los administradores en relación con las cuentas anuales.

Además, en el art. 290 CP el correcto funcionamiento, entendido como una correcta gestión, se concreta en los deberes que tienen los administradores en relación con las cuentas anuales y otros documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad. Los preceptos donde se imponen estos deberes o los fundamentos para dotar de contenido a estas exigencias son los arts. 25 y 34 del CCom y 253 y 254 LSC.

Por un lado, el art. 25 CCom establece que:

“1. Todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las leyes o disposiciones especiales, un libro de Inventarios y Cuentas anuales y otro Diario;
2. La contabilidad será llevada directamente por los empresarios o por otras

personas debidamente autorizadas, sin perjuicio de la responsabilidad de aquéllos. Se presumirá concedida la autorización, salvo prueba en contrario”.

Por su parte, el art. 34 CCom dispone que:

“1. Al cierre del ejercicio, el empresario deberá formular las cuentas anuales de su empresa, que comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria. Estos documentos forman una unidad. El estado de flujos de efectivo no será obligatorio cuando así lo establezca una disposición legal; 2. Las cuentas anuales deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica; 3. Cuando la aplicación de las disposiciones legales no sea suficiente para mostrar la imagen fiel, se suministrarán en la memoria las informaciones complementarias precisas para alcanzar ese resultado; 4. En casos excepcionales, si la aplicación de una disposición legal en materia de contabilidad fuera incompatible con la imagen fiel que deben proporcionar las cuentas anuales, tal disposición no será aplicable. En estos casos, en la memoria deberá señalarse esa falta de aplicación, motivarse suficientemente y explicarse su influencia sobre el patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa; 5. Las cuentas anuales deberán ser formuladas expresando los valores en euros; 6. Lo dispuesto en la presente sección también será aplicable a los casos en que cualquier persona física o jurídica formule y publique cuentas anuales”.

También la LSC concreta varios artículos para concretar las obligaciones de los administradores en relación con las cuentas anuales. De esta manera, el art.253 LSC establece: “1. Los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados; 2. Las cuentas anuales y el informe de gestión deberán ser firmados por todos los administradores. Si faltare la firma de alguno de ellos se señalará en cada uno de los documentos en que falte, con expresa indicación de la causa”.

El art. 254 LSC, sobre el contenido de las cuentas anuales dice: “1. Las cuentas anuales comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria; 2. Estos documentos, que forman una unidad, deberán ser redactados con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, de conformidad con esta Ley y con lo previsto en el Código de Comercio; 3. La estructura y contenido de los documentos que integran las cuentas anuales se ajustará a los modelos aprobados reglamentariamente”.

Por tanto, conforme a lo dispuesto en la normativa expuesta, se derivan para el correcto funcionamiento de la sociedad, las siguientes exigencias¹¹⁶³:

1ª.- Que los administradores y por tanto la sociedad lleve directamente y de manera ordenada su contabilidad.

2ª.- Que ésta se formule con claridad y muestre la imagen fiel de la situación financiera y de los resultados de la sociedad aun si para ello tuviera que contradecir la norma contable concreta.

3ª.- Que las cuentas se presenten dentro de los plazos establecidos por las leyes.

2. 4. Mi propuesta

Una vez comprobado que existe una falsedad, se plantean dos criterios para considerar la relevancia *ex ante* para el patrimonio.

¹¹⁶³ Adelanto en este momento que en el Cap. 5, siempre en la línea de la relación del concepto de correcto funcionamiento con correcta administración, en el momento de concretar un concepto de administrar para el art. 290 CP considerando que no hay un único concepto de administrador y por tanto tampoco de administrar, considero que la función de administrar en relación a los documentos sociales a los que se refiere el art. 290 CP está recogida de manera clara por la ley, la cual se puede concretar en tres funciones básicas: 1.- La de redacción de las cuentas anuales conforme al criterio de imagen fiel; 2.- La de la firma que garantiza que la funcionalidad de los documentos se respete, y no sólo de las cuentas anuales, sino también de todos aquellos documentos que deban ser firmados por ellos y certificados por ellos para ser publicados en el Registro Mercantil; 3.- La de ser garantes de la publicidad de los documentos que así lo exijan que, en última instancia, es lo que califica al documento de mercantil. En este sentido, se avanza a lo largo de este trabajo en la concreción del concepto de administrar para poder determinar con precisión el ámbito real de poder del administrador y por tanto para poder concretar cuestiones de autoría y participación.

Un primer criterio viene de la determinación de que parece sensato entender que un análisis de las obligaciones de los administradores puede ofrecer pautas *ex ante* para considerar si se ha podido poner en peligro o no el patrimonio. Es decir, si un administrador de hecho o de derecho de una sociedad cumple con sus obligaciones societarias, tanto aquellas generales como las específicas en relación a las cuentas anuales, se debería entender que, *ex ante*, en la redacción de las cuentas anuales u otros documentos que representen la realidad jurídica o económica de la sociedad, es muy difícil que se presente un peligro para el patrimonio. En otras palabras, la buena gestión de los administradores, que indica un correcto funcionamiento de la sociedad, es un indicio de que, *ex ante*, no se esté poniendo en peligro el patrimonio de la sociedad, socios o terceros. Sin embargo, a la inversa no se podrá afirmar que con la infracción de algunos de estos deberes por parte del administrador se ponga automáticamente en peligro el patrimonio si no que será necesario, en el análisis *ex post*, hacer el correspondiente juicio, conjuntamente con otros criterios.

Un análisis de que la toma de decisiones se ha hecho teniendo en cuenta toda la información disponible al alcance del administrador es si éstas han sido adoptadas en interés de la sociedad, pero respetando también a los socios y tratando de conservar el mantenimiento de la sociedad en su actividad, el margen para que aún con esto se esté poniendo en peligro hipotético el patrimonio de sociedad, socios o terceros es inferior a que si por el contrario no se cumplen. En otras palabras, la buena gestión de los administradores, que indica un correcto funcionamiento de la sociedad, es un indicio de que, *ex ante*, no se esté poniendo en peligro el patrimonio de la sociedad, socios o terceros.

Este criterio además es coherente con dos cuestiones en el ámbito mercantil.

Por un lado, en primer lugar, ésta solución es afín con el contenido de las acciones de responsabilidad social e individual frente a los administradores por el daño causado por las acciones u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por aquellos realizados incumpliendo los deberes inherentes al

desempeño del cargo¹¹⁶⁴. Ya se hizo referencia en el Cap. 1 de este trabajo, en concreto en relación a la necesidad y justificación de la intervención del Derecho penal en el ámbito societario, a que fuera del ordenamiento penal, otros ámbitos prevén mecanismos para exigir responsabilidad a los administradores en el ejercicio de sus funciones. Estos mecanismos son las mencionadas acciones sociales e individuales de responsabilidad, las cuales, en ambos casos, parten del presupuesto de la vulneración de los deberes propios del cargo de administrador establecidos en las leyes o estatutos de la empresa. Por tanto, parece lógico que, si fuera del ámbito penal, para la imputación de un daño se exige la vulneración de esos deberes legales y estatutarios de los administradores, también esto sea exigible, y con más motivo, en la interpretación del tipo del art. 290 CP, a la que se deberán de añadir las exigencias del propio tipo, por supuesto.

La segunda son las consecuencias que en el terreno del derecho concursal tiene el incumplimiento de las obligaciones de depósito y publicidad de las cuentas por parte de los administradores. Ni la LSC, ni tampoco el CCom establecen ninguna consecuencia jurídica a la no llevanza de las obligaciones de depósito de cuentas anuales y otros documentos que deben ser cuanto menos diligenciados en el Registro Mercantil. Por ejemplo, el Libro de Actas de la sociedad, donde además se deberán inscribir los acuerdos de Junta y del Consejo de Administración en caso de que el órgano de administración de la empresa sea éste. Sin embargo, la LC sí prevé unas consecuencias de muy importante calado a la hora de calificar el concurso de la sociedad como culposo, ante el hecho de que la sociedad no tuviera depositadas las cuentas anuales en el Registro Mercantil. En concreto, el art 164.2 y 3 LC establece que en todo caso el concurso se calificará como culpable cuando el deudor legalmente

¹¹⁶⁴ En palabras de PÉREZ CEPEDA, La responsabilidad, 1997, 38 “La responsabilidad mercantil de los administradores se produce cuando existe una actuación consistente en la infracción de las obligaciones inherentes a su cargo”. En la pág. 39 desarrolla que “El incumplimiento surge como consecuencia de la inobservancia de las pautas de diligencia exigidas a los administradores, unidas a un resultado consistente en un perjuicio patrimonial. Entendemos el deber de diligencia como una obligación de medio, tan sólo es posible hacer de responsabilidad si el daño es consecuencia de una actuación negligente, es decir, por no haber utilizado los medios adecuados que estaban a su alcance, no ajustando su comportamiento al módulo de conducta de un ordenado empresario, lo que deberá valorarse conforme a criterios relativos a la probabilidad de cálculo, precisión y razonable riesgo.

obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera, o cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento.

Es decir, la consideración del cumplimiento de las obligaciones del administrador, al menos en el pronóstico *ex ante* de la determinación de la inidoneidad de la conducta, para poner en peligro alguno de los patrimonios de los sujetos pasivos del tipo, es coherente con la legislación extrapenal que también tiene en consideración el eventual incumplimiento de las obligaciones para establecer la mayor de las consecuencias jurídicas que contempla el ordenamiento mercantil para un administrador en todo el desarrollo de su vida como sociedad: la declaración del concurso como culposo.

El segundo criterio de probabilidad *ex ante* para valorar la afectación al bien jurídico será el que advierte FARALDO CABANA¹¹⁶⁵, en relación a que “la falsedad ha de ser idónea para causar un perjuicio económico a los sujetos pasivos, esto es, ha de poder inducir a error al hombre medio, para lo cual debe ser creíble por los sujetos a los que puede ir dirigida la declaración documental falsa”. Por tanto, el grado de idoneidad para determinar la relevancia típica debe concretarse en base a los criterios de la imputación objetiva¹¹⁶⁶: “ha de tratarse de una conducta de entidad suficiente para crear un riesgo típicamente relevante de afcción del bien jurídico penalmente protegido, un desvalor potencial de resultado”¹¹⁶⁷. La entidad suficiente se determinará conforme a la idoneidad *ex ante*, de tal manera que sólo aquellas falsedades que puedan inducir a error

¹¹⁶⁵ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 379.

¹¹⁶⁶ Así FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 379. También BAJO FERNÁNDEZ/ PÉREZ MANZANO en: BAJO/PÉREZ/SUÁREZ (Aut.): Manual, 1993, 274; GARCÍA CANTIZANO, Falsedades documentales, 1997, 273.

¹¹⁶⁷ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 379; FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 57 s.

podrán ser probablemente idóneas para inducir a error al hombre medianamente prudente¹¹⁶⁸.

Es el principio de ofensividad el que exige que la falsedad que contempla el art. 290 CP sea idónea para llevar a engaño a su destinatario¹¹⁶⁹ por lo que es necesario comprobar también la idoneidad de la conducta para poner en peligro el bien jurídico patrimonio en un análisis *ex post*, lo que sirve de criterio selectivo del merecimiento de pena de la falsedad societaria¹¹⁷⁰. Es decir, además del necesario para la afectación a la funcionalidad del documento es necesario un plus, que pueda poner en posibilidad de peligro al patrimonio.

3. Criterios de valoración *ex post* de “la posibilidad de resultado de peligro” en la situación concreta.

Para hacer este análisis *ex post*, son varios los puntos que se deberán atender: la capacidad lesiva de la falsedad y el destino en el tráfico jurídico societario¹¹⁷¹.

¹¹⁶⁸ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 379. En este sentido, más ampliamente, sigo a MARAVER GÓMEZ, El principio de confianza, 2009, 315 “Según la teoría de la imputación objetiva, para poder imputar objetivamente un resultado, es necesario, en primer lugar, que la conducta enjuiciada suponga la creación de un riesgo típicamente relevante o típicamente desaprobado. Ello, sin embargo. Dice poco acerca de la forma en la que puede determinarse la imputación objetiva: simplemente significa que para que una conducta sea típicamente desaprobada debe constituir un riesgo típicamente desaprobado. Lo único que se desprende de tal afirmación es, por tanto, la necesidad de reconocer la existencia de un riesgo; a partir de ahí, se sigue teniendo que precisar qué es lo que hace que una conducta peligrosa se encuentra típicamente desaprobada. En todo caso, podría pensarse que detrás de esa referencia a la peligrosidad de la conducta se encuentra ya un primer criterio de imputación objetiva, y que, en ese sentido, si la conducta se encuentra ya un primer criterio de imputación objetiva, y que, en ese sentido, si la conducta no supone ningún riesgo de cara a la producción del resultado típico, deberá negarse la imputación. La cuestión será entonces saber qué implica realmente la existencia de un riesgo”.

¹¹⁶⁹ CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios, I, 2004, 1093 en referencia a su vez a todos los tipos de falsedad. En contra DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, en: LH-R. Mourullo, 2005, 1320, consideran que en el apartado 1 del art. 290 CP, para que la falsedad sea relevante no será necesario que la misma sea capaz de causar un error, pudiendo ser típica por tanto hasta la grosera, mientras que en los segundos, los supuestos del art. 290.2 CP sí exigen inducir a error a un hombre medio, especialmente en aquellos casos de peligro presunto. Por su parte POLO VEREDA, LL 1998-2, 2048, considera que no es necesario un engaño bastante, sólo la capacidad objetiva de alcanzar el resultado prohibido” pero no se refiere al error.

¹¹⁷⁰ FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 70.

¹¹⁷¹ Se quiere recordar que el momento consumativo concreto de la conducta se analizará con detenimiento en el Cap. 6. II.

Como se ha dicho no cualquier inexactitud o irregularidad en los documentos da lugar al comportamiento típico. Únicamente estarán comprendidos en el radio de acción del tipo aquellas falsedades que den lugar al reflejo de una situación jurídica o económica de la sociedad que no es la real y que además sean idóneas para causar un perjuicio económico a la misma sociedad, socios o terceros¹¹⁷²: “se trata de alteraciones que deben ser idóneas para causar perjuicio económico y que, por tanto, deben afectar a la situación real de la empresa que sean relevantes para tomar decisiones de trascendencia económica en negocios con la sociedad o en el ámbito de ella (por terceros o por socios de la misma)”¹¹⁷³.

La capacidad lesiva de la acción falsaria vendrá determinada, entonces y en primer lugar, por dos factores: el soporte material sobre el que se ejecuta y la naturaleza esencial de ésta¹¹⁷⁴. Será por tanto determinante, en el sentido en el que se exponía anteriormente, que la falsedad recaiga sobre elementos fundamentales del documento para que pueda afectar su funcionalidad y, a su vez, para que adquiera una relevancia a efectos de la ulterior idoneidad que debe tener para causar un perjuicio económico.

Pues bien, también *ex post*, se deberá analizar que hayan concurrido estos requisitos y esta cuestión es especialmente importante porque, debe recordarse, que en algunos supuestos de falsedades, me estoy refiriendo expresamente a las falsedades ideológicas, tendremos que partir de que la información societaria constituye una unidad, por lo que las posibles irregularidades en un documento societario pudieran ser subsanadas por otros. Es en estos casos en los que, en un análisis *ex post*, no se podrá entender que

¹¹⁷² Además se deberá tener en cuenta el riesgo general de la conducta en el sentido que expone MARAVER GÓMEZ, El principio de confianza, 2009, 339 “En conclusión, si en el marco de la teoría de la imputación objetiva, la imputación objetiva de la conducta quiere definirse como la creación de un riesgo típicamente desaprobado y no simplemente como la realización de una conducta típicamente desaprobada, hay que entender que el riesgo constituye un criterio autónomo de valoración. Ese criterio puede reconocerse en la medida en que se interprete como la necesidad de exigir un nivel mínimo de riesgo, de manera que la creación de un riesgo se identifique con la creación de un riesgo mínimamente relevante.”

¹¹⁷³ En este sentido BACIGALUPO ZAPATER, AAMN 37 (1999), 28 a pesar de que parte de que el bien jurídico protegido es la información societaria.

¹¹⁷⁴ POLO VEREDA, LL 1998-2, 2048; VALLE MUÑIZ/MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 8ª, 2009, 898 s.

haya capacidad lesiva en la conducta¹¹⁷⁵ porque la idoneidad supondrá la capacidad objetiva de alcanzar el resultado prohibido¹¹⁷⁶.

Por tanto se considera que la posibilidad de resultado de peligro debe ser analizada *ex post* y en este sentido, analizar en su conjunto la capacidad lesiva *ex post*, y no solo *ex ante* es una exigencia de la figura del delito de peligro: se debe verificar que concurre “la posibilidad de resultado de peligro”.

Pero también es importante, en segundo lugar, analizar en este momento *ex post* cual ha sido el destino en el tráfico del documento societario. Es decir, el uso del documento será determinante también en la valoración de determinar si existió o no la posibilidad de resultado de peligro para el patrimonio, y no sólo para la funcionalidad. En esta valoración se deberá entender si el sujeto conocía o no todas las circunstancias que los rodean “datos éstos sin los cuales el sujeto no podrá conocer si su comportamiento falsario se ajusta o no a la forma idónea exigida por el tipo o, lo que es lo mismo, datos sin los cuales no podrá orientar su comportamiento en el sentido requerido por la norma”¹¹⁷⁷.

4. *Recapitulación*

Un vez verificada una falsedad, en el análisis *ex ante* de la idoneidad se deberá atender, como criterio general para valorar si estamos ante una conducta dentro del marco de protección del art. 290 CP, a si los deberes de los administradores han sido o no cumplidos, lo cual, en caso afirmativo, será un indicio de inidoneidad.

Posteriormente, conforme a las reglas generales de imputación, se deberá valorar, siempre desde la perspectiva *ex ante*, la previsibilidad de incurrir en un riesgo desaprobado con la acción, conforme al criterio del hombre medio

¹¹⁷⁵ En este sentido VALLE MUÑIZ/MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 8ª, 2009, 898 s.

¹¹⁷⁶ POLO VEREDA, LL 1998-2, 2048.

¹¹⁷⁷ POLO VEREDA, LL 1998-2, 2048.

ideal, como requisito fundamental para evitar una imputación de responsabilidad objetiva¹¹⁷⁸.

Una vez se cumplan estos dos pronósticos de idoneidad *ex ante* se deberá proceder a la valoración de la idoneidad de la acción para determinar si hay una posibilidad de resultado de peligro desde una perspectiva *ex post*, atendiendo al nuevamente a la capacidad lesiva de la falsedad conjuntamente con el destino del documento así como con las circunstancias generales que rodeen el caso concreto y que determinarán la consumación del delito¹¹⁷⁹.

¹¹⁷⁸ En este sentido sigo lo expuesto por MARAVER GÓMEZ, El principio de confianza, 2009, 316 “El juicio de peligro, como juicio de previsibilidad o de adecuación, es un juicio de pronóstico que depende de los concretos conocimientos que tenga la persona que lo formula; tanto de los conocimientos de carácter ontológico, relativos a los hechos o elementos de la realidad, como de los conocimientos de carácter nomológico, relativos a las leyes o reglas que explican la relación entre esos hechos o elementos de la realidad (por ejemplo, la relación de causalidad). Así pues, para saber si un resultado es o no previsible, es necesario previamente determinar los conocimientos –ontológicos y nomológicos– desde los que debe ser juzgada la previsibilidad”. En la pág. 321 “Partiendo de estas críticas, la concepción objetivo-subjetiva llega a la conclusión de que es necesario definir el riesgo teniendo en cuenta tanto los conocimientos del espectador objetivo –limitados por la adopción de la perspectiva *ex ante*–, como los conocimientos del autor. Los conocimientos del autor se incluyen, concretamente, cuando el autor goza de conocimientos especiales, es decir, cuando sabe más de lo que sabría un espectador objetivo. Cuando el autor sabe menos, se atiende, en cambio, a los conocimientos del espectador objetivo, es, a lo que el sujeto debía conocer”. En la pág. 333 “Hay que llegar a la conclusión de que tanto la parte externa, como la parte interna definen la conducta que es objeto de valoración y deben ser tenidas en cuenta para juzgar o valorar la peligrosidad de la conducta”.

¹¹⁷⁹ Reitero que un análisis más exhaustivo de esta cuestión se hará en el Cap 4.

TERCERA PARTE

CAPÍTULO 4:

LA CONDUCTA TÍPICA

I. LA CONDUCTA TÍPICA DEL ART. 290 CP

A. La acción falsaria

1. El término falsear

1. La conducta típica del delito de falsedad en documentos sociales es, como se dijo ya en el Cap. 3, la de “falsear”¹¹⁸⁰.

Se exponían y rebatían en el apartado V del Cap. 3 de este trabajo los argumentos de ECHANO BASALDUA, quien considera que no se puede reducir

¹¹⁸⁰ Esta es la postura de la doctrina mayoritaria. Por todos, FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, 1996, 378; La misma, *El delito societario de falsedad*, 2003, 61 ss.; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Consulta 15/1997, de 16 de diciembre, sobre el alcance de la conducta falsaria en el delito societario del art. 290 del Código Penal; MATA Y MARTÍN, *RdS* 1995-V, 172; GARCÍA CANTIZANO, *Las falsedades documentales*, 1997, 154; FERRÉ OLIVÉ, *AP* 44 (1998), 880, 883; GÓMEZ BENITEZ, *Derecho penal de los negocios*, 2001, 190 s.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *ADPCP* 1996, 437 apunta que “La conducta típica consiste en una falsificación (mentir o alterar con cualquier maniobra, activa u omisiva) de los documentos, de forma que no reflejen la verdadera situación jurídica o económica de la sociedad a que se refieren, pero se protegen también los intereses económicos de la sociedad, los socios o terceros, ya que el tipo básico es un delito de peligro abstracto de aptitud respecto del patrimonio de estos sujetos (se exige la idoneidad para causar perjuicio económico). Y junto al tipo básico, en el párrafo segundo se crea una cualificación para el caso de que se llegue a causar el perjuicio económico”; DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO/ POLO VEREDA, *LH-R*. Mourullo, 2005, 1317; CORCOY BISASOLO/MIR PUIG (Dir.), *Comentarios al Código penal*, 2011, 645.

La postura minoritaria considera que no es éste un delito de falsedad, sino más bien un delito defraudatorio. Esta tesis es sostenida por: BACIGALUPO ZAPATER, *LL* 1996-1, 1669; TERRADILLOS BASOCO, en: DEL ROSAL BLASCO (Coord.), *Estudios*, 1997, 275; SUÁREZ GONZÁLEZ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.)/ JORGE BARREIRO (Coord.), *Comentarios*, 1997, 835. Considerando que el comportamiento típico consiste en falsear los documentos en los que se plasma la información de forma idónea para causar un perjuicio económico, “el hecho de que la finalidad de la falsificación sea la causación de un perjuicio económico permite sostener que se trata más bien de un tipo de engaño en el que la falsedad constituye el medio de irrogar el perjuicio. Ello justifica por qué se eleva a la categoría de delito una falsedad mendaz que de acuerdo con el nuevo modelo regulativo de las falsedades sería impune”; DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios*, 1998, 95s: “El tipo del art. 290 CP no es sino una modalidad de la falsedad en documento mercantil y, consecuentemente, la conducta típica se habría de integrar por alguna de las actividades descritas en el art. 392, en relación con el art. 390, ambos del propio CP”; PÉREZ VALERO, *El delito societario de falsedad*, 2001, 385 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, *LL* 2002-7, 1645; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal económico*, 2010, 659 s., consideran que “la conducta típica no consiste en “falsear” ni “alterar la autenticidad” del documento, sino en presentar –pública o internamente a quienes tengan derecho a conocerlas– unas cuentas que no reflejen una imagen patrimonial fiel –es decir, real o veraz– de la sociedad”.

La jurisprudencia también ha sido variada, adoptando una y otra posición. Un análisis exhaustivo de las sentencias más relevantes al respecto se encuentra en: ECHANO BASALDUA, *RVAP* 87-88 (2010), 389 ss.

V. Sentencia *AP* Barcelona 15-1-2007 (EDJ 2007/70893) donde explica como el falseamiento del art. 290 CP debe remitirse a las conductas falsarias del art. 390 CP.

la naturaleza del delito de falsedad documental “a poco más que a un mudamiento de la verdad en un documento, que puede inducir a error y desplegar efectos perjudiciales en el tráfico jurídico”¹¹⁸¹, para posteriormente concluir afirmando que “el delito de falseamiento de documentos sociales no tiene naturaleza falsaria, que no es un delito de falsedad documental en sentido propio del término”¹¹⁸², entendiendo que precisamente en ello radica su razón de ser: es una falsedad ideológica impune desde la perspectiva de los delitos de falsedad documental pues no afecta a las funciones del documento ni, por tanto, a su eficacia probatoria, pero digna de sanción si contiene los demás requisitos para configurarse como un delito societario¹¹⁸³.

Me gustaría, a pesar de que en parte he rebatido su argumentación en otra sede de este trabajo¹¹⁸⁴, desarrollar con más detenimiento la afirmación con la que ECHANO BASALDUA fundamenta la negativa a entender que éste es un delito de falsedad, que no es otra que la de que los documentos societarios del tipo no afectan a las funciones del documento.

A mi modo de ver esta tesis es poco acertada de acuerdo a lo establecido por la doctrina mercantilista.

En primer lugar, se ha de tener en cuenta que, conforme al art. 299.2 LEC, entre los medios de prueba admitidos en el proceso civil figuran los “instrumentos” que permiten archivar y conocer o reproducir datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables, relevantes para el proceso. En este sentido, tanto los libros de contabilidad como los soportes informáticos en los que conste dicha contabilidad constituyen medios de prueba¹¹⁸⁵, y además lo son de extraordinaria importancia en procedimientos judiciales a instancia de un empresario o en contra de éste, como en los procedimientos arbitrales¹¹⁸⁶.

¹¹⁸¹ ECHANO BASALDUA, RVAP 87-88 (2010), 419 ss.

¹¹⁸² ECHANO BASALDUA, RVAP 87-88 (2010), 422.

¹¹⁸³ ECHANO BASALDUA, RVAP 87-88 (2010), 419 ss.

¹¹⁸⁴ En el Cap. 3, al determinar la “funcionalidad del documento” como uno de los bienes jurídicos protegidos en el precepto.

¹¹⁸⁵ ROJO, en: MENÉNDEZ/ROJO (Dirs.), Lecciones, I, 2011, 168.

¹¹⁸⁶ ROJO, en: MENÉNDEZ/ROJO (Dirs.), Lecciones, I, 2011, 169.

Es cierto que la contabilidad no constituye la realidad económica de la empresa, sino que tan sólo la refleja¹¹⁸⁷, pero no puede subestimarse la trascendencia jurídica que la Ley ha atribuido a los asientos contables¹¹⁸⁸.

Pero no sólo la contabilidad sirve como prueba o garantía y da perpetuación de lo que muestra en relación a las sociedades. También los libros de actas de las Juntas de Socios, del Consejo de Administración, el Informe de Gestión y la Memoria de Actividades, por ejemplo, hacen las veces de prueba de la situación jurídica y económica de la sociedad para los usuarios de esta información.

Se entiende que es usuario de la información “todo agente de la economía que precisa conocer los aspectos referentes a la actividad económico financiera de la entidad informativa, posibilitando su proceso de decisión, y con un derecho razonable de acceso a la información financiera. Este derecho se crea cuando los intereses del usuario pueden verse afectados, positiva o negativamente, por la actividad de la entidad normativa”¹¹⁸⁹. Entre los diferentes usuarios posibles, cabe destacar: propietarios, acreedores, gobierno, empleados, futuros inversores...¹¹⁹⁰ y dependiendo del tipo de usuario los fines de la información contable¹¹⁹¹ y su utilidad deben analizarse de manera diferente¹¹⁹². La información será pública o privada, ya que ésta podrá utilizarse para una planificación estratégica interna, un control administrativo externo, un control operativo, etc.¹¹⁹³, porque los objetivos de la información financiera dependerán del tipo de usuario y sus necesidades¹¹⁹⁴, y de ahí se diferenciará más adelante

¹¹⁸⁷ ROJO, en: MENÉNDEZ/ROJO (Dirs.), Lecciones, I, 2011, 164.

¹¹⁸⁸ ROJO, en: MENÉNDEZ/ROJO (Dirs.), Lecciones, I, 2011, 164.

¹¹⁸⁹ RODRÍGUEZ ARIZA/ LÓPEZ PÉREZ, Contabilidad general, 2008, 62.

¹¹⁹⁰ SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, Teoría y práctica de la contabilidad, 2005, 33.

¹¹⁹¹ SÁEZ OCEJO, Téc. Cont. 596 (1998), 330 “la información contable es un elemento básico para arbitrar los conflictos de intereses entre los distintos agentes económicos que configuran la empresa, tanto en sus relaciones internas como externas, ya que sirve de elemento de referencia para justificar toda acción encaminada a beneficiar a los distintos componentes que configuran el entramado contractual de la entidad, con el fin de favorecer sus propios objetivos”.

¹¹⁹² SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, Teoría y práctica de la contabilidad, 2005, 30.

¹¹⁹³ MAYO RODRÍGUEZ/PULIDO ÁLVAREZ, Contabilidad financiera, 2008, 17.

¹¹⁹⁴ RODRÍGUEZ ARIZA/LÓPEZ PÉREZ, Contabilidad general, 2008, 60.

los tipos de documentos posibles en una sociedad y si han de entenderse públicos o privados.

En función de cómo se definan los objetivos y los usuarios de la información financiera pueden obtenerse estructuras informativas diferentes. De este modo, los objetivos parecen ser diferentes según las necesidades de los usuarios. Se señalan como posibles objetivos diferenciados: la rendición de cuentas a los propietarios del patrimonio empresarial por parte de los administradores, la utilidad para la toma de decisiones de los diferentes usuarios que puedan tener algún interés en la información, o los fines de política macroeconómica, tales como alcanzar ciertos niveles de bienestar o lograr la asignación óptima de los recursos disponibles¹¹⁹⁵.

Se puede distinguir, por tanto, entre usuarios internos, que tienen una cierta capacidad de control de la actividad que desarrolla la entidad; y usuarios externos, que tienen un acceso más limitado a la información financiera y no pueden establecer criterios de elaboración de ésta¹¹⁹⁶.

Pero en todo caso esos documentos cumplen una función de prueba, garantía y perpetuación y por tanto considero que, dado que se utiliza el verbo falsear por el tipo del art. 290 CP, lo idóneo será entender que la acción sea la de falsear en el sentido de los delitos de falsedades del CP y en consecuencia el bien jurídico protegido será justamente la función del documento como medio de garantía, prueba y perpetuación.

2. Una vez determinado que efectivamente nos encontramos ante una conducta falsaria en sentido estricto, donde lo que se pretende proteger es la funcionalidad de los documentos sociales por ser medios de prueba, garantía y perpetuación, surge un segundo problema y es que el art. 290 CP no especifica las modalidades de acción con las que se puede falsear, por lo que es necesario -desde mi punto de vista- acudir a las conductas del art. 390.1 CP para dar contenido a este extremo¹¹⁹⁷. Pero a partir de ahí, la doctrina se divide¹¹⁹⁸ entre

¹¹⁹⁵ Así también, RODRÍGUEZ ARIZA/ LÓPEZ PÉREZ, Contabilidad general, 2008, 57.

¹¹⁹⁶ RODRÍGUEZ ARIZA/ LÓPEZ PÉREZ, Contabilidad general, 2008, 57.

¹¹⁹⁷ Esta es la opinión mayoritaria de la doctrina. Así: NÚÑEZ CASTAÑO, Responsabilidad penal de la empresa, 2000, 450 ss.; SEQUEROS SAZATORNIL, AP 1 (2002),

quienes consideran que el término se refiere a las cuatro conductas típicas del art. 390.1, que es la mayoritaria¹¹⁹⁹, y quienes consideran el no carácter falsario del término y lo reducen a la información inveraz¹²⁰⁰.

La Consulta 15/1997 de la Fiscalía General del Estado abordó en concreto el alcance de la conducta típica encerrada en el verbo falsear. La Consulta consideró que con la introducción del art. 290 CP no se habían pretendido penalizar todas las falsedades ideológicas cometidas por particulares en documentos mercantiles, sancionando sólo aquellas cometidas en el marco de las sociedades por sus administradores y cuando éstas fuesen idóneas para causar un perjuicio económico a éstas, a alguno de sus socios o a terceros. En este sentido considera la Fiscalía General que es necesario extender la acción falsaria del art. 290 CP a cualquiera de las modalidades recogidas en el genérico art. 390 CP, es decir, tanto a las falsedades materiales como ideológicas¹²⁰¹. Por

358; FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 385 (ver su n. 121); FERRÉ OLIVÉ, en: SAIZ ARNAIZ (Coord.), en: Responsa iurisperitorum digesta, IV, 2004, 883; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.), Código penal comentado, 2ª, 2004, 881. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 470. RODRÍGUEZ RAMOS, BICAM 1 (1996), 88 si bien considera que se trata de una conducta falsaria, entiende que como el tipo del art. 290 CP nada dice al respecto de la modalidad concreta de falsear, de la acción falsaria, lo único que exige es que ésta sea idónea para causar un perjuicio, por lo que mientras la falsedad tenga esta idoneidad parece que poco importa el tipo de falsedad de que se trate.

También Consulta 15/1997, de 16 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado.

¹¹⁹⁸ Un excelente trabajo sobre la doctrina y jurisprudencia en relación a si el art. 290 CP se trata de un delito de falsedad o no es el de ECHANO BASALDÚA, en: RVAP 87-88 (2010), 289 SS.

¹¹⁹⁹ FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 61 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 470; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Consulta 15/1997, de 16 de diciembre, sobre el alcance de la conducta falsaria en el delito societario del art. 290 del CP; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 105.

¹²⁰⁰ DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios, 1998, 95 ss.; PÉREZ VALREO, El delito societario de falsedad, 2001, 385 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, LL 2002-7, 1645 ss.; BACIGALUPO ZAPATER, en: BAJO FERNÁNDEZ (Dir.)/BACIGALUPO SAGGESE/GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.), Gobierno Corporativo, 2008, 163 dice que el art. 290 es un delito de información (mendaz), que, es necesario advertir, no debe ser confundido con una forma de la falsedad documental. Luego, en la pág. 165 “La acción no consiste en “falsear” las cuentas, sino en informar en forma incorrecta o incompleta a los destinatarios de la información de datos económicos y jurídicos, de forma tal que tales datos no permitan conocer la imagen fiel del ente económico”; CARREÑO AGUADO, La inveracidad en la información, 2013, 191 “El art. 290 CP se refiere a lo que un sector de la doctrina ha calificado como una modalidad típicamente dolosa de falsedad en documento mercantil cualificada por la condición del sujeto”.

¹²⁰¹ Esto tiene consecuencias en materia de posibles concursos entre el art. 290 y el art. 392 CP, posicionándose la FGE que en virtud del principio de especialidad será de aplicación el primero, pero que si en la conducta del administrador faltase alguno de los requisitos del tipo sería de aplicación, entonces sí, el art. 392 CP, siempre y cuando la conducta pudiera tener encaje en

tanto, según esta interpretación de la fiscalía, el art. 290 CP no se limita a criminalizar las falsedades documentales ideológicas para evitar su atipicidad, sino que además “constituye una *lex specialis* respecto de la regulación general de las falsedades materiales y, por lo tanto, con requisitos y pena específicos”¹²⁰².

De esta manera, aunque las falsedades ideológicas cometidas por particular se destipificaron en el CP de 1995, se quiso que por los especiales deberes de veracidad del administrador, esta conducta no quedase impune como ocurriría de no existir este delito especial¹²⁰³.

3. Los argumentos que esgrime la doctrina para fundamentar que aún admitiendo que se trata de una conducta falsaria, la del art. 290 CP, ésta no se puede subsumir en los supuestos del art. 390.1 CP, se basan en que ambas conductas tipificadas son de índole diversa. Así, BACIGALUPO ZAPATER considera que la acción falsaria descrita en el nº 3 del art. 390 CP no es imaginable en el caso de documentos mercantiles porque la conducta de suponer en un acto la intervención de personas que sin embargo no han intervenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran realizado “solo tiene una verdadera razón de ser cuando el que emite el documento crea una prueba relativa a la participación de una persona o a las declaraciones formuladas ante él pero, respecto del particular que sólo puede crear un documento que prueba únicamente entre los que lo hubiesen suscrito (art. 1225 del Código Civil) tal

alguna de las modalidades previstas en los tres primeros apartados del art. 390 CP. Esta cuestión se abordará más detenidamente en el Cap. 8 de este trabajo. CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios, I, 2004, 1094, considera que sin embargo con la solución de la fiscalía en cuestión de concursos, éste no puede ser el resultado sino que “de no darse los requisitos aquí previstos, la falsedad en cuentas sociales debe considerarse atípica, sin poder acudir subsidiariamente a los tipos genéricos de falsedades documentales para castigar lo que el legislador ha querido expresamente excluir de esta norma penal. Así, la falsedad deberá ser en todo caso idónea para causar un perjuicio económico y, como exige el art. 296, deberá ser denunciada por alguno de los perjudicados por el delito”.

¹²⁰² CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios, I, 2004, 1094.

¹²⁰³ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, ADPCP 1996, 436.

precepto no tiene sentido”¹²⁰⁴. Se desarrollará extensamente más adelante, y se afirmará, cuando se analicen las diferentes modalidades falsarias del art. 390 CP, cómo es posible realizar por un administrador de una sociedad esta conducta falsaria; piénsese por el momento, por ejemplo, en la manipulación del Libro de Actas de la sociedad donde se deben reflejar los acuerdos de la Junta General y que deberá contener, entre otras cosas, la lista de asistentes a ésta. Considero por tanto, posible que un administrador realice esta conducta falsaria, entendiendo por tanto insuficiente la argumentación de BACIGALUPO ZAPATER para defender la no derivación del término falsear del art. 290 CP de las conductas falsarias del art. 390 CP.

También DEL ROSAL BLASCO, quien parte de un bien jurídico concretado en la veracidad e integridad de las cuentas anuales, considera que dada la naturaleza de los documentos a los que se refiere el tipo del art. 290 CP y la concreta función que éstos desempeñan, que tiene mucho que ver con su capacidad de reflejar fielmente la situación jurídica o económica de la entidad, no parece que sea posible definir el ámbito de la falsedad típica del art. 290 CP sobre la base de los dos primeros supuestos del art. 390 CP, porque las acciones típicas de los núms. 1 y 2 de este artículo sólo se pueden cometer falsificando un documento auténtico o simulando un documento no auténtico¹²⁰⁵. En este sentido, continúa considerando que “dado que en un documento mercantil, sólo son elementos esenciales las declaraciones manifestadas (no su contenido) y la idoneidad del sujeto que las asume mediante su firma o cualquier otra manera de identificarse, la falsificación de dichos elementos esenciales se concreta en la atribución de una declaración manifestada a quien no la ha hecho. Tal conducta no encaja en un delito especial como el art. 290 CP porque no es

¹²⁰⁴ BACIGALUPO ZAPATER, LL 3966 (1996), 1. Pero además este autor, en otro trabajo, esboza cuales son a su entender las formas de cometer este delito, BACIGALUPO ZAPATER, en: BAJO FERNÁNDEZ (Dir.)/BACIGALUPO SAGGESE/GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.), Gobierno Corporativo, 2008, 167 s. “las cuentas serán “falsas” en el sentido del art. 290 CP cuando (1) en ellas se incluyan bienes inexistentes en el activo, (2) se oculten aspectos patrimoniales (como pérdidas realmente ocurridas u obligaciones asumidas, la existencia de “cajas negras”) o (3) cuando se incluyan valoraciones arbitrarias respecto de bienes, créditos u otras circunstancias relevantes (p. ej. relativas al riesgo de la renta fija o variable). En este último caso, la “falsedad” tendrá que ser consecuencia de que la valoración resulte claramente incorrecta desde la perspectiva de un comerciante especializado y no pueda ser sostenida con los criterios contables generalmente aceptados (art. 38.1. C.Com)”.

¹²⁰⁵ DEL ROSAL BLASCO, Delitos societarios, 1996, 96 s.

típica la conducta de un extraño que le atribuye al administrador manifestaciones no hechas por él, como tampoco es típica la conducta de un extraño que “fabrica” un documento no atribuible al administrador”¹²⁰⁶.

Considera DEL ROSAL BLASCO que en realidad el art. 290 CP no guarda tanta similitud como aparentemente parece con la falsedad en documento mercantil, porque técnicamente se aproxima más al de un delito de estafa “en el que el documento suscrito por el administrador de hecho o de derecho es la prueba del engaño a través del cual se pretende dar imagen errónea de la situación jurídica o económica de la entidad”¹²⁰⁷. De esta forma, entonces, considera el autor que falsear, en el sentido del art. 290 CP, “es mentir; es alterar o no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos que suscriba el administrador de hecho o de derecho, porque así es como se frustra, además, el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la entidad”¹²⁰⁸.

Es FARALDO CABANA quien de una manera más detenida ha defendido la necesidad de que el verbo “falsear” del art. 290 CP “deba llenarse de contenido poniéndolo en relación con el art. 390 CP”¹²⁰⁹. Es más, ella considera que el esfuerzo que hacen algunos autores¹²¹⁰ en fundamentar que el art. 290 CP contiene un delito de fraude y no de falsedad es innecesario pues apunta, muy acertadamente, cómo el término “falso” proviene del latín “*falsum*”, que no significa otra cosa que engañar y “falsedad y engaño van unidos indisolublemente, lo que da lugar a una serie de consecuencias de índole político-criminal y dogmática”¹²¹¹. Yo, como he advertido en ya numerosas ocasiones, partiré de esta premisa.

¹²⁰⁶ DEL ROSAL BLASCO, *Delitos societarios*, 1996, 97.

¹²⁰⁷ DEL ROSAL BLASCO, *Delitos societarios*, 1996, 97.

¹²⁰⁸ DEL ROSAL BLASCO, *Delitos societarios*, 1996, 97 ss.

¹²⁰⁹ FARALDO CABANA, *El delito societario de falsedad*, 2003, 57.

¹²¹⁰ Hace en concreto referencia a PÉREZ VALERO, *El delito societario de falsedad*, 2001, 385 ss., quien dedica un buen espacio en su monografía a aclarar este extremo.

¹²¹¹ FARALDO CABANA, *El delito societario de falsedad*, 2003, 57.

2. *Las modalidades de conducta del art. 290 CP*

El art. 390 CP dispone que:

“1. Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:

1. Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.
2. Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.
3. Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.
4. Faltando a la verdad en la narración de los hechos.

2. Será castigado con las mismas penas a las señaladas en el apartado anterior el responsable de cualquier confesión religiosa que incurra en alguna de las conductas descritas en los números anteriores, respecto de actos y documentos que puedan producir efecto en el estado de las personas o en el orden civil”.

Este artículo está situado en el Capítulo II del Título XVIII “De las falsedades documentales”, se divide en cuatro secciones en función de la tipología del documento. Así, los arts. 390 a 394 CP recogen las falsedades relativas a documentos públicos, oficiales y mercantiles y de los despachos transmitidos por servicios de telecomunicación. La sección segunda, que abarca los arts. 395 y 396 CP, se refiere a la falsificación en documento privado. La sección tercera, arts. 397 a 399 CP, a la falsificación de los certificados, y la sección cuarta recoge la falsificación de tarjetas de crédito y débito y de cheques de viaje.

El CP de 1995 trajo consigo importantes cambios respecto del CP 1944/1973 en cuanto a las falsedades documentales. Entre ellos, uno de los más relevantes es la decisión de destipificar las falsedades ideológicas cometidas por particular, es decir, aquellas relativas a faltar a la verdad, las que afectan a la

veracidad del documento, es decir, al contenido de los hechos, acontecimientos... que narran sobre la realidad¹²¹², por entender que no existe para el particular un deber jurídico legal de veracidad, ni siquiera en las declaraciones documentales; deber que sólo existiría para personas que ocupan determinadas posiciones especiales.

Por contra, las falsedades materiales son las que afectan a la autenticidad del documento¹²¹³. El ataque a esa autenticidad puede venir de varios extremos, pudiendo recaer tanto en la modificación del/los autor/es como de otros elementos esenciales. La autenticidad es "lo que garantiza que la declaración en él contenida procede realmente de la persona a la que se le atribuye, es decir, de la que aparece como autor de la declaración del documento"¹²¹⁴.

Se debe apuntar que sobre esta opción diferenciadora la doctrina ha señalado cómo en la división entre falsedades materiales y falsedades ideológicas, algunas de las conductas expuestas en el art. 390 CP se superponen entre sí, mientras que otras se encuentran en relación de género a especie, al igual que han surgido problemas a la hora de diferenciar claramente las falsedades ideológicas de las materiales¹²¹⁵ y, en el caso concreto de las falsedades en un documento societario en lo que sigue pondré en evidencia algunos de los problemas que se pueden suscitar.

También es importante reseñar la diferencia que el CP establece entre el documento mercantil, asimilándolo al documento público u oficial, y el documento privado cuya trascendencia se abordará en el Cap. 5, II.

¹²¹² FERNÁNDEZ PANTOJA, Delito de falsedad, 1996, 148; GARCÍA CANTIZANO, Falsedades documentales, 1997, 239 ss.; ECHANO BASALDUA, en: BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, Manual, PE, 1998, 779; QUERALT JIMÉNEZ, Derecho penal, PE, 6ª, 2010, 660.

¹²¹³ ECHANO BASALDUA, en: BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, Manual, PE, 1998, 778; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Dir.), EPB, 2002, 730; el mismo, Comentarios, en: COBO DEL ROSAL/MORILLAS CUEVA (Dir.), 2011, 187.

¹²¹⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: COBO DEL ROSAL/MORILLAS CUEVA (Dir.), Comentarios, 2011, 187. Así también GARCÍA CANTIZANO, Falsedades documentales, 1994, 233; FERNÁNDEZ PANTOJA, Delito de falsedad, 1996, 147 s.; ECHANO BASALDUA, en: BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, Manual, PE, 1998, 778; QUERALT JIMÉNEZ, Derecho penal, PE, 6ª, 2010, 660 ss.

¹²¹⁵ Así, por ejemplo, BAJO FERNÁNDEZ, en: BOIX REIG (Dir.)/LLORIA GARCÍA (Coord.), DDPE, 2008, 492.

2.1. Alterar el documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial

Conforme a la división que hace la doctrina entre falsedades materiales y falsedades ideológicas, se ha de afirmar que la alteración del documento en alguno de sus elementos esenciales configura claramente un supuesto de falsedad material. Parece claro, con la locución que utiliza el legislador al concretar esta modalidad de acción, que la alteración por cualquiera de los medios posibles: sea añadiendo, quitando, sustituyendo, destruyendo parcialmente, cambiando, etc., supone la existencia previa de un documento que era auténtico¹²¹⁶ o, dicho de otro modo, un documento preexistente, genuino y verídico¹²¹⁷.

Las tres formas posibles que plantea el precepto son: a) añadir algo nuevo; b) sustituir una de sus partes por otra distinta; c) suprimir alguna de éstas¹²¹⁸.

Es necesario diferenciar, además, los casos en los que la alteración la realiza el autor primero del documento, el genuino autor del documento¹²¹⁹, en cuyo caso la conducta se entenderá realizada en el momento en el que el documento haya salido de la esfera del sujeto, y no antes, es decir, en el momento en que ya es potencialmente idóneo para tener eficacia en el tráfico jurídico. De los supuestos en los que las alteraciones no las realiza el autor genuino sino otra persona, en un momento en el que el documento ya está en el tráfico jurídico. La cuestión en este supuesto se torna por tanto diferente, y considero que, siguiendo a DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO “para abarcar este supuesto, se podrían definir los ataques a la autenticidad del documento como

¹²¹⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Dir.), EPB, 2002, 732; el mismo, en: COBO DEL ROSAL/MORILLAS CUEVA (Dir.), Comentarios, 2011, 187; CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), Comentarios, I, 2004, 1791.

¹²¹⁷ ARROYO DE LAS ERAS, Falsedad documental, 2005, 178.

¹²¹⁸ CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), Comentarios, II, 2004, 1792.

¹²¹⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: COBO DEL ROSAL/MORILLAS CUEVA (Dir.), Comentarios, 2011, 199.

aquellos que afectan a la correspondencia entre la declaración y su autor en el momento de cobrar eficacia el documento en el tráfico jurídico¹²²⁰.

El tipo exige que la alteración sea en alguno de los elementos o requisitos de carácter esencial del documento, exigencia que es compartida por la doctrina y también por mí, y que debe extenderse a todas las modalidades de falsedad del art. 390.1 CP¹²²¹. Por tanto, también el resto de acciones o modalidades falsarias del art. 390 CP habrán de interpretarse a la luz de esta premisa.

Las cuestiones que se suscitan ahora son dos: la primera es qué ha de entenderse por alteración, y la segunda cuáles son elementos de carácter esencial. Parece claro que la alteración podrá recaer sobre cualquiera de las partes del documento y no tiene porqué recaer, como interpreta alguna sentencia, sobre letras, números o partes no escritas¹²²².

Sobre la esencialidad de la alteración, los criterios han sido dispares¹²²³ y su análisis excedería de las pretensiones de esta aproximación a las posibles modalidades falsarias del art. 290 CP. Apuntaré por tanto que en este trabajo se entenderán por esenciales “aquellos elementos cuya alteración afecte a las funciones –de perpetuación, probatoria y de garantía-, que desempeña el documento en cuanto medio de prueba, atendiendo a que la afectación a estas funciones es la que impide que el documento actúe como instrumento indispensable para el ordenado desarrollo de las relaciones jurídicas”¹²²⁴.

A mi entender, al igual que FARALDO CABANA¹²²⁵, considero que serán elementos esenciales de un documento todos los que condicionen su sentido y función, por ejemplo, sin ser una lista cerrada: la indicación del lugar, la fecha, los intervinientes, pero también todo el contenido relevante para la eventual

¹²²⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Dir.), EPB, 2002, 732; en: COBO DEL ROSAL/MORILLAS CUEVA (Dirs.), Comentarios, 2011, 199.

¹²²¹ VILLACAMPA ESTIARTE, La falsedad documental, 1999, 435 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, COBO DEL ROSAL/MORILLAS CUEVA (Dirs.), Comentarios, 2011, 199.

¹²²² CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios, II, 2004, 1793.

¹²²³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: COBO DEL ROSAL/MORILLAS CUEVA (Dirs.), Comentarios, 2011, 199.

¹²²⁴ GOYENA HUERTA, Falsedades documentales, 2007, 81, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: COBO DEL ROSAL/MORILLAS CUEVA (Dirs.), Comentarios, 2011, 200, con ulteriores referencias.

¹²²⁵ FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 63.

futura prueba¹²²⁶, teniendo también en cuenta que, por ejemplo, la alteración de las fechas verdaderas será relevante sólo y exclusivamente si la mutación afecta a la esencia del documento¹²²⁷.

En este sentido, en lo referido a los documentos sociales, será necesario atender a cada caso concreto para entender la esencialidad y relevancia de lo falso. Podría ser que la fecha concreta de una Junta o los asistentes a ésta y su reflejo en el Libro de Actas fuese fundamental porque fuese imprescindible para que el documento cumpliera su función en algunos casos y no en otros.

Podría ser también uno de estos supuestos alterar de alguna manera las cuentas anuales en algunos de sus elementos de carácter esencial¹²²⁸ y, por el contrario, no parece que sea un supuesto de alteración en algún requisito de carácter esencial la alteración de fechas de facturas contenidas por ejemplo en el Libro Diario.

2.2. Simular un documento en todo o en parte de manera que induzca a error respecto de su autenticidad

Para la interpretación de esta modalidad falsaria se partirá de un concepto estricto de autenticidad¹²²⁹, por lo que básicamente la simulación a la que se refiere la norma estriba en hacer pasar como autor del documento a

¹²²⁶ QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES, (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 9ª, 2011, 1635.

¹²²⁷ ARROYO DE LAS ERAS, Falsedad documental, 2005, 179.

¹²²⁸ Será más adelante, en el apartado 3 de este epígrafe referido a la acción falsaria donde se contemplaran expresamente algunos problemas derivados del uso de la denominada contabilidad creativa.

¹²²⁹ Éste es unánime en nuestra doctrina: v., GARCÍA CANTIZANO, Falsedades documentales, 1997, 90 s.; ECHANO BASALDUA, en: BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, Manual, PE, 1998, 791 s.; BACIGALUPO ZAPATER, falsedad documental, 1999, 22; VILLACAMPA ESTIARTE, La falsedad documental, 1999, 470; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: COBO DEL ROSAL/MORILLAS CUEVA (Dirs.), Comentarios, 2011, 201 s.

persona distinta a la que lo es¹²³⁰. Comprende la creación o formación de un documento inauténtico¹²³¹.

Justamente, en este sentido, tal vez la discusión más importante en relación a este apartado 2º del art. 390 CP se ha planteado con respecto a su relación con el art. 390.4º; es decir, la diferencia entre éste y las falsedades ideológicas. La STS de 29-5-2000 (RJ 2000\5230) consolidó la línea interpretativa de la sentencia del caso *Argentia-Trust*¹²³², poniendo de relieve que “la acción típica del art. 390.1.2º es la que se realiza sobre el soporte material, el documento, creándolo *ex novo*, de manera que el así creado induzca a error sobre su existencia como documento del que surge una realidad jurídica vinculante, con efectos constitutivos y probatorios de ésta, es decir, creando un documento, soporte material, que en realidad no existe, pese a su apariencia”¹²³³. Se referirá por tanto esta falsedad a la simulación de un documento, no del negocio jurídico que en él está contenido, y que por tanto se tratará de una falsedad material¹²³⁴.

Las conductas que recoge este apartado 2º del art. 390 CP consisten por tanto en la creación total o parcial de un documento inauténtico *ex novo* o partiendo de un documento existente, que induzca a error respecto de su

¹²³⁰ CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), *Comentarios*, II, 2004, 1801.

¹²³¹ ECHANO BASALDUA, en: BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual*, PE, 1998, 791.

¹²³² Así FARALDO CABANA, *El delito societario de falsedad*, 2003, 63. Se conoce por el nombre de “caso *Argentia-Trust*” el proceso por el que se juzgaron las actuaciones de Mario Conde por las que retiró una importante suma de dinero (3,6 millones de Euros, 600 millones de pesetas) de la entidad bancaria Banesto para depositarlos en una cuenta en Suiza de la entidad que llevaba el nombre por el que después se denominó el proceso: *Argentia-Trust*. Por estos hechos se condenó a Mario Conde por apropiación indebida y falsedad en documento mercantil. La sentencia en la que se sostuvo que la conducta de faltar a la verdad en la narración de los hechos no es punible cuando quien la realiza es un particular.

¹²³³ STS de 29-5-2000 (RJ 2000\5230).

¹²³⁴ De manera diferente expone GOYENA HUERTA, *Falsedades documentales*, 2007, 86, quien considera que “la diferencia entre ambos supuestos de falsedad radica en que la simulación engloba aquellos casos en que el documento expresa una relación jurídica o un negocio jurídico absolutamente inexistentes en tanto que en el art. 390. 1. 4º tienen cabida los supuestos en que el documento expresa o refleja un negocio o relación jurídica verdaderos, aunque incorporando datos, hecho o manifestaciones falsos”.

autenticidad¹²³⁵. La locución “que induzca a error respecto de su autenticidad” plantea el interrogante de si el engaño debe haberse presentado frente a una persona concreta, o si se refiere a que el engaño debe ser capaz de inducir a error al hombre medio. Considero más adecuada la segunda de las posibilidades porque, como advierten CÓRDOBA RODA/ GARCÍA ARÁN, esta solución resulta más congruente con la naturaleza de los delitos de falsedad¹²³⁶ y con la calidad del bien jurídico protegido. La exigencia de la inducción a error se verá cumplida en supuestos en que exista, por ejemplo, imitación de los signos que autentifican el documento como son la firma, letra, sellos, pero también “cuando no exista ésta pero la apariencia sea idónea para la atribución del documento, de la declaración documentada, a una persona u órgano de quien no proviene”¹²³⁷.

Un ejemplo de creación *ex novo* de un documento sería el caso en el que en el Libro de Actas de una sociedad se adjunte o se transcriba el contenido de un acuerdo, previamente documentado en cualquier tipo de soporte material, donde se recoge que un socio ha hecho una aportación de capital, la cual efectivamente existe y ésta es debida a un acuerdo extra oficial o informal, pero resulta que esa Junta General no ha existido nunca. Con este mismo ejemplo podemos entender también la posibilidad de falsear un documento ya existente, así puede ser que la Junta sí hubiese sido llevada a cabo, pero que en todo caso ese asunto no hubiese sido tratado en dicha Junta. Lo que será más dudoso, es que estas conductas pongan en peligro el patrimonio de sociedad, socios o terceros, cuestión que será abordada más adelante en este trabajo.

2.3. Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho

¹²³⁵ Así también CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios, II, 2004, 1796; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: COBO DEL ROSAL/MORILLAS CUEVA (Dirs.), Comentarios, 2011, 201 s.

¹²³⁶ CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios, II, 2004, 1800.

¹²³⁷ ECHANO BASALDUA, en: BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, Manual, PE, 1998, 792.

Las dificultades de diferenciar esta falsedad material con la falsedad ideológica del núm. 4 del art. 390 CP son muchas y hay autores que directamente han considerado que ésta es una clara falsedad ideológica¹²³⁸. Esta modalidad falsaria también de alguna manera entra en conflicto con la del párrafo primero, en el sentido de que la firma, que supone un elemento esencial del documento, pero que además en última instancia también acredita la participación de personas que puede ser que no hayan participado, por lo que parece que una única acción encaja en varias conductas falsarias.

Se concretan en este numeral dos subtipos diferentes: por un lado, suponer en un acto la intervención de personas que no lo han hecho y, por otro, atribuir a las que han intervenido declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

Respecto de la primera de las modalidades, “intervención equivale a acción y efecto de participar, en el sentido de que participar equivale o a una actuación determinada o a una significativa presencia. Es decir, no parece que cualquier presencia constituya intervención”¹²³⁹ y en este sentido habrá de interpretarse el precepto.

Parece razonable entender que las personas que no han intervenido en el acto y que por el contrario se presume que han intervenido tengan una existencia real¹²⁴⁰. Considero, por ejemplo, que no sería punible que se manifieste en un documento que en un acuerdo han intervenido socios que no lo son de la sociedad, es decir, que no existen. Del tipo se desprende además que si el sujeto realmente ha tomado parte en el acto y se le atribuye una intervención distinta a la que ha tenido, no cabrá estimar que esta conducta encaja dentro del tipo del numeral tercero¹²⁴¹.

Lo que no será punible es la situación en la que una persona participa en un acto, pero se omite en el documento su participación.

¹²³⁸ SILVA SÁNCHEZ, Lecciones, PE, 2ª, 2009, 300 s.

¹²³⁹ CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios, II, 2004, 1802.

¹²⁴⁰ CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios, II, 2004, 1803.

¹²⁴¹ CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios, II, 2004, 1804.

Una de las posibilidades de comisión de esta acción especialmente importante en relación a las cuentas anuales u otros documentos que deben representar la realidad jurídica o económica de la sociedad, es que fingir la letra, firma o rúbrica de una persona equivaldrá a suponer la intervención de ésta en el respectivo documento¹²⁴².

Otra modalidad es la de atribuir a personas que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho. Es indiferente que esas declaraciones se hubiesen presentado de forma oral o por escrito¹²⁴³, pero lo que sí es relevante es que entre las manifestaciones o declaraciones efectuadas y las que luego se le imputan a la persona en el documento exista una disparidad no accidental, sino sustancial¹²⁴⁴.

Con FARALDO CABANA¹²⁴⁵ considero que éste es el campo de aplicación más habitual de falsedades materiales en documento mercantil. Se piensa en los secretarios del Consejo de Administración, quienes deben constatar la participación de determinadas personas en la asamblea, pero con la diferencia de que desde mi punto de vista eso no será una falsedad en documento mercantil, sino en documento privado¹²⁴⁶ que adquirirá la relevancia de documento mercantil en el momento en que haya una publicidad de ese acuerdo, es decir, cuando sea inscrito en alguno de los Libros obligatorios de la sociedad que deben ser depositados en el Registro Mercantil.

2.4. Faltando a la verdad en la narración de los hechos

Esta es la modalidad de conducta falsaria que identifica una falsedad ideológica. Modalidad a la que habrá que excluir la contenida en el apartado anterior, para no vaciarla de contenido. Como se expresó anteriormente, el CP

¹²⁴² CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios, II, 2004, 1805

¹²⁴³ CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios, II, 2004, 1809.

¹²⁴⁴ CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios, II, 2004, 1809.

¹²⁴⁵ FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 65.

¹²⁴⁶ Sobre esta cuestión me posicionaré extensamente en el Cap. 5 del trabajo.

de 1995 destipificó las falsedades ideológicas hechas por particular, manteniendo la posibilidad de poder realizar esta conducta falsaria sólo por autoridades y funcionarios en el ejercicio de sus funciones, debido al especial deber de veracidad que estas personas tienen¹²⁴⁷. El fundamento de esta decisión está en que no existe deber jurídico de veracidad en los particulares, por lo que en principio, los administradores de hecho y de derecho de una sociedad constituida o en formación no podrían cometer la falsedad a través de esta modalidad falsaria por el deber de veracidad que tienen en cuanto a los actos propios de su cargo y funciones¹²⁴⁸.

La expresión que contiene el faltar a la verdad en la narración de los hechos ha sido tachada de excesivamente amplia¹²⁴⁹, consideración con la que estoy de acuerdo y que en parte se podrá paliar con la exigencia de esencialidad a la que me he referido anteriormente en relación con la interpretación de la conducta recogida en el art. 390.1 CP, que restringe las falsedades a los casos en que la alteración se dé en los elementos o requisitos de carácter esencial del documento¹²⁵⁰, porque además, sólo en estos casos se va a producir un ataque lo suficientemente severo a la funcionalidad del documento para merecer una respuesta penal.

El término “hechos” no significa “actos o conductas”, sino que significa “datos de la realidad”¹²⁵¹. Dentro del concepto “hechos” se abarca cualquier clase de falsedad ideológica siempre y cuando se refieran a hechos y no a valoraciones, especialmente las jurídicas, que no son susceptibles de un juicio de verdad o falsedad¹²⁵². Pero una narración de hechos “tiene lugar no sólo en

¹²⁴⁷ QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES, (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 9ª, 2011, 1637; OLAIZOLA NOGALES, en: COBO DEL ROSAL/MORILLAS CUEVA (Dir.), Comentarios, 2011, 233.

¹²⁴⁸ NÚÑEZ CASTAÑO, La estafa de crédito, 452 ss.; FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 67.

¹²⁴⁹ Así ECHANO BASALDUA, en: BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, Manual, PE, 1998, 795; VILLACAMPA ESTIARTE, La falsedad documental, 1999, 547.

¹²⁵⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: COBO DEL ROSAL/MORILLAS CUEVA (Dir.), Comentarios, 2011, 207.

¹²⁵¹ CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), Comentarios, II, 2004, 1810.

¹²⁵² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Dir.), EPB, 2002, 735; el mismo en: COBO DEL ROSAL/MORILLAS CUEVA (Dir.), Comentarios, 2011, 206.

los casos en los que el documento describa unas determinadas acciones como, por ejemplo, el otorgamiento de una compraventa, sino además en aquellos en los que aquel exponga las características definidoras de un cierto inmueble, tanto en su aspecto jurídico -de exención de gravámenes, por ejemplo- como en el fáctico –de descripción de las dimensiones y situación física de la finca-”¹²⁵³.

Estoy absolutamente de acuerdo con QUINTERO OLIVARES cuando afirma que “el problema principal con que tropieza la falsedad ideológica viene dado por su total vinculación a la difícil distinción entre verdad objetiva y verdad subjetiva. Es fácil definir la falsedad ideológica como aquella manifestación destinada a constar en un documento en la que quien la hace es consciente de que no se corresponde no ya con la verdad absoluta, que puede quedar lejos de la capacidad de cualquiera, sino con su propia conciencia y convicción sobre la realidad del hecho. El problema probatorio que encierran estas falsedades es, partiendo de eso, fácilmente perceptible. El autor siempre podrá afirmar que aquella era su verdad, lo cual es tal vez fácil de rechazar, pero no lo es tanto el que los documentos creados con esa mendacidad interna son formalmente correctos y válidos”¹²⁵⁴.

Este problema en materia societaria se hace especialmente agudo: ¿cuándo podremos afirmar que las cuentas anuales de una sociedad no reflejan la realidad de ésta? ¿Qué tenemos que entender por “hacer correcta referencia a la realidad que la represente”? ¿Se debe vincular este concepto al principio de imagen fiel de las empresas? En términos generales, una forma de objetivar esta materia tan subjetiva vendría de la fórmula por la cual “la verdad equivale aquí a la congruencia o adecuación entre lo que se narra y un cierto modelo”¹²⁵⁵. Será necesario entonces atender a las normas jurídicas reguladoras de la respectiva especie de documento para determinar cuáles son los hechos que el sujeto debe narrar; es decir, cuáles son los datos de la realidad de cuya existencia debe, en

¹²⁵³ CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios, II, 2004, 1810.

¹²⁵⁴ QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES, (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 9ª, 2011, 1636.

¹²⁵⁵ CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios, II, 2004, 1811.

primer lugar, adquirir conocimiento y, en segundo lugar, narrar¹²⁵⁶. Estos hechos constituirán así el modelo de referencia, de forma tal que la falta de verdad constitutiva del presente tipo deberá ser estimada en cuanto exista discrepancia entre los hechos narrados y los integrantes del respectivo modelo¹²⁵⁷.

3. Problemas derivados del uso de la contabilidad creativa

3.1. Introducción y objetivos de la aproximación a esta cuestión

Una vez vistas las modalidades falsarias posibles en el art. 290 CP, en este epígrafe planteo realizar una pequeña aproximación a algunos de los problemas derivados de la denominada «contabilidad creativa» en relación con el precepto que aquí se está analizando. El motivo de esta pretensión proviene de dos vertientes. La primera por la necesidad de enriquecer el debate que desde hace ya algún tiempo se viene planteando por la doctrina penalista acerca del encaje de esta figura, que ahora se tratará de explicar, en el art. 290 CP¹²⁵⁸, a pesar de que la jurisprudencia en esta materia (y en general sobre el art. 290 CP es escasa¹²⁵⁹). La segunda porque también desde otras ramas de

¹²⁵⁶ CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios, II, 2004, 1811.

¹²⁵⁷ CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios, II, 2004, 1811.

¹²⁵⁸ De esta manera algunos autores como SEGOVIA SAN JUAN, La contabilidad creativa, 2001, 414, consideran que “la finalidad última de la contabilidad creativa es, como sabemos, suministrar una información sesgada, hecho que, como mostraremos más adelante, puede constituir el delito societario tipificado en el artículo 290 del Código Penal”. También CEA GARCÍA, PD 4 (1990), *passim* y FERRÉ OLIVÉ, en: SAIZ ARNAIZ (Coord.), Responsa iurisperitorum digesta, IV, 2004, 202 ss., plantean la relación entre contabilidad creativa y el art. 290 CP.

¹²⁵⁹ De un análisis exhaustivo de la jurisprudencia española sobre el art. 290 CP he observado una gran distancia entre la teoría y la práctica del ejercicio de las técnicas de contabilidad creativa. Incluso en su denominación. Prácticamente, los asuntos que llegan a los juzgados, o al menos eso se desprende del análisis de las sentencias estudiadas, son falsedades burdas (incluso menos peligrosas en el sentido de la idoneidad para poner en peligro los patrimonios de los sujetos pasivos). Además, se da la circunstancia de que son asuntos en los que concurren vicisitudes como conflictos personales entre los socios de la empresa, sean de índole mercantil, o simplemente malas relaciones, que hacen más farragosos los hechos, y dificulta el que puedan ser concertados.

Por otro lado me he encontrado con bastantes asuntos en los que planteándose una falsedad en las cuentas anuales (porque concurría una sucesión de técnicas en principio sospechosa, y por ello se imputaba en solitario, o en concurso con otros, un delito del art. 290 CP), se ha archivado el

conocimiento, en concreto la de la economía en la vertiente contable, se ha expuesto la necesidad de dar respuesta a la utilización de este tipo de estrategias en la construcción de las cuentas anuales de una sociedad, y en especial en el balance y la cuenta de resultados.

Mi propuesta por tanto es la de en un primer momento determinar a qué se hace referencia cuando se menciona el término «contabilidad creativa». En un segundo momento haré referencia a las algunas de las técnicas de «contabilidad creativa» que existen, y a las que los autores expertos en la materia se refieren, dividiéndolas conforme al concepto aceptado en este trabajo de «contabilidad creativa» entre aquellas que son y aquellas que no son contabilidad creativa. Por último, tomaré posición acerca de si los problemas derivados del uso de contabilidad creativa en su encaje en el art. 290 CP son específicos, o de otro modo, por ser formas de falsear que han de insertarse en alguna de las conductas falsarias posibles y que ahora se han analizado, adolecen de los mismos problemas que estas, posición que, adelanto, es la asumida.

asunto por falta de prueba (SAP Valencia, 16-5-2001 (JUR 2001/199017), SAP Alava, 21-1-2002 (JUR 2002/218053); SAP Alicante, 27-7-2007 (JUR 2007/336099); SAP Madrid, 30-3-2009 (JUR 2009\221783). Esto evidencia que no son fáciles las cuestiones probatorias en relación con el art. 290 CP y en especial cuando se comete una falsedad ideológica a través de técnicas de «contabilidad creativa», se advierten ausencias importantes de informes periciales que deben aportarse en la fase de instrucción y que son los que pueden sustentar la acusación de la concurrencia de un delito del art. 290 CP por la utilización de técnicas contables cuanto menos sospechosas.

Sobre la escasa jurisprudencia, la caracterización de las empresas involucradas en su caso como de pequeñas o medianas y cuestiones probatorias también, CARREÑO AGUADO, La inveracidad en la información, 2013, 427.

Esto no significa que no haya dudas razonables para afirmar que en España, existan problemas importantes con la información que las empresas ofrecen de sus datos. En este sentido, el “Informe sobre la supervisión de las cuentas anuales” que anualmente dicta la CNMV (se puede encontrar en V. <http://www.cnmv.es/portal/Publicaciones/>) contiene un resumen estadístico de las auditorías recibidas en la Comisión donde aparecen las opiniones contenidas en aquellas y los tipos y efectos de las salvedades y excepciones que los auditores determinan que se pueden hacer a las cuentas anuales de las sociedades cotizadas en bolsa que ellos auditan. En el informe del año 2013, referido al ejercicio de 2012 (el último publicado) recoge que disminuye el número de informes de auditoría con limitaciones al alcance, que pasan de 12 a 11. (Sin embargo se debe tener en cuenta que en el año anterior se había dado un ascenso muy significativo de 1 en 2010 a 12 en 2011). Como expone el propio informe las limitaciones al alcance son salvedades de los auditores de la CNMV a la información social relevantes, porque reflejan que el auditor no ha podido aplicar los procedimientos requeridos por las Normas Técnicas de Auditoría, al no haber dispuesto de información suficiente para formarse una opinión.

3.2. ¿Qué es la contabilidad creativa?

A lo largo de este trabajo, he usado el término de contabilidad creativa y no otros que la doctrina especializada utiliza como de “maquillaje contable”, “artificios contables”, “ingeniería financiera”, “manipulación de las cuentas”, “ocultación”, “falsedad en documento mercantil” o “alisamiento de beneficios” (*Earnings Management*). Es discutido por los expertos que todos los conceptos signifiquen y se refieran a lo mismo¹²⁶⁰. Queriéndome alejar de esta discusión

¹²⁶⁰ GARCÍA OSMA/GIL DE ALBORNOZ NOGUER/GISBERT CLEMENTE, REFC, 2005, 101, quienes exponen cómo “por otra parte, existen una serie de términos que en muchas ocasiones han sido utilizados con el mismo significado que *earnings management*, como contabilidad creativa, *window dressing* o maquillaje contable” y advierten que no son exactamente lo mismo. La definición que proponen para este concepto es que: “se trata de cualquier práctica llevada a cabo intencionadamente por la gerencia, con fines oportunistas y/o informativos, para reportar la cifra de resultados deseada, distinta de la real”. En la p. 103 explica cómo “De hecho, cuando surge el término *earnings management*, a finales de los 80, la mayoría de los autores señalan, explícita o implícitamente, que se trata de prácticas que respetan los principio contables. Sin embargo, y aunque algunos trabajos han estudiado el fenómeno de la manipulación en muestras de empresas que han llevado a cabo prácticas claramente fraudulentas, en la gran mayoría de trabajos empíricos que evidencian la existencia de prácticas manipuladoras no es posible diferenciar entre aquellas que respetan los principios contables y las que, por no respetarlos, se calificarían de fraudulentas. Excluir estas últimas de la definición de *earnings management* podría llevar a confusión respecto a los resultados obtenidos en los trabajos revisados. Por esta razón, se ha considerado pertinente dejar abierta la definición en este sentido. No obstante, debe quedar claro que no se pretende establecer una similitud entre ambos tipos de prácticas, y 2) las prácticas de *earnings management* incluyen aquellas que se llevan a cabo tanto utilizando instrumentos contables (manipulación contable) como manipulando las transacciones reales subyacentes (manipulación real). Efectivamente, las cifras contables pueden adecuarse a los objetivos marcados a priori manipulando tanto la forma o momento del tiempo en que se contabilizan las transacciones como las propias transacciones. En este sentido, por ejemplo, el concepto “contabilidad creativa” queda restringido al primer tipo de manipulación. , a la manipulación utilizando instrumentos contables para ello y no manipulando las transacciones reales”.

En las págs. 112 s. plantea dos tipos de manipulación de los beneficios diferentes: El primero “se trata de decisiones de naturaleza puramente financiera que, por tanto, no afectan directamente al cash-flow ni a la composición del patrimonio de la empresa sino a la forma de contabilizar las transacciones o al momento del tiempo elegido para ello. El segundo, están las decisiones que afectan a transacciones reales: “se trata de decisiones que afectan al cash-flow y, en consecuencia, a la propia composición del patrimonio de la empresa, con menor o mayor repercusión sobre su actuación futura”.

Se plantean la misma cuestión de si se está haciendo referencia o no a lo mismo AMADOR FERNÁNDEZ, *Gestión* 162 (2012), 40 s. Por su parte BLASCO LANG, PD 85 (1998), 34, advierte cómo “no puede obviarse que se trata de un concepto equívoco como lo demuestra la gran cantidad de definiciones, no todas coincidentes, que del mismo se han realizado. Podría decirse que es un eufemismo, utilizado para evitar referirse a estas prácticas por sus verdaderos nombres: artificios contables, manipulaciones contables, fraudes contables, etc.”

SEGOVIA SAN JUAN, *La contabilidad creativa*, 2001, 213 ss., entiende que la contabilidad creativa, el alisamiento de beneficios y la manipulación de la contabilidad si bien se usan como sinónimos no son términos que identifiquen lo mismo. Sin embargo afirma que el punto en común de todas esas prácticas se encuentra en su objetivo “que es utilizar interesadamente los métodos y

que no creo deba ser objeto de determinación en esta sede, por mi parte, a lo largo de este trabajo, he utilizado siempre el término de «contabilidad creativa» porque considero que esta expresión es la más correcta en virtud de dos motivos. El primero porque es el más habitualmente utilizado por la doctrina. El segundo porque creo que, a diferencia de, por ejemplo, el concepto de “*earnings management*” u “ocultación” puede contener dentro de aquel un mayor número de técnicas, no reducidas como en el caso de estos conceptos a las referidas al incremento o disminución del beneficio o a la mera ocultación.

Una vez aclarado esto, trataré de concretar qué se entiende por contabilidad creativa.

En primer lugar se debe advertir que cuando se refiere a la «contabilidad creativa» se está aludiendo a la utilización de ciertas técnicas a la hora de mostrar la información societaria en un ámbito muy concreto: el balance de situación y de la cuenta de resultados; si bien es cierto que a partir de esta se pueden alargar estas técnicas hasta otros de los documentos de las cuentas anuales en los que se refiera el contenido del balance o de la cuenta de resultados.

En segundo lugar se debe exponer que no hay una definición unánime que dé contenido a este término¹²⁶¹. Las definiciones desarrolladas por los expertos

normas contables para confeccionar los estados financieros de tal forma que se alcancen los fines pretendidos por las personas que los elaboran, con independencia de si dichos estados representan o no la realidad económica de la entidad”.

¹²⁶¹ En este sentido, expongo aquí algunas de las definiciones que se han ofrecido por los expertos, para mostrar la disparidad entre ellas. Algunas de ellas las retomaré posteriormente. Por ejemplo, AMAT/MOYA /BLAKE, PD 97 (1987), 24, señalan que el término de contabilidad creativa “se utiliza para describir el proceso mediante el cual los contables utilizan su conocimiento de las normas contables para manipular las figuras reflejadas en las cuentas de una empresa”. GRIFFITHS, Contabilidad creativa, 1990, 12, por su parte, apunta: “la contabilidad creativa es la que aprovecha las posibilidades que ofrecen las normas (opcionalidad, subjetividad, vacíos de regulación, etc.) para presentar unos estados contables que reflejen la imagen deseada y no necesariamente la que en realidad es. Pensamos que la contabilidad creativa se encuentra en el camino entre las prácticas verdaderamente correctas y éticas y la ilegalidad o fraude, si bien es difícil delimitar dónde acaba la ética y empieza la creatividad y dónde termina ésta y empieza el fraude”. BLASCO LANG BLASCO LANG, PD 85 (1998), 34, a su vez advierte cómo el término contabilidad creativa “se ha ido introduciendo en la literatura contable española para describir el proceso mediante el cual se utilizan los conocimientos de las normas contables para manipular las cifras de las cuentas anuales”. Otro autor, SEGOVIA SAN JUAN, La contabilidad creativa, 2001, 215, considera que: “se entiende por contabilidad creativa el conjunto de prácticas que tratan de manipular las normas contables a través de interpretaciones interesadas y de una incorrecta utilización de éstas, con la finalidad de emitir una información sesgada que ayuda a lograr los

en relación a este concepto son en buena parte diferentes. Se extienden desde aquellos que consideran que la «contabilidad creativa», es un instrumento que permite el PGC por su flexibilidad en la elección de diferentes formas de mostrar los hechos contables y sólo engloban las posibilidades o vacíos que las leyes contables permiten dentro de este término¹²⁶²; a quienes consideran que contabilidad creativa es lo anterior, pero además abarca también otro tipo de actuaciones como por ejemplo utilizar facturas falsas, imputaciones ficticias de

objetivos de sus preparadores, en lugar de representar la realidad económica de la empresa, en perjuicio de los usuarios de dicha información”. CORDOBÉS MADUEÑO/MOLINE SANCHEZ, Téc. Cont. 614 (2000), 91, apuntan que “...si por creatividad entendemos la aplicación del criterio subjetivo del preparador para evaluar un hecho, si por creatividad entendemos la lectura del espíritu de la norma por encima de su letra, somos de la opinión que la contabilidad es creativa. De lo contrario, los hechos descritos no reflejarían la sustancia económica que pretenden representar y la información sería menos útil para los usuarios”. Conforme a esto el autor considera, que “el campo abierto a la contabilidad creativa quedaría reducido a las siguientes actuaciones: a) Separaciones de la letra de la norma con la finalidad de expresar una representación más acertada de la realidad económica; b) Elección de criterios realmente alternativos en un estado de normalización imperfecto”.

CANO RODRÍGUEZ: La contabilidad creativa, 2001, 2 s., considera que hay características comunes a todas las definiciones de contabilidad creativa y estas son, en primer lugar que existe una actitud consciente, es decir, existe voluntad de manipulación de las cifras contables; en segundo lugar que existe una concepción peyorativa al respecto.

GAY SALUDAS, PD 119 (2001), 76, con un tono claramente crítico, se expresa de la siguiente manera: “La contabilidad.com se caracteriza por dar respuesta y brindar soluciones “ad hoc”, a la medida, al son que marcan las ficciones, cuando no artificios, inherentes o derivadas de lo que se conoce como la Nueva Economía”. Sin embargo, ARGUEDAS SANZ, RAECA 63 (2003), 31, aporta una definición más neutral y que él considera estándar. Es aquella que “considera los vacíos de la normativa legal como posibilidades de elección con el fin de “transformar” la información contable (...). Esta expresión se ha venido utilizando para describir el proceso mediante el cual algunos profesionales de la contabilidad utilizan sus conocimientos para “maquillar” las cifras reflejadas en la contabilidad de la empresa, sin dejar de cumplir los principios contables. De este modo, según se apliquen unos criterios u otros, los resultados pueden variar y resultar más favorables para las organizaciones”. Para terminar, y en un sentido también parecido, AMADOR FERNÁNDEZ, Gestión 162 (2012), 40, considera que la contabilidad creativa se podría definir como, “la utilización de la opcionalidad que la normativa contable permite, o, en su caso, de los vacíos normativos, para que los estados financieros muestren la versión más favorable a los intereses que se buscan en cada ocasión, pero siempre dentro de la legalidad. Otra cosa sería la vulneración de la normativa, en cuyo caso habremos traspasado la línea roja que separa la legalidad del fraude”.

¹²⁶² BLASCO LANG, PD 85 (1998), 34 advierte que hay que tener en cuenta que, en términos generales, la “creatividad en la contabilidad” se vale de mecanismos tan legítimos como las opciones que se ofrecen en la normativa contable para contabilizar determinados hechos; el alto contenido de estimaciones, opiniones y predicciones que tiene la contabilidad moderna, derivada de la complejidad de las operaciones que deben registrarse; la elección del momento para realizar determinadas operaciones o la utilización de las lagunas y vacíos que ofrece la normativa contable. MARTÍNEZ ARIAS/GARCÍA ÁLVAREZ, EFCT 5 (2002), 178 apuntan que nunca se planteará dentro de ella (de la contabilidad creativa) algo que pueda dar como resultado un fraude, un incumplimiento, una manipulación o una ilegalidad.

gastos etc¹²⁶³; hasta quienes, por último, consideran que efectivamente la «contabilidad creativa» es un uso de las opciones que permite el PGC pero utilizado para mostrar una imagen no fiel de la empresa, si no interesada¹²⁶⁴ para la sociedad o para los administradores¹²⁶⁵.

¹²⁶³ SEGOVIA SAN JUAN, La contabilidad creativa, 2001, 214, plantea que si bien tanto la contabilidad creativa como la utilización de documentos, facturas y transacciones falsas muestran una información falsa, la primera (aquellos que aprovechan vacíos legales) es mucho más difícil de probar. En este sentido advierte que existen otros medios para generar información falseada que no sea contabilidad creativa: “pensemos por ejemplo en la emisión de facturas falsas en concepto de servicios no realizados, la simulación de cobros o pagos, el falseamiento de operaciones de ventas o compras, o las actuaciones fraudulentas frente a la Hacienda Pública o a la Seguridad Social”. La diferencia está, como muy bien apunta la autora, en que “desde un punto de vista jurídico resulta mucho más sencillo encontrar la prueba del delito en el caso de los actos fraudulentos de falsificación de documentos o de transacciones que en el caso de la aplicación de la contabilidad creativa, dada la propia flexibilidad normativa en materia contable que hace necesario tener que demostrar la intencionalidad de la persona o personas que la han utilizado”, pero eso no significa, añadido yo, que ni la una sea siempre legal ni la otra siempre ilegal.

¹²⁶⁴ El hablar de “imagen interesada” nos podría llevar al debate que un sector a expuesto en torno a las motivaciones que llevan a un administrador a utilizar técnicas de contabilidad creativa en este sentido. Muy brevemente decir que por lo general los autores coinciden en advertir que son tres las causas fundamentales que motivan a administradores y gerentes sociales a utilizar técnicas de contabilidad creativa. Abordan esta cuestión: AMAT/MOYA /BLAKE, PD 97 (1987), 28; GRIFFITHS, Contabilidad creativa, 1990, 15; SÁEZ OCEJO, Téc. Cont. 596 (1998), 632; CANO RODRÍGUEZ, La contabilidad creativa, 2001, 9; SEGOVIA SANJUAN, La contabilidad creativa, 2001, 236; GARCÍA OSMA/GIL DE ALBORNOZ NOGUER/GISBERT CLEMENTE, REFC, 2005, 1004 ss.; HUERTA DE SAN DAMASO, Harvard 86 (2008), 72; AMADOR FERNÁNDEZ, Gestión 162 (2012), 42. Estas motivaciones se pueden dividir en tres grandes grupos: 1.- Motivaciones de tipo contractual. En ocasiones los contratos de gerencia en las empresas están ligados a cifras contables en virtud de las cuales se da la remuneración a los directivos. En este sentido puede interesar dar mayor cifra de beneficios (Así AMAT/MOYA /BLAKE, PD 97 (1977), 28; GRIFFITHS, Contabilidad creativa, 1990, 15; SEGOVIA SANJUAN, La contabilidad creativa, 2001, 239; GARCÍA OSMA/GIL DE ALBORNOZ NOGUER/GISBERT CLEMENTE, REFC, 2005, 1004 ss. Por otro lado, dentro de este tipo de motivaciones se encuentran aquellas que buscan la aprobación del órgano de administración SEGOVIA SANJUAN, La contabilidad creativa, 2001, 239., y por último se pueden esconder estrategias por las que se pretenda debilitar la situación reflejada para dar posibilidad de atribuir éxitos en años posteriores GRIFFITHS, Contabilidad creativa, 1990, 15. e incluso poner en evidencia a la dirección anterior AMADOR FERNÁNDEZ, Gestión 162 (2012), 43 s.; 2.- Motivaciones que vienen de las exigencias de tipo político y social a las que están sometidos ciertos sectores CANO RODRÍGUEZ, La contabilidad creativa, 2000, 9 ss., plantea estas motivaciones políticas y sociales, es decir, las exigencias de tipo político y sociales; así, dice el autor: “Existen determinados sectores que están especialmente regulados, entre los que destacan el sector financiero, al que se le exige el cumplimiento de una serie de coeficientes mínimos. Varios estudios, principalmente norteamericanos, explican cómo los gerentes de las entidades financieras utilizan su discrecionalidad –especialmente con las provisiones– para conseguir cumplir las ratios exigidos por la regulación vigente”; 3.- Motivaciones de valoración externa (GARCÍA OSMA/GIL DE ALBORNOZ NOGUER/GISBERT CLEMENTE, REFC, 2005, 1004 ss.) o de índole diferente a la contractual, fundamentadas en la necesidad de obtener capital y exigencia del mercado de valores ya sea para reducir la incertidumbre y el riesgo GRIFFITHS, Contabilidad creativa, 1990, 15, se pretende “estabilizar la imagen a lo largo de los años: existencia de preferencias externas por comportamientos regulares, repercusión positiva en el precio de las acciones”; AMADOR FERNÁNDEZ, Gestión 162 (2012), 43 s.) e influir en la cotización de la compañía, o para evitar la entrada de nuevas empresas en el sector HUERTA DE SAN DAMASO, Harvard 86 (2008), 72: “Las razones que puedan llevar a una sociedad a realizar prácticas de contabilidad creativa vienen

Yo considero que la contabilidad creativa sólo se puede referir a la primera de las opciones o de las conceptualizaciones aportadas, aquella entendida como utilización contable de mecanismos que la normativa contable permite, en principio, para reflejar mejor los hechos contables de la empresa, como por ejemplo para contabilizar determinados hechos. El PGC, como se expondrá en detenimiento más adelante en el trabajo, en su redacción introduce el concepto de imagen fiel como uno de los principios rectores más importantes que rigen las normas contables, hasta el punto de que el art. 34 CCom en su apartado 4, advierte que, en casos excepcionales, si la aplicación de una disposición legal en materia de contabilidad fuera incompatible con la imagen fiel que deben proporcionar las cuentas anuales, tal disposición no será aplicable. Justamente, la representación fiel surge como resultado final de la aplicación de los requisitos y de los principios contables y para ellos el PGC contiene una serie de criterios algunos más rígidos y otros más flexibles (incluso hay lagunas y vacíos) tendentes a representar justamente una imagen lo más fiel posible de la empresa. En este contexto, nace la denominada contabilidad creativa, como

en muchos casos impuestas por el propio funcionamiento de los mercados de valores. En los últimos años, la presión por el resultado ha sido muy fuerte". AMAT/MOYA /BLAKE, PD 97 (1977), 28; SÁEZ OCEJO, *Téc. Cont.* 596 (1998), 632: "La información ofrecida por la contabilidad puede debilitar el valor de la empresa, según la imagen que los beneficios declarados ofrezcan sobre la entidad, motivado por: a) La posibilidad de acciones (anti-monopolísticas) por parte de organismos reguladores (costes políticos) que podrían conducir a la fragmentación de la firma (...) b) La posible entrada de otras empresas en el sector, que llevaría a que los beneficios extraordinarios de las firmas se vieran condicionados en el futuro, con lo que los directivos tendrían que renunciar a sus compensaciones, explícitas e implícitas"; SEGOVIA SANJUAN, *La contabilidad creativa*, 2001, 236 s.)

Pero además, los expertos han señalado otra cuestión importante como advierte AMADOR FERNÁNDEZ, *Gestión* 162 (2012), 44. relacionada con cuáles son los momentos en que se usa con más frecuencia la contabilidad creativa. Estos momentos son: la salida o exclusión de la Bolsa; la venta de la empresa, cuando se dan ampliaciones de capital, cuando existen cambios en la dirección de la empresa, cuando se espera una obtención o renegociación de financiación, es decir, en procesos donde intervienen dos partes y donde por la inmediatez puede dar lugar a más perjudicados directos.

¹²⁶⁵ AMAT I SALAS, *Gestión* 35 (2005), 6, "Otro de los problemas que presenta la normativa contable es que permite un margen muy amplio para la denominada contabilidad creativa. Este tipo de maquillaje se hace para conseguir que las cuentas reflejen lo que interesa a los directivos y administradores. De esta manera no se informa de la realidad y se engaña a los usuarios de las cuentas. La contabilidad creativa se sustenta en tres ejes: En primer lugar, de acuerdo con la normativa contable muchas transacciones se pueden reflejar contablemente de diversas formas (...). En segundo lugar, hay diversos tipos de operaciones que no están completamente reguladas por la normativa contable (...). Finalmente, hay transacciones en las que para poderse contabilizar se pueden aplicar supuestos más o menos optimistas sobre acontecimientos futuros".

instrumento al alcance del empresario para una mejor representación de los hechos contables.

Considero por tanto que otro tipo de fórmulas, que se alejan de la anterior, como la creación de facturas falsas, hechos contables inexistentes etc...estarían traspasando en todos los casos la barrera de la contabilidad creativa¹²⁶⁶. Como advierten OLIVERAS SOBREVIAS y AMAT Y SALAS¹²⁶⁷, la contabilidad creativa es legal, esto es: “maquillajes que aprovechan los vacíos legales, las alternativas previstas en la legislación y las posibilidades de efectuar estimaciones más o menos optimistas”. Por el contrario son ilegales las fórmulas contrarias a la legislación; por ejemplo, dicen, ocultar ventas, gastos o ingresos.

El problema mayor estará en determinar cuándo la contabilidad creativa se utiliza en el sentido legítimo expresado anteriormente o cuando se utiliza para con algún tipo de pretensión que dé lugar a que la utilización de sus técnicas pueda dar lugar a una verdadera falsedad material o a una falsedad ideológica cuestión a la que intentaré dar luz más adelante advirtiéndolo desde este momento de que en estos casos estaremos ante una «aparente contabilidad creativa».

Sobre esta cuestión, estoy de acuerdo con AMADOR FERNÁNDEZ¹²⁶⁸ cuando afirma que “la contabilidad creativa es absolutamente legal, pero está claro que delimitar lo que es o no es legal no siempre es sencillo de dilucidar. Por eso existen los jueces y los tribunales. A ellos corresponde decidir quién tiene la ley de su lado cuando surge un conflicto entre partes enfrentadas. La contabilidad creativa existe porque las normas contables permiten en ocasiones más de una alternativa para el registro contable de una misma operación, o bien porque hay vacíos normativos que no han previsto cómo ha de registrarse algún hecho económico, normalmente novedoso y complejo y, por tanto, el responsable de la contabilidad suele buscar la solución que más le conviene en ese momento. Todo ello dentro de la legalidad, por supuesto. Si no fuera así ya

¹²⁶⁶ HUERTA DE SAN DAMASO, Harvard 86 (2008), 74.

¹²⁶⁷ OLIVERAS SOBREVIAS/AMAT I SALAS, Universia 1 (2004), 12.

¹²⁶⁸ AMADOR FERNÁNDEZ, Gestión 162 (2012), 40. En sentido parecido ARROYO RODRÍGUEZ, Consejeros 3 (2006), 54: “una cosa es la transgresión deliberada de la ley (...) y otra la actuación dentro de la ley que es, por definición, la contabilidad creativa”.

no estaríamos hablando de contabilidad creativa sino de un delito, un fraude o una estafa”.

Veamos entonces, en primer lugar, qué es y qué no es contabilidad creativa en el sentido mantenido en este trabajo, y posteriormente cuando, en su caso, podríamos estar hablando de un delito del art. 290 CP, en cuyo caso ya no estaríamos hablando de contabilidad creativa.

3.3. Lo que es y lo que no es contabilidad creativa

Habiendo adoptado un concreto concepto contabilidad creativa, para saber a qué nos estamos refiriendo y a qué no, mostraré ahora un elenco de algunas de ellas, y otro de aquellas que nunca lo serán.

3.3.1. Técnicas de contabilidad creativa

No existe un único listado de posibles técnicas de contabilidad creativa. Al contrario son muchas las clasificaciones de contabilidad creativa que se presentan por parte de expertos y van variando según cambia la legislación contable. Si la contabilidad creativa se aprovecha, o más bien surge, de los vacíos, flexibilidad y subjetividad de la norma contable es un hecho que las técnicas irán cambiando.

Por los autores más especializados se han diferenciado (no con pocas dificultades) los tipos de contabilidad creativa posibles, dependiendo de la información que las técnicas empleadas distorsionen. Lo que me propongo hacer en esta parte del trabajo es un sucinto listado de algunas de las técnicas de contabilidad creativa que se han dado con el PGC de 1990 y otras que pueden darse con el NPGC. En concreto expongo aquellas más trabajadas por los expertos en las referidas al PGC de 1990, por ser las más importantes y algunas reflexiones sobre la situación con el NPGC, en caso de que hayan cambiado, y una descripción de las demás.

La pretensión por tanto es meramente ilustrativa, porque como ya se advirtió, detenerme en detalle en cada una de estas técnicas supondría hacer otro trabajo de la magnitud de este. Lo que más bien quiere ser esta exposición es un acercamiento o toma de contacto que permita poder dar respuesta a las cuestiones que he planteado en relación con el art. 290 CP.

Comenzaré entonces por exponer algunas de aquellas técnicas (no todas) que afectaban al balance de situación en el PGC 1990 y al NPGC por ser (las relacionadas con el balance) aparentemente de mayor importancia. A su vez éstas las dividiré, conforme a su aparición en el balance, es decir, comenzando por el activo corriente, continuando por el activo no corriente y pasivo. Posteriormente enunciaré otras técnicas generales relacionadas con el balance, la cuenta de resultados y otras áreas de información, técnicas generales que son posibles tanto con el PGC de 1990 como con el NPGC.

Utilizaré para una mejor sistemática un sistema de tablas que muestren con claridad las técnicas.

TABLA 1. TÉCNICAS EN EL ACTIVO NO CORRIENTE

TIPO DE TÉCNICA	DESCRIPCIÓN PGC 1990	DESCRIPCIÓN NPGC
ACTIVO NO CORRIENTE		
INMOVILIZADO INTANGIBLE		
Gastos de I + D ¹²⁶⁹	Existían varias formas de contabilizar los gastos I+D. La primera, reconocer el gasto en el momento del devengo. La segunda, activar dicho gasto y amortizarlo durante un periodo determinado. Las diferencias de una u otra opción se reflejan en la cuenta de resultados y en el balance porque mayor gasto es igual a	Los gastos de investigación, dice el PGC 2008, serán gastos del ejercicio en que se realicen. No obstante, podrán activarse como inmovilizado intangible desde el momento en que cumplan una serie de condiciones ¹²⁷⁰ . Parece por tanto

¹²⁶⁹ En este sentido sobre los gastos I + D v. GINER INCHAUSTI, PD 21 (1992), 7; CORDOBÉS MADUEÑO/MOLINE SÁNCHEZ, Téc. Cont. 614 (2000), 103 s.; LAINEZ GADEA/COLLAO GASTÓN, La contabilidad creativa, 2000, 93; CANO RODRÍGUEZ, La contabilidad creativa, 2001, 21; SEGOVIA SAN JUAN, La contabilidad creativa, 2001, 260; MARTÍNEZ ARIAS/GARCÍA ÁLVAREZ, EFCT 5 (2002), 191.

¹²⁷⁰ Las condiciones son: 1º estar específicamente individualizados por proyectos y su coste claramente establecido para que pueda ser distribuido en el tiempo; 2º tener motivos fundados del éxito técnico y de la rentabilidad económico-comercial del proyecto o proyectos de que se trate.

	menor resultado de explotación. Pero además habrá diferencias también en el balance si se reconoce o no como activo	que pueden quedar “resquicios” para posibles maniobras en relación con la partida de I+D.
Arrendamientos financieros ¹²⁷¹	<p>Las posibles alternativas que se planteaban nuevamente eran dos: 1ª reconocer un gasto en el resultado 2ª reconocer un activo y una deuda.</p> <p>Con la segunda de las opciones el exigible a corto plazo será superior así como el gasto financiero. Con todo esto el resultado ordinario parece superior en la opción 2ª.</p>	El PGC 2008 amplía el concepto de arrendamiento financiero que conduce a la activación admitiendo como financieros determinados arrendamientos sin opción de compra, ¹²⁷² pero sigue dejando en manos de la <i>existencia o no de dudas</i> (elemento subjetivo) su reflejo como activo+deuda en balance .
Reconocimiento o no de la obtención de bienes inmateriales ¹²⁷³	<p>Como primera opción estos se pueden activar en el activo. Como segunda opción se pueden reconocer como un gasto en resultados.</p> <p>Con la alternativa u opción 2ª se presentará un resultado del ejercicio inferior que con la alternativa 1ª.</p>	Las posibilidades siguen siendo las mismas.

¹²⁷¹ LAINEZ GADEA/COLLAO GASTÓN, La contabilidad creativa, 2000, 41, y especialmente págs. 84 ss. V. también: GINER INCHAUSTI, PD 21 (1992), 9. MARTÍNEZ ARIAS/GARCÍA ÁLVAREZ, EFCT 5 (2002), 193.

¹²⁷² Se entiende por arrendamiento, cualquier acuerdo, con independencia de su instrumentación jurídica, por el que el arrendador cede al arrendatario, a cambio de percibir una suma idéntica de dinero o una serie de pagos o cuotas, el derecho a utilizar un activo durante un período de tiempo determinado, con independencia de que el arrendador quede obligado a prestar servicios en relación con la explotación o mantenimiento de dicho activo.

¹²⁷³ LAINEZ GADEA/COLLAO GASTÓN, La contabilidad creativa, 2000, 38.

Fondo de Comercio ¹²⁷⁴	Existía una gran flexibilidad en la valoración y por tanto determinación del fondo de comercio y de ahí la posibilidad de contabilidad creativa. Una valoración mayor o menor del Fondo de Comercio da lugar a cambios en el resultado del ejercicio.	Con el PGC 2008 el fondo de comercio deja de amortizarse sometiéndose únicamente al test de deterioro, que implica una fuerte carga de subjetividad por la necesidad de llevar a cabo estimaciones sobre el futuro comportamiento de la unidad económica adquirida en la combinación de negocios.
INMOVILIZADO MATERIAL		
Criterio general de valoración de inmovilizado ¹²⁷⁵	Las posibles alternativas eran o valorarlo conforme al coste histórico (con la contrapartida en el CP o LP plazo) o, la segunda, revalorizarlo con la contrapartida de reserva por revalorización en los fondos propios. Con la opción segunda el inmovilizado presentará un valor superior si se reconoce la revalorización. En la cuenta de resultados, con la opción	Dice el PGC que los bienes comprendidos en el inmovilizado material se valorarán por su coste, ya sea este el precio de adquisición o el coste de producción. Con el PGC de 2008 siguen existiendo estas dos posibilidades.

¹²⁷⁴ GRIFFITHS, Contabilidad creativa, 1986, 81 ss. Sobre el fondo de comercio v. GINER INCHAUSTI, PD 21 (1992), 6; GAY SALUDAS, PD 119 (2001), 83 ss., "Los fondos de comercio se aumentan o disminuyen para alterar el resultado de los grupos de empresas"; MARTÍNEZ ARIAS/GARCÍA ÁLVAREZ, EFCT 5 (2002), 191.

¹²⁷⁵ LAINEZ GADEA/COLLAO GASTÓN, La contabilidad creativa, 2000, 35; SEGOVIA SAN JUAN, Contabilidad creativa, 2001, 259 ss.

	segunda, se presentará un gasto de explotación inferior y también un resultado del ejercicio inferior.	
Determinación del coste de producción para valorar el inmovilizado de la propia empresa ¹²⁷⁶	Este es un aspecto fácil de manipular. Los costes de producción configurados a través de la contabilidad de costes son más o menos fáciles de manipular, sobre todo en la parte correspondiente a la imputación de costes indirectos.	Situación similar
Reconocimiento de ingresos en los contratos a L.P. ¹²⁷⁷	Las alternativas que se planteaban eran dos. La primera reconocerlos mediante el método del porcentaje de realización. La segunda utilizar el método del contrato cumplido. En la alternativa dos el resultado de explotación es inferior para ese ejercicio.	Situación similar
La amortización ¹²⁷⁸	Las posibilidades están entre dotar una mayor o menor cuota de amortización. En una cuantía de amortización menor e	El NPGC trata de establecer límites expone que las amortizaciones habrán de establecerse de manera sistemática

¹²⁷⁶ LAINEZ GADEA/COLLAO GASTÓN, La contabilidad creativa, 2000, 39 y especialmente 69 ss. Sobre la valoración del coste de producción como una opción de práctica contable creativa v. HERNANDO MOLINER, CEE 9 (1999), 73 ss.; SEGOVIA SAN JUAN, La contabilidad creativa, 2001, 264.

¹²⁷⁷ LAINEZ GADEA/COLLAO GASTÓN, La contabilidad creativa, 2000, 122 ss.

¹²⁷⁸ LAINEZ GADEA/COLLAO GASTÓN, La contabilidad creativa, 2000, 39 y especialmente 103 ss.; CANO RODRÍGUEZ, La contabilidad creativa, 2001, 31; SEGOVIA SAN JUAN, La contabilidad creativa, 2001, 264; ARROYO, Consejeros 3 (2006), 52.

	<p>igualmente esto se traslada al resultado de actividades ordinarias y antes de impuestos que también es menor. Será también importante conocer cómo se ha amortizado en años anteriores.</p>	<p>y racional en función de la vida útil de los bienes y de su valor residual, atendiendo a la depreciación que normalmente sufren por su funcionamiento, uso y disfrute, sin perjuicio de considerar también la observancia técnica o comercial que pudiera afectarlos. Se formalizará de forma independiente cada parte de un elemento del inmovilizado material que tenga un coste significativo en relación con el coste total del elemento y una vida útil distinta del resto del elemento.</p>
<p>Las provisiones de activo¹²⁷⁹</p>	<p>Las posibilidades se encuentran en una dotación superior o una dotación inferior.</p> <p>Dotar una mayor provisión implica reflejar un menor resultado de explotación y en consecuencia un menor resultado de actividades ordinarias y resultado antes de impuestos.</p>	<p>Ahora denominadas correcciones por deterioro. A pesar de establecer con mayor precisión el concepto de importe recuperable como alternativa de comparación con el valor contable, sigue siendo la alternativa más subjetiva y por tanto más fácilmente manipulable por la</p>

¹²⁷⁹ LAINEZ GADEA/COLLAO GASTÓN, La contabilidad creativa, 2000, 39 y especialmente 108 ss.; V. MARTÍNEZ ARIAS/GARCÍA ÁLVAREZ, EFCT 5 (2002), 190.

	<p>necesidad de llevar a cabo estimaciones ante la falta de mercados eficientes para la mayor parte de activos..</p>
<p>INMOVILIZADO FINANCIERO</p>	
<p>Cartera de control</p>	<p>Se reconocían provisiones en la mayor parte de casos atendiendo el valor del patrimonio neto de la participada.</p> <p>El nuevo plan abre el concepto de importe recuperable a la aplicación de métodos de valoración basados en el descuento de flujos de caja futuros. Muchas compañías aprovechan la subjetividad de este cambio para disminuir el efecto negativo de sus correcciones por deterioro.</p>

TABLA 2. TÉCNICAS EN EL ACTIVO CORRIENTE

TIPO DE TÉCNICA	DESCRIPCIÓN	DESCRIPCIÓN NPGC
ACTIVO CORRIENTE		
EXISTENCIAS¹²⁸⁰		
Cálculo del coste de producción¹²⁸¹	Se puede computar más o menos coste de producción. Con mayor coste de producción los resultados de explotación son mayores. De este modo el resultado de actividades ordinarias y resultado antes de impuestos es superior en la opción primera y así también en el resultado del ejercicio.	Sigue habiendo margen. El NPGC intentó reducir los márgenes de flexibilidad y establece que el coste de producción se determinará añadiendo al precio de adquisición de las materias primas y tras materias consumibles los costes directamente imputables al producto. También deberá añadirse la parte que razonablemente corresponda de los costes indirectamente imputables a los productos de que se trate, en la medida en que tales costes correspondan al período de fabricación, elaboración o construcción en los que se haya incurrido al ubicarlos para su venta y se

¹²⁸⁰ En relación a las existencias, v. GRIFFITHS, Contabilidad creativa, 1986, 119 ss.; ARROYO, Consejeros 3 (2006), 52.

¹²⁸¹ LAINEZ GADEA/COLLAO GASTÓN, La contabilidad creativa, 2000, 40 y especialmente 74 ss.

	<p>basen en el nivel de utilización de la capacidad normal de trabajo de los medios de producción.</p> <p>Sin embargo parece que las posibilidades de interpretación siguen existiendo sobre todo en relación con la imputación de coste indirectos.</p> <p>Asimismo la no verificación de inventarios de forma eficiente puede conducir a infravaloraciones del gasto reconocido por aprovisionamientos.</p>
<p>Criterio operativo de valoración de existencias: LIFO,FIFO,PMP¹²⁸²</p>	<p>Cuenta de resultados: el criterio FIFO se obtienen mayores resultados de explotación, seguido del PMP y siendo el LIFO el que peores resultados arroja.</p> <p>El NPGC establece que cuando se trate de asignar valor a bienes concretos que forman parte de un inventario de bienes intercambiables entre sí, se adoptará con carácter general el método del precio medio o coste medio ponderado. El método FIFO es aceptable y puede adoptarse si la empresa lo considera más conveniente para su</p>

¹²⁸² LAINEZ GADEA/COLLAO GASTÓN, La contabilidad creativa, 2000, 76 “La aplicación del método FIFO en el seguimiento de inventarios implica que el valor por el que las existencias salen de inventario se calcula asumiendo que salen primero aquellas unidades que entraron en primer lugar. El método LIFO asume que primero salen las unidades que entraron en último lugar; y en cuanto al criterio PMP, bajo la aplicación del mismo el coste por el que las existencias salen de inventario se calcula sobre la base del precio medio de cada unidad existente a esa fecha en el inventario. V. también CORDOBÉS MADUEÑO/MOLINE SÁNCHEZ, Téc. Cont. 614 (2000), 99 s.; SEGOVIA SAN JUAN, La contabilidad creativa, 2001, 262.

	<p>gestión. Se utilizará un único método de asignación de valor para todas las existencias que tengan una naturaleza y uso similares. Como puede observarse, el nuevo plan elimina la utilización del método LIFO.</p>
<p>INVERSIONES FINANCIERAS A CORTO PLAZO</p>	
<p>Realización o no de correcciones valorativas mediante provisiones cuya dotación es subjetiva y está sujeta a estimaciones¹²⁸³</p>	<p>Al valorar las inversiones financieras, generalmente al coste de adquisición, deben corregirse antes disminuciones de valor de las mismas por debajo de dicho coste y esto se debe hacer a través de la dotación de una provisión.</p> <p>Una mayor dotación significa que el activo será menor. Igualmente significa en la cuenta de resultados un menor resultado financiero y un menor resultado de actividades ordinarias y resultado antes de impuestos.</p> <p>El PGC incorpora la aplicación del criterio del valor razonable al cierre tanto para las inversiones financieras mantenidas para negociar como para los activos financieros disponibles para la venta con la diferencia de que en el segundo caso las ganancias/pérdidas no pasan por la cuenta de resultados hasta el momento en que se produzca la venta, lo que se aprovecha por algunas empresas para <i>elegir</i> el momento de su reconocimiento en resultados.</p>

¹²⁸³ LAINEZ GADEA/COLLAO GASTÓN, La contabilidad creativa, 2000, 40; HUERTA SAN DAMASO, Harvard 86 (2008), 72.

TABLA 3. TÉCNICAS RELACIONADAS CON EL PASIVO

CON EL PASIVO	DESCRIPCIÓN	DESCRIPCIÓN NPGC
PATRIMONIO NETO		
Capital social ¹²⁸⁴	Según Griffiths una de las más descuidadas oportunidades para la contabilidad creativa radica en el capital social de la empresa. Para muchas empresas el único interés por sus acciones radica en su cotización bursátil. Son simplemente instrumentos que se emiten para captar más fondos y se utilizan para financiar las absorciones. Por tanto con una mayor dotación del capital social se puede hacer contabilidad creativa.	Las posibilidades siguen siendo las mismas. Dado que el desembolso mínimo de capital es de sólo un 25% algunas compañías incrementan su patrimonio mediante aportaciones de sólo una cuarta parte del efecto patrimonial.
PASIVO CORRIENTE Y PASIVO NO CORRIENTE		
Provisiones de pasivo a corto y largo plazo ¹²⁸⁵	Se trata de determinar si hacer una dotación menor o mayor. Nos encontramos en esta dotación, por ejemplo, en el largo plazo: obligaciones por prestaciones a LP por personal, actuaciones medioambientales, provisiones por reestructuración, provisión para impuestos, provisión para otras responsabilidades, provisión para	El NPGC expone que la empresa reconocerá como provisiones los pasivos que, cumpliendo la definición y los criterios de registro o reconocimiento contable contenidos en el Marco conceptual de la Contabilidad, resulten indeterminados

¹²⁸⁴ GRIFFITHS, Contabilidad creativa, 1986, 144.

¹²⁸⁵ LAINEZ GADEA/COLLAO GASTÓN, La contabilidad creativa, 2000, 111 ss.

desmantelamiento, retiro o rehabilitación del inmovilizado. En el corto plazo: provisiones a corto plazo por retribuciones al personal, para impuestos, responsabilidades, por desmantelamiento, retiro o rehabilitación del inmovilizado, para actuaciones medioambientales, reestructuraciones, por transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio.

Una dotación mayor significará un reflejo de un menor neto patrimonial y un menor exigible a corto plazo.

respecto a su importe o a la fecha en que se cancelarán. Las provisiones pueden venir determinadas por una disposición legal, contractual o por una obligación implícita o tácita. En este último caso, su nacimiento se sitúa en la expectativa válida creada por la empresa frente a terceros de asunción de una obligación por parte de aquella¹²⁸⁶¹²⁸⁷. Nuevamente la posible manipulación vendrá por la subjetividad inherente a la estimación.

¹²⁸⁶ En cuanto a la valoración dice el PGC que de acuerdo con la información disponible en casa momento, las provisiones se valorarán en la fecha de cierre del ejercicio por el valor actual de la mejor estimación posible del importe necesario para cancelar o transferir a un tercero la obligación, registrándose los ajustes que surjan por la actualización de la provisión como un gasto financiero conforme se vayan devengando.

¹²⁸⁷ Dice el NPGC que en el inmovilizado material se incorpora, formando parte del precio de adquisición, el valor actual de las obligaciones derivadas del desmantelamiento, retiro o rehabilitación del lugar en el que se asientan los activos, que en el Plan de 1990 originaban el registro sistemático de una provisión para riesgos y gastos¹²⁸⁷. La provisión que debe contabilizarse como contrapartida del inmovilizado se actualizará cada año por el efecto financiero ocasionado por el descuento, sin perjuicio de la revisión del importe inicial que pueda traer causa de una nueva estimación del coste de dichos trabajos, o del tipo de descuento aplicado. En ambos casos, el ajuste motivará, al inicio del ejercicio en que se produzca, tanto la revisión del valor del activo como de la provisión.

El tratamiento de las provisiones para grandes reparaciones también experimenta un cambio en el nuevo marco contable. En la fecha de adquisición, la empresa deberá estimar e identificar el importe de los costes necesarios para realizar la revisión del activo. Estos costes se amortizarán como un componente diferenciado del coste del activo hasta la fecha en que se realice la revisión, momento en que se tratará contablemente como una sustitución, dándose de baja cualquier importe satisfecho por la reparación, que a su vez deberá amortizarse de forma sistemática hasta la siguiente revisión.

TABLA 4. OTRA FORMA DE AGRUPAR TÉCNICAS DE CONTABILIDAD CREATIVA RELACIONADAS CON EL BALANCE Y LA CUENTA DE RESULTADOS

TIPO DE TÉCNICA	DESCRIPCIÓN
Contabilización de las devoluciones probables de ventas ¹²⁸⁸	Las posibilidades son dos. En primer lugar, no reconocer la probable devolución, en segundo lugar reconocerla, es decir, dotar provisión por la probable devolución. En la cuenta de resultados dotar la provisión implica reflejar menor resultados de explotación y en consecuencia, menor resultado de actividades ordinarias y resultado antes de impuestos.
Consolidación de la sociedad multigrupo ¹²⁸⁹	La filial se puede valorar como una inversión financiera más o por integración proporcional o puesta en equivalencia. Según como se consolide los resultados de la nueva sociedad multigrupo serán unos u otros ¹²⁹⁰ .
Las reservas ¹²⁹¹	Los gastos se pueden contabilizar con cargo a reservas y así aumentar el beneficio.
Diferir los costes al siguiente ejercicio contable, capitalizarlos o declararlos como extraordinarios ¹²⁹² .	Dependiendo de por qué opción se opte el resultado anual saldrá mayor o menor.

¹²⁸⁸ LAINEZ GADEA/COLLAO GASTÓN, La contabilidad creativa, 2000, 89 s.

¹²⁸⁹ LAINEZ GADEA/COLLAO GASTÓN, La contabilidad creativa, 2000, 136 ss.; BLASCO LANG, PD 85 (1997), 34, advirtiendo que lo que se puede estar dando es una transferencia de beneficios.

¹²⁹⁰ Es el caso ENRON, ya mencionado y comentado en el Cap. 1 de este trabajo el caso más conocido de utilización de la técnica de no consolidación de las cuentas de todas las empresas de un grupo.

¹²⁹¹ AMAT I SALAS, Gestión 35 (2005), 8; GAY SALUDAS, PD 119 (2001), 78, plantea todo lo que se puede hacer en las reservas, que denomina “el filón de las reservas”, poniendo como ejemplo en la pág. 80 “La creatividad contable, en la esfera bancaria, es imponente con ese inagotable filón de las reservas que ofrecen, salta a la vista del sabueso, un amplio y variado repertorio de juego excepcional. *Malas lenguas* -¿o quizás lenguas con conocimiento de causa?- aseveran que los beneficios de los bancos son tan elevados en los tiempos que corren que parte de los mismos no se reflejan en sus cuentas de resultados sino que quedan aparcados como provisiones para riesgos y gastos, cual si se tratara de pasivos o los que se tendrá que hacer frente algún día como si fueran exigibles”.

¹²⁹² AMAT/MOYA /BLAKE, PD 97 (1987), 25; BLASCO LANG, PD 85 (1998), 34; AMAT I SALAS, Gestión 35 (2005), 8; HUERTA SAN DAMANO, Harvard 86 (2008), 72.

Endeudarse a través de compañías que no se consolidan ¹²⁹³	De esta manera se reduce la deuda.
Activación o no del gasto ¹²⁹⁴	La consecuencia es que hay una reducción o aumento del beneficio.

La siguiente técnica que se va a explicar a continuación es preciso advertir, que será considerada o no «contabilidad creativa» en el sentido expuesto en este trabajo, dependiendo de si la resolución de esas lagunas es interesada o no.

Resolución de lagunas contables ¹²⁹⁵	<p>Existen múltiples aspectos que en contabilidad no encuentran una regulación expresa, bien por la novedad de la transacción, bien por los intereses contrapuestos que deben ser considerados para dotar a la norma del poder coercitivo (dice el autor que esto no es muy importante porque implícitamente el concepto de imagen fiel debería de ser capaz de dar respuesta a cualquier interrogante).</p> <p>Cuando se desea facilitar información sesgada se recurre a lagunas contables por ser idóneo para vulnerar más fácilmente lo que no existe. La cuestión es determinar si la laguna es por la ponderación del profesional, por consecuencia de una transacción necesaria en el desarrollo de la actividad empresarial, o es con la intención de engañar.</p>
--	--

¹²⁹³ AMAT I SALAS, Gestión 35 (2005), 8.

¹²⁹⁴ CANO RODRÍGUEZ, La contabilidad creativa, 2001, 29; AMAT I SALAS, Gestión 35 (2005), 8.

¹²⁹⁵ LAINEZ GADEA/COLLAO GASTÓN, La contabilidad creativa, 2000.

3.3.2. Algunos ejemplos de lo que no es contabilidad creativa

TABLA 5: LO QUE NO ES CONTABILIDAD CREATIVA.

TIPO DE TÉCNICA	DESCRIPCIÓN
Adornos en la presentación de la información ¹²⁹⁶	Entre las posibilidades existentes está: la clasificación de las partidas a corto plazo ¹²⁹⁷ ; clasificación de ingresos y gastos ordinarios o de extraordinarios; presentación confusa y enmascarada de la situación, por último, la ocultación deliberada de la información.
En relación a las compras y a los gastos se pueden hacer fraudes en el personal, por como ejemplo, no declara parte del salario del personal y fraudes en la cuenta de servicios y gastos intangibles.	Igualmente siendo que los costes se pueden reducir de esa manera, los beneficios anuales serán superiores.
Ventas ficticias o anotación de falsos abonos ¹²⁹⁸ .	Creación de operaciones inexistentes para ofrecer una realidad de la actividad de la empresa que no es la real.
Utilizar indicadores para computar partidas	Utilizar solo aquellos indicadores que interesan para ofrecer una imagen que con la integridad de la información

¹²⁹⁶ GRIFFITHS, Contabilidad creativa, 1986, 46 ss.

¹²⁹⁷ Ese fue el caso SACYR quien mantuvo su cuadro de activos y pasivos circulantes inalterado porque no modificó las acciones que tenía de Repsol, como si no se estuvieran negociando su traspaso. De esta manera en la imagen de la empresa no habría un deterioro de su solvencia.

¹²⁹⁸ AMAT/MOYA /BLAKE, PD 97(1987), 25; SEGOVIA SAN JUAN, Contabilidad creativa, 2001, 266. V. como ejemplo la SAP Zaragoza de 22 septiembre de 2011 (EDJ 2011/22289): Concluye la AP que no queda la menor duda de la existencia de dolo en la actuación de los acusados, quienes, en su condición de administradores solidarios, procedieron a falsear facturas, que constituyen documentos mercantiles, sobre los cuales ulteriormente se plasmaba la contabilidad de las sociedades X e Y, y asimismo, se negaron a entregar a la querellante, a la sazón socia en ambas mercantiles, el listado de clientes y las facturas emitidas por ambas empresas, que, como ya se ha dicho, además, venían actuando en el tráfico mercantil en unidad de acción, lo que motivó que la Sra. Z desconociera la realidad de las operaciones llevadas a cabo entre las dos sociedades mencionadas, que podrían alcanzar entre un 60 %-70% en volumen de ventas del producto fabricado por X, frente al 23.58 % reconocido oficialmente en el 2007.

Se condena por un delito del art. 290 CP.

según interesan en cada momento ¹²⁹⁹	no sería tal.
Interesada de la memoria o informe de gestión ¹³⁰⁰	La intención es dar información que se debería ofrecer en el balance o para ofrecer una valoración manipulada de la liquidez, endeudamiento, rentabilidad, etc...
Valoraciones interesadas estimaciones, opiniones y predicciones ¹³⁰¹	Hacer valoraciones en este sentido.

3.4. Toma de posición. el encaje de la llamada contabilidad creativa en el art. 290 CP

Una vez determinado el concepto de «contabilidad creativa», expuestas algunas de sus formas o técnicas, y también aquellas que nunca se podrán denominar como tal abordaré la cuestión del posible encaje de esta figura en el art. 290 CP. Para ello tomaré algunas cuestiones que ya se han advertido hasta el momento en este trabajo - referidas a las conductas falsarias del art. 290 CP¹³⁰²- y anticiparé otras que se profundizarán más adelante- sobre las características precisas de los documentos sociales del Balance y Cuenta de Resultados o de Pérdidas y Ganancias-¹³⁰³.

En primer lugar se quiere recordar que he asumido un concepto de «contabilidad creativa», con el que nos referimos a un conjunto de posibilidades que la normativa contable, concretamente el PGC, permite elegir así como a la utilización de las omisiones que este haga, siempre que el empresario las emplee en *pro* de una mejor concreción y representación de los hechos contables. Todo aquello que exceda de lo dicho, no será «contabilidad creativa».

¹²⁹⁹ AMAT/MOYA /BLAKE, PD 97 (1987), 25; AMAT I SALAS, Gestión 35 (2005), 7; AMADOR FERNÁNDEZ, Gestión 162 (2012), 43.

¹³⁰⁰ AMAT/MOYA /BLAKE, PD 97 (1987), 25; AMADOR FERNÁNDEZ, Gestión 162 (2012), 43.

¹³⁰¹ AMAT/MOYA /BLAKE, PD 97 (1987), 25

¹³⁰² Cap. 4, I.

¹³⁰³ Cap. 5.

Sin embargo, como se ha anticipado, en la práctica, nos podemos encontrar con situaciones de utilización de estas técnicas -precisamente por la indeterminación del PGC, previsión de subjetividad, posibilidad de hacer estimaciones o por sus propias lagunas- que excedan de lo legítimo y que traspasen los límites del art. 290 CP.

En los casos en los que surjan dudas acerca de si ciertos hechos contenidos en las cuentas anuales, y muy especialmente en los documentos relativos al Balance y la Cuenta de Pérdidas y Ganancias exceden de los límites que establece la Ley, es en los que se podría afirmar -tras un análisis del caso-, que se está ante aparentes supuestos de «contabilidad creativa» y que sean antijurídicos conforme al art. 290 CP.

Cuando esto sea así, por su naturaleza, la mayor parte de estas técnicas implicarán falsedades ideológicas, por lo que las preguntas que se deben responder son: ¿Dónde está el límite de la «contabilidad creativa» aparente en la cláusula de faltar a la verdad en la narración de los hechos? ¿Cuáles son los criterios de determinación de esta cuestión?

Como se acaba de exponer en el apartado referente a las falsedades ideológicas el término “hechos” significa “datos de la realidad”¹³⁰⁴. Dentro de este concepto se abarca cualquier clase de falsedad ideológica siempre y cuando se refiera a hechos y no a valoraciones, que no son susceptibles de un juicio de verdad o falsedad¹³⁰⁵. Se decía también que una forma de objetivar la falsedad ideológica vendría de la fórmula por la cual la verdad equivaldría a la adecuación entre lo que se narra y un cierto modelo¹³⁰⁶. Los hechos del modelo constituirán la referencia cuanto existan dudas y se podrá entonces, a través de los hechos integrantes del respectivo modelo¹³⁰⁷, concretar si existen objeciones a los hechos narrados.

¹³⁰⁴ CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios, II, 2004, 1810.

¹³⁰⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Dir.), EPB, 2002, 735; el mismo en: COBO DEL ROSAL/MORILLAS CUEVA (Dirs.), Comentarios, 2011, 206.

¹³⁰⁶ CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios, II, 2004, 1811.

¹³⁰⁷ CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios, II, 2004, 1811.

Se expuso también que en Italia, en la interpretación de la expresión contenida en el 1261-1262 CCI, hechos “que no respondan a la verdad”, existían dudas sobre cómo interpretar esta cuestión. En la doctrina italiana, recordemos, se dieron diferentes orientaciones en la respuesta y se recogían tres criterios que determinaban tres posiciones distintas¹³⁰⁸. Un de ellos era el criterio de la “verdad legal”, por el cual una valoración será falsa siempre que por su cuantificación se hayan infringido las normas fijadas por la ley: normas y principios contables¹³⁰⁹. Para el caso límite que se expone, el de la «contabilidad creativa» aparente este criterio sería inútil porque la «contabilidad creativa» no infringe normas o principios contables, por lo que se podría afirmar que la “verdad legal” no quedaría afectada.

Otro de los criterios, el que era utilizado por la Corte de Casación¹³¹⁰ y la doctrina mayoritaria¹³¹¹, consideraba que habrá una falsedad cuando exista una falta de correspondencia entre los criterios utilizados y su efectiva aplicación. Tampoco este parece ser un criterio que sirva como modelo que objetivice parte de la subjetividad de las falsedades ideológicas porque en la «contabilidad creativa aparente» se aplican los criterios que se exponen utilizados, es decir, hay relación entre lo que se decide utilizar y lo que finalmente se utiliza. La diferencia está en las motivaciones que le llevan al administrador a utilizar esas técnicas legales con intereses diferentes al de representar la imagen fiel de la sociedad.

Por último, la doctrina italiana, proponía el criterio que denominaban de la razonabilidad. Este toma el criterio de la aceptación social, para determinar que hechos o declaraciones serían no verídicas por parecer irracionales, artificiales y arbitrarias¹³¹². Desde mi punto de vista, el modelo que se debe plantear es este

¹³⁰⁸ Realizan esta clasificación: MUSCO, *I nuovi reati societari*, 3ª, 2007, 70; MAZZACUVA/AMATI, *Diritto penale dell'economia*, 2010, 103. NAPOLEONI, *Cass. Pen.* 1994, 418 ss., quien utiliza una clasificación ligeramente diferente al distinguir entre la tesis de la “verdad legal”, la tesis de la “verdad subjetiva”, y la tesis de la “verdad relativa”.

¹³¹⁰ MAZZACUVA/AMATI, *Diritto penale dell'economia*, 2010, 103.

¹³¹¹ BARTULLI, *Tre Studi sulla falsità in bilancio*, 1980, 122; MUSCO, *I nuovi reati societari*, 3ª, 2007, 70 s.

¹³¹² MAZZACUVA, *Il falso in bilancio*, 1997, 90. En esta línea de pensamiento se encuentra también el concepto de la violación de la verdad relativa, como lo señala CONTI, *Diritto penale commerciale*, I, 1980, 236; NAPOLEONI, *Falsità nelle comunicazioni sociali*, 1996, 204, según el cual debe entenderse como “la adecuación de los juicios de valor a las normas técnicas”.

último, aunque con algunas precisiones para su adecuación al ámbito societario y en concreto del art. 290 CP.

Mi propuesta es la de considerar que efectivamente se podrá determinar que los hechos expresados en unas cuentas anuales no responden a la verdad en la narración de los hechos cuando habiendo utilizado determinadas técnicas contables y expresando en el Informe de gestión y en la Memoria el por qué del criterio de la selección de estas técnicas, la motivación no corresponda con la realidad por su inadecuación conforme a lo razonable. Es precisamente aquí donde el criterio de la aceptación social o, como prefiero concretarlo, el criterio de lo aceptado en el ámbito concreto de la correcta administración o correcta gestión nos permitirá revelar una falsedad ideológica o no.

Recordemos que se consideró que una buena gestión, respondía básicamente al respeto de las siguientes premisas¹³¹³: la toma de decisiones de modo coherentes con toda la información posible al alcance y que esas decisiones que guíen a la sociedad se tomen en interés de la sociedad y no de alguno(s) de sus socios o en interés de otras sociedades.

Es a través de este criterio cuándo se descubrirá que una contabilidad es creativa de verdad, que será legal siempre, o cuando es aparente porque su utilización responde a motivos distintos a los de reflejar mejor los hechos y la realidad de la sociedad.

Se trataría de utilizar los criterios del “buen administrador” o si se quiere del “administrador ideal” para determinar que hubiese decidido hacer esta persona en el caso concreto. Así es como se descubre la falsedad ideológica. Se descubre cuando un administrador determina en la descripción de las cuentas anuales que opta por la representación de los hechos de una determinada forma y conforme a determinados criterios por unos motivos y se descubre del análisis del caso que esto no es cierto, porque tras un minucioso estudio, utilizando el criterio de lo aceptable en el ámbito de las sociedades, en el ámbito del “buen administrador”, esto se revela imposible y se descubren los verdaderos motivos, que serán otros diferentes al de la sociedad.

En ese momento es cuando se puede decir que un administrador está faltando a la verdad en la narración de los hechos, porque el administrador,

¹³¹³ Me remito para mayor detalle a los criterios expuestos en el Cap. 3, IV.

como el funcionario público, tiene deber de veracidad, de ahí que la conducta del art. 390. 4 CP sea posible como conducta susceptible de ser cometida por el art. 290 CP¹³¹⁴. Es una falsedad ideológica porque engaña, porque no dice la verdad sobre los hechos que le llevan a tomar determinadas decisiones en el reflejo de los hechos contables y justamente ahí es donde la contabilidad creativa se revela como “aparente”. Será el juez quien tenga que valorar, con la ayuda de informes de peritos expertos en la materia, si un administrador de hecho ha utilizado ciertas técnicas, inicialmente legales y con expresión de determinadas justificaciones, y éstas se revelan como inciertas. Se revelarán como inciertas, como no veraces, cuando tras el análisis comparado con un cierto modelo objetivo, que como se ha concluido será el del correcto administrador, el de la correcta gestión, se revele que es imposible que las decisiones tomadas en relación a la representación de los hechos contables sean por las circunstancias que se motivarán especialmente en el Informe de gestión y la Memoria.

Por tanto, se da la circunstancia de que si bien las técnicas de contabilidad creativa, como hemos visto, son aquellas que fundamentalmente se plasman en el Balance y la Cuenta de Pérdidas y Ganancias, será en aquellos documentos en los que se determine y justifique determinada toma de decisiones en la representación contable de esos documentos donde se podrá comprobar si se ha faltado o no a la verdad en la narración de los hechos

Por ejemplo, un administrador decide activar la partida de Fondo de Comercio con una cuantía alta, que va a dar lugar a un mejor resultado de la actividad, y explica los motivos de esta activación que luego resulta imposible que hubiesen sido ciertos por el mal pronóstico que tenía la empresa en el futuro.

Otro ejemplo sencillo podría ser aquel por el que un administrador decide hacer una partida de activo o de corrección por deterioro exageradamente alta lo que va a dar lugar un resultado anual mucho menor. Los motivos que le llevan a tomar esta decisión se fundamentan en unos y, tras el análisis del caso se revela que esa valoración es imposible, conforme a los motivos que el propio administrador expone.

¹³¹⁴ V. este mismo Cap. 4,I.

Estos ejemplos, así sucintamente expuestos para dar mejor reflejo de lo que se está tratando de exponer, pueden revelar una significancia casi irrisoria. Sin embargo, es posible imaginar el caso de un administrador que utiliza no sólo una de estas maniobras, que efectivamente, podría no afectar siquiera a la funcionalidad del documento (de debería atender al caso), si no un buen número de ellas, y por diferentes motivos que de ninguna manera responden a la verdad a la narración de los hechos, que por tanto, afectan a la funcionalidad del documento y que podrían poner en peligro el patrimonio de la sociedad, de socios y de terceros.

En conclusión, recordemos que sólo aquellas falsedades que sean relevantes podrán lesionar las funciones de garantía, prueba y perpetuación, y como se ha expresado en este trabajo la capacidad lesiva de la acción falsaria vendrá determinada por el soporte material sobre el que se ejecuta y la naturaleza esencial de la misma. Será por tanto determinante que la falsedad recaiga sobre elementos fundamentales del documento para que pueda afectar su funcionalidad y, a su vez, para que adquiera relevancia a efectos de la ulterior idoneidad que debe tener para causar un perjuicio económico. Y esto vale tanto para aquellas técnicas que se han denominado de aparente contabilidad creativa como para las que se han considerado que nunca serán contabilidad creativa y que se han presentado en la Tabla 5. De modo que si son falsedades irrelevantes que no afecten a la funcionalidad del documento no reunirán el requisito fundamental.

Pero además y sólo quiero dejarlo apuntado, de todo lo dicho, siendo que nos encontramos -sea ante las técnicas aparentes de contabilidad creativa (que son algo especiales por difíciles de determinar) o aquellas que nunca tendrá esta consideración, ni siquiera de apariencia- ante falsedades normales, es decir, con conductas falsarias del art. 290 en relación con el art. 390, el tipo exige que exista, al menos una puesta en peligro del patrimonio de sociedad, socios o terceros, por lo que se deberá hacer con consiguiente análisis *ex ante* y *ex post* que en parte se ha anticipado en este trabajo y que en el epígrafe II de este mismo Cap. 4 se desarrollará generosamente.

Es por tanto que la utilización de técnicas de aparente contabilidad creativa siempre que constituye una falsedad tendrá relevancia conforme al art. 290 CP si además son idóneas para poner en peligro el patrimonio de sociedad,

socios o terceros, para cuya determinación se utilizarán los mismos criterios que para otras falsedades, tal vez, menos peculiares.

B. ¿Comisión por omisión de la acción falsaria?

La cuestión de la posibilidad de cometer una acción falsaria, de las contempladas en el art. 290 CP, por omisión, tiene una primera dificultad y es la de determinar si nos estamos refiriendo con ella a la figura de la comisión por omisión del art. 11 CP¹³¹⁵ o, por el contrario, nos estamos refiriendo a otra cosa.

DEL ROSAL BLASCO¹³¹⁶, partiendo de la idea de que falsear debe ser interpretado como mentir (es alterar o no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en aquellos documentos donde intervenga el administrador) considera que la falsedad se puede cometer tanto a través de conductas positivas como a través de la ocultación u omisión de datos cuya presencia es imprescindible para reflejar, veraz e íntegramente, la situación jurídica o económica de la entidad. Considera el autor que “hay que tener en cuenta, por una parte, que ocultar o suprimir datos es una forma de faltar a la verdad en la narración de hechos y, por otra, que el administrador tiene el deber jurídico de cumplir con su cometido con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, lo cual, implícitamente, y en términos generales, le obliga a ser veraz con la información que suministre sobre la sociedad; deber que, en concreto, y en relación con las cuentas anuales es mucho más explícito. Esa determinación legal es la fuente de la posición de garante que, conforme a lo previsto en el nuevo art. 11 del CP 1995, permite la equiparación de la omisión con la conducta positiva”¹³¹⁷. En un sentido parecido, GARCÍA CANTIZANO considera que el falseamiento se verificará no sólo con la exposición de elementos o circunstancias que resulten inexactos, sino también con la omisión u

¹³¹⁵ Art. 11 CP “Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a. Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar/ b. Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

¹³¹⁶ DEL ROSAL BLASCO, Delitos societarios, 1996, 99.

¹³¹⁷ DEL ROSAL BLASCO, Delitos societarios, 1996, 99.

ocultación de cualquier dato relevante. Será así, dice otro autor, en la medida en que el suministro de una información incompleta parcial puede llegar a producir el mismo efecto engañoso que la divulgación de datos inciertos¹³¹⁸.

También en este trabajo se considera, siguiendo la tesis de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, que la acción típica en el art. 290 CP puede materializarse en la simple omisión de datos en el seno del documento que efectivamente se presenta¹³¹⁹, pero incluso en este supuesto la conducta consistirá siempre en una acción positiva (“como desde luego es la confección del documento falseado”¹³²⁰), sin que, por tanto, nada tenga que ver aquí para el autor la problemática de la omisión impropia¹³²¹. Este autor, parte de la idea, que comparto, de que el verbo “falsear” es, de suyo, ya incompatible con una conducta omisiva, y que la comisión por omisión a título de autoría no es admisible en los tipos de aptitud o de peligro hipotético como el definido en el tipo básico del párrafo 1 del art. 290 CP, que limita la comisión por omisión a los tipos de “resultado”¹³²². En otras palabras, “no se puede afirmar que al citado tipo básico de falsedad societaria se le pueda trasladar la peculiar estructura de la comisión por omisión, a saber la no evitación de la vulneración del bien jurídico por una persona en posición de responsabilidad cualificada”¹³²³. En la omisión de hechos esenciales en el documento no nos hallamos ante un supuesto de omisión, sino de comisión positiva porque el sujeto documenta falsamente siempre¹³²⁴. De esta manera, como en todos los casos en que la conducta típica obedece a la realización de una conducta sin cumplir con los requisitos legales contemplados para que ésta sea lícita (que en este caso es el de no faltar a la verdad, aunque sea por omisión, al elaborar el documento), y así como sucede en los delitos imprudentes (que aunque cometidos por acción implican un

¹³¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1996, 58.

¹³¹⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 470.

¹³²⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 470 s.

¹³²¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 470 s.

¹³²² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 471. Así también, SEQUEROS SAZATORNIL, AP 1 (2002), 356.

¹³²³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 471.

¹³²⁴ ECHANO BASALDUA, en: BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, Manual, PE, 1998, 796.

pequeño momento de “omisión”: el omitir cumplir con el deber objetivo de cuidado), hay que tener precaución en no confundir ese pequeño elemento omisivo propio del incumplimiento de un deber que es elemento de algunos tipos penales, con la estructuración de una conducta típica por omisión.

En conclusión, no se tratan estas conductas de omisión porque estaremos siempre en frente de una conducta activa, aunque para ello se realicen omisiones es decir documentar (conducta activa) con una omisión de datos¹³²⁵ u ocultación de datos¹³²⁶.

I. LA CONSUMACIÓN DE LA CONDUCTA

A. Consideraciones generales sobre el *iter criminis* en el delito del art. 290 CP

1. En el Cap. 3 de este trabajo, dedicado al bien jurídico protegido y a las técnicas de tutela empleadas para protegerlo, se adelantaron algunas cuestiones directamente relacionadas con la consumación del delito de falsas comunicaciones sociales y en especial sobre las exigencias de la determinación *ex ante* del delito de peligro, estableciendo una serie de criterios que ayudarán también a concretar otras cuestiones como, por ejemplo, la figura del

¹³²⁵ V. un ejemplo de omisión en la SAP de JAEN 2 de mayo de 2003, (EDJ 2003/110151), Pte: Jesús Passolas Morales. La AP considera que el imputado incumplió las más elementales normas de gerencia y administración. Se detectaron toda suerte de irregularidades “tales como la ausencia de reflejo contable de algunas operaciones, careciendo algunas de soporte documental. Como ejemplo está el caso de transacciones que se hicieron entre promociones, que si bien se correspondían con extractos bancarios, motivaron un desfase financiero importante. Además el perito da cuenta de todas las anomalías contables que se observan en las cuentas de la sociedad. Se castiga por el art. 290. 1 CP.

También la SAP de Asturias de 29 de mayo de 2003, (EDJ 2003/38854), Pte: Covadonga Vázquez Llorens. Alteración de la partida de ingreso y pérdidas. Según la prueba pericial practicada, la contabilidad no se correspondía en modo alguno con la realidad, siendo altamente significativo que no se contabilizara ni una sola factura de ingresos durante el periodo de junio de 1996 a diciembre de 1997, lo que suponía una total falta de veracidad de los datos de la situación económica de la sociedad.

¹³²⁶ Así también FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2006, 61 ss.; CARREÑO AGUADO, La inveracidad en la información social, 2013, 422 s. “La cuestión que nos ocupa no es la relativa a la aplicabilidad del art. 11 CP –sólo aplicable a tipos de resultado- al delito de falsedad en la información social del art. 290, sino que la *omisión de asientos en las cuentas o de datos parciales en la información social constituyen una conducta activa*, y no un (sic) omisiva aunque se articule a través de una omisión”.

administrador de hecho¹³²⁷. Sin embargo, esa no era más que una primera toma de contacto donde se remitió a esta sede para precisar cuándo se entenderá consumado el delito, es decir, cuándo se darán las consumaciones parciales frente a cada uno de los bienes jurídicos protegidos (entendidos en la relación íntima que se ha insistido en aclarar), que permitirán hablar de una consumación en general del delito cuando se produzca la lesión del bien jurídico «funcionalidad del documento» junto con la puesta en peligro o la lesión del «patrimonio».

La observación del camino (*iter criminis*) que se debe recorrer para hablar del delito consumado del art. 290 CP, permite hacer aclaraciones adicionales sobre las particularidades de la conducta típica de este delito, que a su vez servirán para excluir de la punición todas las hipótesis de actos preparatorios y, como se verá después también los casos de tentativa.

Pero antes de plantear mi propuesta quisiera hacer un pequeño esbozo de las posiciones que al respecto de la consumación del delito se plantean en líneas generales en la doctrina y que como no siguen exactamente la metodología expuesta en este trabajo considero más oportuno exponerlas en su integridad sin vincularlas a mi propuesta. Si bien, como se observará, con algunas de ellas existen importantes puntos en común.

2. La doctrina está dividida acerca del momento en que puede considerarse que el delito está consumado. Las posiciones se encuentran divididas y se pueden englobar en los siguientes grupos de soluciones.

En primer lugar se encuentran aquellos autores que consideran que el delito queda consumado en el mismo momento en que se realiza la falsedad.

Así, SUÁREZ GONZÁLEZ considera que “el delito se consuma con la realización de la conducta falsaria en el documento, sin que sea necesario que se produzca perjuicio económico alguno a la sociedad ni a los socios ni a terceros”¹³²⁸. Por tanto vincula directamente acción falsaria con la posibilidad

¹³²⁷ Así se verá en el Cap. 6.

¹³²⁸ SUÁREZ GONZÁLEZ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.)/JORGE BARREIRO (Coord.), Comentarios, 1997, 837.

eventual de poner en peligro al patrimonio de tal manera que convierte, a mi entender, este delito en un delito de peligro abstracto (no hipotético)¹³²⁹.

La segunda de las posiciones es la de entender que éste se consuma con la presentación del o los documentos al órgano de la sociedad.

Así, SÁNCHEZ ÁLVAREZ afirma en relación a las cuentas y el momento consumativo que “sólo habrá delito consumado con la aprobación de las mismas por el órgano correspondiente. La razón de ello es que hasta que las cuentas no son aprobadas por la junta, las mismas carecen de cualquier tipo de eficacia y no pueden considerarse propiamente como tales”¹³³⁰. La consecuencia de esto para el autor es que de no resultar así “la simple firma de las cuentas sin que, por una razón u otra, lleguen a presentarse finalmente ante el órgano que debe aprobarlas, debiera considerarse como impune a efectos penales al igual que lo serían los borradores o el mismo documento presentado ante el órgano de administración, mientras que su presentación ante la junta, lo que se hace desde el momento de la convocatoria de ésta, debería considerarse como tentativa”¹³³¹.

La tercera es aquella que considera que se consumará el delito en el momento en el que de cualquier manera el documento entre en el tráfico jurídico¹³³², momento que coincide con la idoneidad para causar perjuicio.

En este sentido, FARALDO CABANA, una vez que considera que la falsedad es lo suficientemente relevante para afectar a la funcionalidad del documento se expresa en los siguientes términos para determinar el momento consumatorio:

“como corresponde a los delitos de aptitud, habrá que realizar dos juicios: el de peligrosidad de la acción, desde un punto de vista *ex ante*, y el de posibilidad de un resultado lesivo, desde un punto de vista *ex post*. Por tanto, en lo que respecta a los dos párrafos no es necesario que se produzca un efectivo engaño de las víctimas, y en relación con el primero tampoco lo es que el

¹³²⁹ En un sentido muy similar CUSSAC/MATALLÍN EVANGELIO/ORTS BERENGUER/POIG TORRES, Esquemas de Derecho penal. Parte Especial, 2010, 208 “el delito se consuma con la realización de la falsedad, siendo irrelevante que las cuentas falseadas sean posteriormente aprobadas”.

¹³³⁰ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 111.

¹³³¹ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 111.

¹³³² FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 123.

perjuicio llegue a tener lugar, bastando con la idoneidad lesiva, mientras que en relación con el segundo la efectiva causación del perjuicio supone la consumación”¹³³³.

En un sentido parecido PÉREZ VALERO, quien parte de que el delito de falsas comunicaciones sociales es un delito defraudatorio y de peligro abstracto¹³³⁴, considera que el delito se consumará en el primer párrafo del art. 290.1 CP “en el instante procedimental en el que los administradores concluyan conforme a Derecho sus actuaciones en relación a los documentos que integran el tipo. Así, por ejemplo, en relación a las cuentas anuales se puede decir que el delito se consuma en el mismo momento en el que los administradores remiten a los auditores el proyecto de cuentas, pues en ese mismo instante finaliza la actuación de los administradores y comienza la de los auditores y la de la Junta General que debe aprobarlas; si en dicho proyecto se obtiene una falsedad bastante, es decir, de la que se pueda afirmar que supone un instrumento defraudatorio que distorsiona la situación jurídica o económica de la entidad de manera que tan sólo un experto contable podría llegar a conocer, es evidente que no hay que esperar nada más para aplicar el art. 290 núm. 1 CP”¹³³⁵.

¹³³³ FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 123 s.

¹³³⁴ PÉREZ VALERO, El delitos societario de falsedad, 2001, 441. En primer lugar advierte este autor que: “En la doctrina comparada el momento consumativo del delito de falsas comunicaciones se ha determinado a partir de la noción de engaño del sujeto pasivo; en efecto, concebido dicho delito como una estafa en la que un sujeto inducido a error por el documento objeto de falsedad realiza un acto de disposición patrimonial, la consumación se produce, necesariamente, en el momento en que cabe ya la posibilidad de que dicho sujeto conozca los datos falsos. Así, el peligro abstracto o concreto en el que se cifra el contenido de injusto de la figura se define a partir del engaño, de manera que, si teniendo en cuenta todas las circunstancias que rodean a la falsedad, se puede afirmar que, aún cuando nadie en concreto la hubiera conocido, era ya entendible que la misma pudiera llegar a serlo por el momento procedimental en el que se hallaba su elaboración, lo cierto es que el delito estaba ya consumado”. Posteriormente en la p. 444 afirma: “El precepto, lo que ha pretendido castigar es un delito de peligro abstracto para el patrimonio en el que se contiene meramente una cláusula de idoneidad: lo que ha de valorar el intérprete es la aptitud abstracto de la conducta para causar el perjuicio, y no el resto de circunstancias que la rodean, como puede ser el que la falsedad ya esté o no en el registro, puesto que no nos encontramos ante un delito de peligro concreto, sino abstracto. Es decir, la idoneidad, no debe ser medida a partir de la mayor o menos posibilidad de que alguien conozca la falsedad, pues ésta es una circunstancia ajena a la noción de delito de aptitud, en el que es suficiente con comprobar que la falsedad es bastante cualitativamente, por incidir en cuestiones vinculadas al patrimonio ajeno, y cuantitativamente, por la relevancia y transcendencia objetiva de la misma, para causar un perjuicio. Se trata, pues, de dos cuestiones distintas y que, por lo tanto, han de ser diferenciadas; por un lado, la mayor o menos posibilidad de conocimiento de la falsedad en función del estadio procedimental en el que el documento se halle, y, por otro, el de su idoneidad abstracto para causar un perjuicio económico”.

¹³³⁵ PÉREZ VALERO, El delitos societario de falsedad, 2001, 444.

En un sentido también cercano MORALES PRATS expone que el delito se consuma con la perfección de la acción falsaria, pero “la idoneidad de la misma para causar el perjuicio parece imponer el momento consumativo en el instante en que los documentos adquieran cierta publicidad. Esto es, cuando se pongan a disposición de los auditores de cuentas, de otros socios o de su órgano de representación general, etc”¹³³⁶.

MARTINEZ BUJÁN¹³³⁷ por su parte diferencia el momento consumativo en cada una de las dos modalidades típicas así, “en el tipo cualificado del pfo. 2º la consumación requerirá la demostración de que se ha producido el efectivo perjuicio patrimonial, dado que éste constituye el resultado material del tipo. Sin embargo, la consumación del tipo básico del pfo 1º deberá situarse en un momento anterior, a saber, en el instante en que el juez constate la potencialidad de la acción de falsear los documentos para causar un perjuicio patrimonial a alguno de los sujetos pasivos (...) Comparto la idea de que, a tal efecto, el juez deberá realizar no sólo un juicio impersonal de pronóstico *ex ante* acerca de la aptitud general de la falsedad de cara a producir un peligro para el patrimonio de los sujetos pasivos, sino que además ha de llevar a cabo un segundo juicio (*ex post*) sobre “la posibilidad del resultado de peligro”, o sea, ha de verificar si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre la acción falsaria y el patrimonio, como consecuencia del cual haya podido producirse un peligro efectivo para este bien jurídico. Evidentemente, la verificación de este segundo juicio no exige en modo alguno que haya que esperar a la comprobación de las cuentas anuales por la Junta para estimar consumado el delito (como pretende SÁNCHEZ ÁLVAREZ), pero tampoco tiene por qué requerir un comportamiento físico posterior a la ejecución de la acción falsaria (como p.ej VALLE y TERRADILLOS- sería una entrega de los documentos a los auditores o a algunos socios). Aunque sean dos juicios conceptualmente distintos y de naturaleza diferente, el juicio sobre la posibilidad del resultado de peligro habrá de ser realizado ya en el instante en que se perfecciona la acción falsaria, sin

¹³³⁶ MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES, (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 9ª, 2011, 970.

¹³³⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 479.

necesidad de esperar a que se produzcan ulteriores acontecimientos” Otra cosa dice el autor es el problema de la prueba.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO mantiene que “el resultado típico es la creación de una situación idónea para causar un perjuicio. Es ésta una condición del tipo que, complementa la falsedad. Solo se exige el riesgo o peligro de perjuicio, pero no su causación efectiva que, de producirse, da lugar a un subtipo agravado, sancionado en el segundo párrafo de este artículo. Nos encontramos, pues, ante un delito de consumación anticipada y de peligro, en cuanto únicamente se requiere la potencialidad del resultado perjudicial y no su causación, razón por la que algunos le denominan “delito de aptitud”. Ello afecta al momento consumativo que coincide con el instante en que el acto falsario se produce con aquella potencialidad, lo que exige no sólo el falseamiento en sí, sino la publicidad o puesta en el tráfico jurídico del documento falsario de modo que pueda llegar a conocimiento de terceros, que puedan resultar perjudicados”¹³³⁸.

Una vez expuestas las posiciones más relevantes al respecto de la consumación en este delito expondré entonces ese camino que advertía se debe recorrer para hablar de delito consumado¹³³⁹.

B. La consumación parcial frente a la funcionalidad del documento

Los elementos que tradicionalmente se han venido a entender como necesarios para las falsedades documentales clásicas son dos¹³⁴⁰. El primero,

¹³³⁸ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.), Código penal comentado, 2ª, 2004, 882.

¹³³⁹ También parte en su tesis desde una configuración bipartita de consumación del tipo CARREÑO AGUADO, La inveracidad en la información, 2013, 396, “La fórmula de lesividad es bipartita y configura el precepto en torno a (a) un tipo de peligro abstracto-concreto o hipotético respecto al patrimonio y de lesión respecto a la veracidad (art. 290.1), y (b) un tipo de lesión respecto al patrimonio (art. 290.2). Debiendo hablarse en cualquier caso de un delito de mera actividad”.

¹³⁴⁰ Sobre esta cuestión CARREÑO AGUADO, La inveracidad en la información, 2013, 220 con puntualizaciones diferentes a las que aquí se exponen afirma que “Otro término problemático a examinar en el art. 290 CP es el de «falseamiento» ya que no cualquier inveracidad plasmada por escrito constituye un falseamiento típico. De entrada, es posible sostener dos conceptos de falseamiento, uno amplio y otro estricto, los cuales conducen a soluciones distintas. Según el *concepto amplio* de falseamiento, toda inveracidad en las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad constituye un

que la falsificación o falsedad recaiga sobre un elemento esencial o sustancial del documento. El segundo, que la falsificación o falsedad tenga una entidad suficiente¹³⁴¹ para entrar en el tráfico jurídico, al tener una cierta idoneidad, bien sea por la legitimidad aparente del documento o bien por su capacidad para inducir a error¹³⁴². La falsedad del art. 290 CP deberá afectar, por tanto, a un elemento esencial del documento, al dañar, como mínimo, su función probatoria¹³⁴³.

Pues bien, en relación con la funcionalidad del documento¹³⁴⁴, una vez que la falsedad sea lo suficientemente relevante¹³⁴⁵ como para poder afectar al

falseamiento típico. Desde esta perspectiva, las restricciones en el ámbito de la tipicidad se llevan a cabo mediante el recurso al concepto de «idoneidad» del falseamiento para causar un perjuicio económico. Un concepto que ha sido debatido en la doctrina y sobre cuya interpretación no hay unanimidad, si bien se conviene en que el logro de la fórmula reside en que ya no hay necesidad de probar que la intención del autor sea causar un perjuicio económico”.

¹³⁴¹ Al respecto de la falta de entidad v. STS de 20 de noviembre de 2008, EDJ 2008/253396, Pte. Enrique Bacigalupo Zapater. El TS casa y deniega el recurso de la acusación particular frente a la absolución por un delito del art. 290 CP por considerar que no se cumplen los requisitos del tipo. Es cierto, dice el TS, que hay ciertas irregularidades como la existencia de una cuenta denominada "anticipos a proveedores" que no tiene ninguna explicación, una cuenta denominada "socios acreedores" que no contiene ninguna denominación individualizada que permita registrar los movimientos individualizados, que un gran número de movimientos de tesorería se realizaron en dinero en efectivo, registro de operaciones no registradas conforme a su naturaleza, sin embargo no se puede determinar que esto sea una falsedad que pueda afectar de forma idónea a la causación de un perjuicio económico y faltando este elemento del tipo no se puede concluir con que sea punible la conducta conforme al art. 290 CP. También v. SAP Guipúzcoa de 16 de junio de 2008, (EDJ 2008/242207), Pte: Augusto Maeso Ventureira. Se absuelve al imputado porque no consta que las irregularidades que contienen las cuentas anuales de la sociedad, no sean más que errores contables, y porque no se ha acreditado que las mismas sean idóneas para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero. El contenido más significativo de irregularidades detectadas en las cuentas anuales es: - Los saldos de clientes reflejan aproximadamente 100.000 euros correspondientes a saldos atrasados que no han tenido movimiento desde el ejercicio 2000, y que se encuentran sin provisionar por parte de la sociedad/ -Existen saldos acreedores de clientes por importe aproximado de 19.000, 32.000 y 134.000 euros para los años 2000,2001, 2002 respectivamente/- Entre los saldos acreedores y proveedores figuran 319.000 y 625.000 euros correspondientes a saldos acreedores que no han registrado movimientos desde el ejercicio 2000, que se encuentran pendientes de pago.

¹³⁴² V. lo que se expone en este trabajo en concreto en el Cap. 4, I.

¹³⁴³ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, LH- R. Mourullo, 2005, 1319. Si no se respetan estas dos premisas se corre el riesgo de que suceda como advierte RODRÍGUEZ MOURULLO, Derecho penal económico, 2009, 49 que “Una interpretación descuidada del mismo puede llevar al ámbito de la pena falsedades irrelevantes que a todas luces debieran quedar al margen de ella”.

¹³⁴⁴ Retomo aquí muchas de las cuestiones planteadas en el Cap. 3, en concreto en la parte referida a las técnicas de tutela empleadas, sin perjuicio de que en aquellos que no haga referencia expresa, se deba complementar con lo anteriormente dicho.

¹³⁴⁵ De lo contrario como advierte RODRÍGUEZ MOURULLO, Derecho penal económico, 2009, 49 “Una interpretación descuidada del mismo puede llevar al ámbito de la pena falsedades irrelevantes que a todas luces debieran quedar al margen de ella”.

menos a una de las funciones de garantía, prueba y perpetuación¹³⁴⁶, será necesario que ésta, justamente en íntima relación con esas funciones del documento, opere en el tráfico jurídico: este será el momento consumativo (parcial) de la falsedad documental que recoge el art. 290 CP¹³⁴⁷. VILLACAMPA ESTIARTE explica el momento consumativo de las falsedades en la introducción del documento en el tráfico jurídico, además de porque en ese momento es cuando de alguna manera se puede hablar de afectación de las funciones del documento, por el concepto de “engaño” como elemento configurador de la falsedad y en concreto por el rol del error en los tipos falsarios¹³⁴⁸. Me interesa traer aquí la explicación de esta autora porque esta cuestión tiene también transcendencia frente a la naturaleza falsaria de las falsas comunicaciones

¹³⁴⁶ Se han considerado falsedades relevantes las siguientes: SAP Burgos de 7 de febrero de 2003 ARP 2003/261, Pte: Juan Miguel Carreras Maraña (Confirmada RJ 2005/4402, STS sala 2ª nº 552/2005, 9-5-2005 Pte. Diego Antonio Ramos Gancedo). Muestra la AP de Burgos que los estados financieros contables efectuados por los acusados no representaban la situación patrimonial, económica y financiera de la sociedad “lo cual se manifestaba en la existencia de ventas de muebles no contabilizadas, así como en que no se documentaron dos préstamos realizados por la imputada por importe de 1.000.000 de ptas. el día 11-III-1996 y de otro millón de ptas. 30-VII-1996. Asimismo, existían otras partidas relevantes contabilizadas de forma inadecuada y, en concreto: un préstamo correspondiente a una cuenta de crédito con la Caja de Ahorros del Círculo Católico que se refleja con un saldo a favor de la Caja por importe de 11.250.000 ptas., cuando era de 5.000.000; un saldo por retribuciones pendientes de 6.300.000 ptas., cuando era de 898.178 Ptas., y albaranes no contabilizados correspondientes a 1995 y 1996, por respectivos importes de 5.986.221 ptas. y de 600.109 ptas. Estas alteraciones y omisiones contables determinaron un desbalance contable que afectó a la liquidación de la Sociedad y que generó la ejecución de sus bienes por deudas con la Hacienda Pública derivadas tanto del Impuesto de Sociedades, como del Impuesto sobre el valor añadido y correspondiente a los ejercicios 1985 a 1998 y que incluían impuestos impagados, intereses de demora y recargas y con la Tesorería General de la Seguridad Social derivados de pagos por cuotas sociales”. Concluye por tanto la Audiencia considerando que “en nuestro caso, concurren los elementos del tipo indicado: en tanto en cuanto que los imputados han falseado las cuentas sociales, con alteraciones contables muy significativas (particularmente, por omisión de ventas, por descuadres al cierre del balance, por falseamiento de partidas de préstamos, y por albaranes no contabilizados), que han dado lugar a que la contabilidad societaria no reflejara la situación económica real de la empresa, siendo idóneas tales alteraciones contables para causar perjuicios, tanto de imagen financiera, como de capacidad para obtener préstamos, como de solvencia, como frente a la Hacienda pública o a la Seguridad Social, así como frente a los socios y trabajadores”.

SAP de Asturias de 29 de junio de 2003, EDJ 2003/38854. Pte: Covadonga Vázquez Llorens. Según la prueba pericial practicada, la contabilidad no se correspondía en modo alguno con la realidad. Entre otras cosas, en la prueba pericial aparecen: supuestos pagos a Caja Rural por importes de 5.000.000 y 4.100.000 ptas., pagos que carecían de toda justificación contable y que se contradecían con la certificación obrante al folio 155 que se presentó como prueba. La falsedad se cometió de forma reiterada durante los ejercicios 1996 y 1997 en los libros contables, diario, facturación, balance etc... por lo que se estima una continuidad delictiva del art. 74. CP.

¹³⁴⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, La falsedad documental, 1999, 615.

¹³⁴⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, La falsedad documental, 1999, 610 ss. Así también ECHANO BASALDÚA, Falsedades documentales, 1991, 315; GARCÍA CANTIZANO, Falsedades documentales, 1997, 271; NÚÑEZ CASTAÑO, La estafa de crédito, 1998, 234 ss.

sociales, la cual ha sido discutida por algunos, que entienden que éstas responden a la estructura de un tipo defraudatorio¹³⁴⁹. Pues bien, la mencionada autora se expresa en los siguientes términos¹³⁵⁰:

“La necesidad de que las conductas que inciden sobre pruebas documentales sean susceptibles de generar engaño no proviene tanto del significado etimológico de la palabra falsedad, como del bien jurídico protegido en las falsedades documentales. Si se considera que el objeto jurídico de tutela en estos ilícitos lo constituyen las funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico, el documento falso no puede representar siquiera un peligro abstracto para el tráfico jurídico cuando no puede inducir a error a cualquier individuo acerca del normal desarrollo de las mismas”.

Por tanto, partiendo de esta premisa, si se exige que con la falsedad se dé la posibilidad de un error, para ello es necesario el uso del documento¹³⁵¹, por lo que resulta equivocado hablar de la consumación de una falsedad sin que el documento se desprenda del autor, porque es entonces cuando se entiende que se afecta al bien jurídico: “lo que efectivamente supone un atentado a la seguridad de las relaciones jurídicas interpersonales es la introducción en el tráfico jurídico de documentos cuyas funciones no se desarrollan con normalidad, lo que puede provocar que los destinatarios efectúen conductas con relevancia jurídica provocadas por el juicio erróneo precedente”¹³⁵².

En consideración a lo anterior interpreto que la afectación del bien jurídico se produce con la entrada del documento en el tráfico jurídico¹³⁵³, porque lo más relevante del documento, a efectos jurídicos generales, es su potencialidad para tener influencia en el tráfico jurídico. Además, en este tipo concreto en el que se

¹³⁴⁹ Me remito en este punto a lo indicado en el numeral anterior, con el cual se da inicio a este capítulo.

¹³⁵⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, La falsedad documental, 1999, 609.

¹³⁵¹ VILLACAMPA ESTIARTE, La falsedad documental, 1999, 614.

¹³⁵² V. SAP Barcelona, 3-6-2009 (EDJ 2009/212367) en la que se expresa la necesidad de que la falsedad induzca a error.

¹³⁵³ ECHANO BASALDUA, en: BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, Manual, PE, 1998, 797; QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES, (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 9ª, 2011, 1638. En contra: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Dir.), EPB, 2002, 723 quien considera que la afectación al bien jurídico se produce no una vez que el documento se introduce en el tráfico jurídico si no ya desde el mismo momento de la anticipación o plasmación de la falsedad en el misma en cualquiera de las formas del art. 390 CP.

exige la idoneidad de la falsedad para causar el perjuicio, “parece imponerse el momento consumativo en el instante en que los documentos adquieran cierta publicidad”¹³⁵⁴. En conclusión, en primer lugar se exige para determinar la consumación parcial del tipo que la falsedad tenga suficiente entidad y sea capaz de inducir a error, es decir que sea lo suficientemente importante para dañar la función probatoria y, en segundo lugar, que se haya introducido en el tráfico jurídico.

Se debe advertir, además, que como no todos los documentos son iguales, el momento de consumación parcial será diferente según el tipo de documento que se haya falseado¹³⁵⁵. Así, por ejemplo, se sostiene que no todos los documentos de la sociedad salen de la esfera de un administrador, entran en el tráfico jurídico y por tanto son aptos para afectar a su funcionalidad de la misma manera. De este modo, por ejemplo, considero que las cuentas anuales (el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, el estado de flujos de efectivo y la memoria¹³⁵⁶) salen de la esfera del o los administradores cuando se presentan para su aprobación a la Junta General (art. 272 LSC). Sin embargo, por su parte, los libros de actas que contienen todas las actas de la Junta o del Consejo de administración, sólo salen de la esfera jurídica de un administrador cuando se elevan a escritura pública y se inscriben en el Registro Mercantil¹³⁵⁷.

Por último se deberá tener también en cuenta que conforme a las exigencias del concepto de “unidad de las cuentas anuales”, al que me referiré más adelante, da lugar a que si en un documento hay una falsedad pero esta no existe en otro con el que hace unidad, o incluso está corregida en ese otro no habrá falsedad

¹³⁵⁴ Así POLO VEREDA, LL 1998-2, 2047, dice como “por ejemplo y con respecto a un tercero, no bastará con la aprobación de las cuentas falseadas, sino que será necesaria una cierta tendencia, como por ejemplo, su depósito en el Registro Mercantil, sin que tampoco a su vez sea necesario que alguien pida una nota de la misma”; CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), Comentarios, I, 2004, 1093; VALLE MUÑIZ/MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 8ª, 2009, 898 s.;

¹³⁵⁵ En este sentido también CARREÑO AGUADO, La inveracidad en la información, 2013, 398 quien además hace coincidir este momento (parece que todas las veces) con la consumación total.

¹³⁵⁶ Todos estos documentos se analizarán con exhaustividad en el Cap. 5.

¹³⁵⁷ Una descripción detallada de estos documentos de hace en el Cap. 5 referido al objeto material del delito.

alguna¹³⁵⁸ ya que además, por añadido, será difícil decir que la conducta sea idónea para perjudicar el patrimonio.

C. La consumación parcial frente al patrimonio

1. *Apuntes previos*

Una vez determinado el momento de consumación (parcial) de la acción falsaria, pasará a analizar cuándo se consume la ofensa del patrimonio, y por ende cuando, en conjunción con la consumación de la lesión de la funcionalidad del documento que se acaba de explicar, se consumará (de manera general o absoluta) el delito: a) en la primera de las posibilidades que otorga el tipo (290.1 CP), es decir, cuándo se produce la puesta en peligro hipotética del patrimonio, y b) en la segunda de las opciones de consumación (290.2 CP), esto es, con la lesión del patrimonio¹³⁵⁹.

Recuérdese que la estructura del peligro hipotético (art. 290.1 CP) exige que la acción sea definida como un comportamiento apto para hacer peligrar el objeto de protección, por lo que esa aptitud será lo que en el delito en estudio se verifique como el resultado jurídico del peligro hipotético.

En este sentido, en primer lugar, para que la acción tenga la cualidad de apta será necesario que la acción falsaria sea relevante y además que el documento haya entrado en el tráfico jurídico, es decir, que afecte a la funcionalidad del documento. Dado que la puesta en peligro se sirve de la modalidad falsaria para afectar al patrimonio, será imprescindible –para hablar de delito consumado– que primero que todo se vulnere la «funcionalidad del

¹³⁵⁸ CARREÑO AGUADO, La inveracidad en la información, 2013, 227 “Hay que diferenciar dos situaciones distintas: por una parte, aquellas en las que la información falsa está corregida en otro documento que siempre acompaña al falsificado y que, por lo tanto, será consultado conjuntamente con este último, en las cuales no hay falseamiento. Por ello, una falsedad en el balance que se vea compensada en la cuenta de pérdidas y ganancias o en la memoria no será relevante. Por otra, aquellas en las que el documento que contiene la información verdadera no tiene que ser necesariamente consultado junto con el documento falseado, en cuyo caso puede afirmarse que concurre falseamiento”.

¹³⁵⁹ En este sentido también, CARREÑO AGUADO, La inveracidad en la información, 2013, 213 “No se castiga la comisión de cualquier falsedad en las cuentas anuales u otros documentos, sino sólo aquella que se idónea para causar un perjuicio económico (párrafo primero) o que, efectivamente, lo cause (párrafo segundo)”.

documento» y esto sucede tanto en la modalidad del art. 290. 1 como del 290. 2 CP.

En segundo lugar, una vez verificado lo anterior se deberá valorar de manera inexcusable la idoneidad lesiva o la lesión para el patrimonio de la mentada falsedad y ello requiere de un análisis *ex ante* y *ex post*¹³⁶⁰, haciendo uso de la herramienta analítica de la imputación objetiva, la cual, como expone ROXIN, "...sólo es un problema de la Parte general cuando el tipo requiere un resultado en el mundo exterior separado en el tiempo y el espacio de la acción del autor" [...] [la] "...imputación objetiva es de antemano imposible en los delitos comisivos si el autor no ha causado el resultado"¹³⁶¹, porque se trata este, como se ha expuesto, de un delito de resultado¹³⁶².

El delito del art. 290.1 CP es un delito de resultado, aunque ese resultado sea la idoneidad para poner en peligro el bien jurídico¹³⁶³. Y es que como

¹³⁶⁰ TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1981, 841; ADPCP, 1989, 43 s. El autor trae como ejemplo de la imputación objetiva en delitos de mera actividad a los delitos de peligro hipotético, aunque yo no entiendo que el art. 290 CP contenga un delito de mera actividad como se expone en el texto: "Los delitos de peligro posible, o más precisamente, de peligro hipotético requieren que la acción posea aquellas propiedades materiales que, en virtud de un juicio de pronóstico, permiten estimarla como factor conformador del peligro concreto o de la lesión de bienes jurídicos. Este grupo se afirma progresivamente en la literatura penal. Es distinto de los delitos de peligro abstracto, en los que el peligro, es solo *motivo* del legislador, o sea, un dato extrínseco al tipo, que no se ha incorporado a este, ni opera como *causa* (= *ratio essendi*), según hemos señalado en otra ocasión de la prohibición jurídico penal. Los delitos de peligro hipotético requieren, por el contrario, que la acción sea peligrosa, de modo que en la hipótesis de un contacto entre esa acción y el objeto de protección pueda surgir un peligro concreto. En estos se reclama la efectividad del peligro, pero en los delitos de peligro posible o hipotético basta un peligro potencial, no efectivo, no efectivo, susceptible de realizarse". También MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ /DEMETRIO CRESPO (Dirs.), Derecho penal económico y empresarial, 2010, 90 s. "La tipicidad dependerá en realidad de la formulación de dos juicios por parte del intérprete: de un lado, un juicio impersonal de pronóstico en el que desde una perspectiva *ex ante* se determina si la acción del agente, además de poder ser subsumida formalmente en el tipo, es apta generalmente para producir un peligro para el bien jurídico; de otro lado, el intérprete ha de llevar a cabo un segundo juicio *ex post* sobre "la posibilidad del resultado de peligro", o sea, ha de verificar si en la situación concreta habría sido posible un contacto entre la acción y el bien jurídico, como consecuencia del cual habría podido producirse un peligro efectivo para dicho bien jurídico. De esta suerte, la idoneidad lesiva para el bien jurídico se erige como un elemento valorativo inexcusable del tipo de injusto que debe poder ser imputado objetivamente a la acción del autor, en virtud de lo cual hay que entender que, si éste adopto previamente las medidas necesarias para evitar toda posibilidad de que se produjese un efectivo peligro para dicho bien jurídico, quedaría excluida la tipicidad".

¹³⁶¹ ROXIN, Derecho penal, PE, 2003, 345.

¹³⁶² En las cuestiones relativas a la imputación objetiva sigo a LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 190 ss. en lo relativo a la previsibilidad objetiva, creación del riesgo "jurídicamente desaprobado" o no permitido y fin de protección de la norma.

¹³⁶³ También considera que es este un delito de resultado FARALDO CABANA, El delitos societario de falsedad, 2003, 124 y advierte que: "Recordemos que no deben identificarse los

sostiene LUZÓN PEÑA “los tipos de peligro abstracto generalmente son delitos de mera conducta, pero en algún caso pueden ser tipos de resultado: p. ej. en el art. 368 la “posesión” de drogas para traficar, que requiere lograr la disponibilidad libre y pacífica de la sustancia al menos unos momentos; se trata por consiguiente de que el tipo exige un resultado como consecuencia de la conducta (aquí un determinado grado de avance en el acceso a la droga), que no supone sin embargo un peligro concreto para el bien jurídico –la salud pública y la libertad de potenciales adictos–, sino que la acción y su resultado siguen implicando sólo un peligro genérico o abstracto para el bien jurídico”¹³⁶⁴. Por las peculiaridades del delito de peligro hipotético, categoría que he entendido diferente a las del peligro abstracto y concreto, y por tener su propia construcción, considero que en el análisis *ex post* que se debe hacer sobre el resultado jurídicamente relevante consistente en “la posibilidad del resultado de peligro”¹³⁶⁵, valoración que se debe hacer de manera inexcusable dentro del análisis de la tipicidad¹³⁶⁶, al menos en este delito.

2. El resultado de peligro hipotético del patrimonio (art. 290.1 CP)

delitos de peligro abstracto y los de mera actividad, puesto que en los primeros puede coexistir el peligro abstracto para el bien jurídico con la necesidad de que la conducta cause un resultado material, como ocurre en el delito de utilización de información privilegiada en el mercado de valores. Aquí la idoneidad para perjudicar puede ser considerado el resultado material del delito que nos ocupa”. En todo caso progresivamente por la doctrina se ha ido considerando que el juicio de imputación objetiva no es ajeno a los delitos de mera actividad. Así: TORÍO LÓPEZ, ADPCP, 1981, 842 s se expresa de la siguiente manera: “La teoría de la imputación objetiva es generalmente considerada como una construcción relativa a los delitos materiales o de resultado. Esta idea es, sin embargo, controvertible. En el concepto están presentes dos planos o niveles contiene una doble exigencia, es decir, que el desvalor de acción (a) conduzca precisamente al desvalor de resultado (b) esta doble valoración puede ser efectuada con relativa autonomía. El desvalor de acción, en cuanto tal, se presenta como momento constitutivo de la imputación objetiva, lo que abre la puerta a una consideración menos limitada o más general./ (...) En nuestra opinión este punto de vista no solo debe ser aceptado sino objeto de mayor amplificación. La imputación objetiva es una exigencia general interna del sistema. Es la manifestación de un principio metódico superior, que se disemina por todos y cada uno de los campos del sistema penal (...)” También MIR PUIG, RECPC 5 (2003), 16; LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 170.

¹³⁶⁴ LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 170.

¹³⁶⁵ En sentido contrario: CARREÑO AGUADO, La inveracidad en la información, 2013, 396 s. “El art. 290.1 CP recoge un tipo de lesión de la veracidad y de peligro abstracto del patrimonio social, en el que no se exige constatar *ex post* una situación de peligro concreto como resultado de peligro, sino sólo la conducta típica guarde una idoneidad o aptitud para lesionar en sentido patrimonial; es decir, que se debe valorar la potencialidad lesiva de la falsedad respecto al patrimonio de la propia sociedad, los socios o terceros, entendido este como ahorro o inversión”.

¹³⁶⁶ Me remito a lo expuesto en el Cap. 3, IV.

1. Respecto del juicio de idoneidad *ex ante*, una vez verificada la consumación parcial, se establecieron dos criterios que permiten hacer una valoración de éste.

2. En primer lugar serán los deberes de los administradores recogidos en la LSC los que podrán ayudar a hacer ese juicio de idoneidad *ex ante*. Así, se consideró sensato entender que un análisis de las obligaciones de los administradores puede ofrecer pautas para considerar si al momento de la ejecución de la conducta se ha podido o no prever la lesión o la puesta en peligro del patrimonio. Esto se tiene que hacer, a mi entender, para verificar que nos encontramos ante un ámbito jurídicamente desaprobado. Lo que se quiere decir entonces es que si un administrador de hecho o de derecho de una sociedad cumple con las obligaciones generales y específicas que contiene su cargo, se debería entender que, *ex ante*, en la redacción de las cuentas anuales u otros documentos que representen la realidad jurídica o económica de la sociedad, es muy difícil que se presente un peligro para el patrimonio.

Es decir, si un administrador de hecho o de derecho de una sociedad cumple con sus obligaciones societarias, tanto aquellas generales como las específicas en relación a las cuentas anuales, se debería entender que, *ex ante*, en la redacción de las cuentas anuales u otros documentos que representen la realidad jurídica o económica de la sociedad, es muy difícil que se presente un peligro para el patrimonio. En otras palabras, la buena gestión de los administradores indicará que no se está poniendo en peligro el patrimonio de la sociedad, socios o terceros. Sin embargo, a la inversa no se podrá afirmar que con la infracción de algunos de estos deberes por parte del administrador se ponga automáticamente en peligro el patrimonio si no que será necesario, en el análisis *ex post*, hacer el correspondiente juicio, conjuntamente con otros criterios.

3. En segundo lugar, también como criterio *ex ante* y en relación directa con el elemento de error inverso en la conducta falsaria del que antes me hacía eco, ya se expuso que es necesario determinar, que se valore la idoneidad de la falsedad para que induzca a error de modo que pueda poner en peligro al patrimonio, y no ya solo la funcionalidad.

Ello implica que deba comprobarse, conforme a criterios objetivos, si la conducta podía haber inducido a error al hombre medio ideal¹³⁶⁷ para determinar “la posibilidad del resultado de peligro” para el patrimonio.

4. Por último, será necesario un análisis *ex post* porque: “el examen de la realización del peligro es previo, de tal manera que el curso de los hechos realmente producido debe medirse en un segundo juicio de peligro que hay que efectuar tras concluir la acción del autor”¹³⁶⁸. En nuestro caso, como ya se dijo, se tendrá que verificar que esa posibilidad de resultado de peligro para el patrimonio de socios, sociedad o terceros, observado *ex ante* desde la perspectiva previa a la actuación del sujeto, se materializa en dicha posibilidad de resultado de peligro o directamente en su lesión, también *ex post*.

El juicio *ex post* permitirá identificar cuándo la creación o superación del riesgo permitido no repercute en el resultado. Es decir lo que se exige en el análisis *ex post* es, una vez analizado el riesgo *ex ante*, determinar si este es el que materialmente de forma suprema provocó el resultado.

También está claro que ese tipo de resultados son los que se encuentran cubiertos por el fin de protección de la norma, por lo que se puede imputar objetivamente el resultado del art. 290.1 CP¹³⁶⁹.

¹³⁶⁷ Así FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 379. Debe recordarse, también, que como expone DONINI, en: CADOPI (Coord.), Imputazione oggettiva, 2006, 68: “Hemos dicho que la conducta no es ni siquiera preceptiva, no viola ningún precepto penal, si no supera el límite del riesgo permitido”.

¹³⁶⁸ ROXIN, Derecho penal, PG, 2003, 373. Al respecto, DONINI, en: CADOPI (Coord.), Imputazione oggettiva, 2006, 68, sostiene que: “La relación entre el punto de vista *ex ante* y *ex post* es muy importante: “el primero es el punto de vista del destinatario de los preceptos, el segundo es el punto de vista del juez, pero la perspectiva del destinatario de los preceptos, por el mandato del principio de retroactividad y el principio de culpabilidad, es la decisiva”.

¹³⁶⁹ En sentido contrario, y partiendo de dos ideas como son el sistema de autorregulación empresarial por un lado y la crítica ya expuesta anteriormente de la introducción de cláusulas de idoneidad por otro que a su entender dan lugar a imputaciones a empresas pequeñas y no grandes se expresa CARREÑO AGUADO, La inveracidad en la información, 2013, 461. Considera este autor, como se decía que el art. 290 con la cláusula de idoneidad incluye un “germen” a modo de requisito cuantitativo indeterminado dependiente tanto de la clase de documento sobre el que recaiga la falsedad como del tamaño de la sociedad en cuyo seno tiene lugar la acción típica. “Dicho germen, incorporado explícitamente al injusto a modo de elemento típico normativo «de aptitud» o valoración de la potencialidad lesiva, deber ser, en mi opinión, evitado, ya que la propia configuración del precepto a modo de delito de infracción de deber especial de configuración extra-penal hace innecesaria por tautológica la constatación de una idoneidad lesiva que ya reviste la conducta típica, precisamente porque ya ha sido constatada en instancias pre-penales”.

Serán entonces varios los puntos que se deberán atender en el análisis *ex post*: la capacidad lesiva de la falsedad idónea para dar lugar al resultado de posibilidad de resultado de peligro y el posterior destino en el tráfico jurídico societario conjuntamente con las circunstancias que rodeen al caso. Por tanto se deberá valorar también *ex post* la idoneidad de la falsedad no ya solo en términos de afectación a la funcionalidad del documento si no que esta deberá tener un plus de lesividad relevante para la afección al patrimonio. Y por su parte ya no sólo será importante que el documento haya salido de la esfera de quien ha falsificado y que haya entrado en el tráfico jurídico, si no que, además, en relación con el patrimonio, se deberá atender al destino concreto de ese documento.

En este sentido, así como para la afectación de la funcionalidad del documento se atendió al tipo de documento, también en este momento, se deberá atender al sujeto pasivo, es decir si estamos ante la afectación del patrimonio de la sociedad, socios o terceros, para descubrir criterios de hipotética puesta en peligro al patrimonio. En el análisis *ex post* se deberá atender a esta cuestión, de modo que es posible que cuando la afectación sea a algunos de los dos primeros sujetos pasivos mencionados, sociedad y socios, al ser personas más inmediatas a la figura del administrador, el destino del documento y la puesta en peligro sea más cercana, e incluso podría coincidir, como ahora se expondrá, con el momento de consumación parcial de la funcionalidad del documento. Sin embargo, cuando el peligro pueda ser para terceros, el destino del documento tal vez tenga un recorrido mayor y sea necesaria cierta publicidad en el mismo para considerar, que efectivamente se cumple la exigencia de la idoneidad.

Por tanto, a modo de conclusión: no cualquier inexactitud o irregularidad en los documentos da lugar al comportamiento típico y se deberá valorar la capacidad lesiva de la falsedad y el destino específico en el tráfico jurídico societario que *ex post* se deberán analizar en la comprobación de la posibilidad de resultado de peligro de la acción típica.

3. El resultado de lesión del patrimonio (art. 290.2 CP)

El art. 290.2 CP, exige ya una lesión en el patrimonio, por lo que nos encontramos ante un delito de lesión que deberá ser analizado conforme a las normas de la imputación objetiva que en este caso no presentan mayores dificultades, para comprobar que el riesgo generado *ex post* resulta en una efectiva lesión del patrimonio¹³⁷⁰.

4. La consumación total, global o absoluta

Analizados los momentos parciales de consumación frente a cada uno de los bienes jurídicos tutelados a través del art. 290 CP, habrá que verificar que se presenta una consumación tanto frente a la lesión de la funcionalidad del documento, en el sentido expuesto, como frente al patrimonio, también en la forma exigida en este trabajo para poder hablar de una verdadera consumación de este delito, con los criterios ahora expuestos.

De esta manera, recogiendo las conclusiones expuestas de modo parcial para la consumación de cada uno de los bienes jurídicos nos encontramos con que es imprecindible que la falsedad tenga suficiente entidad para dañar la función probatoria y sea capaz de inducir a error, además de que se introduzca en el tráfico jurídico cuya determinación dependerá del tipo de documento. En relación con potencialidad de la falsedad para la puesta en peligro al patrimonio se deberá hacer el análisis *ex ante* atendiendo al cumplimiento de los deberes de los administradores y a la capacidad de error de la falsedad en relación ahora no con la funcionalidad si no con el patrimonio. En el juicio *ex post*, cuando se determine que de manera suprema el riesgo *ex ante* fue el que de forma suprema dió lugar al resultado de peligro se atenderá a la capacidad lesiva de la falsedad en relación con el patrimonio y al destino en el tráfico jurídico, debiendo entonces atender al sujeto pasivo.

Con lo anterior, cuando la idoneidad para la probabilidad de peligro al patrimonio sea para la sociedad y para los socios (siempre y cuando según el juicio de idoneidad ésta efectivamente se verifique) la idoneidad generalmente

¹³⁷⁰ FARALDO CABANA, El delito societarios de falsedad, 2003, 123 s.

será tal una vez que se presente por los administradores un documento en la Junta General¹³⁷¹, por lo que coincidirá con la consumación parcial de la afectación a la funcionalidad del documento. Con todo, se debe advertir, que solo será tras un análisis detenido del caso cuando determinará esto y por tanto no se puede excluir la posibilidad de que la idoneidad se produzca en un momento posterior, por ejemplo con la publicación del acta de la Junta en la web de la sociedad (considerándose equivalente a la publicación en el Registro Mercantil)¹³⁷².

Sería, por ejemplo, el caso de la presentación de cuentas falseadas por parte de los administradores a la Junta General en las que se evidencia, siendo falso, la necesidad de hacer, por ejemplo, la liquidación de la sociedad. Ya con la presentación de unas cuentas anuales donde se refleje esa necesidad (reitero siendo falsa), se está poniendo en peligro idóneo en este caso el patrimonio de la sociedad porque es en ese foro y con motivo de la presentación de esas cuentas cuando se van a tomar las decisiones correspondientes que afecten a la sociedad.

Otro caso podría ser aquel en el que los administradores presentan unas cuentas a la Junta General mucho mejores de las que en realidad son y además serán la base para la toma de algunas decisiones en la Junta como podrían ser: el reparto de beneficios para los socios (inexistentes) por lo que se pone en peligro el patrimonio de la sociedad o, por ejemplo, el aumento de salario para los administradores por sus buenos resultados empresariales con lo que se pone en peligro el patrimonio de la sociedad y socios.

¹³⁷¹ Así también CARREÑO AGUADO, La inveracidad en la información, 2013, 398 “Si bien pienso que en cualquier caso la consumación dependerá de la clase de información objeto de falseamiento, con carácter general se debe considerar que la presentación de los documentos a la Junta General para su aprobación es el instante en el que se consume el delito, por la sencilla razón de que es ya entonces cuando la acción falsaria adquiere idoneidad para causar un perjuicio en sentido típico. Es decir, sólo entonces la falsedad adquiere idoneidad para causar un perjuicio económico a la sociedad y a los propios socios. En cambio, sólo el depósito en el Registro Mercantil será idóneo para perjudicar a terceros en sentido típico. De esta manera, la idoneidad para perjudicar depende del objeto material en cada caso, ya que no todo documento es igualmente poseedor de la capacidad de perjudicar económicamente en los términos del art. 290 CP, ni lo es en un mismo momento. Así, como concluir, como ya adelanté en otro punto de este estudio, que la idoneidad para causar un perjuicio que exige el precepto es en realidad un requisito cuantitativo indeterminado dependiente tanto de la clase de documento sobre el que recaiga la falsedad como del tamaño de la sociedad en cuyo seno tiene lugar la acción típica”.

¹³⁷² Al respecto v. el Cap. 5. I.A.

Por su parte, en el caso de que con la acción se ponga en peligro el patrimonio de terceros el momento consumativo total no coincidirá con la presentación del o los documentos en la Junta, si no que será algo posterior, cuándo estos se hagan públicos y se inscriban en el Registro Mercantil. Sólo entonces un tercero ajeno a la empresa tiene posibilidad de conocer determinada información que pueda afectar a su patrimonio y por tanto es el momento en el que se da la posibilidad de resultado de peligro para el patrimonio.

Es importante resaltar, además, que en el CP no se encuentran castigadas las conductas preparatorias que se pueden presentar para la realización del art. 290 CP, ni tampoco se considera punible su tentativa, como se explicará a continuación por lo que se puede concluir que el delito de falsedad en documentos sociales del art. 290 CP sólo da lugar a la punición cuando sea consumado.

II. LA IMPOSIBILIDAD DE LA TENTATIVA EN EL DELITO DEL ART. 290 CP

1. Las conductas típicas descritas en nuestro CP se refieren - generalmente- a conductas consumadas, y por ello, para poder castigar aquellas que inicien su ejecución pero no la concluyan, es decir, los casos de tentativa, el art. 16 CP. Sin embargo, en este trabajo, no se acepta la posibilidad de castigar la tentativa del delito del art. 290 CP¹³⁷³.

El art. 16 CP dispone que: “Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”. Teniendo en cuenta esto y lo que se acaba de desarrollar acerca del momento de consumación de la conducta típica del art. 290 CP, habrá que preguntarse si es posible, primero, que se cometa la conducta del art. 290 en

¹³⁷³ En contra, entre otros FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 123 s.; MARTÍN-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4º, 2013, 479.

grado de tentativa y, en segundo lugar, si, aun siéndolo, dicha tentativa será punible¹³⁷⁴.

Para lo anterior, analizaré por separado las posibilidades frente a la comisión del 290.1 y del 290.2 CP¹³⁷⁵.

2. Respecto al tipo de peligro hipotético contenido en el art. 290.1 CP, se puede afirmar con certeza que no es posible la tentativa. Son tres los argumentos que justifican esta toma de posición: a) por el hecho mismo de que se trate de un delito de peligro hipotético; b) por contener la protección de un bien jurídico colectivo como es la «funcionalidad del documento»; c) por recoger la que sería la conducta que constituiría la tentativa del art. 290.2 CP.

¹³⁷⁴ Sobre la cuestión acerca de la anticipación de la tutela penal en el Derecho penal económico, su complejidad y conveniencia ALCÁCER GUIRAO, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LINARES (Dirs.), *Práctica penal económica*, 2013, 554 s. hace la siguiente exposición de la cuestión que comparto "(...) puede concluirse que si bien la anticipación de la tutela penal que en buena medida caracteriza a muchos tipos penales propios del Derecho penal económico puede hacer *estructuralmente* más compleja la delimitación entre fases del *iter criminis*, y más discutible *político-criminalmente* la punición de fases anteriores a la consumación, dogmáticamente no existen obstáculos lógicos o conceptuales para proceder a esa distinción entre fases o etapas de realización delictiva, puesto que los conceptos que la dogmática maneja para proceder a tal distinción –preparación, (comienzo de) tentativa, tentativa inacabada y acabada, consumación, agotamiento, etc.- tienen un carácter formal, y no están prefijados por una determinada estructura típica por criterios político-criminales. Quizá sea esta la razón que permita explicar por qué lo que de «moderno» pueda tener el Derecho penal económico no haya aumentado el «grado de tensión» con los márgenes de la teoría del delito tradicional en el ámbito del *iter criminis*/ Expresado en otros términos, la tesis que pueda existir no se debe a la incapacidad de las herramientas dogmáticas para hacer frente a aspectos característicos del Derecho penal económico, sino a la insatisfacción político-criminal que pudiera conllevar asignar relevancia penal a fases anteriores a la consumación den (sic) determinados tipos penales".

¹³⁷⁵ Comparto con ALCÁCER GUIRAO, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LINARES (Dirs.), *Práctica penal económica*, 2013, 563 ss. en relación a la posibilidad de apreciar una tentativa en supuestos típicos de anticipación que dependerá del tipo concreto de la parte especial y de si lo permite o no. Así en la página 564 s "Tal como se ha venido afirmando, la posibilidad de apreciar una tentativa en los que genéricamente pueden denominarse tipos de anticipación no depende de cuestiones formales o conceptuales, sino de aspectos estructurales relativos a la configuración del tipo penal concreto, y político-criminales, referidos a la cuestión de cuál es el bien jurídico protegido y si la anticipación del castigo a fases muy anteriores resulta desproporcionado". Y posteriormente, en la pág. 565 argumenta que no ha habido una respuesta unánime por la doctrina porque estamos "ante problemas de la Parte Especial, y no de la Parte General, por lo que la posibilidad de apreciar una tentativa en los delitos de consumación anticipada no haya recibido una respuesta unánime por la doctrina. Así, por ejemplo, y como después reiteraremos, algunos autores han opuesto reparos a la punición de la tentativa en el delito de alzamiento de bienes, afirmándose que «al tipificar el legislador una forma de consumación anticipada...castigar la tentativa supondría una intervención excesiva del derecho punitivo. Quien intenta enajenar un bien y no lo consigue porque finalmente el comprador no acepta el precio no debe sufrir persecución penal». No obstante, para otros autores la tentativa es perfectamente apreciable, por cuanto parten de entender el alzamiento como un delito de resultado en el que debe causarse un perjuicio efectivo a los acreedores". Y en concreto sobre la tentativa en los delitos de peligro abstracto, pág. 566, "por lo que respecta a delitos de peligro abstracto, se reproducen semejantes esquemas de discusión doctrinal".

3. Desarrollando estos tres puntos se tiene que, en primer lugar, una parte importante de la doctrina rechaza con carácter general la posibilidad de la tentativa en los delitos de peligro¹³⁷⁶.

En segundo lugar, también hay quien sostiene que en los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos no es aceptable la punición a título de tentativa¹³⁷⁷. Este es el caso de CORCOY BIDASOLO, quien sostiene:

“El concebir el objeto de protección propio de los bienes jurídicos supraindividuales, en todo caso, con un referente individual, como protección de la seguridad y confianza de los ciudadanos en que no se supere el ámbito del riesgo permitido en determinadas actividades peligrosas o como protección de esa misma seguridad y confianza de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de determinadas instituciones que han de estar a su servicio, determina que se deba de negar la sancionalidad de la tentativa en estos delitos. Y ello es así, porque, atendiendo al contenido de lesividad propio de la tentativa, la tentativa en los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales supondría la lesión de la seguridad y confianza de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de distintos ámbitos de actividad, lo que implica un

¹³⁷⁶ Aunque haciendo referencia a los delitos de peligro abstracto, que no considero sea el caso analizado, se pueden considerar las afirmaciones de VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto*, 2007, 323, quien señala cómo, desde hace mucho tiempo, “la admisión de la tentativa en delitos de peligro abstracto es otro problema. Independientemente de que se afirme o no un resultado de esta clase, ahora se busca subrayar que desde los postulados aceptados la tentativa tiene interés penal si muestra un desvalor de conducta y un resultado prohibido por la norma penal. Es por esto que la dificultad es mayor si se trata de admitir una tentativa en los delitos de peligro abstracto”, por lo que termina diciendo, en la misma p. 323, que “podría rechazarse de antemano esta opción, en cuanto no alcance a conformar alguna clase de resultado”.

¹³⁷⁷ CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, 1999, 273; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, en: GÓMEZ TOMILLO (Dir.) *Comentarios*, 2011, 1083 s., en relación al delito publicitario y luego en general sobre los delitos de peligro abstracto afirma: “Hemos caracterizado el delito publicitario como un delito de peligro hipotético para los intereses económicos de los consumidores. Luego el delito se consuma con la mera realización de las alegaciones falsas idóneas para poner en peligro éstos, sin que sea precisa la producción de un resultado de peligro concreto. Se trata de un delito de mera actividad. El hecho se perfecciona, pues, en el momento en que existe la posibilidad de conocimiento por el público –por un número indeterminado de personas- de la oferta o mensaje publicitario. Por ejemplo, cuando el *spot* publicitario es emitido en radio o televisión, cuando se publica el anuncio en un periódico o cuando se distribuyen las octavillas publicitarias. A nuestro juicio no es posible la realización de este delito en grado de tentativa. A esta conclusión llegamos por entender que ésta no es posible respecto de los delitos de peligro abstracto, en los que se incluye la variedad de los delitos de peligro hipotético”. Por su parte, ALCÁCER GUIRAO, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LINARES (Dirs.), *Práctica penal económica*, 2013, 571 sostiene que “Puede afirmarse que la tentativa acabada es perfectamente posible en los delitos de actividad, así como, por lo demás, en los delitos de peligro abstracto, cuya estructura puede ser de mera activada, pero también de resultado, o precisar la realización de varios actos hasta que nos hallemos en la fase típica, tal como puede acontecer en el delito publicitario”.

adelantamiento de las barreras de protección inadmisibles, de acuerdo con los principios de necesidad y merecimiento de pena, en los que están comprendidos los de subsidiariedad y ultima ratio”¹³⁷⁸.

En tercer lugar, el delito de peligro hipotético configurado en el art. 290.1 CP, por su estructura y contenido parece recoger lo que sería la posible tentativa respecto al delito del art. 290.2 CP. Si efectivamente el legislador, al establecer esta modalidad delictiva lo que hace es recoger el desvalor de la tentativa del delito del segundo inciso, estaríamos ante una tentativa elevada a delito autónomo, frente a la cual no sería conveniente aplicar la tentativa, pues se llegaría a la sanción de una tentativa de la tentativa, contrariando las razones de política criminal que invocan la construcción de un Derecho penal mínimo.

Sobre este punto, algunos autores se han pronunciado. Así, por ejemplo, LUZÓN PEÑA afirma que en los delitos de peligro muchas veces se tipifican lo que serían actuaciones en fase de tentativa con dolo eventual¹³⁷⁹; lo que considero es aplicable precisamente al caso aquí estudiado, como directamente lo afirma PÉREZ VALERO¹³⁸⁰.

Finalmente, es importante recordar, en palabras de CORCOY BIDASOLO, que “La impunidad de la tentativa en los tipos en los que se protegen bienes jurídico-penales supraindividuales en ningún caso se puede considerar una laguna de punibilidad puesto que desde una perspectiva político-criminal, en estos delitos la necesidad de pena en los supuestos de tentativa es nula”¹³⁸¹; y en este caso no sólo estamos ante la protección de un bien jurídico de este carácter, sino también a través de una tutela anticipada, por referirse al peligro hipotético, y además por contener el desvalor de lo que sería la tentativa del art. 290.2 CP.

4. Ahora bien, respecto al art. 290.2 CP, aunque en principio puede caber perfectamente la tentativa, como entendemos es ésta la que se recoge en el

¹³⁷⁸ CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, 273.

¹³⁷⁹ LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 169.

¹³⁸⁰ PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 444 ss. En contra, FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 124.

¹³⁸¹ CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, 274.

inciso 1, esto es en el art. 290.1 CP, no tiene ya ningún sentido hablar de tentativa en este delito de falsedad en documentos, pues esta fue elevada a un tipo autónomo en el primer inciso de la norma en mención.

CAPÍTULO 5:

EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO DEL ART. 290 CP

I. EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO DEL ART. 290 CP

A. Cuestiones iniciales.

1. El art. 26 CP dice: “A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”. Este concepto se concretó con ánimo de universalidad, es decir, como generalidad para todos los efectos del CP y no exclusivamente para las falsedades documentales¹³⁸². El art. 26 CP hace referencia a un concepto de documento más amplio que el usualmente utilizado por la doctrina y la jurisprudencia¹³⁸³. Con esto el CP hace suya una concepción amplia de documento¹³⁸⁴ pero, en sentido inverso, este art. 26 determina que aquellos documentos que carezcan de trascendencia probatoria o de relevancia jurídica no serán entendidos como documentos.

El documento requiere, de entrada, un soporte material, pues sólo éste puede darle la cualidad de perpetuidad¹³⁸⁵ y ha de ser objetivamente adecuado para tener efectos probatorios en el tráfico jurídico. Por tanto, en relación con el art. 290 CP se entenderá que son documentos las cuentas anuales y otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad, siempre y cuando se constituyan sobre un soporte material, donde estén las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación de la empresa es indiferente que sea en un soporte de papel o informático¹³⁸⁶, ya que siempre que se dé el requisito de la materialidad del documento no importará el soporte concreto. Así que, en los delitos de falsedades de documentos sociales, gozarán de la misma capacidad probatoria y serán considerados documentos a efectos penales todos aquellos que incluidos en el tipo se representen

¹³⁸² SILVA SÁNCHEZ, Lecciones, PE, 2ª, 2009, 296.

¹³⁸³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Dir.), EPB, 2002, 724.

¹³⁸⁴ ECHANO BASALDUA, en: BAJO FERNÁNDEZ /PÉREZ MANZANO /SUÁREZ GONZÁLEZ, Manual, PE, 1998, 772.

¹³⁸⁵ SILVA SÁNCHEZ, Lecciones, PE, 2ª, 2009, 296.

¹³⁸⁶ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 105.

materialmente, independientemente del modo. Parece que queden excluidas, las comunicaciones verbales¹³⁸⁷.

2. Por otro lado recientemente la Ley 1/2012 de 22 de junio, De simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, ha provocado un cambio radical respecto al soporte en el que se realizarán y darán publicidad a los documentos mercantiles, creando un “nuevo canal publicitario”¹³⁸⁸. Esta Ley, pensada en concreto para regular con mayor precisión y seguridad conforme a las exigencias de diferentes Directivas Europeas¹³⁸⁹ algunas cuestiones concretas sobre el proceso de fusión y escisión de sociedades de capital, ha provocado, sin embargo, una modificación profunda en el Cap. II del Título I de la LSC en el que se incorpora una nueva sección, la 4ª, integrada por el art. 11 bis, cuya redacción se modifica y se desglosa en los arts. 11 ter y 11 quáter¹³⁹⁰.

El art. 11 bis LSC dispone que las sociedades de capital pueden tener una página web corporativa, que será obligatoria para las sociedades cotizadas. La creación de una página web corporativa deberá acordarse por la Junta General de la sociedad. En la convocatoria de la Junta, la creación de la página web deberá figurar expresamente en el orden del día de la reunión. El acuerdo de creación de la página web se hará constar en la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil competente y será publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. La publicación de la página web de la sociedad en el Boletín Oficial del Registro Mercantil es gratuita.

Hasta que la publicación de la página web en el Boletín Oficial del Registro Mercantil tenga lugar, las inserciones que realice allí la sociedad no tendrán efectos jurídicos.

¹³⁸⁷ GARCÍA CANTIZANO, Falsedades documentales, 1997, 64.

¹³⁸⁸ FARRANDO MIGUEL, en: RODRÍGUEZ ARTIGAS /FERRANDO MIGUEL /GONZÁLEZ CASTILLA (Dirs.), Las reformas, 2012, 75.

¹³⁸⁹ V. EM de la Ley 1/2012.

¹³⁹⁰ Acerca de los antecedentes del reconocimiento de la sede electrónica por la Ley 25/2011 v. FARRANDO MIGUEL, en: RODRÍGUEZ ARTIGAS/FERRANDO MIGUEL/GONZÁLEZ CASTILLA (Dirs.), Las reformas, 2012, 52 ss.

El art 11 ter. LSC Indica que la sociedad será quien garantizará la seguridad de la página web, la autenticidad de los documentos publicados en esa página, así como el acceso gratuito a ésta con posibilidad de descarga e impresión de lo insertado en ella. Destaca especialmente la alusión la obligación de garantizar la autenticidad de los documentos publicados y por ello el artículo también alude a que la carga de la prueba relativa a la inserción de documentos en la página web, que será por tanto de la sociedad¹³⁹¹, así como de la fecha en que esa inserción haya tenido lugar corresponderá a la sociedad.

Los administradores tienen el deber de mantener lo insertado en la página web durante el término exigido por la ley, y responderán solidariamente entre sí y con la sociedad frente a los socios, acreedores, trabajadores y terceros de los perjuicios causados por la interrupción temporal de acceso a esa página, salvo que la interrupción se deba a caso fortuito o de fuerza mayor.

Si la interrupción de acceso a la página web fuera superior a dos días consecutivos o cuatro alternos, no podrá celebrarse la Junta General que hubiera sido convocada para acordar sobre el asunto a que se refiera el documento inserto en esa página, salvo que el total de días de publicación efectiva fuera igual o superior al término exigido por la ley; y en los casos en los que la ley exija el mantenimiento de la inserción después de celebrada la Junta General, si se produjera interrupción, deberá prolongarse la inserción por un número de días igual al que el acceso hubiera estado interrumpido.

El art. 11 quáter LSC regula la posibilidad de realizar comunicaciones mediante la página web entre la sociedad y los socios, incluida la remisión de documentos, solicitudes e información. Dispone pues este artículo que podrán realizarse por medios electrónicos las comunicaciones, siempre que dichas comunicaciones hubieran sido aceptadas por el socio. La sociedad habilitará, a través de la propia web corporativa, el correspondiente dispositivo de contacto con la sociedad que permita acreditar la fecha indubitada de la recepción así como el contenido de los mensajes electrónicos intercambiados entre socios y sociedad.

¹³⁹¹ FARRANDO MIGUEL, en: RODRÍGUEZ ARTIGAS /FERRANDO MIGUEL /GONZÁLEZ CASTILLA (Dir.), Las reformas, 2012, 68.

Como decía, la introducción de este art. 11 en la LSC tiene una evidente importancia porque, según el tenor de la ley, parece que en las empresas que tengan obligación de tener una página web de la sociedad¹³⁹², y las que, no teniendo obligación, hagan uso de esta posibilidad, las publicaciones que en ese espacio se publiquen tendrán efectos jurídicos, una vez que se tenga la aprobación en el BORM, lo que hace que se entienda que todo aquello que sea publicado en el sitio web tendrá efectos de publicidad: los mismos que genera la publicación en el BORM, en aquellos documentos que deban ser inscritos obligatoriamente en éste, si bien no lo sustituye.

Igualmente, la página web de la sociedad se convierte en un importante instrumento para realizar las comunicaciones entre la sociedad y los socios, - pero no a la inversa¹³⁹³ - siempre y cuando, como se ha dicho, estos últimos hubiesen aceptado tal medio, es decir es necesaria la aceptación expresa. El contexto comunicativo entre la sociedad y el público y entre la primera y los socios cambia considerablemente, y también tiene relevancia a efectos de la publicidad de la información, ya que la página web va a ser un medio de publicidad tan válido como la inscripción en el Registro Mercantil y posterior publicación en el BORM y de ahí que se deriven responsabilidades para los administradores y la sociedad frente a los socios, acreedores, trabajadores y terceros por la interrupción temporal del acceso a la página web corporativa o a alguno de los documentos allí publicados¹³⁹⁴.

3. El CP diferencia los documentos privados de los públicos, los oficiales o los mercantiles y, en concreto, consagra la diferencia entre los primeros y estos últimos. Este criterio de clasificación de los documentos conforme al tipo de documento es, además, el que estructura sistemáticamente el capítulo de las falsedades. La diferencia entre las diferentes tipologías de documentos es de

¹³⁹² FARRANDO MIGUEL, en: RODRÍGUEZ ARTIGAS /FERRANDO MIGUEL /GONZÁLEZ CASTILLA (Dirs.), Las reformas, 2012, 76, como primera de las cuestiones que suscita este nuevo instrumento de comunicación plantea la aplicación o no de este precepto a las sociedades contizadas por su especial régimen en las comunicaciones con los socios (art. 539.1. LSC), y concluye afirmativamente.

¹³⁹³ FARRANDO MIGUEL, en: RODRÍGUEZ ARTIGAS /FERRANDO MIGUEL /GONZÁLEZ CASTILLA (Dirs.), Las reformas, 2012, 76.

¹³⁹⁴ V. al respecto algunas críticas en, FARRANDO MIGUEL, en: RODRÍGUEZ ARTIGAS/FERRANDO MIGUEL/GONZÁLEZ CASTILLA (Dirs.), Las reformas, 2012, 71 ss.

una importancia exquisita puesto que no sólo es distinta la pena que lleva aparejada la falsificación de uno y otro supuesto, sino también porque el CP, según se trate de un tipo de documento (privado) u de los restantes (públicos, oficiales y mercantiles), recoge diferentes formas falsarias: ideológicas y materiales.

Para determinar los documentos frente a los que nos encontramos en el art. 290 se debe reflexionar sobre varios extremos. En primer lugar deberemos determinar qué es un documento mercantil a efectos del CP o, más bien, de qué concepto de documento mercantil se partirá en este trabajo. En segundo lugar, será necesario determinar si las cuentas anuales son o no un documento mercantil, o lo es privado, y por último cuál es la relación entre éstas y los documentos privados y mercantiles. En tercer lugar, será necesario determinar cuáles de los demás documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la empresa, a los que se refiere el art. 290 CP en su clausula final, que serán considerados documentos mercantiles y cuáles no.

B. Concepto de documento mercantil a efectos penales y adecuación del objeto material del art. 290 CP al concepto de documento mercantil

1. Vayamos por tanto a la primera de las cuestiones, la de determinar qué es un documento mercantil a efectos del CP. Las dificultades para ello no son pocas, porque no hay una definición legal de documento mercantil en el ámbito penal pero tampoco se define el documento mercantil en el CCom ni en otras leyes mercantiles¹³⁹⁵.

La jurisprudencia del TS ha ofrecido tradicionalmente un concepto amplio de documento mercantil, entendiendo por tal no sólo aquel documento que se forma con arreglo a las disposiciones del Código de Comercio, sino también a todos aquellos que recogen operaciones de comercio o sean adecuados para

¹³⁹⁵ ECHANO BASALDUA, en: BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, Manual, PE, 1998, 782.

dejar constancia de derechos u obligaciones de carácter mercantil¹³⁹⁶. Este amplísimo concepto ha sido discutido por la doctrina penal mayoritaria que entiende que hay que dotar de protección penal sólo a aquellos que además de estar previstos en leyes mercantiles, estén dotados de una especial eficacia jurídica por su importante capacidad defraudatoria, considerando que “sólo esa especial trascendencia para el tráfico jurídico justificaría el reforzamiento de la protección penal –al nivel de los documentos públicos y oficiales- de documentos que, en cuanto a su naturaleza, son documentos privados”¹³⁹⁷. Otro autor, ECHANO BASALDUA, intentando dar un concepto más restrictivo que el amplio ha considerado que documento mercantil es aquél que tiene especial eficacia jurídica o valor probatorio¹³⁹⁸.

Por mi parte considero que si el legislador penal lleva a cabo una clara equiparación entre documentos públicos, oficiales y mercantiles, desde una perspectiva material será necesario que estos últimos tengan una relevancia jurídica análoga a la que manifiestan los primeros¹³⁹⁹, es decir, que para ser considerados como tales tengan algo que de alguna manera los caracterice de forma semejante al documento público y al oficial.

Desde mi punto de vista la interpretación que hace el TS es insuficiente y es correcto optar por un concepto restrictivo de documento mercantil¹⁴⁰⁰. Por tanto, deberá acudirse a los criterios de ejecutividad, posibilidad de endoso,

¹³⁹⁶ Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Dir.), EPB, 2002, 728; FERNÁNDEZ PANTOJA, Delito de falsedad, 1996, 172 ss. También VILLACAMPA ESTIARTE, La falsedad documental, 1999, 265 ss.; GOYENA HUERTA, Falsedades documentales, 2007, 26 ss.

Una detallada exposición de la evolución jurisprudencial en RODRÍGUEZ RAMOS, PJ 11 (1988), 106 ss.; LUZÓN CUESTA, en: LH-R. Vadillo 1994, 125 ss.

Utilizan un concepto amplio CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios, II, 2004, 1786 s.; SILVA SÁNCHEZ, Lecciones, PE, 2ª, 2009, 298; QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES, (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 9ª, 2011, 1633. Consideran que son documentos mercantiles todos aquellos que el Código de Comercio considera como tales y son realizados conforme a lo establecido en el mismo: FERNÁNDEZ PANTOJA, Delito de falsedad, 1996, 176 ss.; CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, Comentarios, II, 2004, 1789 s.

¹³⁹⁷ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, ADPCP 1996, 433.

¹³⁹⁸ ECHANO SALDÚA, en: BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), Compendio II, 1998, 782.

¹³⁹⁹ JERICÓ OJER, en: COBO DEL ROSAL/MORILLAS CUEVA (Dirs.), Comentarios, 2011, 434.

¹⁴⁰⁰ Sigo lo propuesto por OLAIZOLA NOGALES, en: COBO DEL ROSAL/MORILLAS CUEVA (Dirs.), Comentarios, 2011, 255.

solemnidad, obligatoriedad, etc. expuestos por la doctrina en un intento de consolidar un concepto alternativo más restrictivo al aportado tradicionalmente¹⁴⁰¹. Desde la consideración de que la diferencia fundamental entre los documentos públicos y los documentos privados es la eficacia que los primeros tienen respecto a terceros se desprende una doble consecuencia: la posibilidad que tiene un documento público falso de perjudicar a un tercero ajeno al propio documento¹⁴⁰² y la especial relevancia que tiene este tipo de documento en el tráfico jurídico.

Por tanto, en este trabajo se partirá no de un concepto amplio de documento mercantil sino de un concepto restrictivo por el cual no serán considerados como tales todos los documentos recogidos en el CCom y leyes específicas de determinadas formas societarias. Sólo serán considerados documentos mercantiles aquellos que, teniendo específica consideración dentro del marco del comercio, tengan especiales características de solemnidad y publicidad. Sólo serán documentos mercantiles aquellos respecto de los cuales el CCom, la LSC, Ley de Mercado de Valores u otras específicas (como podrían ser la Ley de Fundaciones, asociaciones, dado que el CP en el referente al art. 290 recoge un concepto amplio de sociedad), tengan especiales deberes de publicidad y solemnidad. Con esto se ha de tener presente que en una sociedad se manejarán documentos mercantiles en el sentido del art. 392 CP, documentos mercantiles societarios del art. 290 CP y también documentos privados, cuya falsedad, en su caso, será castigada como falsedad en documento privado, si se dan todos los requisitos del tipo penal del art. 395 CP.

2. Con lo anterior será importante determinar cuáles son los documentos que siendo mercantiles merecen esa especial protección, cuya infracción lleva aparejada además una mayor sanción como es la del art. 290.

¹⁴⁰¹ OLAIZOLA NOGALES, en: COBO DEL ROSAL/MORILLAS CUEVA (Dirs.), Comentarios, 2011, 255.

¹⁴⁰² OLAIZOLA NOGALES, en: COBO DEL ROSAL/MORILLAS CUEVA (Dirs.), Comentarios, 2011, 255; así también JERICÓ OJER, en: COBO DEL ROSAL/MORILLAS CUEVA (Dirs.), Comentarios, 2011, 435, considera que será documento mercantil “aquel cuyo contenido suponga una afectación potencial a un número indeterminado de personas ajenas a las que intervienen en el negocio jurídico o al sistema general de intercambio mercantil”.

Siguiendo a FARALDO CABANA, la especial protección de determinados documentos mercantiles en el ámbito societario es lo que justifica la propia creación del delito societario porque se castigan con mayor severidad las falsedades en documentos mercantiles que merecen una especial protección, por la función que cumplen dentro del propio sistema de sociedades¹⁴⁰³. Pero esta protección de ninguna manera se podrá extender a toda comunicación y a todo documento que se genere por la sociedad y menos aun que de una manera u otra surja del seno de la sociedad o de alguno de sus agentes. Esta protección se extenderá exclusivamente a aquellos documentos que como dice FARALDO CABANA¹⁴⁰⁴ “merecen una especial protección al tener como función legal o reglamentariamente encomendada el dar a conocer a socios y terceros la situación jurídica o económica de la entidad”.

Con todo esto se puede concluir que dentro de una sociedad se pueden manejar diferentes tipos de documentos: mercantiles-societarios, mercantiles y privados. En los que respecta a los documentos que hemos denominados societarios, se debe tener en cuenta que, como se ha dicho son una especie “peculiar” de documentos mercantiles, en primer lugar, deben reunir los requisitos expuestos para ser considerados documentos mercantiles, y posteriormente aquellos para ser considerados societarios en el sentido del art. 290, es decir, que sean documentos emanados de la sociedad que den cuenta de la actividad de la sociedad. Sólo entonces, cuando reúnan estos dos requisitos serán considerados de aquellos del art. 290 CP.

En segundo lugar, en una sociedad podremos encontrar, también, documentos mercantiles que encajen en el art. 392 CP. Serán documentos que estén en la sociedad, que se manejen en la sociedad pero que no reúnan los requisitos para que sean considerados societarios. Me refiero, por ejemplo, a documentos como letras de cambio, pagarés, facturas, etc...

¹⁴⁰³ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 377. Sin embargo esta autora considera que aquellos documentos que no se puedan considerar societarios en el sentido del art. 290 CP, es decir, aquellos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la empresa, sí serán en todo caso mercantiles y por tanto se podrá castigar por el art. 392 CP, como documento mercantil y no como documento privado que es lo que se propone en este trabajo.

¹⁴⁰⁴ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 377.

Por último, en una sociedad se podrán encontrar documentos privados, es decir, aquellos demás documentos que no reúnan los requisitos que conforme al concepto restrictivo se han establecido para ser considerados documentos mercantiles, que serán todos aquellos que no reúnan la características de la publicidad, como una convocatoria a una Junta, informes internos de la empresa, etc.

3. Después del análisis de qué son las cuentas anuales y cuáles serán considerados “otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad”, haré un elenco exhaustivo, si bien no cerrado, de qué documentos de la sociedad conforme a este concepto de documento mercantil serán considerados documentos sociales de índole mercantil/societaria, en su caso cuáles simplemente mercantiles y cuáles se tendrán de cómo de índole privada.

C. Las cuentas anuales como objeto material del delito del art. 290 CP

1. El Plan General contable. Delimitación de las cuentas anuales, función y obligación de llevanza

1. El Real Decreto 1514/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad constituye, tal y como dice ésta norma, el desarrollo reglamentario en materia de cuentas anuales individuales de la legislación mercantil. Desde una perspectiva formal, el nuevo Plan General de Contabilidad mantiene la estructura de su antecesor pero incorpora los mandatos de la Cuarta y de la Séptima Directiva comunitarias en materia de sociedades y también, como ya se dijo, por las normas contables internacionales NIC-NIFF que supusieron grandes modificaciones en la LSA ahora refundida en la LSC¹⁴⁰⁵.

¹⁴⁰⁵ SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, Teoría y práctica de la contabilidad, 2005, 467. Las NIIF pretenden ser normas de alta calidad que aporten una información transparente y comparable que ayude a la toma de decisiones de los inversores de los mercados de capitales y en general de cualquier usuario de la información suministrada en los estados contables.

El nuevo Plan General de Contabilidad está dividido en cinco partes¹⁴⁰⁶: Marco conceptual, Normas de Registro y Valoración, Cuentas anuales, Cuadro de cuentas y Definiciones y relaciones contables.

La primera parte, el Marco conceptual de la contabilidad, recoge los documentos que integran las cuentas anuales, así como los requisitos, principios y criterios contables de reconocimiento y valoración que deben conducir a que las cuentas anuales muestran la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa¹⁴⁰⁷. Igualmente, el marco conceptual define los elementos de las cuentas anuales y como dice la EM de la Ley “en definitiva, esta primera parte constituye la base que debe soportar y dar cobertura a las interpretaciones de nuestro Derecho mercantil contable, otorgando el necesario amparo y seguridad jurídica a dicha tarea en desarrollo de lo previsto en los arts. 34 y siguientes del Código de Comercio”. En concreto, en el marco conceptual del PGC se reconocen los siguientes apartados¹⁴⁰⁸: 1º Cuentas anuales e imagen fiel; 2º Requisitos de la información que se incluye en las cuentas anuales, 3ª Principios contables; 4º Elementos de las cuentas anuales; 5º Criterios de registro o reconocimiento y 6º los criterios de valoración.

El Marco conceptual pretende ser una guía para las instituciones contables responsables de la preparación de las normas de contabilidad, con el fin de que éstas sean promulgadas siguiendo un enfoque consistente y no se redacten sólo en función de determinadas circunstancias que pudieran ejercer influencia en el entorno económico o social en un momento concreto¹⁴⁰⁹. El marco conceptual, por tanto, debe ser lo suficientemente flexible para permitir ofrecer soluciones plausibles a la compleja casuística de las operaciones

¹⁴⁰⁶ Un estudio exhaustivo de esas partes lo hacen ARQUERO MONTALO/JIMÉNEZ CARDOSO/RUIZ ALBERT, Contabilidad financiera, 2008, 293.

¹⁴⁰⁷ HERNANDO MORÓN, TE 177 (2009), 32 “Un Marco Conceptual único puede ayudar a eliminar las alternativas de políticas contables inadecuadas, que conducen a una información financiera distorsionada intencionadamente. En el mismo sentido, la tarea fundamental ha sido realizada por el organismo regulador, en el ámbito nacional. El Marco Conceptual, con carácter normativo, constituye un instrumento eficaz como solución al problema planteado. De esta forma, las disposiciones en materia específica emitidas por órgano competente se verán respaldadas por el Marco que define “previamente” conceptos, características y jerarquía y evita la interpretación sesgada de la norma concreta”.

¹⁴⁰⁸ ARQUERO MONTALO/JIMÉNEZ CARDOSO/RUIZ ALBERT, Contabilidad financiera, 2008, 293.

¹⁴⁰⁹ MAYO RODRÍGUEZ/PULIDO ÁLVAREZ, Contabilidad financiera, 2008, 48.

empresariales que, cada vez con más frecuencia, aparecen en los mercados financieros¹⁴¹⁰. El Marco conceptual puede considerarse desde una doble perspectiva: “como un proceso, si nos fijamos en el razonamiento de carácter lógico y deductivo que se sigue en la metodología de trabajo; o bien como el producto, si atendemos al resultado que se obtiene una vez aplicada la metodología, que generalmente se concreta formalmente en un documento o un conjunto de documentos que configuran el marco conceptual propiamente dicho”¹⁴¹¹.

La segunda parte del Plan General de Contabilidad establece las normas de registro y valoración, desarrolla los principios contables y otras disposiciones contenidas en la primera parte.

La tercera es la que se detiene específicamente en las cuentas anuales¹⁴¹² e incluye, en primer lugar, las normas de elaboración de éstas, en las que se recogen las reglas relativas a su formulación, así como las definiciones y explicaciones aclaratorias del contenido de los documentos que las integran. Posteriormente se recogen los modelos, normales y abreviados, de los documentos que integran las cuentas anuales. Los modelos abreviados para todos los instrumentos que componen las cuentas anuales suponen una importante novedad del Plan General de Contabilidad y responden a la necesidad de dar salida a aquellos sujetos contables excluidos del ámbito de aplicación del Plan General de Contabilidad de PYMES y para aquellos otros que voluntariamente prefieran aplicar directamente el Plan General de Contabilidad.

La cuarta parte responde al cuadro de cuentas y contiene los grupos, subgrupos y cuentas necesarias codificadas en forma decimal y con un título expresivo de su contenido.

La quinta y última parte contiene las definiciones y relaciones contables, que incluye las definiciones de distintas partidas que se incorporarán en el

¹⁴¹⁰ MAYO RODRÍGUEZ/PULIDO ÁLVAREZ, Contabilidad financiera, 2008, 48.

¹⁴¹¹ RODRÍGUEZ ARIZA/ LÓPEZ PÉREZ, Contabilidad general, 2008, 55.

¹⁴¹² Para una visión general del contenido de las cuentas anuales v., entre otros, SALAS HERRERA, en: EF 258 (2009), *passim*; TRUJILLO FERRERAS, Tec. Econ. 177 (2009), *passim*.

balance, en la cuenta de pérdidas y ganancias y en el estado de cambios en el patrimonio neto, así como las de cada una de las cuentas que se recogen en dichas partidas, incluyendo los principales motivos de cargo y abono de las cuentas.

2. Algunas nociones previas.

1. Una vez indicadas las diferentes partes del Plan General de contabilidad resulta importante referirse a la Contabilidad como instrumento de información societaria y a algún otro concepto como el del método contable o la diferencia entre contabilidad interna y externa, ya que con dichas aclaraciones se estará en disposición de comenzar a profundizar en el análisis de las cuentas anuales de la sociedad como claro objeto material del delito del art. 290 CP.

La información en la empresa, como ya se ha dicho en este trabajo en multitud de ocasiones, desempeña un papel esencial en favor de la reducción de la incertidumbre en el proceso de toma de decisiones¹⁴¹³. En esta labor, la contabilidad es una ciencia económica que realiza el complicado proceso de identificar, medir y comunicar información económica apta para emitir juicios y tomar decisiones destinadas a los distintos usuarios de dicha información¹⁴¹⁴. Es un sistema de información que en todo caso garantiza la fiabilidad y la precisión de ésta a través de métodos rigurosos de medida, organización y distribución de la información para la adopción de decisiones¹⁴¹⁵ y además proporciona un conocimiento de la realidad económica que no es posible alcanzar de modo

¹⁴¹³ MAYO RODRÍGUEZ/PULIDO ÁLVAREZ, Contabilidad financiera, 2008, 12.

¹⁴¹⁴ WANDENBERGHE, Contabilidad financiera, 2008, 21; RODRÍGUEZ ARIZA/ LÓPEZ PÉREZ, Contabilidad general, 2008, 30. Otra definición la ofrece SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, Teoría y práctica de la contabilidad, 2005, 31: “La contabilidad es el medio que permite a la empresa sintetizar la información que de su actividad se desprende. Es un sistema que facilita información objetiva, neutra, para que en base a la misma se pueda decidir y actuar razonablemente”, “La contabilidad constituye un método de registro y un sistema de información y de control del fenómeno económico y financiero que tiene lugar en el proceso circulatorio y de creación de valores que constituye el soporte para la toma de decisiones en la unidad económica. En este sentido puede actuar sobre cualquier fenómeno económico susceptible de ser objeto de registro o información sea cual sea la entidad, pública o privada, o la naturaleza del hecho, macroeconómico o microeconómico, que origine la necesidad de ser representado”.

¹⁴¹⁵ WANDENBERGHE, Contabilidad financiera, 2008, 21.

inmediato o directo¹⁴¹⁶. La contabilidad ofrece entonces una imagen de la situación de la unidad económica o del modo en el que se ha generado la renta que se obtiene en un momento concreto y, para ello, sigue un proceso de captación, interpretación y representación, según una metodología propia¹⁴¹⁷ que necesita de una contrastación empírica, por lo que constituye una ciencia aplicada, a diferencia de las ciencias formales de carácter deductivo que estudian las ideas¹⁴¹⁸. Por tanto no ha de considerarse la ciencia contable una ciencia exacta¹⁴¹⁹. Tal vez sería más adecuado hablar de neutralidad de la información contable y ésta vendrá siempre condicionada por el grado de consenso existente respecto al sistema de valores que se adopten. Sólo si se da un consenso respecto a los valores aplicables se podría considerar la información neutral en relación, en este caso, con los aspectos valorativos¹⁴²⁰.

La contabilidad tiene por tanto como objeto material la realidad económica social, y el método contable es la forma de transformación de esa información. El método contable es un conjunto de principios y de acuerdos, tanto conceptuales como instrumentales, cuyo objetivo es el análisis y la selección de los hechos de carácter económico con significación patrimonial, la interpretación, medición y valoración de tales hechos, así como la transmisión de éstos a los diferentes usuarios de la información a través de los estados contable de síntesis¹⁴²¹.

Históricamente la información contable ha sido utilizada para diferentes fines pero, a día de hoy, el objetivo de mayor aceptación es, como se ha dicho, el de ofrecer información, que está destinada a facilitar el proceso de toma de decisiones de sus usuarios. Según se afirma, la contabilidad tradicionalmente se ha utilizado en la práctica para cubrir objetivos de información concretos, tales como cuantificar las relaciones comerciales entre las dos partes, reflejar la

¹⁴¹⁶ RODRÍGUEZ ARIZA/LÓPEZ PÉREZ, Contabilidad general, 2008, 30.

¹⁴¹⁷ RODRÍGUEZ ARIZA/LÓPEZ PÉREZ, Contabilidad general, 2008, 30.

¹⁴¹⁸ SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, Teoría y práctica de la contabilidad, 2005, 29.

¹⁴¹⁹ RODRÍGUEZ ARIZA/ LÓPEZ PÉREZ, Contabilidad general, 2008, 30.

¹⁴²⁰ RODRÍGUEZ ARIZA/ LÓPEZ PÉREZ, Contabilidad general, 2008, 30.

¹⁴²¹ WANDENBERGHE, Contabilidad financiera., 2008, 29.

situación de los bienes y las deudas de un propietario, valorar los inventarios de una hacienda, calcular el pago de los impuestos sobre los beneficios...¹⁴²²

En función de las consideraciones anteriores, algunos autores consideran que resulta conveniente hacer un repaso de los propósitos de la información contable tal y como se desarrollaron en épocas pasadas en España. Se dice que su evolución, en los últimos años, puede encuadrarse en tres etapas¹⁴²³:

1ª) de la década de 1970 hasta la de 1990 se consideraba que ésta se dirigía a una amplia gama de usuarios, pero en la práctica era una información esencialmente útil para las autoridades fiscales.

2ª) a partir de los años 90 del s. XX la información financiera experimentó cambios de importancia a raíz de la adaptación de la legislación contable española a la normativa comunitaria, en un intento de avanzar en la senda de proporcionar una imagen fiel de la situación patrimonial y de los resultados de la actividad de las empresas.

3ª) en la década actual cabe afirmar que el objetivo final de la información financiera ofrece novedades que no se contemplaban en las etapas anteriores, tales como:

a) Ha de ofrecer un conjunto de datos que sean relevantes para tomar decisiones, que permitan al usuario evaluar el pasado y realizar predicciones de rentabilidad futuras de la entidad analizada, de la evolución de sus flujos de caja y de su capacidad de endeudamiento.

b) Ha de proporcionar una información suficiente que permita valorar la estrategia de sus negocios, su filosofía para afrontar los riesgos, así como obtener conclusiones sobre los resultados de las políticas implantadas.

Por tanto, hoy en día puede decirse que el fin de la contabilidad consta de tres niveles que se expresan en los términos siguientes¹⁴²⁴:

¹⁴²² MAYO RODRÍGUEZ/PULIDO ÁLVAREZ, Contabilidad financiera, 2008, 46.

¹⁴²³ Se sigue lo expuesto por MAYO RODRÍGUEZ/PULIDO ÁLVAREZ, Contabilidad financiera, 2008, 46.

¹⁴²⁴ SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, Teoría y práctica de la contabilidad, 2005, 31.

1. Captar, describir y representar la situación económica y financiera de la empresa y del resultado obtenido.
2. Ofrecer el conocimiento de las magnitudes que intervienen a través de estados de información.
3. Servir de soporte al proceso de adopción de decisiones económicas y financieras que tienen por objeto a la entidad origen de la información.

2. Es también importante diferenciar entre los conceptos de contabilidad interna y contabilidad externa. Mientras que la contabilidad externa se preocupa de la situación de la empresa frente a terceros, esto es, de su relación con el exterior, la contabilidad interna, por su parte, estudia el circuito interno, la composición y determinación de costes y rendimientos, siendo de uso exclusivamente interno de la empresa¹⁴²⁵. En el ámbito de la contabilidad de gestión está la contabilidad de costes o analítica¹⁴²⁶. En la tradición contable se identifican cuatro sistemas contables como formas de integración de las cuentas pertenecientes a los ámbitos interno y externo de la contabilidad antes aludidos, que se clasifican en¹⁴²⁷: Monismo radical; Monismo moderado; Dualismo radical; Dualismo moderado.

Los sistemas contables de origen anglosajón normalmente se desarrollan bajo un sistema de coordinación monista moderado¹⁴²⁸, el cual consiste en integrar los dos tipos de cuentas aludidos anteriormente, si bien manteniendo las cuentas del ámbito interno, de manera que se acumulan cantidades y saldos globales, y realizando su desarrollo analítico, al margen de las cuentas, por medio de estadísticas de costes de rendimientos de ventas y de resultados¹⁴²⁹.

Los sistemas contables utilizados en Europa continental utilizan, sin embargo, el sistema de coordinación, denominado dualismo radical, que no contempla ninguna relación entre las cuentas correspondientes al ámbito interno

¹⁴²⁵ WANDENBERGHE, Contabilidad financiera., 2008, 28.

¹⁴²⁶ WANDENBERGHE, Contabilidad financiera., 2008, 28.

¹⁴²⁷ MAYO RODRÍGUEZ/PULIDO ÁLVAREZ, Contabilidad financiera, 2008, 25.

¹⁴²⁸ MAYO RODRÍGUEZ/PULIDO ÁLVAREZ, Contabilidad financiera, 2008, 25.

¹⁴²⁹ MAYO RODRÍGUEZ/PULIDO ÁLVAREZ, Contabilidad financiera, 2008, 25.

y externo y que mantiene el procedimiento de contabilización de permanencia de inventario, cuyo saldo de la cuenta se modifica periódicamente mediante la realización y valoración del inventario al final de cada ejercicio¹⁴³⁰.

Un propósito que a nivel internacional ha ido obteniendo mayor predicamento en las últimas décadas lo constituye el hecho de que, en términos generales, la información financiera ha de servir para cubrir las necesidades de una gama de usuarios que han de tomar decisiones¹⁴³¹. En definitiva, la información financiera que manejan los usuarios debe proporcionar una información relevante, fiable y comprensible para sus fines; los usuarios deben tomar decisiones económicas mediante la utilización de dicha información y, en tercer lugar, debe permitir realizar una predicción de la evolución de los resultados y de los futuros flujos de caja.

3. Con el análisis de estos conceptos se consolida la idea de la especial importancia de los documentos mercantiles societarios, y muy especialmente las cuentas anuales, como documentos mercantiles genuínos y específicos que además son especialmente adecuados para afectar a uno de los bienes jurídicos protegidos del precepto, el patrimonio de una sociedad, socios y terceros vinculados a ella.

3. Las cuentas anuales de la sociedad.

1. Las cuentas anuales son el instrumento mediante el cual se manifiesta el patrimonio o la situación económica así como los resultados económicos de “la empresa en funcionamiento” en cada ejercicio de explotación¹⁴³². El CCom,

¹⁴³⁰ MAYO RODRÍGUEZ/PULIDO ÁLVAREZ, Contabilidad financiera, 2008, 25.

¹⁴³¹ MAYO RODRÍGUEZ/PULIDO ÁLVAREZ, Contabilidad financiera, 2008, 48.

¹⁴³² Así BROSETA PONT/MARTÍNEZ SANZ, Manual I, 2011, 469; DE TORRES ZAPATERA, Valores ocultos, 2002, 31. CEA GARCÍA, PD, 4 (1990), 5 “Las cuentas anuales transmiten un mensaje sintético acerca de la actuación empresarial centrado en el conocimiento de su riqueza o situación patrimonial referida a un instante concreto (Balance), sobre la renta o resultado obtenido por ella en el intervalo temporal transcurrido desde la última información patrimonial (cuenta de Pérdidas y Ganancias), sobre la variación de la riqueza derivada de las transacciones realizadas durante el ejercicio, tanto de las que generan renta como de aquellas otras que no ocasionan ganancias ni pérdidas, denotando su influencia o variación del equilibrio inicial de la riqueza entre orígenes y aplicaciones del ciclo permanente y del ciclo circulante (Cuadro de Financiación), más un conjunto de notas explicativas acerca de las partidas que

en la sección II del Tít. III se refiere a la Contabilidad de los empresarios y en concreto a las cuentas anuales, y a su vez la LSC, en el art. 253, detalla minuciosamente la regulación referida a las cuentas anuales.

El CCom en su art. 28 dispone que la sociedad debe contar con dos Libros obligatorios: El Libro de Inventarios y Cuentas anuales y el Libro Diario. Este segundo libro obligatorio, el libro Diario, será el que registrará día a día todas las operaciones relativas a la actividad de la empresa.

Pero hay además un tercer libro obligatorio para las sociedades que es el que dispone el art. 26.1 CCom: el Libro de actas, en el que constarán, al menos, todos los acuerdos tomados por las juntas generales y especiales y los demás órganos colegiados de la sociedad, con expresión de los datos relativos a la convocatoria y a la constitución del órgano, un resumen de los asuntos debatidos, las intervenciones de las que se haya solicitado constancia, los acuerdos adoptados y los resultados de las votaciones.

Por tanto, lo primero que ha de advertirse es que si bien el art. 290 CP hace referencia tan sólo al libro de cuentas anuales, son otros dos los libros que deben llevarse obligatoriamente por parte de una sociedad, obligación legal que nace, justamente, por el hecho de que son los que reflejan, especialmente, la situación jurídica y económica de la sociedad.

2. Respecto al libro de cuentas anuales, es el art. 34 CCom el que concreta la obligación de que al cierre del ejercicio el empresario deberá formular las cuentas anuales de su empresa, que comprenderán: el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto

componen los documentos contables principales y otros datos que tratan de denotar el ambiente de riesgo en que se encuentra inmersa la empresa o un conjunto de hechos aleatorios que gravitan sobre ella en la fecha de cierre y que presentan cierta probabilidad de acarrear modificaciones en las cifras ofrecidas de riqueza o de renta, constituyendo el conjunto formado por el Cuadro de Financiación y las referidas notas adicionales una Cuenta Anual más denominada Memoria por la Ley 19/1989m denominación escasamente acertada, dicho sea de paso, cuando en la 4ª Directiva era denominada Anexo” En la páginas 17 apunta “Es preciso tener conciencia, por consiguiente, que existen todavía graves fisuras y fallos importantes en las normas que rigen la elaboración de las Cuentas Anuales en relación con el alcance de la verdadera imagen fiel, y mientras no sean subsanados adecuadamente, la declaración de tal objetivo tendrá más de tipo litúrgico que de realidad auténtica”.

Sobre las cuentas anuales v. también GIMÉNEZ BARRIOCANAL, EF 109 (1995), *passim*; ANDERSEN, Cómo leer las cuentas, 1998, *passim*.

del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria. Se advierte que estos documentos forman una unidad y que deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales¹⁴³³. A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica y se añade que, además, cuando la aplicación de las disposiciones legales no sea suficiente para mostrar la imagen fiel, se suministrarán en la memoria las informaciones complementarias precisas para alcanzar ese resultado.

En la redacción de las cuentas anuales, la imagen fiel se convierte en uno de los principios rectores más importantes que las rigen, hasta el punto de que el mismo art. 34 CCom en su apartado 4, advierte que, en casos excepcionales, si la aplicación de una disposición legal en materia de contabilidad fuera incompatible con la imagen fiel que deben proporcionar las cuentas anuales, tal disposición no será aplicable. La imagen fiel es un concepto eminentemente jurídico, abierto e indeterminado, que representa el objetivo final al que quedan subordinadas todas las normas contables. El logro de la imagen fiel requiere el suministro de información que satisfaga las necesidades de los usuarios¹⁴³⁴. La representación fiel surge como resultado final de la aplicación de los requisitos y de los principios contables. Los requisitos y principios deben conducir a que las cuentas anuales muestren la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa¹⁴³⁵.

Las cuentas anuales constituyen, por mandato legal, una unidad. La finalidad de dicha afirmación legal es doble¹⁴³⁶: “de una parte, que las cuentas anuales faciliten, de modo simultaneo, toda la información necesaria sobre la

¹⁴³³ Así también lo dispone el art. 254 LSC: “Contenido de las cuentas anuales. 1. Las cuentas anuales comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria; 2. Estos documentos, que forman una unidad, deberán ser redactados con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, de conformidad con esta Ley y con lo previsto en el Código de Comercio; 3. La estructura y contenido de los documentos que integran las cuentas anuales se ajustará a los modelos aprobados reglamentariamente”.

¹⁴³⁴ ARQUERO MONTALO/JIMÉNEZ CARDOSO/RUIZ ALBERT, Contabilidad financiera, 2008, 295.

¹⁴³⁵ RODRÍGUEZ ARIZA/ LÓPEZ PÉREZ, Contabilidad general, 2008, 68.

¹⁴³⁶ BROSETA PONT/MARTÍNEZ SANZ, Manual I, 2011, 470.

actividad económica de la empresa en el ejercicio de que se trate (cuenta de pérdidas y ganancias), sobre su situación patrimonial (balance), sobre los movimientos habidos en el patrimonio neto (ECPN), sobre los cobros y pagos realizados por la empresa (EFE) y sobre determinados extremos jurídica y económicamente relevantes relacionados con aquellos documentos contables (Memoria). El carácter unitario descansa, pues, en la idea de que sólo de los indicados documentos contables es posible obtener la imagen fiel del estado patrimonial y financiero de la sociedad”¹⁴³⁷.

La información contenida en las cuentas anuales debe cumplir determinados requisitos con el fin de garantizar la eficacia que dicha información suministra a sus usuarios; estos son: identificación, oportunidad, claridad, razonabilidad, economicidad, imparcialidad, objetividad y verificabilidad¹⁴³⁸.

La relevancia es la capacidad que tiene la información contable de proporcionar datos adecuados para tomar decisiones, lo que implica la capacidad de mostrar y predecir las consecuencias de hechos pasados, presentes y futuros, y de confirmar o corregir las expectativas previas¹⁴³⁹.

Respecto a la fiabilidad, esta se define como la cualidad de la información que asegura que representa fielmente lo que dice representar y está razonablemente libre de sesgo, es decir, es neutral y libre de errores materiales¹⁴⁴⁰.

El cumplimiento de los requisitos cualitativos en la elaboración de la información financiera garantiza la utilidad de la información para el usuario¹⁴⁴¹. La noción de utilidad de la información puede explicitarse a través del concepto de imagen fiel¹⁴⁴². El término de imagen fiel, como concepto jurídico indeterminado, equivale, en sus dos dimensiones (inseparables) jurídico-mercantil y técnico-contable, al cumplimiento de las características cualitativas de relevancia y fiabilidad y por tanto, es equiparable con la utilidad de la

¹⁴³⁷ BROSETA PONT/MARTÍNEZ SANZ, Manual I, 2011, 470.

¹⁴³⁸ SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, Teoría y práctica de la contabilidad, 2005, 31.

¹⁴³⁹ RODRÍGUEZ ARIZA/ LÓPEZ PÉREZ, Contabilidad general, 2008, 66.

¹⁴⁴⁰ RODRÍGUEZ ARIZA/ LÓPEZ PÉREZ, Contabilidad general, 2008, 66.

¹⁴⁴¹ RODRÍGUEZ ARIZA/ LÓPEZ PÉREZ, Contabilidad general, 2008, 68.

¹⁴⁴² RODRÍGUEZ ARIZA/ LÓPEZ PÉREZ, Contabilidad general, 2008, 68.

información generada por los registros contables¹⁴⁴³. La imagen fiel sería el corolario de la aplicación del marco conceptual¹⁴⁴⁴.

3. La obligación de formular las cuentas anuales se contiene en el art. 253 LSC que dispone que serán los administradores de la sociedad los obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados. También el art. 37 CCom dispone quiénes deberán ser las personas que firmen las cuentas anuales, y que por consiguiente responderán de su veracidad. Así, establece que las cuentas anuales deberán ser firmadas por las siguientes personas, que responderán de su veracidad:

- Por el propio empresario, si se trata de persona física.
- Por todos los socios ilimitadamente responsables por las deudas sociales.
- Por todos los administradores de las sociedades.

El apartado segundo de este precepto establece también que los supuestos a que se refieren los números 2 y 3 del apartado anterior, es decir, los supuestos de que las cuentas sean firmadas por los socios ilimitadamente responsables y por todos los administradores de la sociedad, si faltara la firma de alguna de las personas en ellos indicadas, se señalará en los documentos en que falte, con expresa mención de la causa. Además, en la antefirma se expresará la fecha en que las cuentas se hubieran formulado. Esta indicación, que *a priori* no parece relevante, podría serlo en el caso concreto en la determinación de la existencia de una falsedad material del art. 390.1 ó 3 CP.

También el art. 253.2 LSC impone que las cuentas anuales y el informe de gestión deberán ser firmados por todos los administradores y si faltare la firma de alguno de ellos se deberá señalar en cada uno de los documentos en que falte, con expresa indicación de la causa.

¹⁴⁴³ RODRÍGUEZ ARIZA/ LÓPEZ PÉREZ, Contabilidad general, 2008, 68.

¹⁴⁴⁴ RODRÍGUEZ ARIZA/ LÓPEZ PÉREZ, Contabilidad general, 2008, 68.

4. Una vez que se formulan las cuentas anuales, éstas deberán ser aprobadas por la Junta General (art. 272 LSC)¹⁴⁴⁵. A partir de la convocatoria de la Junta General, cualquier socio podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de ésta así como, en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas, debiéndose hacer mención de este derecho en la propia convocatoria.

5. Sobre el alcance y la extensión del derecho de información del socio en el marco de los acuerdos de aprobación de las cuentas anuales, es importante saber que no cabe demandar cualquier información sobre cualquier extremo¹⁴⁴⁶. DE CARLOS BELTRÁN advierte cómo de un análisis de las resoluciones judiciales que afectan a esta materia se puede afirmar que: “a) El derecho de información no es un derecho a auditar; b) Requiere una mínima colaboración del socio que lo ejercita; c) No se vulnera si el solicitante tiene conocimiento previo de la información; d) Se valora la existencia de un informe de auditoría”¹⁴⁴⁷.

6. Una vez aprobadas las cuentas por la Junta existe la obligación de depositarlas en el Registro Mercantil para su posterior publicidad. Esta obligación la tienen según lo que dispone el art. 365 RRM:

1. Los administradores de sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, comanditarias por acciones y de garantía recíproca, fondos de pensiones y, en general, cualesquiera otros empresarios que en virtud de disposiciones vigentes vengán obligados a dar publicidad a sus cuentas anuales.

2. Los liquidadores respecto del Estado anual de cuentas de la liquidación.

3. Los demás empresarios inscritos podrán solicitar, con arreglo a las disposiciones del presente Reglamento, el depósito de sus cuentas debidamente formuladas.

¹⁴⁴⁵ Recordemos que justamente por esto en un buen número de casos se ha considerado que este puede ser el momento consumativo del art. 290.1 CP debiéndose, en todo caso, atender a las circunstancias de cada caso.

¹⁴⁴⁶ DE CARLOS BELTRÁN, LL 2012-1, 1365 s.

¹⁴⁴⁷ DE CARLOS BELTRÁN, LL 2012-1, 1365 s.

En este sentido, el art. 279 LSC establece que dentro del mes siguiente a la aprobación de las cuentas anuales los administradores de la sociedad presentarán, para su depósito en el Registro Mercantil del domicilio social, certificación de los acuerdos de la Junta de socios de aprobación de dichas cuentas, debidamente firmadas, y de aplicación del resultado, así como, en su caso, de las cuentas consolidadas, a las que se adjuntará un ejemplar de cada una de ellas. Los administradores deberán presentar también, si fuera obligatorio, el informe de gestión y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a recibir una auditoría o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría. En el caso de que varios de los documentos que integran las cuentas anuales se hubieran formulado en forma abreviada, se hará constar así en la certificación, con expresión de la causa.

Más detalladamente, el art. 366 RRM establece que a los efectos del depósito prevenido en el artículo anterior, deberán presentarse los siguientes documentos:

1. Solicitud firmada por el representante.
2. Certificación del acuerdo del órgano social competente con firmas legitimadas notarialmente que contenga el acuerdo de aprobación de las cuentas y de la aplicación del resultado.

La certificación contendrá todas las circunstancias exigidas por el art. 112 RRM¹⁴⁴⁸ y expresará si las cuentas han sido formuladas de forma

¹⁴⁴⁸ Art. 112 RRM Contenido de la certificación.1. Los acuerdos de los órganos colegiados de las sociedades mercantiles podrán certificarse por transcripción literal o por extracto, salvo que se trate de acuerdos relativos a la modificación de la escritura o de los estatutos sociales, en cuyo caso será preceptiva la transcripción literal del acuerdo. En la certificación se harán constar la fecha y el sistema de aprobación del acta correspondiente o, en su caso, que los acuerdos figuran en acta notarial/ 2. Si los acuerdos hubieren de inscribirse en el Registro Mercantil, se consignarán en la certificación todas las circunstancias del acta que sean necesarias para calificar la validez de los acuerdos adoptados/ 3. En caso de certificación por extracto, si los acuerdos hubiesen de inscribirse en el Registro Mercantil, se consignarán en ella todas las circunstancias que enumera el artículo 97, con las siguientes particularidades: 1. Será suficiente expresar el total capital que representen las acciones de los socios asistentes, o, en su caso, el número de votos que corresponden a sus participaciones, siendo necesario indicar el número de socios únicamente cuando éste sea determinante para la válida constitución de la Junta o Asamblea o para la adopción del acuerdo; 2. Si la Junta fuese universal sólo será necesario consignar tal carácter y que en el acta figura el nombre y la firma de los asistentes que sean socios o representantes de éstos; 1. No será necesario recoger en la certificación el resumen de los asuntos debatidos ni expresar, en su caso, si hubo o no intervenciones u oposiciones; 2. En caso de órganos de administración no será necesario especificar cuántos asistieron personalmente ni cuántos por representación; 3. Se consignará en la certificación que ha sido confeccionada la lista

abreviada, expresando, en tal caso, la causa. La certificación expresará igualmente, bajo fe del certificador, que las cuentas y el informe de gestión están firmados por todos los administradores, o si faltare la firma de alguno de ellos se señalará esta circunstancia en la certificación, con expresa indicación de la causa.

3. Un ejemplar de las cuentas anuales, debidamente identificado en la certificación a que se refiere el número anterior.

4. Un ejemplar del informe de gestión.

5. Un ejemplar del informe de los auditores de cuentas cuando la sociedad está obligada a verificación contable o cuando se hubiere nombrado auditor a solicitud de la minoría.

6. Un ejemplar del documento relativo a los negocios sobre acciones propias cuando la sociedad esté obligada a formularlo.

7. Certificación acreditativa de que las cuentas depositadas se corresponden con las auditadas. Esta certificación podrá incluirse en la contemplada por el párrafo 2 de este apartado.

La obligación de depósito de las cuentas anuales en realidad tiene carácter instrumental porque el legislador asocia dicha acción a un objetivo posterior que en verdad es el perseguido: la publicidad de la información depositada en beneficio del interés general y de aquellos sujetos que estén interesados en acceder a esa información financiera¹⁴⁴⁹. Justamente, es este objetivo de fomentar la transparencia en beneficio del interés general y de los terceros lo que hace que este depósito se considere una obligación cuyo cumplimiento, por otra parte, debe poder ser exigida por cualquier persona¹⁴⁵⁰.

7. Como ya se ha dicho, el art. 34 del CCom indica que las cuentas anuales están compuestas por el balance, la memoria, la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado de cambios en el patrimonio neto, los estados de flujos de efectivos, el Informe de gestión y el Libro diario. Pasaremos a analizar a

de asistentes, en su caso, así como el medio utilizado para ello; 4. En todo caso, en la certificación deberá constar la fecha en que se expide.

¹⁴⁴⁹ ROCAFORT NICOLAU, RdS 35 (2010), 236.

¹⁴⁵⁰ ROCAFORT NICOLAU, RdS 35 (2010), 236.

continuación algunas de las cuestiones más relevantes de estos instrumentos sociales para la representación patrimonial de la empresa.

3.1. El balance

El balance es el instrumento destinado a exponer los aspectos tanto estáticos como dinámicos del patrimonio, a partir de la apreciación del hecho patrimonial¹⁴⁵¹. La misión del balance es la de determinar el resultado económico del negocio y la situación del patrimonio social de la empresa¹⁴⁵² y, por tanto, es el elemento contable fundamental de la sociedad¹⁴⁵³.

Del balance puede obtenerse cuál es el valor del patrimonio de la sociedad al final del ejercicio y también en qué relación se encuentra respecto de la cifra del capital social¹⁴⁵⁴. El balance ofrece algunas limitaciones derivadas del momento o tiempo histórico del patrimonio de la empresa que representa. En primer lugar es estático, se refiere a una fecha concreta, la del cierre legal, y por tanto puede no reflejar exactamente la imagen de la actividad de ésta, sobre todo en empresas cuya actividad es estacional, lo que origina cambios en la estructura de las masas patrimoniales según el momento elegido.

En segundo lugar el balance es consecuencia de un proceso previo de valoración de los activos y pasivos que componen el patrimonio, según determinadas convenciones contables que se expresan en los PCGA y en las normas oficiales de valoración de cada país, valores históricos, valores de mercado, etc., que permitirían elaborar distintos balances según la convención seleccionada¹⁴⁵⁵.

¹⁴⁵¹ DE TORRES ZAPATERA, Valores ocultos, 2002, 49; RODRÍGUEZ ARIZA/LÓPEZ PÉREZ, Contabilidad general, 2008, 67; ROJO, en: MENÉNDEZ/ROJO (Dirs.), Lecciones, I, 2011, 171.

¹⁴⁵² BROSETA PONT/MARTÍNEZ SANZ, Manual I, 2011, 471.

¹⁴⁵³ BROSETA PONT/MARTÍNEZ SANZ, Manual I, 2011, 471.

¹⁴⁵⁴ BROSETA PONT/MARTÍNEZ SANZ, Manual I, 2011, 471.

¹⁴⁵⁵ SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, Teoría y práctica de la contabilidad, 2005, 444.

Los arts. 35¹⁴⁵⁶ y 36¹⁴⁵⁷ CCom, por su parte, establecen una serie de normas relativas a la composición del balance y sus elementos. Normas

¹⁴⁵⁶ Art. 35 CCom: “1. En el balance figurarán de forma separada el activo, el pasivo y el patrimonio neto. El activo comprenderá con la debida separación el activo fijo o no corriente y el activo circulante o corriente. La adscripción de los elementos patrimoniales del activo se realizará en función de su afectación. El activo circulante o corriente comprenderá los elementos del patrimonio que se espera vender, consumir o realizar en el transcurso del ciclo normal de explotación, así como, con carácter general, aquellas partidas cuyo vencimiento, enajenación o realización, se espera que se produzca en un plazo máximo de un año contado a partir de la fecha de cierre del ejercicio. Los demás elementos del activo deben clasificarse como fijos o no corrientes. En el pasivo se diferenciarán con la debida separación el pasivo no corriente y el pasivo circulante o corriente. El pasivo circulante o corriente comprenderá, con carácter general, las obligaciones cuyo vencimiento o extinción se espera que se produzca durante el ciclo normal de explotación, o no exceda el plazo máximo de un año contado a partir de la fecha de cierre del ejercicio. Los demás elementos del pasivo deben clasificarse como no corrientes. Figurarán de forma separada las provisiones u obligaciones en las que exista incertidumbre acerca de su cuantía o vencimiento. En el patrimonio neto se diferenciarán, al menos, los fondos propios de las restantes partidas que lo integran/2. La cuenta de pérdidas y ganancias recogerá el resultado del ejercicio, separando debidamente los ingresos y los gastos imputables al mismo, y distinguiendo los resultados de explotación, de los que no lo sean. Figurarán de forma separada, al menos, el importe de la cifra de negocios, los consumos de existencias, los gastos de personal, las dotaciones a la amortización, las correcciones valorativas, las variaciones de valor derivadas de la aplicación del criterio del valor razonable, los ingresos y gastos financieros, las pérdidas y ganancias originadas en la enajenación de activos fijos y el gasto por impuesto sobre beneficios. La cifra de negocios comprenderá los importes de la venta de los productos y de la prestación de servicios u otros ingresos correspondientes a las actividades ordinarias de la empresa, deducidas las bonificaciones y demás reducciones sobre las ventas así como el Impuesto sobre el Valor Añadido, y otros impuestos directamente relacionados con la mencionada cifra de negocios, que deban ser objeto de repercusión/ 3. El estado que muestre los cambios en el patrimonio neto tendrá dos partes. La primera reflejará exclusivamente los ingresos y gastos generados por la actividad de la empresa durante el ejercicio, distinguiendo entre los reconocidos en la cuenta de pérdidas y ganancias y los registrados directamente en el patrimonio neto. La segunda contendrá todos los movimientos habidos en el patrimonio neto, incluidos los procedentes de transacciones realizadas con los socios o propietarios de la empresa cuando actúen como tales. También se informará de los ajustes al patrimonio neto debidos a cambios en criterios contables y correcciones de errores/ 4. El estado de flujos de efectivo pondrá de manifiesto, debidamente ordenados y agrupados por categorías o tipos de actividades, los cobros y los pagos realizados por la empresa, con el fin de informar acerca de los movimientos de efectivo producidos en el ejercicio/ 5. La memoria completará, ampliará y comentará la información contenida en los otros documentos que integran las cuentas anuales/ 6. En cada una de las partidas de las cuentas anuales deberán figurar, además de las cifras del ejercicio que se cierra, las correspondientes al ejercicio inmediatamente anterior. Cuando ello sea significativo para ofrecer la imagen fiel de la empresa, en los apartados de la memoria se ofrecerán también datos cualitativos relativos a la situación del ejercicio anterior/ 7. La estructura y el contenido de los documentos que integran las cuentas anuales se ajustará a los modelos aprobados reglamentariamente/ 8. La estructura de estos documentos no podrá modificarse de un ejercicio a otro, salvo en casos excepcionales, siempre que esté debidamente justificado y se haga constar en la memoria.

¹⁴⁵⁷ Art. 36 CCom “1. Los elementos del balance son: a. Activos: bienes, derechos y otros recursos controlados económicamente por la empresa, resultantes de sucesos pasados, de los que es probable que la empresa obtenga beneficios económicos en el futuro; b. Pasivos: obligaciones actuales surgidas como consecuencia de sucesos pasados, cuya extinción es probable que dé lugar a una disminución de recursos que puedan producir beneficios económicos. A estos efectos, se entienden incluidas las provisiones; c. Patrimonio neto: constituye la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos sus pasivos. Incluye las aportaciones realizadas, ya sea en el momento de su constitución o en otros posteriores, por sus socios o propietarios, que no tengan la consideración de pasivos, así como los resultados

generales que son concretadas por el Plan General Contable. En este sentido, más adelante, el art. 38 CCom dice expresamente que el registro y la valoración de los elementos integrantes de las distintas partidas que figuran en las cuentas anuales deberán realizarse conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados¹⁴⁵⁸. La Ley 16/2007 de reforma y adaptación de la

acumulados u otras variaciones que le afecten. A los efectos de la distribución de beneficios, de la reducción obligatoria de capital social y de la disolución obligatoria por pérdidas de acuerdo con lo dispuesto en la regulación legal de las sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada, se considerará patrimonio neto el importe que se califique como tal conforme a los criterios para confeccionar las cuentas anuales, incrementado en el importe del capital social suscrito no exigido, así como en el importe del nominal y de las primas de emisión o asunción del capital social suscrito que esté registrado contablemente como pasivo. También a los citados efectos, los ajustes por cambios de valor originados en operaciones de cobertura de flujos de efectivo pendientes de imputar a la cuenta de pérdidas y ganancias no se considerarán patrimonio neto/ 2. Los elementos de la cuenta de pérdidas y ganancias y del estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio son: a. Ingresos: incrementos en el patrimonio neto durante el ejercicio, ya sea en forma de entradas o aumentos en el valor de los activos, o de disminución de los pasivos, siempre que no tengan su origen en aportaciones de los socios o propietarios; b. Gastos: decrementos en el patrimonio neto durante el ejercicio, ya sea en forma de salidas o disminuciones en el valor de los activos, o de reconocimiento o aumento de los pasivos, siempre que no tengan su origen en distribuciones a los socios o propietarios. Los ingresos y gastos del ejercicio se imputarán a la cuenta de pérdidas y ganancias y formarán parte del resultado, excepto cuando proceda su imputación directa al patrimonio neto, en cuyo caso se presentarán en el estado que muestre los cambios en el patrimonio neto, de acuerdo con lo previsto en la presente sección o en una norma reglamentaria que la desarrolle.

¹⁴⁵⁸ También los arts. 38 bis y 39 concretan algunas normas generales de contabilidad.

Art. 38 bis CCom: "1. Se valorarán por su valor razonable los siguientes elementos patrimoniales: a. Los activos financieros que formen parte de una cartera de negociación, se califiquen como disponibles para la venta, o sean instrumentos financieros derivados; b. Los pasivos financieros que formen parte de una cartera de negociación, o sean instrumentos financieros derivados/ 2. Con carácter general, el valor razonable se calculará con referencia a un valor de mercado fiable. En aquellos elementos para los que no pueda determinarse un valor de mercado fiable, el valor razonable se obtendrá mediante la aplicación de modelos y técnicas de valoración con los requisitos que reglamentariamente se determine. Los elementos que no puedan valorarse de manera fiable de acuerdo con lo establecido en el párrafo precedente, se valorarán con arreglo a lo dispuesto en el apartado f del artículo 38/ 3. Al cierre del ejercicio, y no obstante lo dispuesto en el artículo 38 apartado c, las variaciones de valor originadas por la aplicación del criterio del valor razonable se imputarán a la cuenta de pérdidas y ganancias. Sin embargo, dicha variación se incluirá directamente en el patrimonio neto, en una partida de ajuste por valor razonable, cuando: a. Sea un activo financiero disponible para la venta; b. El elemento implicado sea un instrumento de cobertura con arreglo a un sistema de contabilidad de coberturas que permita no registrar en la cuenta de pérdidas y ganancias, en los términos que reglamentariamente se determinen, la totalidad o parte de tales variaciones de valor/ 4. Las variaciones acumuladas por valor razonable, salvo las imputadas al resultado del ejercicio, deberán lucir en la partida de ajuste por valor razonable hasta el momento en que se produzca la baja, deterioro, enajenación, o cancelación de dichos elementos, en cuyo caso la diferencia acumulada se imputará a la cuenta de pérdidas y ganancias/ 5. Los instrumentos financieros no mencionados en el apartado 1 podrán valorarse por su valor razonable en los términos que reglamentariamente se determinen, dentro de los límites que establezcan las normas internacionales de información financiera adoptadas por los Reglamentos de la Unión Europea. Asimismo, reglamentariamente podrá establecerse la obligación de valorar por su valor razonable otros elementos patrimoniales distintos de los instrumentos financieros, siempre que dichos elementos se valoren con carácter único de acuerdo con este criterio en los citados Reglamentos de la Unión Europea. En ambos casos, deberá indicarse si la variación de valor originada en el elemento patrimonial como consecuencia de la

legislación mercantil en materia contable, para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, dio cabida a las nuevas reglas contables derivadas de la introducción de las NIC y las NIFF¹⁴⁵⁹. Esta Ley modificó el Tít. III del CCom relativo a las cuentas anuales de manera importante. En lo que ahora nos interesa, se incluyeron dos nuevos documentos dentro de las Cuentas Anuales: el Balance, la Cuenta de Pérdidas y Ganancias y Memoria, y se incorporaron el llamado Estado de Cambios del Patrimonio Neto del ejercicio y el Estado de Flujos de Efectivo.

Como se ha expuesto, el art. 35 CC plantea las diferencias entre el modelo normal y el modelo abreviado y da la posibilidad de que algunas empresas con determinadas características puedan hacerlo conforme al modelo abreviado, con la prohibición expresa del art. 536 LSC para las sociedades cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea, que no podrán formular balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados ni cuenta de pérdidas y ganancias abreviadas.

3.2. La memoria

El art. 35.5 CCom establece que la memoria completará, ampliará y comentará la información contenida en los otros documentos que integran las

aplicación de este criterio, debe imputarse a la cuenta de pérdidas y ganancias, o debe incluirse directamente en el patrimonio neto.

Art. 39 CCom: 1. Los activos fijos o no corrientes cuya vida útil tenga un límite temporal deberán amortizarse de manera racional y sistemática durante el tiempo de su utilización. No obstante,

aun cuando su vida útil no esté temporalmente limitada, cuando se produzca el deterioro de esos activos se efectuarán las correcciones valorativas necesarias para atribuirles el valor inferior que les corresponda en la fecha de cierre del balance/ 2. Cuando exista un deterioro en el valor de los activos circulantes o corrientes, se efectuarán las correcciones valorativas necesarias con el fin de atribuir a estos activos el valor inferior de mercado o cualquier otro valor inferior que les corresponda, en virtud de circunstancias especiales, en la fecha de cierre del balance/ 3. La valoración por el valor inferior, en aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores, no podrá mantenerse si las razones que motivaron las correcciones de valor hubieren dejado de existir, salvo cuando deban calificarse como pérdidas irreversibles/ 4. El fondo de comercio únicamente podrá figurar en el activo del balance cuando se haya adquirido a título oneroso/ Su importe no será objeto de amortización, pero deberán practicarse las correcciones de valor pertinentes, al menos anualmente, en caso de deterioro. Las pérdidas por deterioro del fondo de comercio tendrán carácter irreversible/ En la memoria de las cuentas anuales se deberá informar de los ajustes realizados en el fondo de comercio desde su adquisición.

¹⁴⁵⁹ Sobre la reforma v. JORDÁ GARCÍA, AD 25 (2007), *passim*.

cuentas anuales, e igualmente lo establece el art. 259 LSC: “La memoria completará, ampliará y comentará el contenido de los otros documentos que integran las cuentas anuales”.

La memoria tiene como objeto, por tanto, completar, ampliar y comentar la información existente entre el Balance y la Cuenta de Pérdidas y Ganancias dada la insuficiencia informativa derivada de las limitaciones técnicas del balance¹⁴⁶⁰. Pero su contenido no tiene un valor residual, sino que tiene una importancia sustantiva que justifica una nueva denominación del epígrafe dentro de la LSC¹⁴⁶¹: la memoria tratará con palabras y no ya de forma numérica la información recogida en el resto de elementos contables¹⁴⁶².

La información que ha de contener la memoria es básicamente la relativa a la actividad de la empresa, las bases de presentación de las cuentas anuales, la distribución del beneficio, las normas de valoración aplicadas a cada elemento patrimonial, la información sobre operaciones con miembros del Consejo de Administración.

Respecto de la memoria, dice la Ley que ésta es un documento que completa, amplía y comenta la información contenida en el balance y en la cuenta de pérdidas y ganancias. Supone una ayuda imprescindible para la interpretación y comprensión de la información resumida en los citados estados contables.

La memoria deberá contener toda la información cualitativa y cuantitativa necesaria para la comprensión de las cuentas anuales. Con objeto de no sobrecargar los estados financieros, el grado de la información a publicar dependerá de la importancia relativa de las operaciones, resultados y riesgos dentro de la actividad global de la entidad sin que, en ningún caso, se pueda omitir o dar forma insuficiente o sesgada a información cuyo conocimiento sea relevante para los usuarios de ésta¹⁴⁶³.

¹⁴⁶⁰ DE TORRES ZAPATERA, Valores ocultos, 2002, 49; SÁNCHEZ CALERO/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Instituciones de Derecho mercantil, I, 34ª, 2011, 179.

¹⁴⁶¹ DE TORRES ZAPATERA, Valores ocultos, 2002, 49.

¹⁴⁶² BROSETA PONT/MARTÍNEZ SANZ, Manual I, 2011, 473.

¹⁴⁶³ SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, Teoría y práctica de la contabilidad, 2005, 455.

El art. 260 LSC¹⁴⁶⁴ dispone que la memoria deberá contener, además de las indicaciones específicamente previstas por el CCom, por esta Ley, y por los

¹⁴⁶⁴ Art. 260 LSC: “La memoria deberá contener, además de las indicaciones específicamente previstas por el Código de Comercio, por esta Ley, y por los desarrollos reglamentarios de éstas, al menos: Primera. Los criterios de valoración aplicados a las diversas partidas de las cuentas anuales y los métodos de cálculo de las correcciones de valor/ Para los elementos contenidos en las cuentas anuales que en la actualidad o en su origen hubieran sido expresados en moneda distinta del euro, se indicará el procedimiento empleado para calcular el tipo de cambio a euros/ Segunda. La denominación, domicilio y forma jurídica de las sociedades en las que la sociedad sea socio colectivo o en las que posea, directa o indirectamente, un porcentaje no inferior al veinte por ciento de su capital, o en las que sin llegar a dicho porcentaje ejerza una influencia significativa. Se indicará la participación en el capital y el porcentaje de derechos de voto, así como el importe del patrimonio neto del último ejercicio social de aquéllas/ Tercera. Cuando existan varias clases de acciones, el número y el valor nominal de las pertenecientes a cada una de ellas/ Cuarta. La existencia de bonos de disfrute, de obligaciones convertibles y de valores o derechos similares, con indicación de su número y de la extensión de los derechos que confieren/ Quinta. El importe de las deudas de la sociedad cuya duración residual sea superior a cinco años, así como el de todas las deudas que tengan garantía real, con indicación de su forma y naturaleza. Estas indicaciones figurarán separadamente para cada una de las partidas relativas a deudas/ Sexta. a. El importe global de las garantías comprometidas con terceros, sin perjuicio de su reconocimiento dentro del pasivo del balance cuando sea probable que de las mismas se derive el cumplimiento efectivo de una obligación. Deberán mencionarse con la debida claridad y separación los compromisos existentes en materia de pensiones, así como los referentes a empresas del grupo; c. La naturaleza y el propósito de negocio de los acuerdos de la empresa que no figuren en el balance así como su impacto financiero, siempre que esta información sea significativa y necesaria para la determinación de la situación financiera de la empresa; d. Transacciones significativas entre la empresa y terceros vinculados con ella, indicando la naturaleza de la vinculación, el importe y cualquier otra información acerca de las transacciones, que sea necesaria para la determinación de la situación financiera de la empresa; e. La distribución del importe neto de la cifra de negocios correspondiente a las actividades ordinarias de la sociedad, por categorías de actividades así como por mercados geográficos, en la medida en que, desde el punto de vista de la organización de la venta de productos y de la prestación de servicios u otros ingresos correspondientes a las actividades ordinarias de la sociedad, esas categorías y mercados difieran entre sí de una forma considerable. Podrán omitir tales menciones las sociedades que pueden formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada/ Octava. El número medio de personas empleadas en el curso del ejercicio, expresado por categorías, así como los gastos de personal que se refieran al ejercicio, desglosando los importes relativos a sueldos y salarios y los referidos a cargas sociales, con mención separada de los que cubren las pensiones, cuando no estén así consignadas en la cuenta de pérdidas y ganancias. La distribución por sexos al término del ejercicio del personal de la sociedad, desglosado en un número suficiente de categorías y niveles, entre los que figurarán el de altos directivos y el de consejeros/ Novena. El importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por el personal de alta dirección y los miembros del órgano de administración, cualquiera que sea su causa, así como de las obligaciones contraídas en materia de pensiones o de pago de primas de seguros de vida respecto de los miembros antiguos y actuales del órgano de administración y personal de alta dirección. Cuando los miembros del órgano de administración sean personas jurídicas, los requerimientos anteriores se referirán a las personas físicas que los representan. Estas informaciones se podrán dar de forma global por concepto retributivo/ Décima. El importe de los anticipos y créditos concedidos al personal de alta dirección y a los miembros de los órganos de administración, con indicación del tipo de interés, sus características esenciales y los importes eventualmente devueltos, así como las obligaciones asumidas por cuenta de ellos a título de garantía. Cuando los miembros del órgano de administración sean personas jurídicas, los requerimientos anteriores se referirán a las personas físicas que los representan. Estas informaciones se podrán dar de forma global por cada categoría/ Undécima. El importe desglosado por conceptos de los honorarios por auditoría de cuentas y otros servicios prestados por el auditor de cuentas, así como los correspondientes a las personas o entidades vinculadas al auditor de cuentas, de acuerdo con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas/

desarrollos reglamentarios de éstas, al menos una información básica que gire fundamentalmente en torno a los criterios de valoración utilizados y a la explicación de los importes de diferentes partidas contables.

El art. 261 LSC, igualmente que para el balance, ofrece la posibilidad de mostrar una memoria abreviada: “Las sociedades que pueden formular balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviado podrán omitir en la memoria las indicaciones que reglamentariamente se determinen. En cualquier caso deberá suministrarse la información requerida en las indicaciones primera, segunda, tercera, novena y décima del artículo anterior. Adicionalmente, la memoria deberá expresar de forma global los datos a que se refiere la indicación quinta de dicho artículo”.

3.3. La cuenta de pérdidas y ganancias

Es el elemento contable que refleja, dividido por partidas, los beneficios o pérdidas de cada ejercicio social¹⁴⁶⁵. Al igual que sucede con el balance, la complejidad de las partidas hace que haya modelos diferenciados para cada tipo de sociedad y por tanto existirá lo que la LSC denomina cuenta de pérdidas y ganancias plena y cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

El art. 258 LSC prevé la posibilidad de formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada para las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes:

Duodécima. El grupo al que, en su caso, pertenezca la sociedad y el Registro Mercantil donde estén depositadas las cuentas anuales consolidadas o, si procediera, las circunstancias que eximan de la obligación de consolidar/ Decimotercera. Cuando la sociedad sea la de mayor activo del conjunto de sociedades domiciliadas en España, sometidas a una misma unidad de decisión, porque estén controladas por cualquier medio por una o varias personas físicas o jurídicas, no obligadas a consolidar, que actúen conjuntamente, o porque se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias, deberá incluir una descripción de las citadas sociedades, señalando el motivo por el que se encuentran bajo una misma unidad de decisión, e informará sobre el importe agregado de los activos, pasivos, patrimonio neto, cifra de negocios y resultado del conjunto de las citadas sociedades. Se entiende por sociedad de mayor activo aquella que en el momento de su incorporación a la unidad de decisión, presente una cifra mayor en el total activo del modelo de balance. Las restantes sociedades sometidas a una unidad de decisión indicarán en la memoria de sus cuentas anuales la unidad de decisión a la que pertenecen y el Registro Mercantil donde estén depositadas las cuentas anuales de la sociedad que contiene la información exigida en el párrafo primero de esta indicación.

¹⁴⁶⁵ BROSETA PONT/MARTÍNEZ SANZ, Manual I, 2011, 472.

- a. Que el total de las partidas de activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros.
- b. Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros.
- c. Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a doscientos cincuenta.

Las sociedades perderán la facultad de formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de las circunstancias a que se refiere el párrafo anterior. En el primer ejercicio social desde su constitución, transformación o fusión, las sociedades podrán formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada si reúnen, al cierre de dicho ejercicio, al menos dos de las tres circunstancias expresadas en el apartado anterior.

En lo que se refiere a las ganancias no han de facilitarse las ventas de cada producto, sino que se ofrece un único resultado global (dividido en financiero, explotación y extraordinario). Esta globalidad da pie a la posibilidad de realizar operaciones de maquillaje en la cuenta, tapando un resultado negativo con la venta de activos minusvalorados en balance que incrementan notablemente los ingresos¹⁴⁶⁶.

3.4. El Estado de cambios en el patrimonio neto

El art. 35.3 CCom que el estado que muestre los cambios en el patrimonio neto tendrá dos partes. La primera reflejará exclusivamente los ingresos y gastos generados por la actividad de la empresa durante el ejercicio, distinguiendo entre los reconocidos en la cuenta de pérdidas y ganancias y los registrados directamente en el patrimonio neto. La segunda contendrá todos los movimientos habidos en el patrimonio neto, incluidos los procedentes de transacciones realizadas con los socios o propietarios de la empresa cuando actúen como tales. También se informará de los ajustes al patrimonio neto debidos a cambios en criterios contables y correcciones de errores.

¹⁴⁶⁶ GIMÉNEZ BARRIOCANAL, EF 109 (1995), 11.

Nuevamente la LSC, en el art. 257.1, contempla la posibilidad de hacer un modelo de estado de cambios en el patrimonio neto abreviado para las empresas que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes:

- a. Que el total de las partidas del activo no supere los dos millones ochocientos cincuenta mil euros.
- b. Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los cinco millones setecientos mil euros.
- c. Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta.

3.5. El estado de flujos de efectivo

El art. 35.4 CCom determina cómo el estado de flujos de efectivo pondrá de manifiesto, debidamente ordenados y agrupados por categorías o tipos de actividades, los cobros y los pagos realizados por la empresa, con el fin de informar acerca de los movimientos de efectivo producidos en el ejercicio. Como en el resto de instrumentos contables, esta vez mediante lo establecido por el art. 257.3 LSC, existe la posibilidad de que cuando pueda formularse balance y estado de cambios en el patrimonio neto en modelo abreviado, el estado de flujos de efectivo no será obligatorio.

3.6. El informe de gestión

Según el art. 262 LSC, el informe de gestión habrá de contener una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación de la sociedad, junto con una descripción de los principales riesgos e incertidumbres a los que se enfrenta.

La exposición, dice el precepto, consistirá en un análisis equilibrado y exhaustivo de la evolución y los resultados de los negocios y la situación de la sociedad, teniendo en cuenta la magnitud y la complejidad de ésta. Además el artículo advierte que “en la medida necesaria para la comprensión de la evolución, los resultados o la situación de la sociedad, este análisis incluirá tanto indicadores clave financieros como, cuando proceda, otros de carácter no

financiero que sean pertinentes respecto de la actividad empresarial concreta, incluida la información sobre cuestiones relativas al medio ambiente y al personal”.

Al proporcionar este análisis, el informe de gestión incluirá, si procede, referencias y explicaciones complementarias sobre los importes detallados en las cuentas anuales.

Contendrá igualmente el informe de gestión, como dispone el párrafo segundo del precepto, sobre los acontecimientos importantes para la sociedad, acaecidos después del cierre del ejercicio, la evolución previsible de aquélla, las actividades en materia de investigación y desarrollo y, en los términos establecidos en esta Ley, las adquisiciones de acciones propias.

La información contenida en el informe de gestión en ningún caso justificará su ausencia en las cuentas anuales, cuando esta información deba incluirse en éstas de conformidad con lo previsto en los artículos anteriores y con las disposiciones que los desarrollan.

Es importante tener en cuenta que las sociedades que formulen balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados no estarán obligadas a elaborar el informe de gestión. Y al contrario, el art. 538 LSC obliga a las sociedades que hayan emitido valores admitidos a cotización en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea, la inclusión en el informe de gestión, en una sección separada, del informe de gobierno corporativo.

El informe de gestión es un documento contable anexo a las cuentas anuales¹⁴⁶⁷ que “supone un ejemplo claro no sólo del derecho de información del socio, sino de información contable que se proporciona al público en general”¹⁴⁶⁸.

En relación al reflejo de la gestión del riesgo financiero el legislador español, haciendo uso de la Directiva 2001/65/CE¹⁴⁶⁹, incluyó un nuevo apartado, el 3, en el art. 49 del Código de Comercio, con la siguiente redacción: “Con respecto al uso de instrumentos financieros por la sociedad, y cuando

¹⁴⁶⁷ LARA GONZÁLEZ, DdN 207 (2007), 19.

¹⁴⁶⁸ LARA GONZÁLEZ, El informe de gestión, 1999, 53, con ulteriores referencias.

¹⁴⁶⁹ LARA GONZÁLEZ, DdN 207 (2007), 25.

resulte relevante para la valoración de sus activos, pasivos, situación financiera y resultados, el informe de gestión incluirá lo siguiente:

- a. Objetivos y políticas de gestión del riesgo financiero de la sociedad, incluida la política aplicada para cubrir cada tipo significativo de transacción prevista para la que se utilice la contabilidad de cobertura.
- b. La exposición de la sociedad al riesgo de precio, riesgo de crédito, riesgo de liquidez y riesgo de flujo de efectivo”.

El informe de gestión es el documento contable que confiere una exposición fiel¹⁴⁷⁰ sobre la evolución de los negocios y la situación de la sociedad que se ha reflejado en las cuentas anuales¹⁴⁷¹. Asimismo, debe informar sobre¹⁴⁷²: los acontecimientos importantes posteriores al cierre del ejercicio, la evolución previsible de la sociedad y las actividades llevadas a cabo en materia de investigación y desarrollo. Así “los riesgos que se originan como consecuencia de la realización de operaciones financieras, esto es los riesgos financieros, constituyen un dato empresarial de indudable importancia y trascendencia, cuestión ésta que ha derivado en la necesidad de que las propias empresas emprendan la gestión de esos riesgos de manera estructurada”¹⁴⁷³.

Siguiendo a LARA GONZÁLEZ se advierte como “en la práctica el informe de gestión no es un documento fácil de instrumentar, siendo ello debido a una serie de condicionantes: por una parte, la falta de contabilidad y gestión adecuada en muchas empresas, así como el valor estratégico y confidencial de esta información y, por otra, la dificultad de acertar en los pronósticos y, en consecuencia, por las posibles responsabilidades en que pudiera inducirse a errores a inversores ajenos a la empresa”¹⁴⁷⁴. En este sentido voces autorizadas desde el ámbito mercantil advierten que “toda declaración falsa o toda argucia

¹⁴⁷⁰ En el sentido del art. 34.2 CCom.

¹⁴⁷¹ LARA GONZÁLEZ, El informe de gestión, 1999, 53.

¹⁴⁷² SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, Teoría y práctica de la contabilidad, 2005, 462.

¹⁴⁷³ LARA GONZÁLEZ, DdN 207 (2007), 25. En este sentido v. también ANGÜELLES MONTES, PD 184 (2007), 46 ss.

¹⁴⁷⁴ LARA GONZÁLEZ, DdN 207 (2007), 28.

contenida en el informe de gestión, encaminada a provocar el engaño de los socios o de los terceros sobre los datos de carácter objetivo o acerca de las informaciones de naturaleza prospectiva, abrirá paso a las responsabilidades de los administradores de acuerdo con los art. 133-135 SA¹⁴⁷⁵.

4. La expresión “otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad”

Esta expresión abierta utilizada por el legislador suscita toda una serie de dudas respecto a qué documentos, además de las cuentas anuales, abarca el art. 290 CP, y que serían aquellos que se podrían falsear por los administradores de la sociedad para que la conducta falsaria contenida en el tipo sea punible. En concreto, el legislador ha utilizado la cláusula “otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad”. Si ya es amplia la expresión “todos los demás documentos que deban reflejar la situación económica”, la referencia a la situación “jurídica” se podría extender hasta límites en que la cláusula perdiese su sentido, siendo necesario acotar y concretar el ámbito de afectación de esta norma penal.

Incluso la indeterminación y amplitud de esta cláusula ha sido considerada por algún autor, en concreto por GARCÍA DE ENTERRÍA, como muestra de un propósito de aplicar un mismo tratamiento penal a la manipulación o alteración de cualquier tipo de documento o informe social que, por su contenido falso o engañoso, y con independencia de su finalidad concreta, pudiera llegar a inducir a error a los socios o a terceros que sea destinatarios o receptores de la información difundida¹⁴⁷⁶.

Debido a la necesidad expuesta de determinar el objeto material de este delito y, en concreto, el objeto material implícito en esta expresión, planteo que hay que tener en cuenta cuatro consideraciones que pasaré a abordar posteriormente de manera independiente.

¹⁴⁷⁵ LARA GONZÁLEZ, en: CORCOY BIDASOLO (Dir)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la empresa, 2002, 104.

¹⁴⁷⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1996, 57.

La primera es que la expresión “deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad”, exige que sean documentos a los que la ley les atribuya de alguna manera esa función de reflejar la situación económica o jurídica de la sociedad.

De esta función se deriva otro requisito, el segundo, y es que los documentos a los que hace referencia el legislador deberán ser documentos de la sociedad.

La tercera de las consideraciones es que cuando el legislador se refiere a “otros documentos” indica la necesidad de que esos otros documentos sean documentos también mercantiles y que, por tanto, tengan las características de publicidad y/o solemnidad descritas anteriormente. Es decir, sean documentos que además de ser contemplados en el CCom u otras leyes especiales, en lo material se caractericen por reunir los requisitos de publicidad y solemnidad que hará que éstos se puedan asemejar a los documentos públicos.

La cuarta y última es que al tratarse éste de un delito especial, los documentos deberán ser de aquellos que, como las cuentas anuales, queden dentro del alcance del administrador. Se entenderá en este trabajo que un documento está al alcance del administrador en dos supuestos. En primer lugar cuando el documento deba ser formulado o redactado por el administrador. En segundo lugar, cuando aun no siendo un documento formulado por él, sino por un órgano colegiado de la sociedad, por ejemplo la Junta General, el administrador sea el garante último de la publicación de ese documento en el Registro Mercantil, de tal manera que en algún momento pueda tener acceso a la eventual posibilidad de falsear esos documentos.

4.1. Documentos reflejo de la situación jurídica o económica de la sociedad

Empecemos por el primero de los requisitos que exige la cláusula: que se trate de documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad. Para saber lo que debemos entender por “otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica”, hay que tener en cuenta que el verbo “deber” obliga a entender que se trata de aquellos documentos sobre los

que exista de alguna manera la obligación de reflejar la situación jurídica y patrimonial de la empresa¹⁴⁷⁷.

La doctrina se ha esforzado por determinar el contenido concreto de la expresión “situación jurídica y económica”. En este sentido, POLO VEREDA considera que “el verbo deber significa obligación, aunque éste no está utilizado en su modo indicativo. Deban es la conjugación del verbo en la tercera persona del plural del presente de subjuntivo, modo verbal que expresa la acción del verbo con significación de duda, posibilidad o deseo. En este sentido, y a los presentes efectos, ni la acepción de duda ni la de deseo tienen sentido en el contexto del art. 290 CP. Por eso, los otros documentos solamente pueden ser aquellos sobre los que exista la obligación de reflejar la situación jurídica y patrimonial de la sociedad”. Adicionalmente, se plantea el autor por qué puede surgir la posibilidad de tal obligación, considerando que son dos las razones: a) porque exista una norma legal que así lo prevea, y b) por la propia finalidad, contenido y naturaleza del documento en sí. Él mismo advierte cómo, si eligiéramos la primera posibilidad, “los otros documentos” sólo podrían ser los expresamente señalados para tal fin por las Leyes, lo que conformarían un catálogo cerrado y, por tanto, conocido *a priori* de documentos¹⁴⁷⁸, lo cual no es así. Parece entonces que lo adecuado es entender que serán todos aquellos documentos que por su finalidad, contenido y naturaleza deban reflejar la situación jurídica o económica de la empresa. Con lo cual, dentro de estos documentos, para empezar, parece que tendrán que estar incluidos aquellos que tengan atribuida esa función por la Ley¹⁴⁷⁹, como por ejemplo el informe de gestión, el folleto explicativo en caso de Oferta Pública de Valores o el informe técnico sobre viabilidad de la sociedad en caso de sociedades en formación.

Además, POLO VEREDA expone cómo por situación jurídica se han de considerar todas y cada una de la circunstancias características, o principios configuradores, que exige la normativa legal aplicable a la forma concreta de sociedad de que se trate para poderla reconocer como tal, “estos principios o

¹⁴⁷⁷ POLO VEREDA, LL 1998-2, 2049.

¹⁴⁷⁸ POLO VEREDA, LL 1998-2, 2047.

¹⁴⁷⁹ SUÁREZ GONZÁLEZ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.)/JORGE BARREIRO (Coord.), Comentarios, 1997, 836.

circunstancias serán aquellos que resulten necesarios para que se produzca la correspondiente inscripción registral de la sociedad, pues es con ella con lo que la sociedad adquiere la personalidad jurídica”¹⁴⁸⁰. Por su parte, apunta el autor sobre el concepto de situación económica que no basta con que el documento recoja cualquier información de corte patrimonial, “sino que será necesario que se refiera a la situación total o global, de forma que objetivamente cualquier persona a la luz de su contenido pueda extraer la información necesaria para tener un conocimiento cabal o racional de cuál es el estado patrimonial de la sociedad”¹⁴⁸¹.

Otra línea interpretativa para la restricción de esos otros documentos que deben reflejar la situación económica o jurídica de la empresa, y que se empezaba a perfilar en la cita anterior, viene de aquellos autores que la asemejan a la necesidad de que refleje la imagen global, ya sea jurídica o económica, de las sociedades. En este sentido, MORALES PRATS considera que “debe entenderse que se trata de documentos esenciales para albergar la información relevante de la situación jurídica y económica de la sociedad. El margen de discrecionalidad es amplio, si bien parece que deben entenderse incluidos todos los documentos referentes a la contabilidad de cualquier sociedad mercantil o entidad análoga, informes trimestrales, el libro de actas, etc. Pero aunque en este último caso –libro de actas- cabe la posibilidad de que la conducta sea penalmente irrelevante; lo que ocurrirá en la hipótesis de que sea redactado por un secretario no consejero, a no ser que pueda existir imputación de responsabilidad penal a título de partícipe”¹⁴⁸², cuestión importante que analizaré más adelante en este mismo numeral.

Igualmente CUGAT MAURI considera que “parece que esta segunda clase de documentos son aquellos que tienen la función de ofrecer una imagen global del estado de la sociedad, descartándose documentos puntuales como facturas aisladas, etc.”¹⁴⁸³. También RODRÍGUEZ MONTAÑÉS advierte en este

¹⁴⁸⁰ POLO VEREDA, LL 1998-2, 2048.

¹⁴⁸¹ POLO VEREDA, LL 1998-2, 2048.

¹⁴⁸² MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES, (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 9ª, 2011, 968.

¹⁴⁸³ CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios, I, 2004, 1096.

sentido que, por coherencia sistemática con el otro término en comparación (“cuentas anuales”), se impone una interpretación restrictiva, limitando la protección sólo a aquellos documentos que –como el balance o los demás integrantes de las cuentas anuales- reflejen la situación económica –o jurídica-global de la sociedad¹⁴⁸⁴. Desde esta perspectiva, la autora termina afirmando que entre los documentos referidos a la “situación económica” podrían encajar – junto a la falsificación del balance y demás documentos integrantes de las cuentas anuales- el informe de gestión que debe acompañarlas, el balance de fusión o el balance final en caso de disolución de la sociedad y todo tipo de documentos, comunicaciones o informes sociales –tanto los de carácter oficial y de naturaleza interna, dirigidos a los socios para darles noticia de la marcha de la sociedad, como los de carácter externo dirigidos a futuros socios o acreedores-, siempre que sean relevantes para reflejar la situación económica de la entidad e idóneas para producir un perjuicio económico a sus destinatarios¹⁴⁸⁵ y además “encajarían aquí, pues, las falsificaciones de todos aquellos documentos susceptibles de inscripción en el Registro Mercantil que contengan información relevante sobre la situación jurídica de la entidad y sean idóneos para causar perjuicio”¹⁴⁸⁶.

Dentro de los otros documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la empresa, a título meramente de ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA se posiciona y menciona: “los informes que necesariamente han de elaborar los administradores para la adopción de determinados acuerdos sociales (como los generales de modificación de estatutos o los de aumento de capital con exclusión del derecho de suscripción), el proyecto de fusión o escisión, el folleto informativo que ha de acompañar a cualquier emisión de valores o a las ofertas públicas de adquisición, los documentos que han de presentarse para la admisión de valores a negociación en cualquier mercado secundario de valores, las informaciones que periódicamente han de hacer públicas las sociedades cotizadas, etc.”¹⁴⁸⁷. Como tiene que presentarse en

¹⁴⁸⁴ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, ADPCP 1996, 439.

¹⁴⁸⁵ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, ADPCP 1996, 439.

¹⁴⁸⁶ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, ADPCP 1996, 440.

¹⁴⁸⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1996, 57.

conjunción, también se incluye dentro de las cuentas anuales el informe de gestión¹⁴⁸⁸.

A mi entender, respecto al primer requisito de la cláusula utilizada en el art 290 CP, cuando el legislador hace referencia al deber de reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad está exigiendo que por su finalidad, contenido y naturaleza esos documentos deban reflejar la situación jurídica o económica de la empresa¹⁴⁸⁹. Por situación jurídica estimo han de considerarse todas aquellas circunstancias que resulten necesarias para representar una situación o estatus jurídico concreto de la sociedad desde su constitución hasta su disolución. Es decir, todas aquellas circunstancias que representen de manera relevante la situación o estado jurídico de la sociedad con las diferentes modificaciones que en ella pueden acontecer a lo largo de su vida, como por ejemplo modificación de estatutos, constitución de nuevos socios, cambio de administradores, ampliación de capital, etc. En este sentido el art. 94 RRM dispone que en la hoja abierta de cada sociedad se inscribirá obligatoriamente además de la propia constitución de la sociedad, que necesariamente será la inscripción primera:

1º La modificación del contrato y de los estatutos sociales, así como los aumentos y las reducciones del capital.

2º La prórroga del plazo de duración.

3º El nombramiento y cese de administradores, liquidadores y auditores. Asimismo habrá de inscribirse el nombramiento y cese de los secretarios y vicesecretarios de los órganos colegiados de administración, aunque no fueren miembros de éste. La inscripción comprenderá tanto los miembros titulares como, en su caso, los suplentes.

4º Los poderes generales y las delegaciones de facultades, así como su modificación, revocación y sustitución. No será obligatoria la inscripción de los poderes generales para pleitos o de los concedidos para la realización de actos concretos.

5º La apertura, cierre y demás actos y circunstancias relativos a las sucursales en los términos previstos en los arts. 295 y siguientes.

¹⁴⁸⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1996, 56.

¹⁴⁸⁹ POLO VEREDA, LL 1998-2, 2047.

6º La transformación, fusión, escisión, rescisión parcial, disolución y liquidación de la sociedad.

7º La designación de la entidad encargada de la llevanza del registro contable en el caso de que los valores se hallen representados por medio de anotaciones en cuenta.

8º Las resoluciones judiciales inscribibles relativas al concurso, voluntario o necesario, principal o acumulado, de la sociedad y las medidas administrativas de intervención.

9º Las resoluciones judiciales o administrativas, en los términos establecidos en las Leyes y en este Reglamento.

10º Los acuerdos de implicación de los trabajadores en una sociedad anónima europea, así como sus modificaciones posteriores, de acuerdo con lo previsto en el art. 114.3 de este Reglamento.

11º El sometimiento a supervisión de una autoridad de vigilancia.

12º En general, los actos o contratos que modifiquen el contenido de los asientos practicados o cuya inscripción prevean las leyes o el presente Reglamento.

En el párrafo segundo se exige que en la hoja se inscriba, en su caso, la emisión de obligaciones u otros valores negociables, agrupados en emisiones, realizadas por sociedades anónimas o entidades autorizadas para ello, y los demás actos y circunstancias relativas a estos cuya inscripción sea obligatoria por la ley.

También será obligatoria como advierte el tercer y último punto la inscripción de la admisión y exclusión de cualquier clase de valores a negociación en un mercado secundario oficial.

Por tanto es precisamente en este art. 94 RRM donde se prevén cuáles son esos documentos importantes que reflejan la situación jurídica de la entidad y que por tanto han de ser inscritos en el Registro Mercantil. Además hay que añadir la documentación de los acuerdos sociales de los órganos colegiados, a la cual se refieren los arts. 97ss RRM.

Por su parte, por situación económica habrán de entenderse todas aquellas circunstancias de las que se pueda extraer la información necesaria y relevante para tener un conocimiento cabal o racional de cuál es el estado

patrimonial de la sociedad¹⁴⁹⁰. Sin embargo, esta referencia parece una redundancia porque los documentos que reflejan el estado patrimonial de la sociedad son precisamente las cuentas anuales, documentos que el legislador menciona expresamente por lo que creo que esta cláusula queda de alguna manera vacía de contenido.

4.2. Documentos societarios

Respecto de la segunda consideración que antes exponía, se encuentra la necesidad de que los documentos sean documentos societarios. Sin embargo, no toda la doctrina lo considera así. En este sentido DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO/ POLO VEREDA¹⁴⁹¹ consideran que el hecho de que sea éste un delito especial no significa que los documentos deban pertenecer a la sociedad¹⁴⁹² y que, por tanto, siempre que se den los requisitos del tipo de injusto podrán ser objeto material de ese delito. Así se plantea el ejemplo de que un administrador de la sociedad haga pública, en una revista muy relevante de economía, una situación no real de la empresa que gestiona, provocando con esa publicación un desplome de las acciones. También POLO VEREDA considera que el documento no tiene por qué pertenecer a la sociedad cuyos datos contiene, por lo que la publicación por un tercero de los datos ofrecidos por el administrador de la sociedad es un documento susceptible de ser objeto material de este delito¹⁴⁹³.

Por mi parte propongo que los documentos a los que se refiere la cláusula “otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad” deberán ser siempre documentos de la sociedad. Son cuatro los motivos que fundamentan esta decisión.

¹⁴⁹⁰ POLO VEREDA, LL 1998-2, 2048.

¹⁴⁹¹ DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO / POLO VEREDA, LH-R. Mourullo, 2005, 1305 ss. Estos autores, en la p. 1315, consideran que, en definitiva, “otros documentos” serán todos aquellos que estén obligados a reflejar las situaciones típicas, independientemente de cuál sea la fuente de dicha obligación y la intensidad de la misma. En este sentido también MATA Y MARTÍN, RdS 1995-V, 172; VALLE MUÑIZ/MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 8ª, 2009, 898.

¹⁴⁹² DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO/ POLO VEREDA, LH-R. Mourullo, 2005, 1310 s.

¹⁴⁹³ POLO VEREDA, LL 1998-2, 2048.

El primero es el que viene determinado por el propio concepto de documento mercantil. Como se advertirá después, a los efectos de coherencia sistemática del tipo, entiendo que es necesario que la interpretación de esta cláusula se haga teniendo en cuenta la analogía que se establece con las cuentas anuales, las cuales son documentos mercantiles. Por tanto, partiendo de esta premisa, aquellos documentos que no emanen de la sociedad y que no tengan la solemnidad que exige el concepto de documento mercantil que aquí se propone no podrán ser entendidos como objeto material del tipo.

El segundo de los motivos se extrae del “deber” antes referido, es decir, que se trate de documento sobre los que exista por una ley la obligación de reflejar la situación patrimonial de la empresa y estos no pueden ser más que, lógicamente, los documentos sociales recogidos en el CCom y leyes específicas.

El tercero proviene de la relación entre el sujeto activo y el bien jurídico protegido concretada en la utilización de la técnica del delito especial. Es decir, dado que los bienes jurídicos protegidos en el art. 290 CP son la «funcionalidad del documento» y el «patrimonio» de sociedad, socios y terceros, nos encontramos con que tan sólo tienen acceso o tienen un acceso más cualificado a la afectación del bien, por la posición de poder que se les otorga por parte de la organización societaria, los sujetos activos previamente determinados por la norma, los administradores de hecho y de derecho. Pues bien, esta especial cualificación de acceso al bien jurídico, especialmente en relación a la funcionalidad del documento, es tal por tratarse de documentos de los que los administradores tienen un especial dominio como son los documentos de la sociedad. Por tanto, no tendría sentido la especial cualificación del sujeto activo determinada por la norma si consideramos que el objeto material puede ser cualquier documento, sea societario o no, lo que nos obliga a concretar y delimitar el objeto material del delito a aquellos documentos sobre los que el administrador tenga esa especial cualidad de manejo y control que determinará a su vez un exclusiva o mayor capacidad de dominio del hecho, y estos documentos son aquellos documentos de la sociedad calificados de mercantiles.

El cuarto y último de los motivos es el de la cuestión de la idoneidad, entendiéndolo que serán los documentos sociales los que realmente adquirirán una relevancia tal, por su oficialidad, origen social, etc., como para poder poner en peligro el patrimonio de la sociedad, de socios y de terceros. Con otro tipo de

documento, de tipo privado, y además no emanado de la sociedad, pudiera ser que se pusiera en riesgo este patrimonio, pero tal afectación no tendrá relevancia conforme al art. 290 CP porque de este modo ni se pone en peligro la funcionalidad de determinados documentos de la sociedad, ni se presenta el plus de idoneidad. Si podría ser castigada por el delito de falsedad en documento privado del art. 395 CP.

4.3. Documentos mercantiles

El tercero de los requisitos expuestos que considero que es necesario para interpretar la cláusula “otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad” es el que se deriva de las exigencias del concepto de documento mercantil. Es decir, una vez que hemos determinado la necesidad de que se trate de documentos emanados de la sociedad queda una tercera cuestión y es la necesaria naturaleza mercantil del documento para interpretar correctamente la cláusula utilizada por el legislador. Como he adelantado anteriormente, entiendo que esta cláusula tiene un componente analógico en relación a los documentos inmediatamente mencionados con anterioridad, es decir, las cuentas anuales y, siendo éstas documentos mercantiles, será necesario que también esos “otros documentos” sean documentos mercantiles. Además, esta interpretación es coherente con el hecho de que estemos ante un tipo específico de documento mercantil, por lo que parece evidente que también éstos tendrán que ser documentos mercantiles.

También PÉREZ VALERO hace referencia a esta analogía cualitativa¹⁴⁹⁴, entendiendo que entre las cuentas anuales y esos otros documentos existe una analogía de este tipo “en lo que vendría a ser un intento por limitar esta última mención típica a documentos de importancia o significación análoga a la que

¹⁴⁹⁴ PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 311.

tienen las cuentas anuales¹⁴⁹⁵. Esta analogía se concretaría en la necesidad de oficialidad, por ser documentos que provienen de determinados sujetos¹⁴⁹⁶.

La analogía en el sentido que yo la entiendo no es exactamente la misma, porque desde mi punto de vista no hay ningún documento en la sociedad que tenga la trascendencia que tienen las cuentas anuales, por lo cual la analogía no sería real. Pero como parece que la analogía sea obligada por la propia cláusula, en términos de precisarla, es necesario tal y como advierte este autor, el requisito de la oficialidad, que deviene de la publicidad, propio de los documentos mercantiles.

4.4. Documentos de la esfera del administrador

Como cuarto y último criterio, antes hacíamos referencia a que al tratarse de un delito especial los documentos deberán ser de aquellos que queden dentro del alcance del administrador. Parecería excesivo entender que el administrador de una sociedad fuese garante de absolutamente todos los actos que se realizan en la empresa. Esto excedería de las exigencias materiales del criterio del dominio de hecho y sería absurdo desde la realidad empresarial, por lo que será necesario concretar sobre qué documentos el administrador de hecho o de derecho se encuentra en una especial posición, la que le permitirá tener algún tipo de dominio y sobre cuáles no. Se entenderá en este trabajo, como ya se ha anticipado más arriba, que un documento está al alcance del administrador cuando:

- a) El documento deba ser formulado o redactado por el administrador.
- b) Cuando aun no siendo un documento formulado por él, sino por un órgano colegiado de la sociedad, el administrador fuese el garante último de la publicación de ese documento en el Registro Mercantil, de tal manera que en algún momento pudiera tener acceso a una eventual posibilidad de falsear esos documentos y hacer que los mismos sean los que gocen de mayor publicidad.

¹⁴⁹⁵ PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 311.

¹⁴⁹⁶ PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 320. Sin embargo, este autor parte de la protección de un bien jurídico diferente, pues considera que no se trata de un delito de falsedad sino defraudatorio y, por tanto, la oficialidad a la que se refiere no está relacionada con el concepto de documento mercantil.

Es obligatorio precisar ya en este momento que respecto de esta segunda consideración sobre el alcance del administrador, ésta no se extiende a aquellos supuestos en los que, por ejemplo, la Junta General de la sociedad aprueba un acta y el administrador sin ninguna intervención de índole falsaria la registra. Es decir, he considerado que el alcance del administrador se extiende también a aquellos documentos que él debe presentar al registro por ser la persona que tiene la facultad de presentarlos y certificar su contenido¹⁴⁹⁷, pero si no interviene con una acción falsaria por el mero acto de certificar de ninguna manera se le podrá imputar en concepto de garante la falsedad que haya podido cometer el órgano colegiado en la elaboración del documento, salvo, claro está, que él mismo haga parte de ese órgano colegiado, en cuyo caso puede haber lugar cierta responsabilidad, que será precisada en el momento en que abordemos la responsabilidad de los órganos colegiados¹⁴⁹⁸. Es decir, la función de garante no se extiende hasta esos límites¹⁴⁹⁹. La facultad de garante significa que el administrador deberá hacer llegar el documento al registro tal y como a él se lo depositaron. Tampoco se extiende a aquellos supuestos en los que, como se verá, fuera de la esfera directa de redacción del documento por parte del administrador, es decir, en relación a los documentos que tenga que elevar a escritura pública y no intervenga él sino que lo haga el Secretario de la Junta, o

¹⁴⁹⁷ Un ejemplo de como un administrador puede aprovechar esa posición se muestra en la SAP Almería 74/2009 (EDJ 2009/93357). La audiencia condena al acusado como autor de un delito de falsedad del art. 290 y de apropiación indebida. Lo que falsifica el administrador son las actas de las Juntas de accionistas. Juntas que no existieron y donde dice que hay un cambio de administrador en una y en la otra que hay una ampliación de capital. Ambos acuerdos se inscribieron en el Registro Mercantil, aprovechando la posibilidad que le otorga la ley.

¹⁴⁹⁸ V. Cap. 6, III.

¹⁴⁹⁹ Sobre la posición de garante del empresario, trasladada como considero se puede hacer a la figura del administrador GALLEGO SOLER, Derecho penal económico, 2006, 101 dice que "...esta responsabilidad originaria como puede entenderse como fundamentadora de una responsabilidad por el cargo. Plantear la culpabilidad a partir, fundamentalmente, de la condición de empresario supone constituir una inadmisibles responsabilidad por el cargo o, en otro términos, responsabilidad penal de autor y no por el hecho". También DEMETRIO CRESPO, Responsabilidad penal, 2008, 95 advierte que "El principio de la propia responsabilidad de cada persona, dominante en el Derecho penal, y que excluye en principio la responsabilidad por el comportamiento antijurídico de un tercero, conoce algunas excepciones" y se refiere posteriormente a la posición de garante en la actuación penalmente responsable de los subordinados en determinados supuestos, que no son los que aquí concurren.

un delegado, y siempre y cuando no sea un supuesto de coautoría, cooperación necesaria o inducción, el administrador tampoco responderá¹⁵⁰⁰.

Los supuestos en los que un administrador no redacta o formula un documento pero sin embargo sí los certifica son básicamente los referidos a los acuerdos sociales. En este sentido, es el art. 109 RRM, en relación a los arts. 97¹⁵⁰¹, 108¹⁵⁰² del mismo precepto, el que dispone que la facultad de certificar las

¹⁵⁰⁰ Estas cuestiones se abordarán exhaustivamente en el Cap. 6 II. relativo a la delegación de funciones y Cap. 6 III. sobre autoría y Cap. 7 sobre participación.

¹⁵⁰¹ Art. 97. RRM “Contenido del acta. 1. Los acuerdos de los órganos colegiados de las sociedades mercantiles se consignarán en acta, que se extenderá o transcribirá en el libro de actas correspondiente, con expresión de las siguientes circunstancias: 1ª. Fecha y lugar del territorio nacional o del extranjero en que se hubiere celebrado la reunión; 2ª. Fecha y modo en que se hubiere efectuado la convocatoria, salvo que se trate de Junta o Asamblea universal. Si se tratara de Junta General o Especial de una sociedad anónima, se indicarán el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y el diario o diarios en que se hubiere publicado el anuncio de convocatoria; 3ª. Texto íntegro de la convocatoria o, si se tratase de Junta o Asamblea universal, los puntos aceptados como orden del día de la sesión; 4ª. En caso de Junta o Asamblea, el número de socios concurrentes con derecho a voto, indicando cuántos lo hacen personalmente y cuántos asisten por representación, así como el porcentaje de capital social que unos y otros representan. Si la Junta o Asamblea es universal, se hará constar, a continuación de la fecha y lugar y del orden del día, el nombre de los asistentes, que deberá ir seguido de la firma de cada uno de ellos. En caso de órganos colegiados de administración, se expresará el nombre de los miembros concurrentes, con indicación de los que asisten personalmente y de quienes lo hacen representados por otro miembro; 5ª. Un resumen de los asuntos debatidos y de las intervenciones de las que se haya solicitado constancia; 6ª. El contenido de los acuerdos adoptados; 7ª. En el caso de Junta o Asamblea, la indicación del resultado de las votaciones, expresando las mayorías con que se hubiere adoptado cada uno de los acuerdos. Si se tratase de órganos colegiados de administración, se indicará el número de miembros que ha votado a favor del acuerdo. En ambos casos, y siempre que lo solicite quien haya votado en contra, se hará constar la oposición a los acuerdos adoptados; 8ª La aprobación del acta conforme al artículo 99/ 2. Las decisiones del socio único se consignarán en acta, que se extenderá o transcribirá en el Libro de actas correspondiente, con expresión de las circunstancias 1 y 6 del apartado anterior, así como si la decisión ha sido adoptada personalmente o por medio de representante/ 3. Las circunstancias y requisitos establecidos en este Reglamento respecto de las actas y sus libros y certificaciones se entenderán exigidos a los exclusivos efectos de la inscripción en el Registro Mercantil”.

¹⁵⁰² Art. 108 RRM. “Personas facultadas para la elevación a instrumento público. 1. La elevación a instrumento público de los acuerdos sociales corresponde a la persona que tenga facultad para certificarlos. Las decisiones del socio único, consignadas en acta bajo su firma o la de su representante, podrán ser ejecutadas y formalizadas por el propio socio o por los administradores de la sociedad/ 2. También podrá realizarse por cualquiera de los miembros del órgano de administración con nombramiento vigente e inscrito en el Registro Mercantil, cuando hubieren sido expresamente facultados para ello en la escritura social o en la reunión en que se hayan adoptado los acuerdos/ 3. La elevación a instrumento público por cualquier otra persona requerirá el otorgamiento de la oportuna escritura de poder, que podrá ser general para todo tipo de acuerdos en cuyo caso deberá inscribirse en el Registro Mercantil. Este procedimiento no será aplicable para elevar a públicos los acuerdos sociales cuando se tome como base para ello el acta o testimonio notarial de la misma/ 4. Cuando se hubiere cerrado el Registro Mercantil por falta del depósito de cuentas, quien eleve a instrumento público los acuerdos sociales manifestará esta circunstancia en la escritura”.

actas y los acuerdos de los órganos colegiados de las sociedades mercantiles corresponde:

- a. Al Secretario y, en su caso, al Vicesecretario del órgano colegiado de administración, sea o no administrador. Las certificaciones se emitirán siempre con el Visto Bueno del Presidente o, en su caso, del Vicepresidente de dicho órgano.
- b. Al administrador único, o a cualquiera de los administradores solidarios.
- c. A los administradores que tengan el poder de representación en el caso de administración conjunta.

Se concluye, con que será de aplicación a los liquidadores lo dispuesto para los administradores.

Además, dispone que en los casos previstos en el apartado anterior, será necesario que las personas que expidan la certificación tengan su cargo vigente en el momento de la expedición. Por otro lado, para la inscripción de los acuerdos contenidos en la certificación deberá haberse inscrito, previa o simultáneamente, el cargo del certificante.

La facultad de certificar las actas en las que se consignen las decisiones del socio único corresponderá a éste o, en la forma dispuesta en el apartado 1, a los administradores de la sociedad con cargo vigente.

Y por último el precepto advierte que no se podrán certificar acuerdos que no consten en actas aprobadas y firmadas o en acta notarial.

Para el resto de documentos el RRM no se pronuncia expresamente, pero dado que conforme a los arts. 233 y 234 LSC en la sociedad de capital la representación de la sociedad corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos, parece que deberá ser el administrador quien tenga la potestad de inscripción. Conforme al art. 234 LSC la representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos y cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros.

5. Conclusiones

Con todo lo dicho hasta ahora, está claro que esta cláusula configura una tipología en blanco que tiene vocación omnicomprensiva, y que deberá concretarse, en cada supuesto, con ayuda de la normativa extrapenal, principalmente la mercantil y, en su caso, la administrativa¹⁵⁰³. Pero de cualquier modo, las pautas establecidas hasta el momento exigen toda una serie de restricciones que dan lugar a que se puedan realizar las siguientes conclusiones.

En primer lugar, el documento habrá de reflejar circunstancias que por su finalidad, contenido y naturaleza deban reflejar la situación jurídica o económica de la empresa¹⁵⁰⁴. Por situación jurídica he considerado que han de entenderse todas aquellas circunstancias que resulten necesarias para representar una situación o estatus jurídico concreto de la sociedad, y por situación económica deberán entenderse todas aquellas circunstancias que puedan contener la información necesaria para tener un conocimiento cabal o racional de cuál es el estado patrimonial de la sociedad¹⁵⁰⁵.

Se excluyen por tanto los documentos emitidos voluntariamente, es decir no obligatorios por la ley ni que tampoco de ellos se exija reflejar la imagen jurídica o económica. Dicho de otro modo “el ámbito de punibilidad se contrae exclusivamente a los documentos que sean exigibles por cualquier imperativo, sea normativo o administrativo”¹⁵⁰⁶.

En segundo lugar, se excluyen también por los motivos expuestos aquellos documentos que no emanen de la sociedad.

¹⁵⁰³ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 113 s.

¹⁵⁰⁴ POLO VEREDA, LL 1998-2, 2047.

¹⁵⁰⁵ POLO VEREDA, LL 1998-2, 2048.

¹⁵⁰⁶ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 113 s. En contra: GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1996, 58, quien advierte que: “De hecho, el carácter puramente enunciativo de la formulación legal debería permitir sancionar por aplicación de este tipo de falsedades que se contengan en otro tipo de documento que puedan emitirse al margen de toda obligación legal y por motivos no estrictamente societarios. Sería este el caso, por ejemplo, de los informes sobre la situación económica de la sociedad que puedan librarse al objeto de obtener financiación, de inducir a otra empresa a establecer cualquier tipo de relación comercial o de determinar el valor de adquisición de la sociedad o de una participación en su capital social”; DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios, 1998, 104 ss.

En tercer lugar la información falsificable debe estar contenida en un documento mercantil¹⁵⁰⁷. Y siendo así, éste tendrá que tener los caracteres propios de publicidad y/o solemnidad exigidos para éste.

En cuarto lugar, los documentos tendrán que estar dentro de la esfera del administrador, precisamente por la posición que ocupa y que la ley recoge en la calidad especial que exige el tipo.

Atendiendo a estos criterios y justificado su fundamento, sin querer hacer una lista absolutamente cerrada, pero sí bastante exhaustiva de documentos que conforme a la cláusula utilizada por el art. 290 CP serán objeto material de este tipo se exponen los siguientes:

En primer lugar, el Libro de Inventario y Cuentas Anuales (incluidas las cuentas trimestrales y las extraordinarias) que expresamente está recogido en el tipo y que ya se ha analizado en profundidad. Pero también el Informe de Gestión (art. 262 LSC) , el Libro Diario (art. 28 CCom) al cual ya se ha hecho referencia anteriormente, así como el Libro de Registro de Socios del art. 104 LSC¹⁵⁰⁸, el Libro de Actas¹⁵⁰⁹ que trae el art. 26 CCom¹⁵¹⁰ y el Libro de Registro de las Acciones Normativas del art. 116 LSC¹⁵¹¹.

¹⁵⁰⁷ Así también DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios, 1998, 104 ss.

¹⁵⁰⁸ Art. 104. LSC “Libro registro de socios. 1. La sociedad limitada llevará un Libro registro de socios, en el que se harán constar la titularidad originaria y las sucesivas transmisiones, voluntarias o forzosas, de las participaciones sociales, así como la constitución de derechos reales y otros gravámenes sobre las mismas/ 2. La sociedad sólo reputará socio a quien se halle inscrito en dicho libro/ 3. En cada anotación se indicará la identidad y domicilio del titular de la participación o del derecho o gravamen constituido sobre aquélla/ 4. La sociedad sólo podrá rectificar el contenido del Libro registro si los interesados no se hubieran opuesto a la rectificación en el plazo de un mes desde la notificación fehaciente del propósito de proceder a la misma. Los datos personales de los socios podrán modificarse a su instancia, no surtiendo entre tanto efectos frente a la sociedad”

Art. 105 LSC “Examen y certificación. 1. Cualquier socio podrá examinar el Libro registro de socios, cuya llevanza y custodia corresponde al órgano de administración”.

¹⁵⁰⁹ Sobre falsedad en el Libro Diario v. SAP Baleares, 31-7-2008 (EDJ 2008/305515). Se condena por un delito del art. 290 CP, ente otros. El motivo de la condena por art. 290 se debe a la anotación en el libro diario de la sociedad *Financial planing* que ingresaba en cuenta el dinero procedente de la venta de la finca y que lo transmitía posteriormente a la sociedad Leisure en pago a esta última de una deuda inexistente. Tal anotación contable no se correspondía con la realidad y resultaba idónea para causar perjuicio económico a las entidades concursadas, dado que a través de la misma se documentaba que contablemente la sociedad Leisure tenía ingresadas en sus cuentas la suma recibida de *Financial planing* por dicha venta y que la misma traía por causa un préstamo o deuda intergrupos, lo que no era verdad y falseaba la situación económica de la sociedad.

¹⁵¹⁰ Art. 26 CCom “1. Las sociedades mercantiles llevarán también un libro o libros de actas, en las que constarán, al menos todos los acuerdos tomados por las juntas generales y

En segundo lugar otros documentos de carácter mercantil, que entran en la esfera del administrador de la sociedad y que recogen la situación jurídica con un componente económico de la sociedad como: la inscripción de la operación de aumento de capital (art. 296 y 297 LSC)¹⁵¹², el acuerdo de reducción de capital (art. 318s LSC)¹⁵¹³, la escritura de reducción de capital (art. 359 LSC)¹⁵¹⁴,

especiales y los demás órganos colegiados de la sociedad, con expresión de los datos relativos a la convocatoria y a la constitución del órgano, un resumen de los asuntos debatidos, las intervenciones de las que se haya solicitado constancia, los acuerdos adoptados y los resultados de las votaciones/ 2. Cualquier socio y las personas que, en su caso, hubiesen asistido a la Junta General en representación de los socios no asistentes, podrán obtener en cualquier momento certificación de los acuerdos y de las actas de las juntas generales/ 3. Los administradores deberán presentar en el Registro Mercantil, dentro de los ocho días siguientes a la aprobación del acta testimonio notarial de los acuerdos inscribibles”.

¹⁵¹¹ Art. 116 LSC “Libro-registro de acciones nominativas. 1. Las acciones nominativas figurarán en un libro-registro que llevará la sociedad, en el que se inscribirán las sucesivas transferencias de las acciones, con expresión del nombre, apellidos, razón o denominación social, en su caso, nacionalidad y domicilio de los sucesivos titulares, así como la constitución de derechos reales y otros gravámenes sobre aquellas”.

¹⁵¹² Art. 296 LSC “El acuerdo de aumento. 1. El aumento del capital social habrá de acordarse por la Junta General con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos sociales/ 2. Cuando el aumento haya de realizarse elevando el valor nominal de las participaciones o de las acciones será preciso el consentimiento de todos los socios, salvo en el caso de que se haga íntegramente con cargo a beneficios o reservas que ya figurasen en el último balance aprobado/ 3. En las sociedades anónimas, el valor de cada una de las acciones de la sociedad, una vez aumentado el capital, habrá de estar desembolsado en una cuarta parte como mínimo.

Art. 297 LSC “Delegación en los administradores. 1. En las sociedades anónimas, la Junta General, con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos sociales, podrá delegar en los administradores: a. La facultad de señalar la fecha en que el acuerdo ya adoptado de aumentar el capital social deba llevarse a efecto en la cifra acordada y de fijar las condiciones del mismo en todo lo no previsto en el acuerdo de la junta. El plazo para el ejercicio de esta facultad delegada no podrá exceder de un año, excepto en el caso de conversión de obligaciones en acciones; b. La facultad de acordar en una o varias veces el aumento del capital social hasta una cifra determinada en la oportunidad y en la cuantía que ellos decidan, sin previa consulta a la Junta General. Estos aumentos no podrán ser superiores en ningún caso a la mitad del capital de la sociedad en el momento de la autorización y deberán realizarse mediante aportaciones dinerarias dentro del plazo máximo de cinco años a contar del acuerdo de la junta/ 2. Por el hecho de la delegación los administradores quedan facultados para dar nueva redacción al artículo de los estatutos sociales relativo al capital social, una vez acordado y ejecutado el aumento”.

¹⁵¹³ Art. 318 LSC “El acuerdo de reducción del capital social. 1. La reducción del capital social habrá de acordarse por la Junta General con los requisitos de la modificación de estatutos/ 2. El acuerdo de la junta expresará, como mínimo, la cifra de reducción del capital, la finalidad de la reducción, el procedimiento mediante el cual la sociedad ha de llevarlo a cabo, el plazo de ejecución y la suma que haya de abonarse, en su caso, a los socios”.

Art. 319 LSC “Publicación del acuerdo de reducción. El acuerdo de reducción del capital de las sociedades anónimas deberá ser publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en la página web de la sociedad o, en el caso de que no exista, en un periódico de gran circulación en la provincia en que la sociedad tenga su domicilio”.

¹⁵¹⁴ Art. 359 LSC “Escritura pública de adquisición. En el caso de adquisición por la sociedad de las participaciones o acciones de los socios afectados, efectuado el pago del precio o consignado su importe, los administradores, sin necesidad de acuerdo específico de la Junta General, otorgarán escritura pública de adquisición de participaciones sociales o de acciones, sin que sea preceptivo el concurso de los socios excluidos o separados, expresando en ella las

la escritura de emisión de las obligaciones (art. 407 y s LSC)¹⁵¹⁵, el acuerdo de fusión (art. 470 LSC)¹⁵¹⁶, el acuerdo de disolución (art. 364 LSC)¹⁵¹⁷, o la constitución de sociedad por Holding (art. 471 LSC)¹⁵¹⁸.

En tercer lugar, la expresión incluirá también a todos aquellos “documentos exigidos por normativa específica o sectorial (banca, seguros, mercado de valores) o por las autoridades administrativas encargadas de su control, como lo es el Banco de España para el sector del crédito, la Dirección General de Seguros para el seguro y, en fin, la exigida por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en función de supervisión e inspección de los mercados

participaciones o acciones adquiridas, la identidad del socio o socios afectados, la causa de la separación o de la exclusión y la fecha de pago o consignación”.

¹⁵¹⁵ Art. 407 LSC “Escritura pública e inscripción. 1. La emisión de obligaciones se hará constar siempre en escritura pública, que contendrá los datos siguientes: a. El nombre, capital, objeto y domicilio de la sociedad emisora; b. Las condiciones de emisión y la fecha y plazos en que deba abrirse la suscripción; c. El valor nominal, intereses, vencimiento y primas y lotes de las obligaciones, si los tuviere; d. El importe total y las series de los valores que deban lanzarse al mercado; e. Las garantías de la emisión; f. Las reglas fundamentales que hayan de regir las relaciones jurídicas entre la sociedad y el sindicato y las características de éste/ 2. No se podrán poner en circulación las obligaciones hasta que se haya inscrito la escritura en los registros correspondientes.

Art. 408 LSC “Anuncio de la emisión. 1. Será requisito previo para la suscripción de las obligaciones o para su introducción en el mercado, el anuncio de la emisión por la sociedad en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* que contendrá, por lo menos, los mismos datos enumerados en el artículo anterior y el nombre del comisario/ 2. Los administradores de la sociedad que incumplieren lo establecido en el apartado anterior serán solidariamente responsables, ante los obligacionistas, de los daños que, por culpa o negligencia, les hubieren causado”.

¹⁵¹⁶ Art. 470 LSC “Inscripción de la sociedad resultante de la fusión. En el caso de que la sociedad anónima europea resultante de la fusión fije su domicilio en España, el registrador mercantil del domicilio social controlará la existencia de los certificados de las autoridades competentes de los países en los que tenían su domicilio las sociedades extranjeras participantes en la fusión y la legalidad del procedimiento en cuanto a la realización de la fusión y la constitución de la sociedad anónima europea”.

¹⁵¹⁷ Art. 364 LSC “Acuerdo de disolución. En los casos previstos en el artículo anterior, la disolución de la sociedad requerirá acuerdo de la Junta General adoptado con la mayoría ordinaria establecida para las sociedades de responsabilidad limitada en el artículo 198, y con el quórum de constitución y las mayorías establecidas para las sociedades anónimas en los artículos 193 y 201”.

¹⁵¹⁸ Art. 471 LSC “Publicidad del proyecto de constitución. 1. Los administradores de la sociedad o sociedades españolas que participen en la constitución de una sociedad anónima europea holding deberán depositar en el Registro Mercantil correspondiente el proyecto de constitución de esta sociedad. Una vez que tenga por efectuado el depósito, el registrador comunicará el hecho del depósito y la fecha en que hubiera tenido lugar al registrador mercantil central, para su inmediata publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*/ 2. La Junta General que deba pronunciarse sobre la operación no podrá reunirse antes de que haya transcurrido, al menos, el plazo de un mes desde la fecha de la publicación a que se refiere el apartado anterior”.

de valores”¹⁵¹⁹, siempre y cuando sean de obligatoria inscripción en el Registro Mercantil¹⁵²⁰.

En cuarto lugar, y estrictamente relacionado con las cuestiones relativas a la situación jurídica de la sociedad, se considerarán incluidos: la escritura de constitución de la sociedad conforme al art. 21 LSC¹⁵²¹; el informe sustitutivo de los administradores en relación a las aportaciones no dinerarias de la SA del que habla el art. 70 LSC¹⁵²²; la inscripción de nombramiento de los administradores según el art. 215 LSC; el acuerdo de modificación de los estatutos sociales como lo consagran los arts. 285 ss. LSC¹⁵²³; el acuerdo de disolución de la Junta General del art. 368 LSC¹⁵²⁴; la escritura pública de extinción de la sociedad que se contempla en el art. 395 LSC, que se llevará por parte de los liquidadores, que asumirán el rol de administrador de Derecho; el acuerdo de separación de socios del art. 349 LSC¹⁵²⁵; y en las sociedades anónimas cotizadas: el reglamento de la Junta General del que trata el art. 513 LSC y los documentos

¹⁵¹⁹ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 115.

¹⁵²⁰ Con la aprobación del art. 282 bis CP estos documentos, a pesar de cumplir con los requisitos del art. 290 CP entrarán en la esfera del citado art. 282 bis CP. Se da un conflicto de normas que se estudiará en el Cap. 9 de este trabajo.

¹⁵²¹ Art. 21 LSC “Otorgamiento de la escritura de constitución. La escritura de constitución de las sociedades de capital deberá ser otorgada por todos los socios fundadores, sean personas físicas o jurídicas, por sí o por medio de representante, quienes habrán de asumir la totalidad de las participaciones sociales o suscribir la totalidad de las acciones”.

¹⁵²² Art. 70 LSC “Informe sustitutivo de los administradores. Cuando las aportaciones no dinerarias se efectuaran sin informe de expertos independientes designados por el Registro Mercantil, los administradores elaborarán un informe que contendrá: a. La descripción de la aportación; b. El valor de la aportación, el origen de esa valoración y, cuando proceda, el método seguido para determinarla. Si la aportación hubiera consistido en valores mobiliarios cotizados en mercado secundario oficial o del mercado regulado del que se trate o en instrumentos del mercado monetario, se unirá al informe la certificación emitida por su sociedad rectora; c. Una declaración en la que se precise si el valor obtenido corresponde, como mínimo, al número y al valor nominal y, en su caso, a la prima de emisión de las acciones emitidas como contrapartida; c. Una declaración en la que se indique que no han aparecido circunstancias nuevas que puedan afectar a la valoración inicial”.

¹⁵²³ Art. 285 LSC “Competencia orgánica. 1. Cualquier modificación de los estatutos será competencia de la Junta General/ 2. Por excepción a lo establecido en el apartado anterior, salvo disposición contraria de los estatutos, el órgano de administración será competente para cambiar el domicilio social dentro del mismo término municipal”

¹⁵²⁴ Art. 368 LSC Disolución por mero acuerdo de la Junta General.

¹⁵²⁵ Artículo 349 LSC “Inscripción del acuerdo. Para la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura que documente el acuerdo que origina el derecho de separación, será necesario que la propia escritura u otra posterior contenga la declaración de los administradores de que ningún socio ha ejercitado el derecho de separación dentro del plazo establecido o de que la sociedad, previa autorización de la Junta General, ha adquirido las participaciones sociales o acciones de los socios separados, o la reducción del capital”.

que recojan los pactos parasociales del art. 531 LSC en el caso de que sea el administrador quien haga la inscripción en el Registro Mercantil.

Por el contrario, considero que no podrán estar incluidos dentro de la cláusula del art. 290 CP¹⁵²⁶, por no reunir algunos de los requisitos antes expuestos, los siguientes:

A) Por no ser documento de la sociedad.

Todos aquellos documentos que no sean obligatorios para las leyes mercantiles generales y sectoriales y que realice el administrador independientemente de cuál sea su destino. Entre éstos encontramos, por ejemplo aquellos que dispone la LMV.

B) Por no representar la situación jurídica o económica de la sociedad.

Por lo demás, la convocatoria a las Juntas indicada por el art. 166 LSC¹⁵²⁷ tampoco podrá ser considerado uno de los documentos que constituyan el objeto material del art. 290 CP, en este caso por tratarse de documentos que no representan una situación jurídica o económica de la sociedad en el sentido expresado anteriormente y por tanto no están englobados en la esfera de la cláusula utilizada por el legislador. Así también lista de asistentes en la constitución de la Junta del art. 192 LSC¹⁵²⁸, la convocatoria de sindicato de

¹⁵²⁶ En contra: SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 116 s., quien considera que también las Actas en las que se reflejen los acuerdos del órgano de administración y los informes que deben dirigir los administradores a los socios referidos.

¹⁵²⁷ Art. 166 LSC "Competencia para convocar. La Junta General será convocada por los administradores y, en su caso, por los liquidadores de la sociedad".

En el sentido de la consideración de que la simple inexistencia de la celebración de una Junta no encaja en el art. 290 CP AP Palencia 5-3-2009 (EDJ 2009/86899).

¹⁵²⁸ Art. 192 LSC "Lista de asistentes. 1. Antes de entrar en el orden del día se formará la lista de los asistentes, expresando el carácter o representación de cada uno y el número de participaciones o de acciones propias o ajenas con que concurren/ 2. Al final de la lista se determinará el número de socios presentes o representados, así como el importe del capital del que sean titulares, especificando el que corresponde a los socios con derecho de voto/ 3. En las sociedades de responsabilidad limitada la lista de asistentes se incluirá necesariamente en el acta".

obligacionistas del art. 422 LSC¹⁵²⁹; la convocatoria de la Junta General en el sistema dual que consagra el art. 492 LSC¹⁵³⁰ y el libro mayor¹⁵³¹.

C) Por no reunir la cualidad de ser un documento mercantil.

La Propuesta de distribución de beneficios, los documentos relativos a las participaciones recíprocas (art. 155 LSC)¹⁵³²; el acta de la Junta (art. 202 LSC)¹⁵³³; el acta del Consejo de Administración (art. 250 LSC)¹⁵³⁴. Ninguno de estos documentos reúne el requisito de solemnidad o publicidad que debe concurrir en los documentos mercantiles para que puedan ser diferenciados de los documentos privados¹⁵³⁵. En ninguno de estos supuestos se exige la

¹⁵²⁹ Art. 422 LSC “Facultad y obligación de convocar la asamblea. 1. La asamblea general de obligacionistas podrá ser convocada por los administradores de la sociedad o por el comisario. Éste, además, deberá convocarla siempre que lo soliciten obligacionistas que representen, por los menos, la vigésima parte de las obligaciones emitidas y no amortizadas/ 2. El comisario podrá requerir la asistencia de los administradores de la sociedad, y éstos asistir aunque no hubieren sido convocados”.

¹⁵³⁰ Art. 492 LSC “Convocatoria de la Junta General en el sistema dual. 1. En el sistema dual de administración, la competencia para la convocatoria de la Junta General corresponde a la dirección. La dirección deberá convocar la Junta General cuando lo soliciten accionistas que sean titulares de, al menos, el cinco por ciento del capital social/ 2. Si las juntas no fueran convocadas dentro de los plazos establecidos por el Reglamento (CE) n° 2157/2001 o los estatutos, podrán serlo por el consejo de control o, a petición de cualquier socio, por el juez de lo mercantil del domicilio social conforme a lo previsto para las juntas generales en esta Ley/ 3. El Consejo de control podrá convocar la Junta General de accionistas cuando lo estime conveniente para el interés social”.

¹⁵³¹ En este sentido sobre el libro mayor STS 26-9- 2001 (RJ 2001/7867)

¹⁵³² Art. 155 LSC “Notificación. 1. La sociedad que, por sí misma o por medio de una sociedad filial, llegue a poseer más del diez por ciento del capital de otra sociedad deberá notificárselo de inmediato, quedando mientras tanto suspendidos los derechos correspondientes a sus participaciones. Dicha notificación habrá de repetirse para cada una de las sucesivas adquisiciones que superen el 5 % del capital/ 2. Las notificaciones previstas en el apartado anterior se recogerán en las memorias explicativas de ambas sociedades.

¹⁵³³ Art. 202 LSC “Acta de la junta. 1. Todos los acuerdos sociales deberán constar en acta/ 2. El acta deberá ser aprobada por la propia junta al final de la reunión o, en su defecto, y dentro del plazo de quince días, por el presidente de la Junta General y dos socios interventores, uno en representación de la mayoría y otro por la minoría/ 3. Los acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten”. En contra CARREÑO AGUADO, La inveracidad en la información, 2013, 409 s.; RDPP 30 (2013), 91 ss.

¹⁵³⁴ Art. 250 LSC “Acta del Consejo de Administración. Las discusiones y acuerdos del Consejo de Administración se llevarán a un libro de actas, que serán firmadas por el presidente y el secretario”.

¹⁵³⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, Derecho penal económico, 2009, 51 “Aplicación concreta de las reflexiones anteriores debería ser también la exclusión del ámbitos de las falsedades típicas del art. 290 de las falsedades que se viertan en las actas, documento obligado y relevante, que recoge deliberaciones y decisiones, pero no estados o situaciones. Así lo afirman los

publicación de éstos en el Registro Mercantil o, en su caso, de tratarse de una sociedad cotizada, la exigencia de que sea publicitado en la página web. Sí son, sin embargo y como se ha dicho, documentos mercantiles los libros de actas y todas aquellas actas que sean elevadas a escritura pública y posteriormente inscritas en el Registro Mercantil, porque su contenido así lo exige¹⁵³⁶. Será el caso de las actas en las que se acuerda un aumento o disminución de capital, una distribución de beneficios... etc. Pero no por regla general las actas serán documentos mercantiles, sino que excepcionalmente podrán serlo, dependiendo de su contenido y en consecuencia de su inscripción o no en el Registro Mercantil, que será el más sencillo elemento de identificación de que se trate de documentos privados o documentos mercantiles.

Nos encontramos, por tanto, ante documentos privados de la sociedad, los cuales –como ha quedado patente- no son objeto de protección del art. 290 CP y de este modo quedarán fuera de la esfera del tipo. Sin embargo, sí que una vez que algunos de esos documentos, o los acuerdos contenidos en éstos, sean recogidos en, por ejemplo, el libro de actas de la sociedad (el cual debe ser depositado en el Registro Mercantil) adquirirán esa publicidad que hará que pasen a considerarse como documentos mercantiles, porque la eventual y potencial afectación a terceros entonces sí existe.

D) Por no estar en la esfera del administrador

monografistas FERNÁNDEZ TERUALES, MARÍNEZ BUJÁN PÉREZ y NUÑEZ CASTAÑO. Por lo demás, las actas plantean un nuevo problema que tiene que ver con el sujeto activo del delito. La imputación de falsedad en el ámbito societario (art. 290) sólo podría recaer materialmente sobre quienes afirman el hecho incierto, que en este caso son el secretario y el presidente. Lo que sucede es que quien en realidad lo afirma, el secretario, puede no ser consejero, es decir, administrador de hecho o de Derecho, con lo que cae fuera del círculo de posibles sujetos activos. Y quien sí lo es, el presidente, no es el redactor del acta, sino un mero avalista de su veracidad”.

Sobre como las actas de las sociedades no son objeto material de este delito SAP Palencia 5-3-2009 (JUR 2009/250177); SAP Pontevedra 1-12-2001 (ARP/2002/295); SAP Barcelona 2-11-200 (JUR 2001/60128).

¹⁵³⁶ Por tanto si un acta se eleva al Registro Mercantil sí será un documento mercantil porque reunirá ya las características de un documento mercantil y adquirirá la potencialidad de tener una mayor transcendencia en el tráfico jurídico. V. la SAP Madrid 6-6-2001 (APR 2001/632) “Es condenado el acusado por el delito societario que se le imputaba, toda vez que el apelante no ha puesto en duda que la elevación a públicos documentos de determinados acuerdos sociales, concretamente su nombramiento como administrador único de la sociedad, lo fue sin la necesaria convocatoria y celebración de la junta de accionistas, sino que le dejó a uno de sus hijos que firmara, como secretario, una certificación como que se había celebrado tal Junta, cuando ello no era cierto”.

Serán todos aquellos que no sean redactados o elevados a escritura pública e inscritos por el administrador. Algunos de estos casos serán aquellos en que es el Secretario del órgano colegiado quien inscribe el documento en el Registro Mercantil.

Como se decía anteriormente ésta no pretende ser una lista absolutamente cerrada de documentos que podrán ser falseados por los administradores de una sociedad y que sí permiten, a través de su afectación, poner en peligro el patrimonio de la sociedad, socios o terceros, y por ende ser punibles. Lo que he tratado de hacer es, sobre todo, esbozar unos criterios que deberán revisarse en cada caso, para determinar si el documento ante el que nos encontramos en concreto reúne las cualidades expuestas y será objeto del tipo o, por el contrario, no lo será y nos encontraremos ante un documento privado, ante un documento que no deba reflejar la situación jurídica o económica de la empresa, o ante un documento que esté fuera de la esfera del administrador. En todos esos casos se dará lugar a que la conducta sea impune conforme al art. 290 CP, aunque pueda eventualmente inscribirse en otra figura delictiva.

Así, el objeto material del delito del art. 290 CP se reduce a los documentos de la sociedad, que representen la situación jurídica o económica de la sociedad, que sean documentos mercantiles y documentos que se encuentren dentro de la esfera del administrador. Estos criterios serán los que de igual manera permitirán determinar cuáles serán documentos del art. 290 CP en otras estructuras sociales que encajan en el tipo, en el concepto de sociedad, como ya se determinó en el Cap. 1 de este trabajo.

CAPÍTULO 6:

PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA AUTORÍA

I. CUALIDADES REQUERIDAS EN EL SUJETO ACTIVO

Siguiendo con el análisis de los elementos que configuran la tipicidad, llegamos ahora al tema de la calificación del sujeto activo respecto al que se exige que sea administrador de hecho o de derecho de una sociedad. Tratándose, el delito estudiado, de un delito especial propio es fundamental analizar con amplitud quiénes pueden ser, por tener las calidades requeridas, sujetos activos del art. 290 CP.

Así, en este capítulo, se indicará qué se entiende por administrador de hecho y de derecho, pero también se abordarán las cuestiones directamente relacionadas con la autoría. Conviene aclarar que si bien se entiende que la autoría y la participación se ubican para su exámen dogmático en la tipicidad de la conducta, al hacer referencia a las diferentes formas en que se puede intervenir en el delito¹⁵³⁷, en este capítulo se abordarán los problemas relativos a la actuación del sujeto activo; es decir, aquellas cuestiones que tratan de la autoría. La participación, en cambio, será analizada en el próximo capítulo.

A. Planteamientos de partida

1. Puesto que se abordarán cuestiones referidas a quien intervenga en el delito como autor, en cualquiera de sus manifestaciones: autoría directa, autoría mediata y coautoría, así como a las modalidades del actuar a través de otro, es imprescindible indicar de qué planteamientos se parte al respecto, pues éstos evidentemente incidirán en los desarrollos posteriores.

En primer lugar, he de adelantar que en este trabajo se asume un concepto restrictivo o diferenciador de autor, según el cual no todo aporte causal configura autoría, sino que existen otras formas de intervención como las comprendidas en la participación: inducción, cooperación necesaria y complicidad¹⁵³⁸.

¹⁵³⁷ MIR PUIG, Derecho penal, PG, 9ª, 2011, 374 ss.

¹⁵³⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, REJ 10 (2008), 13 ss. Para un resumen de las diferentes posiciones sobre la autoría en diversos países europeos, véase PÉREZ CEPEDA, La responsabilidad, 1997, 319 ss.

Dentro de esta concepción, la autoría se plantea de una manera restrictiva, ya que se considera que es la más adecuada desde la perspectiva de un Derecho penal mínimo y garantista, de suerte que para abarcar en la descripción típica a algunos de los intervinientes, ésta tenga que verse ensanchada por la figura de la participación.

Al contrario, para los conceptos unitario y extensivo de autor, todo sujeto que intervenga en el delito habrá de ser considerado autor (concepto unitario¹⁵³⁹), si bien la ley puede restringir esa situación estableciendo diferenciaciones -objetivas o subjetivas¹⁵⁴⁰- entre las intervenciones, por motivos de política criminal (concepto extensivo¹⁵⁴¹). Desde esta postura, los tipos penales abarcan toda intervención y por ende no requieren de dispositivos que amplifiquen la punibilidad como la participación.

Sin profundizar sobre este asunto, que excede de los objetivos de este trabajo, bastará con decir, para la justificación de la adopción en esta tesis de un concepto restrictivo de autor, que es éste el que permite un mejor perfilamiento de los tipos, "...lo que lo convierte en más acorde con el mandato de determinación o concreción de los tipos penales, y, por tanto, con el Derecho penal propio de un Estado de Derecho. El concepto restrictivo de autor hace más

¹⁵³⁹ El concepto unitario de autor se basa en la teoría de la equivalencia de las condiciones, y entiende así que todo sujeto que aporta causalmente al delito es autor, no habiendo lugar a la diferenciación de las intervenciones. Sobre el tema ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 2000, 24 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DPC 76* (2004), 2004, 36, señala que el concepto unitario ha sido rechazado por la mayoría de la doctrina para los delitos dolosos, pero aceptado por la misma para los delitos imprudentes. En igual sentido LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *DPC 2* (2003), 91, 93; también PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, 1990, 275.

¹⁵⁴⁰ Diferenciando dos clases de concepto extensivo de autor, uno objetivo y otro subjetivo, vid., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 255. También es clara la explicación que de estas tesis realiza PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad*, 1997, 337 ss., quien además hace un análisis de las consecuencias que para la responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración de las sociedades traería la aplicación de tal tesis.

¹⁵⁴¹ Con el concepto extensivo de autor se entiende que los tipos de la parte especial de los códigos penales abarcan toda forma de intervención, y que si se presenta una regulación de la participación en la parte general es para constituir una limitación de la responsabilidad. Así, la participación sería una especie de atenuación de la pena para algunos intervinientes, pues todo interviniente sería, en principio, considerado autor. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006, 293, entiende que: "El concepto extensivo de autor, [...], es defendido casi siempre desde una perspectiva de *lege lata* en el marco de sistemas diferenciadores entre autoría y participación. En este sentido, ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 2000, 29, expresa: "...resulta particularmente notable que el concepto extensivo de autor, obtenido mediante un planteamiento valorativo, con abandono expreso del naturalístico-cognoscitivo, apenas se distinga del concepto unitario de autor del método causal". Sobre el concepto extensivo, Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, PG, 1995, 721; MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 9ª, 2011, 377 s.

tolerables las lagunas de punición, mientras que los olvidos del legislador desde un concepto unitario de autor se traducirían en una punición excesiva¹⁵⁴². Además, de no aceptarse la tesis restrictiva de la autoría, se llegaría "...a la responsabilidad por comportamientos que aún no han exteriorizado perturbación social alguna"¹⁵⁴³.

Adicionalmente, esta posición acerca de la autoría es plenamente sostenible frente a nuestro CP, en la medida en que allí se diferencian las intervenciones cuando en el art. 27 CP se habla de las responsabilidades de autores y cómplices. Ahora bien, en el art. 28 CP (conjuntamente con los arts. 30 y 31) el legislador parece incluir a los inductores y a los cómplices (con la expresión: "también son considerados autores") dentro del concepto de autor¹⁵⁴⁴, más cuando en el art. 29 CP se afirma que "son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos". Pero la doctrina ha venido afirmando que el apartado primero del art. 28 CP se refiere a los autores, y el segundo a quienes, sin serlo son considerados tales a efectos de pena. Es decir, son partícipes pero responden con igual pena que el autor, tanto los inductores como los cooperadores necesarios, mientras que los partícipes en calidad de cómplices tienen su consagración legal en el art. 29 CP y responden con una pena menor.

La principal consecuencia que se derivará de asumir esta tesis será que nos regiremos en materia de participación por el principio de accesoriedad¹⁵⁴⁵.

¹⁵⁴² LUZÓN PEÑA/ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, DPC 2 (2003), 94. Vid. también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 453.

¹⁵⁴³ ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 119.

¹⁵⁴⁴ Expresa este problema sistemático y terminológico de la norma DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal español*, PG, 2009, 310, indicando que "Es de lamentar que los inductores y cooperadores necesarios se incluyan entre los codelincuentes indirectamente, mediante una referencia a los autores. En cuanto se "consideran" autores –art. 28 p. 2-, aunque no lo "son" –art. 28 pág. 1-. Sin que gocen de una mención expresa en el art. 27. Y que tal imprecisión conceptual persista en otros artículos. Como es el caso de los arts. 30.2, 61 y 62".

¹⁵⁴⁵ Al respecto, PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, 1999, 327, expresa: "La cualidad de la conducta objeto de referencia ya no es indiferente: se ha de tratar de un comportamiento que también en el caso de actuar una sola persona convertiría a ésta en autora del delito en cuestión. El significado primario del principio de accesoriedad de la participación es, pues, el de definir estrictamente el ámbito de lo punible. Como ha señalado Samson, el sometimiento al principio de accesoriedad garantiza que «la extensión de la punibilidad a los partícipes se alcance sin difuminar los límites del tipo». Por su parte, ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 220, manifiesta: "En tanto la conducta del interviniente sea en sí misma

Esto, en cuanto a la autoría, que es lo que ahora nos compete, brinda un carácter independiente a la responsabilidad del autor, frente al accesorio de la responsabilidad del partícipe. En este sentido, se expresan LUZÓN y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO:

“En un sistema de autoría restrictiva, la mayor urgencia en prohibir un comportamiento de autoría frente a uno de participación se deduce no sólo ni principalmente del marco penal al que se somete cada figura, sino más bien del hecho de que la conducta de autoría se prohíbe autónomamente (si bien con las limitaciones que la imputación recíproca supone en la coautoría que, en este sentido, comparte algunos caracteres con la participación en sentido estricto), mientras que la prohibición de la conducta del partícipe se hace depender, por un lado, de la propia actuación de éste (que evidentemente realiza su propio injusto), pero, además, por otro, de que la actuación del autor revista ciertas características (accesoriedad de la participación). [...] Por tanto, en la fundamentación de un concepto restrictivo de autor es fundamental la atención a la presencia de una responsabilidad autónoma o (parcialmente) accesoria”¹⁵⁴⁶.

2. Llegados a este punto habrá que precisar qué tesis se asume, dentro de las teorías restrictivas de la autoría, en cuanto al criterio de determinación de la autoría y su distinción con la participación. En este sentido se sigue la tesis elaborada, a partir de los planteamientos sobre el dominio del hecho de ROXIN¹⁵⁴⁷, la de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, denominada de la “determinación objetiva y positiva del hecho”¹⁵⁴⁸.

Así, para LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, autor es quien realiza el tipo, o aquel cuya conducta es subsumible en éste: “Determinantes y, por tanto, de autoría serán las conductas que supongan un dominio del hecho, del acontecer típico, es decir, aquellas que decidan el sí y el cómo del mismo.

considerada atípica (no realización completa de un tipo), sólo podrá ser llevado a la responsabilidad mediante la imputación por accesoriedad, esto es, por el acceso a un tipo y no por la realización completa del mismo (en este sentido, pero sólo en éste, es decir, en el sentido de agregación puede hablarse de dependencia respecto del hecho principal)”. Se advierte que se realizará un análisis de la accesoriedad de la participación en el próximo capítulo.

¹⁵⁴⁶ LUZÓN PEÑA/ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, DPC 2 (2003), 98.

¹⁵⁴⁷ Especialmente los recogidos en ROXIN, Autoría y dominio del hecho, 1998, 697.

¹⁵⁴⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Autoría, 1991, 625 ss; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, DPC 2 (2003), 96; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, REJ 10 (2008), 19 s

Según lo sostiene el último de los autores citados, esta teoría marca diferencias frente a la teoría del dominio del hecho de ROXIN, especialmente frente al caso de la coautoría: "...la coautoría sólo se da cuando varios sujetos acordados y dividiéndose el trabajo realizan en conjunto la acción que determina positivamente el sí y el cómo del hecho. Esta acción no puede ser otra que la que sirve para decidir quién es autor individual inmediato y quién es autor mediato por realizar esa acción a través de otro. La acción es siempre la misma, aunque la estructura de su realización varía en cada caso: unas veces se realiza inmediatamente, otras a través de otra persona, y otras junto con otra u otras personas"¹⁵⁴⁹.

Este criterio, a diferencia del sostenido por WELZEL, quien expone inicialmente esta idea para los delitos dolosos¹⁵⁵⁰ y de lo elaborado por ROXIN, quien precisó las tesis del anterior autor, es aplicable también a los delitos imprudentes, al no considerar el dolo como elemento esencial para afirmar o no el dominio, que es presentado como objetivo¹⁵⁵¹. Además, al indicar que el dominio debe ser positivo¹⁵⁵², se da un alejamiento del "dominio funcional del hecho" que para la coautoría plantea ROXIN, limitando mucho más, de esta manera, las conductas que pueden considerarse de coautoría.

ROXIN se ha opuesto a estas derivaciones del dominio del hecho, al señalar: "A mi juicio, la concepción de DÍAZ restringe en exceso la coautoría, porque la cooperación "positiva" en la acción delictiva, tal como él la entiende, ya constituye de por sí autoría directa [...]; así pues, los supuestos más importantes en la práctica son precisamente aquellos que Díaz propugna extraer de la coautoría como manifestaciones del dominio del hecho negativo"¹⁵⁵³.

¹⁵⁴⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Autoría, 1991, 677.

¹⁵⁵⁰ Señalando a WELZEL como precursor de la teoría del dominio del hecho, junto con LOBE, GALLAS y MAURACH, v. JAKOBS, en: Modernas tendencias, 2001, 619.

¹⁵⁵¹ LUZÓN PEÑA/ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, DPC 2 (2003), 104. También, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Autoría, 1991, 625 y ss.

¹⁵⁵² LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, DPC 2 (2003), 110 s., consideran que: "Será la [conducta] de quien determine positivamente el hecho la que más directamente se enfrente a la prohibición típica y la que la norma prohibitiva [...] tenga un interés más inmediato en evitar y, por tanto, esa será la conducta de autoría". En igual sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Autoría, 1991, 669.

¹⁵⁵³ ROXIN, Autoría y dominio, 2000, 732.

Personalmente considero que la introducción de la exigencia de que el dominio sea positivo, tiene precisamente la ventaja de restringir la coautoría a casos que realmente sean de autoría; y ello es lo que parecen acoger la mayoría de las legislaciones cuando señalan la misma sanción para la autoría y la coautoría.

De acuerdo con lo anterior, en este trabajo se comparte la visión de que el criterio para determinar la autoría es el dominio del hecho, pero un dominio positivo en el que no baste una mera posibilidad de interrupción, ni tampoco un dominio negativo (que implica un aporte esencial que si se retira puede desbaratar el plan), sino un dominio que siempre irá referido a la redacción de los tipos de la Parte especial, resaltando la estrecha relación entre autoría y realización típica.

En efecto, de acuerdo a estos autores se requiere para hablar del dominio del hecho propio de la autoría en sus diferentes modalidades (autoría directa, autoría mediata y coautoría), no sólo un aporte esencial sin el cual el hecho desaparecería (elemento negativo) sino una determinación del sí y del cómo de hecho, que haga que éste avance (elemento positivo). Esta es la tesis que aquí se sigue aunque con una salvedad: la postura de estos autores no implica exigir, como un requisito para la determinación de que se está ante una coautoría, la actuación directa en la fase ejecutiva¹⁵⁵⁴, mientras que se considera que tal elemento pone un límite necesario y que responde al principio de estricta legalidad. De cualquier modo es cierto que tal exigencia no cambiará la manera en que se defina la autoría prácticamente en ningún caso, pues es difícil pensar un ejemplo en que no se actúe en la fase ejecutiva del delito, y sin embargo se conserve el control de la determinación del sí y el cómo del hecho típico. No obstante, se considera conveniente mencionar que será un requisito para la autoría la intervención en fase ejecutiva.

Así, se parte sin dudas de una configuración de la autoría que estará limitada, siempre, por la referencia al tipo penal, dentro de un estricto respeto al principio de legalidad y a los postulados de un Derecho penal del hecho; y en

¹⁵⁵⁴ Exigencia que sí traen, entre otros, MIR PUIG, Derecho penal, PG, 9ª, 2011, 383; ROXIN, Autoría y dominio del hecho, 2000, 323 ss., quien asume que la exigencia de actuación en fase ejecutiva no implica necesariamente la presencia física del sujeto en el lugar de comisión del delito.

este sentido, se atiende la tesis de LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en cuanto a que una conducta de autoría será aquella que "...más directamente se enfrente a la prohibición o mandato contenido en la norma típica, o sea, la que más directamente realice el injusto típico, la que de modo directo (que no hay que confundir con inmediato) lesione o ponga en el peligro descrito por el tipo de la parte especial el bien jurídico protegido por el mismo..."¹⁵⁵⁵.

B. Particularidades de la determinación objetiva y positiva del hecho en los delitos especiales

Entendiendo que los delitos especiales caben dentro de lo que se han llamado "delitos de dominio"¹⁵⁵⁶, será el dominio del hecho el criterio que allí se emplee para determinar la autoría, como ocurre en todos los delitos y, de acuerdo a la tesis aquí asumida, a través del criterio específico de la determinación objetiva y positiva del hecho. Sin embargo, por las

¹⁵⁵⁵ LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, DPC 2 (2003), 96. La cita indicada adquiere importancia, considerando, como lo hace DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Autoría, 1991, 676, que: "...en general, el concepto del dominio del hecho, con la amplitud con que lo concibe la doctrina mayoritaria, y sobre todo aplicado a la coautoría, representa una extensión [...] lo demuestran las propias afirmaciones de los defensores de la teoría del dominio del hecho, cuando observan que el dominio del hecho permite una delimitación valorativa, de modo que quien no realiza personalmente el tipo, sea equivalente a quien sí lo hace, o que el dominio funcional del hecho no debe ser comprendido de una forma demasiado estrecha, que se refiera estrictamente a la realización del tipo, o que el dominio del hecho en la coautoría supone una ampliación de la autoría, o que el tipo hay que entenderlo de una forma material que amplíe su tenor literal y que permita comprender en él conductas que quedan fuera del tipo legal..." Este mismo autor, en la obra citada, manifiesta también en la p. 640, que para evitar el sentido en que algunos emplean el dominio del hecho, como "un criterio que permite fundamentar la autoría más allá del tipo estricto, que permite una "relajación" del tipo o una ampliación del mismo, es decir que, sin confesarlo (o sin ser conscientes de ello), estos autores utilizan el dominio del hecho como un criterio para sobrepasar el verdadero concepto restrictivo de autor y tender ciertos puentes hacia el extensivo...", debe establecerse una concepción diferente, desde la cual, según lo plantea en la p. 641, "el criterio del dominio objetivo y positivo (o determinación objetiva y positiva del hecho) va referido exclusivamente y en todos los casos (autoría inmediata, mediata y coautoría) a la realización de la acción típica..."

¹⁵⁵⁶ Vid. RUEDA MARTÍN, DPC 7 (2004), 132 "Cuando los tipos delictivos protegen los bienes jurídicos podemos considerar, de acuerdo con un amplio sector de la doctrina al que me adscribo, que estos son "delitos de dominio". Esto por cuanto el criterio de imputación penal es el "dominio del hecho", en la medida en que se prohíbe a todos los individuos la realización de acciones que quedan dentro de sus posibilidades de actuación, tendentes a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico". En contra de esta perspectiva en la doctrina española al asumir los delitos especiales como pertenecientes a la muy discutida y discutible categoría de los delitos de infracción de deber: BERRUEZO, infracción de deber, 2009, 16; OSSANDÓN, PC 1 (2006), 7, 13; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, infracción de deber, 2002, *passim*.

particularidades de los delitos especiales, esa determinación tendrá algunas características adicionales frente al delito del art. 290 CP. Para mostrarlas se acudirá a diversos y dispersos pronunciamientos de la doctrina, para a partir de ellos indicar la posición que se asumirá.

Por un lado, SCHÜNEMANN considera que la clave para la elaboración de un criterio de determinación de la autoría se encuentra en la autoría directa y consiste en un concepto tipológico del dominio del hecho¹⁵⁵⁷, en un “dominio sobre el fundamento del resultado”¹⁵⁵⁸, que se concreta en el dominio que ejerce el autor sobre una fuente de peligro como causa esencial del resultado, o sobre una situación de desamparo del bien jurídico. Este autor asume también que su propuesta es aplicable a todos los delitos sin que haya necesidad de construir criterios diversos para supuestos delitos de infracción de deber, incluyendo los omisivos. En estos últimos, considera que se presenta una infracción de deber que acompaña al dominio, por lo que, a diferencia de lo que sucede en los delitos de comisión, el dominio que configurará allí la autoría no es un simple dominio del hecho, sino un “dominio preestablecido sobre el suceso”, el cual hace referencia al control sobre un ámbito social¹⁵⁵⁹.

¹⁵⁵⁷ SCHÜNEMANN, DPCrim 75 (2004), 19 s., donde afirma: “Como todo individuo domina su propio comportamiento en tanto que no presente defectos de conducción, es entonces el dominio sobre el propio movimiento corporal como fundamento del resultado lo que funda la posición de autor en la estructura más simple del delito. [...] / Cuando se recuerda qué elementos caracterizan a las clases de autoría de los delitos comunes de comisión, se desprende forzosamente que se puede continuar con la misma tipología para los delitos impropios de omisión y los delitos especiales, buscando otras expresiones del tipo del dominio. El hecho de que ROXIN no haya seguido este camino en el año 1963, sino que haya propagado la categoría de los delitos de infracción de deber (Pflichtdelikte), supuestamente muy diferente a los delitos de dominio, se explica, en mi opinión, por la circunstancia de que él partía del estado de las nociones generales de aquel entonces, tanto en sentido jurídico-teórico como también en relación con la dogmática de los delitos de omisión. Por tanto, desarrolló, sobre una base que desde la perspectiva actual es obsoleta en un doble sentido, una concepción acorde de autoría que, por esa razón, hoy también es obsoleta. La estructura lógica del concepto tipológico (typus) ha sido explicada sólo en la teoría del Derecho más reciente, en el sentido de que se trata de un concepto con varios elementos graduables por sí mismos (dimensiones). Este concepto no puede ser definido en el sentido clásico, sino sólo puede ser concretado mediante reglas de semejanza de casos, en las que las diversas dimensiones están representadas por diversas expresiones respectivas”.

¹⁵⁵⁸ GRACIA MARTÍN, El actuar en lugar de otro, I, 1985, 340, afirma: “Mediante una serie de deducciones lógico-objetivas establece SCHÜNEMANN el criterio de imputación común a la acción y a la omisión: 1) La persona domina absolutamente su cuerpo y sus movimientos; 2) El movimiento corporal es el fundamento inmediato del resultado; 3) Pero el dominio sobre el movimiento corporal, es el fundamento mediato del resultado. Reduciendo esta complejidad mediante una abstracción; “el dominio sobre el fundamento del resultado” (Herrschaft uber den Grund des Erfolges) es el fundamento de la imputación a la persona”.

¹⁵⁵⁹ V. SCHÜNEMANN, DPCrim 75 (2004), 21 ss.

Ahora bien, tomando gran parte de la construcción de este autor alemán¹⁵⁶⁰, aunque alejándose en cuanto a hacer depender la imputación de una esfera ontológica y no de una normativa¹⁵⁶¹, GRACIA MARTÍN desarrolla su concepto de “dominio social”, concepto que, en mi opinión, brinda elementos muy importantes para incorporar a la determinación objetiva y positiva frente a los delitos especiales, y en concreto, respecto al delito analizado¹⁵⁶².

Efectivamente, este autor sostiene que el criterio del dominio es adecuado tanto para los delitos comunes como para aquellos en donde se exijan ciertas calidades del sujeto activo (es decir, los delitos especiales). En los primeros, se trata de un “dominio del hecho”, pues allí el bien jurídico puede normalmente ser agredido por toda persona. En los segundos, en cambio, el autor utiliza el término “dominio social”, referido a la posibilidad normativa de ejercicio del dominio del hecho, en virtud de que allí los bienes jurídicos, por existir sólo dentro de determinadas estructuras sociales, únicamente pueden ser agredidos, no desde un plano ontológico sino desde uno normativo, por algunos sujetos especialmente caracterizados¹⁵⁶³. De esta manera, “...el dominio social

¹⁵⁶⁰ Así como de BOTTKE, según lo indica RUEDA MARTÍN, DPC 7 (2004), 140.

¹⁵⁶¹ GRACIA MARTÍN, El actuar en lugar de otro, I, 1985, 344, critica a la concepción de SCHÜNEMANN, el que “...el dominio sobre la causa fundamental del resultado no puede ser la fuente material de la posición de garante”. Y continua indicando, que al basarse SCHÜNEMANN en un dominio actual sobre el fundamento del resultado, se desplazan los elementos de la posición de garante de una esfera normativa a una ontológica, y así es imposible distinguir la omisión propia de la impropia; Agregando, pág. 345, que: “Político-criminalmente no resulta satisfactorio hacer depender la existencia de una posición de garante de lo que suceda “actualmente”. Además, pág. 357, sostiene que el dominio social no es un criterio de contenido ontológico, sino “...un criterio normativo mediante el que se averigua las posibilidades de un sujeto de realizar la acción típica, única forma de que adquiera relevancia jurídico-penal la producción del resultado”.

¹⁵⁶² También MUÑOZ CONDE, en: Modernas tendencias, 2001, 501; GÓMEZ MARTÍN, Los delitos especiales, 2006, 209 ss., aunque con los matices, entre otros, de la pág. 224 “Las teorías que nos ocupan siguen topando, en mi opinión, con un obstáculo difícilmente salvable: la extraordinaria vaguedad del concepto “dominio del hecho”.

¹⁵⁶³ Vid. GRACIA MARTÍN, El actuar en lugar de otro, I, 1985, 351. Y también la pág. 305 donde expresa “Muchos bienes jurídicos tienen existencia real sólo en determinados ámbitos sociales, de tal manera que sólo las personas que actúan en esos ámbitos guardan una estrecha relación con los mismos y “dominan” las posibilidades de agresión. Cuando el legislador crea una figura especial tiene *in mente*, desde luego, la especial desprotección en que el bien jurídico se halla respecto de tales sujetos y el “dominio” de éstos sobre la vulnerabilidad del bien jurídico. [...] desde un punto de vista material, los elementos de la autoría de los delitos especiales caracterizan a sujetos que poseen un dominio sobre la esfera en la que se inscriben los bienes jurídicos protegidos. Ello supone que tienen el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, o si se prefiere, por utilizar una expresión más abstracta el dominio social. Los delitos especiales son delitos de dominio social”. Igualmente, agrega este autor que no se puede prescindir, en los delitos especiales, del dominio finalista del hecho, puesto que muchos de estos describen modalidades específicas de acción, y otros son delitos de resultado material. Según él, en la

significa la situación de dependencia de un bien jurídico involucrado esencial u ocasionalmente en una función cuyo ejercicio es monopolio de una clase de sujetos”¹⁵⁶⁴. “Para los delitos de dominio social sólo son *adecuadas* para producir la lesión o peligro del bien jurídico protegido una cierta *clase* de acciones”¹⁵⁶⁵. Y se trata de acciones más o menos indisolubles al ejercicio de la función del sujeto cualificado. Respecto a la concepción de GRACIA MARTÍN, son importantes también las consideraciones de GÓMEZ MARTÍN¹⁵⁶⁶, en el siguiente sentido “aquella según la cual para interpretar correctamente aquellos tipos especiales en los que el legislador habría limitado al ámbito de protección de la norma, mediante la redacción de la conducta típica, resultaría de utilidad distinguir entre los conceptos de “*status*” y “función”. Esto es, entre la posición jurídica, económica o social que el sujeto ocupa en la sociedad y la actividad social o institucional que le corresponde desarrollar, respectivamente. Es cierto, como afirma Gracia, que si en la mayoría de los delitos especiales puede asegurarse que el *intrañeus* es el sujeto que ostenta el dominio del riesgo típico, ello no obedece al hecho formal de que el sujeto ostente un determinado *status*, sino a la función que materialmente desarrolla. En los delitos especiales, la esencia del dominio del riesgo típico no residiría en la formalidad del *status* sino que se basaría en la función materialmente realizada por el sujeto. Lo que al sujeto le confiere dominio, capacidad de disposición sobre el bien jurídico, no sería, en suma, el *status*, sino el ejercicio de la función en que se encuentra implicado el bien jurídico”.

Así, el dominio social se caracteriza, además de por los elementos propios del dominio del hecho (GRACIA MARTÍN habla específicamente del dominio finalista del hecho), por la accesibilidad limitada al bien jurídico protegido, a la que ya se había hecho referencia al explicar la posición que frente al bien jurídico implica la calidad del sujeto activo. De este modo, “en el sentido explicado el dominio social se muestra como un criterio normativo que se

mayoría de los delitos especiales, la acción típica queda fuera del ámbito de posibilidades del extraño. Y sostiene en la p. 354: “En los delitos con elementos especiales de la autoría, la posibilidad de actuar con dominio del hecho (esfera ontológica) y ser, por tanto, autor, presupone alguna exigencia normativa como contenido del tipo de lo injusto”.

¹⁵⁶⁴ GRACIA MARTÍN, El actuar en lugar de otro, I, 1985, 368.

¹⁵⁶⁵ GRACIA MARTÍN, El actuar en lugar de otro, I, 1985, 369.

¹⁵⁶⁶ GÓMEZ MARTÍN, Los delitos especiales, 2006, 213.

concreta en las condiciones de posibilidad de ejercicio del dominio del hecho o si se prefiere de la realización de la acción *típica*¹⁵⁶⁷. Y por ello mismo esta tesis abre una vía para resolver los problemas que llevan a que algunos autores sostengan la existencia, que como ya se indicó aquí se rechaza, de los delitos de infracción de deber. Como expone GRACIA MARTÍN “cuando el legislador parte de que la misión del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, la construcción de tipos delictivos especiales no la orienta en la idea *negativa* de la infracción del deber que incumbe al *papel social* desempeñado por el sujeto, sino en la idea *positiva* del “ejercicio del poder” mediante la actualización de una función, es decir, se guía por el criterio rector del “dominio sobre la estructura social, o lo que es lo mismo, por el criterio del “dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico”¹⁵⁶⁸.

Por su parte, GÓMEZ MARTÍN¹⁵⁶⁹, siguiendo a GRACIA MARTÍN, estima que el bien jurídico protegido en los delitos especiales, se halla en una esfera social –cerrada (delitos especiales propios) o abierta (delitos especiales impropios)- que implica que la autoría se da por un “dominio social”, sólo por quien ostente el “dominio social de la vulnerabilidad del bien jurídico”. Conforme a lo anterior, autor será quien domine el riesgo típico.

La consideración de que sólo algunos sujetos podrán ser autores, que normalmente se expresa en el requerimiento de una cualidad especial en el sujeto activo, como se ha podido observar es relevante también para determinar cuál será el criterio que indique si una conducta es de autoría, es decir, si determina objetiva y positivamente el hecho típico. En los delitos especiales, entonces, esa determinación sólo podrá realizarla quien –además de cumplir con

¹⁵⁶⁷ GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, 1985, 371. También, en esta misma obra, son relevantes dentro de lo que se viene exponiendo, las pp. 354-359, 372 y 375 s. A su vez, RUEDA MARTÍN, *DPC* 7 (2004), 151, expresa que “El criterio del “dominio social” sirve para averiguar las posibilidades que tiene un sujeto para realizar la acción típica, pues quien lo ostenta tiene un mayor acceso para lesionar o poner en peligro el bien jurídico. [...] A través del criterio del “dominio social” se determina el ámbito de protección de la norma de los delitos especiales. De todo ello se deduce la relación tan estrecha que existe entre el intraneus -funcionario público o autoridad- que ostenta el dominio social en el que se desarrolla la función pública, el bien jurídico y la acción típica en estos delitos”. De esta obra v., igualmente, las págs 140 ss.

¹⁵⁶⁸ GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I, 1985, 356.

¹⁵⁶⁹ GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006, 224 ss. y pág. 250 si bien considera, como se ha advertido anteriormente, que una de las críticas más importantes es la indeterminación precisamente del concepto de dominio del hecho.

la cualidad que indica el tipo y que por ello es un indicio de la capacidad lesiva del sujeto- se encuentre en una relación particular con el bien jurídico; esto es, a quien se le hayan atribuido, desde el derecho, ciertos poderes y facultades.

De cualquier modo, siguiendo con el análisis por categorías, estudiando el criterio para la determinación de la autoría y la participación en el art. 290 CP, se llega a la conclusión (a modo de posición asumida) de que el dominio del hecho tiene validez como criterio de determinación de la autoría también en los delitos especiales, entendiendo que en éstos se trata de un dominio “social”; es decir, un dominio que implica la existencia de una relación de poder del autor respecto a un determinado ámbito social¹⁵⁷⁰, que podría decirse genera en él ciertos deberes, al darse una vulnerabilidad especial del bien jurídico protegido (derivada de la valoración jurídica que realiza el Derecho penal, de acuerdo a su carácter fragmentario), que será la que permita que se pueda dar, también, la determinación objetiva y positiva del hecho típico (que sin referirse a lo empírico sino a lo jurídico, sólo puede darse con el cumplimiento de todas las exigencias típicas¹⁵⁷¹) y que será lo que en última instancia se tenga que verificar para imputar la responsabilidad penal a título de autoría¹⁵⁷².

Adicionalmente, si lo que determina la autoría es el dominio social o la determinación objetiva y positiva **en ámbitos restringidos** (como en este ámbito del delito especial prefiero llamarle), habrá que verificar que esa determinación

¹⁵⁷⁰ GRACIA MARTÍN, El actuar en lugar de otro, I, 1985, 361.

¹⁵⁷¹ Sobre esto son contundentes y fundamentales las siguientes afirmaciones de GRACIA MARTÍN, El actuar en lugar de otro, I, 1985, 363 “Empíricamente puede comprobarse en general que, de hecho, los bienes jurídicos protegidos por tipos especiales pueden ser atacados por la generalidad de los individuos de la comunidad. [...] Esto es cierto. Pero no puede servir de obstáculo a la tesis de la accesibilidad limitada al bien jurídico. Una objeción basada en la comprobación de que los *extranei* también puedan causar la lesión del bien jurídico del delito especial, pasa por alto la específica valoración autónoma del Derecho penal. Desde este punto de vista, la tesis de la limitación en la atacabilidad del bien jurídico es rigurosamente exacta. No importa que de hecho todos o casi todos puedan de uno u otro modo causar una lesión del bien jurídico del delito especial. Lo decisivo es que de todos los posibles ataques que ese bien jurídico pueda sufrir, sólo algunos han sido objeto de una valoración jurídico-penal específica y el resto ha quedado fuera de las fronteras del tipo correspondiente. En concreto, en los delitos especiales se han seleccionado sólo los ataques al bien jurídico si provienen de determinadas personas pertenecientes a un círculo. Es esta una expresión clara del principio de intervención mínima y, más exactamente, del carácter fragmentario del Derecho penal derivado de aquél. El Derecho penal como dice WELZEL, no protege los bienes jurídicos de un modo absoluto sino sólo frente a las formas más graves de agresión”

¹⁵⁷² Esto con los matices que se incorporarán por la especial y previa posición de los sujetos que se analizará en el siguiente apartado C), en concreto por tratarse de un delito especial de posición.

implique en su configuración el requisito adicional de la calidad especial del sujeto, la cual es la manifestación de que éste se encuentra en una especial situación de poder o acceso frente al bien jurídico tutelado. Como se puede observar, se toman algunos elementos de la posición desarrollada por GRACIA MARTÍN¹⁵⁷³ y RUEDA MARTÍN en cuanto al dominio social¹⁵⁷⁴, pero solo en lo relativo a la delimitación del marco de aplicación del tipo pues en cuanto a la definición del dominio se siguen los desarrollos, como ya se ha dicho, de LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO referidos a la determinación objetiva y positiva.

C. La especial y previa posición de los sujetos: por qué el tipo limita los posibles sujetos activos

1. Los arts. 290, 293, 294 y 295 CP recogen como el sujeto activo idóneo para realizar las conductas contenidas en esos tipos delictivos al administrador de hecho o de derecho de una sociedad. Se establece así la diferencia con respecto a los arts. 291 y 292 CP, también delitos societarios, en los cuales el administrador no está previsto como sujeto activo de la conducta sino que lo son los miembros de una Junta de accionistas o del órgano de administración de una sociedad constituida o en formación. Sin embargo, y aun con este matiz, la característica común de todos los delitos societarios es que se tratan de delitos especiales, ya sea porque el sujeto activo previsto sea el administrador de hecho o de derecho de una sociedad, o porque lo sean los miembros de una Junta de accionistas o de un órgano de administración.

Es claro que el legislador ha querido restringir el ámbito de posibles sujetos activos en los delitos societarios¹⁵⁷⁵; decisión que viene determinada porque, en el contexto de las sociedades, las particularidades que se presentan implican una serie de poderes que se permiten o conceden a ciertos sujetos para

¹⁵⁷³ GRACIA MARTÍN, El actuar en lugar de otro, I, 1985, 305 y 339 ss.

¹⁵⁷⁴ RUEDA MARTÍN, DPC 7 (2004), 140 s. "La doctrina ha reconocido que en los delitos especiales existen relaciones entre el sujeto idóneo del delito especial y el bien jurídico protegido, que constituyen el elemento esencial para determinar los motivos que han inducido al legislador a restringir la autoría en los delitos especiales".

¹⁵⁷⁵ FERNÁNDEZ BAUTISTA, El administrador, 2007, 271.

el funcionamiento de estos entes jurídicos, que hacen que existan y se puedan lesionar bienes como la «funcionalidad del documento» y que otros como el «patrimonio» sean más vulnerables. Entendiendo entonces que en estos supuestos –como en general ocurre en los delitos especiales¹⁵⁷⁶- el acceso al bien jurídico protegido tenga singularidades que son las que llevan a establecer la tutela sólo frente a ciertos sujetos, que se encuentran en una determinada situación jurídica subjetiva (formada por la posición previa del sujeto frente al bien y por la calificación jurídica indicada en el tipo¹⁵⁷⁷), dejando fuera las actuaciones de todos aquellos que no cuentan con la calificación que indica el tipo penal. Será por tanto necesario identificar qué sujetos pueden ser considerados *intranei*, es decir, quiénes reúnen las condiciones o cualidades que el tipo exige: en este caso ser administrador de hecho o de derecho de una sociedad. Una vez delimitada esta figura, esto es, cuando se determine esa condición especial y las cualidades específicas de ese estatus, podremos definir quiénes no podrán formar parte de ese círculo de personas, que serán entonces *extranei*, pudiendo tener el rol de partícipes pero no de autores¹⁵⁷⁸. Así, la protección penal está limitada a aquella lesión de los bienes jurídicos que provenga de los *intranei* o sujetos calificados, independientemente de que también, en algunos casos, un *extraneus* pudiera lesionar directamente ese bien, pero de una manera irrelevante a efectos de los tipos penales estudiados. Es decir, lo anterior se sostiene sin perjuicio de que los bienes jurídicos «funcionalidad del documento» (bien jurídico colectivo) y «patrimonio» (bien jurídico individual) puedan, eventualmente, ser materialmente vulnerados también por un *extraneus* (sujeto sin la calidad especial indicada en el tipo), pero el ordenamiento quiere limitar el círculo de lesiones sancionadas penalmente a las producidas por un grupo determinado de personas; lo que responde de manera adecuada, como ya se indicó, al principio de intervención mínima: ya que se decide intervenir con el Derecho penal en nuevos ámbitos como el societario, con técnicas de tutela amplias, como la protección de los bienes

¹⁵⁷⁶ V. RESTREPO RODRÍGUEZ, *I reati propi*, 2010.

¹⁵⁷⁷ Retomando las explicaciones al respecto de ALLEGRA, RP 1949, 166 ss., ya expuestas con anterioridad en el Cap. 3 de este trabajo.

¹⁵⁷⁸ FERNÁNDEZ BAUTISTA, *El administrador*, 2007, 272.

jurídicos colectivos, a la configuración de delitos de peligro (abstracto o hipotético), pero con una limitación, que en ese caso se da a través de la utilización de la figura de los delitos especiales¹⁵⁷⁹.

La necesaria condición de *intrañeus* del autor de un delito especial no obedece a una condición personal del sujeto (esto sería un criterio propio de un Derecho penal de autor totalmente inaceptable), sino a la especialidad del bien jurídico con el que íntimamente se relaciona.

2. Resulta adecuado retomar en este punto algunos de los apuntes que ya se hicieron en el Cap. 3 en relación al delito especial. Expuse cómo me alejo de un concepto complejo de delito especial, porque no sostengo que todos los delitos especiales tengan necesariamente un mismo fundamento¹⁵⁸⁰, aunque todos se caracterizan por el hecho de que la conducta sólo es típica en concepto de autoría cuando es realizada por determinados sujetos¹⁵⁸¹. Sin embargo, aun partiendo de un concepto de delito especial simple, debe estudiarse su fundamento y, considero –como ya se dijo– que, en el delito del art. 290 CP que aquí se analiza, el fundamento de la limitación de los sujetos activos que hace de éste un delito especial, se encuentra en la relación que éstos tienen con los bienes jurídicos allí tutelados; es decir, porque frente a los sujetos descritos el bien jurídico se presenta vulnerable -jurídicamente- de manera exclusiva¹⁵⁸², o

¹⁵⁷⁹ Los sujetos activos del delito de falsas comunicaciones sociales en Italia he de recordar son: los administradores, promotores, fundadores, los directores generales, los liquidadores y las personas que tengan en la sociedad el rol de redactar los documentos sociales pensando en los directores financieros de la empresa y en los administradores delegados de certificar la situación financiera de la empresa. Así v. NAPOLEONI, *Falsità nelle comunicazioni sociali*, 1996, 30 ss.; MAZZACUVA, *Il falso in bilancio*, 1996, 7 ss.; SCIUMBATA, *I reati societari*, 2ª, 2008, 6; ZANNOTTI, *Reati societari*, 2ª, 2009, 131. Pero además para todos los delitos societarios regulados en el Código civil italiano es de aplicación el art. 2639 CC que prevé la figura de administrador de hecho. La norma indica que sólo el ejercicio de la función atribuida al sujeto “propio” desarrollada en modo continuado y significativo puede darle esa calificación. En la doctrina italiana son muchas las definiciones de administrador de hecho que se han propuesto siendo el núcleo de todas ellas el que se trata de un sujeto que ejercita las funciones de gestión de una sociedad estando regularmente investido de los poderes propios del cargo V. DI SABATO, *Manuale delle società*, 1995, 479 ss.; ABRIANI, *Gli amministratori di fatto*, 1998, 13 ss. Claramente se ha adoptado por el Codice Civile un concepto funcional de administrador de hecho.

¹⁵⁸⁰ V. lo expuesto en el Cap. 3 de este trabajo.

¹⁵⁸¹ LUZÓN PEÑA, *Curso*, I, 1996, 304 s.

¹⁵⁸² GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006.

en otras palabras el acceso a su afectación sólo puede darse a través de estos sujetos, pues estamos en presencia de un delito especial propio.

Desde mi punto de vista, tal y como mantiene GÓMEZ MARTÍN, sostener una concepción simple del concepto de delito especial no significa abandonar el por qué de la delimitación de los sujetos activos a determinadas personas, y en este sentido es donde se hace evidente la relación entre la restricción de los sujetos activos y el bien jurídico, pues la calidad especial lo que permite es identificar a quiénes tienen una especial vinculación con los bienes jurídicos tutelados, por la posición de la persona y su eventual potencialidad en la lesión de un bien jurídico¹⁵⁸³. Por tanto, no importa que no se mantenga un concepto complejo de delito especial fundamentado en la especial capacidad de afectación de ciertos sujetos frente al bien jurídico en todos los delitos, porque independientemente del tipo de concepto que se asuma, o de que puedan existir delitos especiales que se fundamenten en otros motivos, lo que considero especialmente importante es resaltar la importancia del bien jurídico, en el caso del art. 290 CP, para el análisis de este delito especial, por la especial relación entre el sujeto activo y los bienes jurídicos allí protegidos, lo que en ocasiones (como en ésta) marcará la especialidad de estos últimos¹⁵⁸⁴.

En este sentido, y a los efectos del art. 290 CP es importante, el propio GÓMEZ MARTÍN¹⁵⁸⁵ afirma lo siguiente:

“De todo lo anteriormente expuesto cabe deducir que la restricción legal del círculo de posibles autores que caracteriza a los delitos especiales no siempre tiene el mismo fundamento material. A este respecto, considero no sólo posible, sino, incluso, necesario, distinguir entre *dos clases de delitos especiales: los delitos especiales en sentido estricto y los delitos especiales en sentido amplio*. Los primeros se caracterizan por que (sic), en ellos, sólo pueden ser autores del delito determinados sujetos que se encuentran *en una posición especial con respecto al bien jurídico protegido*. En los delitos especiales en sentido amplio, la restricción del círculo de posibles autores obedece,

¹⁵⁸³ GÓMEZ MARTÍN, Los delitos especiales, 2006, 254.

¹⁵⁸⁴ CANESTRARI/CORNACCHIA/DE SIMONE, Manuale, PG, 2007, 253.

¹⁵⁸⁵ GÓMEZ MARTÍN, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LINARES (Dirs.), Práctica penal económica, 2013, 424 s.

fundamentalmente, *a razones de tipificación de una determinada realidad fenomenológica habitual*. Cabe afirmar, por tanto, que la categoría de los delitos especiales puede dividirse en dos clases de infracciones penales: *los delitos especiales de posición* (delitos especiales en sentido estricto) y *los delitos especiales con elementos meramente tipificadores* (delitos especiales en sentido amplio)¹⁵⁸⁶.

En el art. 290 CP nos encontramos frente a un delito de posición y en concreto frente a un delito de posición no institucional, es decir, consistente en el incumplimiento de una función no institucionalizada¹⁵⁸⁷, en el que también tiene su peso la infracción por parte del autor de un deber jurídico especial de naturaleza extrapenal¹⁵⁸⁸.

Sobre la relación entre el sujeto en el delito especial y el bien jurídico protegido también RUEDA MARTÍN¹⁵⁸⁹ afirma que existen relaciones entre el sujeto idóneo del delito especial y el bien jurídico protegido que constituyen el elemento esencial para determinar los motivos que han inducido al legislador a restringir la autoría en los delitos especiales. La cualidad personal puede fundar de modo exclusivo el desvalor de un hecho que, sin esa cualidad, si se comete por un sujeto no cualificado, no constituiría ni siquiera un delito¹⁵⁹⁰. Ello es lo que

¹⁵⁸⁶ Desde presupuestos dogmáticos diferentes, como el propio GÓMEZ MARTÍN adiverte, sostiene la existencia de delitos de posición ROBLES PLANAS, *La participación*, 2003, 240 s.; *Garantes y cómplices*, 2007, 125 s.

¹⁵⁸⁷ GÓMEZ MARTÍN, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LINARES (Dirs.), *Práctica penal económica*, 2013, 425 “La primera de estas dos clases de delitos especiales, la representada por los delitos especiales en sentido estricto, o delitos especiales de posición, debe comprender, a su vez, dos distintos grupos de delitos: los consistentes en el incumplimiento de una función institucionalizada (*delitos especiales de posición institucional*); y los que se fundamentan en el incumplimiento de una función social no institucionalizada dimanante de una determinada posición social no institucional (*delitos especiales de posición no institucional*). Tanto los primeros como los segundos son delitos de posición, porque tanto en unos como en otros el elemento fundamental explicativo de la restricción del círculo de posibles autores consiste, como ya se ha dicho, en la *posición de especial accesibilidad* en que se encuentra el autor con respecto al bien jurídico protegido”.

¹⁵⁸⁸ GÓMEZ MARTÍN, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LINARES (Dirs.), *Práctica penal económica*, 2013, 425, “no obstante, el contenido de injusto de tales delitos no siempre se encuentra configurado exclusivamente por el ya referido *elemento organizativo*, esto es, el relativo a la posición especial que ocupa el sujeto activo con respecto al bien jurídico protegido. En algunos delitos especiales de posición, junto al mencionado elemento organizativo, aunque ocupando un segundo nivel de relevancia penal, se encuentra un segundo elemento: el relativo a la *infracción* por parte del autor de un *deber jurídico especial* de naturaleza *extrapenal*”.

¹⁵⁸⁹ RUEDA MARTÍN, *Delitos especiales de dominio*, 2010, 140 s.

¹⁵⁹⁰ PALAZZO, *Corso*, 2008, 239.

sucede con el art. 290 CP por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito especial que no cuenta con ninguna tipificación común paralela. Siguiendo a NÚÑEZ CASTAÑO, entiendo que, al menos para el caso aquí examinado, "el fundamento material de los elementos de la autoría de los delitos especiales radica en el ejercicio de una función específica, determinante de la construcción de una estrecha y peculiar relación entre el sujeto competente para ese ejercicio y el o los bienes jurídicos involucrados de un modo esencial en el ejercicio de aquella función; relación que constituye una relación de dominio social típico, que constituye además el fundamento material de las posiciones de garante y del deber de actuar"¹⁵⁹¹. Esta idea es la que subyace cuando me refiero a que en el art. 290 CP el bien o los bienes jurídicos protegidos son de accesibilidad limitada¹⁵⁹², por la relación entre el sujeto y la vulnerabilidad del bien jurídico, de donde se derivan, como sostiene la autora citada, tanto la "posición de garante": como se denomina la calidad especial del sujeto activo en los delitos de omisión impropia, como el "deber" que un sector de la doctrina – con la que como se ha indicado no se está de acuerdo- considera como fundamento de la punición, alejándose de la perspectiva que limita el Derecho penal a la protección de bienes jurídicos, pero que aquí constituye sólo una de las manifestaciones de esa calidad especial, que configura una posición de especial lesividad frente a los bienes jurídicos tutelados.

3. Con lo dicho hasta el momento se evidencia cómo en este trabajo se parte de que los delitos especiales, como todos los delitos en nuestro ordenamiento, son delitos de dominio, y en este sentido el art. 290 CP constituye un delito de dominio y no un delito de infracción de deber¹⁵⁹³, (en coherencia con

¹⁵⁹¹ NÚÑEZ CASTAÑO, Responsabilidad penal de la empresa, 2000, 64.

¹⁵⁹² GULLO, Il reato proprio, 2005, 96; RESTREPO RODRÍGUEZ, I reati propri, 2010, 107 ss. En este trabajo esta idea la expongo y anticipo en el Cap. 3, B), apartado 2.

¹⁵⁹³ Consideran que aquí se presenta un delito de dominio: CHOCLÁN MONTALVO, LL 2002-7, 1648; GALLEGO SOLER, Responsabilidad penal, 2002, 163; FARALDO CABANA, El delito de falsedad, 2003, 83 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 2ª, 2005, 350, 389 (con los matices en la evolución de su posición anteriormente expuesta en las ediciones posteriores MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 466); MUÑOZ CONDE, Derecho penal, PE, 19ª, 2013, 498.

Sostienen en cambio que se trata de un delito de infracción de deber: GARCÍA CAVERO, Administrador de hecho, 1999, 181; BACIGALUPO ZAPATER, en: BAJO FERNÁNDEZ

afirmaciones previas en donde se indica que personalmente se está en desacuerdo con entender que puede haber unos delitos de dominio cuyo fundamento de punición es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y otros de infracción de deber que se fundamenten en la vulneración de las normas y no de bienes jurídicos). Como se decía se deberá determinar quiénes tendrán acceso a la vulneración del bien jurídico y quiénes no, y por ende: quiénes son los sujetos que cuentan con las calidades (manifestación de una especial relación con el bien jurídico) para ser sujetos activos del delito del art. 290 CP.

Esto, como se expondrá más adelante, es especialmente importante en relación con el art. 290 CP porque, como se verá, las limitaciones que emanan de la norma mercantil en relación a los deberes de los administradores y por tanto al propio concepto de administrar, vincularán de manera irremediable la interpretación del contenido del concepto de administrador, tanto de derecho como de hecho¹⁵⁹⁴.

4. Antes de avanzar en la precisión de las cualidades exigidas para el sujeto activo del delito en estudio, es importante recordar que esa cualidad especial no sólo incluye ya los especiales deberes que el ordenamiento hace recaer en ciertos sujetos, sino también la necesidad lógica de que tal posición se presente de manera previa a la realización de los actos (u omisiones) constitutivas del delito de falsedad en documentos sociales. Cuando ALLEGRA

(Dir.)/BACIGALUPO SAGGESE / GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.), Gobierno Corporativo, 2008, 164. En Italia: ANTOLISEI, Diritto penale, PG, 9ª, 1985, 269, expone cómo los delitos societarios se caracterizan y se introducen en los CP por ser “delitos cometidos en violación de deberes o abuso de poderes legalmente establecidos, por las personas que ejercen funciones de particular importancia en el seno de esas asociaciones”.

¹⁵⁹⁴ Como se ha dicho se trata de un delito especial de posición institucional y esto tiene sus consecuencias en la determinación de la autoría. En concreto GÓMEZ MARTÍN, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LINARES (Dir.), Práctica penal económica, 2013, 426 pone un ejemplo que sirve de modelo para este art. 290, son los delitos de funcionarios. De este modo afirma “Nos obstante, de acuerdo con lo que se ha afirmado supra, los delitos especiales de posición institucional se caracterizan, además, por la concurrencia en el intraneus de un deber especial personalísimo de naturaleza extrapenal. Así, por ejemplo, el Juez que dicta una resolución injusta, además de contribuir con su conducta a un incorrecto funcionamiento de la Administración de Justicia, quebrata por medio de su comportamiento el deber de fidelidad y lealtad inherente a su cargo que le vincula a la función pública que presta. En mi opinión, a pesar de no ser éste el elemento determinante del injusto de la conducta típica, tiene pleno sentido afirmar que la ausencia de dicho elemento en el extraneus servirá para descargar su conducta de una parte del injusto de la realizada por el intraneus aquélla que, por tener contenido personalísimo, no le resulta comunicable”.

explica que la calificación especial de los sujetos activos contiene como elementos la calificación jurídica y una posición empírica, resalta la necesidad de comprobar que materialmente el sujeto se encuentra en una relación con el bien jurídico que no surge sólo al momento de realizar las conductas lesivas o peligrosas¹⁵⁹⁵. De lo contrario, no tendría sentido que la norma, en su función de prevención general y especial negativa, se dirigiera a ciertos sujetos si éstos fueran cualquier persona que en determinado momento se encontrase en estrecha relación con los bienes tutelados. En cambio, es necesario por ello que la posición ya recaiga en el sujeto con anterioridad, y por ende a él se dirija exclusivamente (por tratarse de un delito especial propio) la amenaza penal. Y esto es así también respecto de los administradores de hecho donde más importancia cobra: pues si son administradores de hecho solo para ese acto y de manera coyuntural no tendrán la posición indicada en el tipo.

D. La relevancia de la condición de administrador de hecho o de Derecho

Como se abordará más adelante, una de las primeras dificultades que surgen para la imputación de la autoría en los delitos societarios que tienen como sujeto activo al administrador, será la de determinar las diferencias entre las figuras de los administradores de hecho y de derecho. La equiparación del administrador de hecho al de derecho respondió a razones claramente político-criminales¹⁵⁹⁶, porque eran abundantes y evidentes los problemas que suscitaba la anterior regulación desprovista de esta figura reclamada entre la doctrina¹⁵⁹⁷. En los anteriores Códigos Penales no aparecía recogido el rol del administrador de hecho, lo cual fue puesto de manifiesto por la doctrina entendiendo que de esta manera se favorecía injustamente a quienes por desidia o incluso

¹⁵⁹⁵ ALLEGRA, RP 1949, 166 ss.

¹⁵⁹⁶ MATA MARTÍN, Rds 1995-III, 168; DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios, 1998, 58; RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, ADPCP, 1999, 458.

¹⁵⁹⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP 1984, 688; TERRADILLOS BASOCO, Derecho penal de la empresa, 1995, 81; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4^a, 2013, 434.

dolosamente mantuviesen de manera irregular su nombramiento¹⁵⁹⁸, ya fuese, por ejemplo, porque existía un vicio de prohibición u otro tipo de incompatibilidad. Otros autores consideran, sin embargo, que el motivo por el cual el legislador introdujo la figura del administrador de hecho respondió a la necesidad de solventar problemas de escisión entre la apariencia jurídica y la realidad material¹⁵⁹⁹.

Parece ser entonces que desde 1995 el legislador español haya optado, con la introducción del administrador de hecho, por una tesis funcionalista y no por una formalista. Sin embargo, por el contenido concreto del concepto de administrar que ha de ser interpretado para el art. 290 CP, no habiendo un concepto unitario y aplicable a todos los casos de la acción de “administrar”, la introducción de la figura del administrador de hecho no puede desplegar, como se expondrá más adelante, todos los efectos deseados.

Debe tenerse en cuenta que, como sostiene PALAZZO¹⁶⁰⁰, dentro del establecimiento de los criterios que permitan identificar los sujetos con una cualidad especial indicada en el tipo, se plantea la disyuntiva entre asumir que se debe cumplir con la cualidad especial de acuerdo a requisitos formales (tesis formalista), o de acuerdo en cambio a que *de facto* se posean las características, funciones y poderes propios del sujeto calificado (tesis funcional). Ahora bien, que nuestro legislador opte por indicar desde el propio tipo penal que se trata de administradores de derecho o de hecho, implica que se está formalizando una tesis funcional; es decir, que se quiere asumir una tesis funcionalista y ésta se recoge en el tipo penal para respetar, de esta manera el principio de legalidad, especialmente en su vertiente de negación de la analogía.

Así, para poder abordar la cuestión de determinar las figuras del administrador de hecho y de derecho se partirá, siguiendo a FERNÁNDEZ BAUTISTA, de la idea de que será imprescindible la comprobación de que en el caso concreto el supuesto acceso al bien jurídico protegido pueda materializarse

¹⁵⁹⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP 1981; MATA Y MARTÍN, RdS 1995-V, 168; FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 139.

¹⁵⁹⁹ GALLEGO SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la empresa, 2002, 152.

¹⁶⁰⁰ PALAZZO, Corso, 2008, 240. Sobre el tema son interesantes también los análisis que adelanta CINGARI, L'indice 1 (2006) 289; TIEDEMANN, Manual, 2010, 228 ss.

efectivamente¹⁶⁰¹, que es el requisito que implícitamente establece el legislador cuando habla de administradores de hecho o de derecho, y que no es más que una actuación coherente con el principio de legalidad y de lesividad en cuanto a la comprobación de la antijuridicidad material. Y esto se concretará no sólo cuando el dato formal de la especial cualificación es tal, sino que será necesario, además, tener en cuenta que el sujeto tiene una posibilidad de acceso real al bien jurídico, es decir, la capacidad efectiva de lesionarlo¹⁶⁰². No bastará entonces con ostentar formalmente un determinado estatus o condición para ser calificado como autor de un delito especial, sino que ello debe materializarse en el ejercicio o desarrollo de una concreta función, que se refleja en una posición de poder del sujeto activo, y que en el caso del art. 290 CP es la de administrar una sociedad, y en concreto la faceta de administrar más íntimamente relacionada con la llevanza de los libros contables y aquellos otros de especial trascendencia por su contenido jurídico-económico; es decir; por el poder otorgado formal o fácticamente a ciertos sujetos, de determinar el contenido de los libros contables y otros instrumentos con que cuentan las sociedades. Así, “a través de la realización efectiva de esta función, el *intraneus* debe controlar el ámbito de responsabilidad que de él depende y en el que está implicado el bien jurídico protegido. Únicamente de este modo se evitará la posibilidad de castigar como autor a quien ostente, sólo de manera formal, el status exigido”¹⁶⁰³.

Entonces, en primer lugar, se deberá concretar el ámbito de responsabilidad o de competencia propio del sujeto en cuestión, especialmente cualificado¹⁶⁰⁴, que hace que se configure para ciertas personas el dominio que materialmente deberá darse sobre la lesión de los bienes jurídicos tutelados, porque sólo entonces se comprueba que el sujeto tiene acceso real, y no sólo teórico, a la lesión de los bienes jurídicos¹⁶⁰⁵. Y esto es así porque “el alcance de la delimitación conceptual de administrador no puede reducirse a una concepción formal ajena a los criterios que determinan cuándo un sujeto puede

¹⁶⁰¹ FERNÁNDEZ BAUTISTA, El administrador, 2007, 334.

¹⁶⁰² FERNÁNDEZ BAUTISTA, El administrador, 2007, 334.

¹⁶⁰³ FERNÁNDEZ BAUTISTA, El administrador, 2007, 252 s.

¹⁶⁰⁴ FERNÁNDEZ BAUTISTA, El administrador, 2007, 254.

¹⁶⁰⁵ FERNÁNDEZ BAUTISTA, El administrador, 2007, 255.

ser autor de un determinado delito¹⁶⁰⁶. Tan sólo podrá afirmarse la autoría de un sujeto en la medida en que además de tener formalmente el estatus requerido por el tipo cumpla los criterios de acceso al bien jurídico en el ejercicio de una función esencial en el ámbito de responsabilidad o competencia del sujeto¹⁶⁰⁷, o cuando incluso careciendo de ese requisito formal, materialmente se encuentre en iguales condiciones frente al bien lesionado. Esto, por supuesto, si no se quiere vulnerar el principio de legalidad y el carácter subsidiario de los delitos especiales¹⁶⁰⁸.

Establecido lo anterior, se puede pasar a examinar, en concreto, las dos calificaciones que la ley establece para los sujetos activos del art. 290 CP, empezando por la del administrador de Derecho, siguiendo con la figura del administrador de hecho, y terminando con un análisis de los problemas que al respecto se pueden presentar en casos de actuación en lugar de otros y delegación de funciones.

1. El administrador de Derecho

1. La figura del administrador de Derecho está muy bien determinada por el ordenamiento mercantil, por lo que ésta no suscita aparentemente demasiados problemas¹⁶⁰⁹. Es administrador de Derecho de una sociedad mercantil quien tiene aceptado, inscrito y publicado su nombramiento¹⁶¹⁰, y este

¹⁶⁰⁶ FERNÁNDEZ BAUTISTA, El administrador, 2007, 264.

¹⁶⁰⁷ FERNÁNDEZ BAUTISTA, El administrador, 2007, 265.

¹⁶⁰⁸ RESTREPO RODRÍGUEZ, I reati propi, 2010, 127 ss.

¹⁶⁰⁹ GALLEGU SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la empresa, 2002, 153; CARREÑO AGUADO, La inveracidad en la información, 2013, 200 “La expresión «administrador de derecho» encierra un término normativo jurídico ya valorado y que debe ser interpretado a la luz de la legislación mercantil, habida cuenta de que la configuración de los órganos de administración presenta variantes según el tipo de entidad de que se trate, y el Derecho mercantil corresponde su establecimiento y precisión”.

¹⁶¹⁰ DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios, 1998, 58 s.; POLO VEREDA, LL 1998-2, 2044; CASTRO MORENO, Administración desleal, 1998, 213; FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 2000, 177; SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la empresa, 2002, 153. GONZÁLEZ CUSSAC/MATALLÍN EVANGELIO/ORTS BERENQUER/POIG TORRES, Esquemas, PE, 2ª, 2010, 207 “no existe concepto legal de administrador, por lo que acudimos a la doctrina mercantilista, de la cual podemos extraer que *administrador de derecho es todo aquel que, con arreglo a la normativa vigente, desarrolla las funciones de gobierno, gestión y representación de una sociedad*, considerándose situaciones dudosas las del administrador judicial y del secretario del Consejo de Administración; SERRANO

criterio que viene del ámbito privado es aceptado por toda la doctrina penal. El concepto de administrador de Derecho tiene por tanto un contenido de Derecho privado¹⁶¹¹, que determina que esta posición sea ocupada por aquellas personas que, nombrados como tales por la sociedad, han aceptado su cargo y éste ha sido inscrito y publicado en el Registro Mercantil¹⁶¹².

La Ley establece diferentes modos de organizar la administración de una sociedad. En este sentido, el art. 210 LSC establece que la administración de la sociedad se podrá confiar a un administrador único, a varios administradores que actúen de forma solidaria o de forma conjunta, o a un Consejo de Administración. Y posteriormente establece una serie de reglas específicas, como son:

a) En la sociedad anónima, cuando la administración conjunta se confíe a dos administradores, éstos actuarán de forma mancomunada y, cuando se confíe a más de dos administradores, constituirán Consejo de Administración.

b) En la sociedad de responsabilidad limitada los estatutos sociales podrán establecer distintos modos de organizar la administración, atribuyendo a la Junta de socios la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos sin necesidad de modificación estatutaria.

Los administradores de la sociedad de capital podrán ser personas físicas o jurídicas y -salvo disposición contraria de los estatutos- para ser nombrado administrador no se requerirá la condición de socio. En estos casos, cuando el administrador sea una persona jurídica, el art. 212 bis establece que será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo, determinación que será especialmente importante en este trabajo.

La competencia para el nombramiento de los administradores corresponde a la Junta de socios y es desde este momento que surtirá efecto el nombramiento de los administradores (art. 214 LSC). Una vez aceptado éste,

GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, Derecho penal, PE, 16ª, 2011, 539; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 434.

¹⁶¹¹ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 2000, 177.

¹⁶¹² GARCÍA ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1996, 45; FERRE OLIVÉ, RP 1997-1, 22.

deberá ser presentado a inscripción en el Registro Mercantil haciendo constar la identidad de los nombrados y, en relación a los administradores que tengan atribuida la representación de la sociedad, si pueden actuar por sí solos o necesitan hacerlo conjuntamente (Art. 215 LSC). Por tanto, la falta de inscripción en el Registro Mercantil es irrelevante en el plano privado, sin embargo sí afectará su eficacia respecto de terceros, por lo que en estos supuestos será necesario recurrir a la figura del administrador de hecho que se analizará a continuación.

2. En sede penal se acoge la noción mantenida de administrador de Derecho en Derecho mercantil¹⁶¹³, lo cual no es contradictorio con el hecho de que desde la perspectiva jurídico penal se pretenda evitar las formalidades características de otros ordenamientos¹⁶¹⁴. Sin embargo, el hecho de que en una persona concurren las características previas exigidas por el tipo para el sujeto activo no significa que la persona será responsable penalmente de manera automática. En estas cuestiones propias de la autoría me detendré en apartado II de este mismo capítulo, sin embargo, sí querría dejar apuntado que el hecho de que un sujeto cumpla con la cualidad exigida por el tipo para ser autor no significa que automáticamente sea autor del delito ya que, como se decía, nos encontramos ante un delito de peligro y no de infracción del deber (para lo que en todo caso se deberá determinar que se ha infringido un deber) que, en este caso, supondría la criminalización de la figura del administrador societario, sin exigir, como en cambio en mi opinión lo hace nuestro ordenamiento, el dominio del hecho concreto en la eventual posible afectación de los bienes jurídicos tutelados por el art. 290 CP.

¹⁶¹³ FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 63.

¹⁶¹⁴ FERNÁNDEZ BAUTISTA, El administrador, 2007, 283. También lo creen así: NÚÑEZ CASTAÑO, Responsabilidad penal de la empresa, 2000, 68; GALLEGO SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la empresa, 2002, 153.

2. El administrador de hecho

En ocasiones sucede que en la administración de la empresa existan divergencias entre la situación formal y la situación material¹⁶¹⁵, es decir, que formalmente sea una persona o un Consejo de Administración los encargados de administrar y en la realidad sea otra u otras las personas que *de facto* gestionan la empresa. Esta situación se pone en evidencia también en las pequeñas empresas¹⁶¹⁶; empresas familiares donde tal vez la persona que formalmente administra la empresa sea un miembro de la familia que poco o nada tiene que ver con esas labores de administración. No es por tanto infrecuente encontrar en la práctica diaria supuestos de personas que llevan a cabo cargos de administración y dirección de la sociedad no habiendo sido nombrados como tales. Tampoco es poco habitual observar la permanencia en el tráfico jurídico de los llamados *hombres de paja*, es decir, sujetos que se encargan formal y externamente de la administración de la sociedad, siendo otras las personas o persona que materialmente se encarga de esta función¹⁶¹⁷.

Sobre el concepto de administrador de hecho penal, a diferencia del de administrador de Derecho, no hay unanimidad entre la doctrina. En palabras de SILVA SÁNCHEZ¹⁶¹⁸ y siguiendo su clasificación son tres los conceptos de

¹⁶¹⁵ GALLEGO SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la empresa, 2002, 149.

¹⁶¹⁶ GALLEGO SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la empresa, 2002, 150.

¹⁶¹⁷ GALLEGO SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la Empresa, 2002, 149.

¹⁶¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, en: GARCÍA CAVERO (Coord.), Responsabilidad penal, 2004, 198; también hace esta diferenciación GALLEGO SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la empresa, 2002, 153.

El propio SILVA SÁNCHEZ, además, subraya la contribución de los supuestos de hecho del Derecho penal económico a la diferenciación de delitos especiales, cuestión que se abordará más detenidamente más adelante, en lo que afecta al art. 290 CP. En concreto, apunta, SILVA SÁNCHEZ, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LINARES (Dir.), práctica penal económica, 2013, 58 "La base para la diferenciación venía dada ya por la fundamentación de las cláusulas de actuar en lugar de otro sobre la noción del «dominio social» del inicial *extraneus* transformado en *intraneus* en virtud de aquéllas. Pues, en efecto, a partir de esa idea podría imaginarse que un *extraneus* tuviera dominio social típico por vías distintas da las que, contempladas específicamente en aquellas cláusulas, permitían su transformación sobrevenida en *intraneus*; es decir, cabía concebir la paradójica existencia de delitos especiales abiertos en general a la autoría de *extranei*. Pero, al mismo, se advertía la existencia de delitos especiales con respecto a los que ningún

administrador de hecho que se pueden encontrar en la doctrina penal: un concepto puramente mercantilista, un concepto material en sentido restrictivo y un concepto material en sentido amplio.

2.1. Las tesis mercantilistas

En primer lugar, aquellos que mantienen la llamada tesis “mercantilista”¹⁶¹⁹ entienden que el administrador de Derecho es aquél en el que se han observado todos los requisitos legales, mientras que el administrador de hecho se presenta cuando existe algún defecto en éstos¹⁶²⁰. Por tanto, administrador o administradores de hecho serán aquellos cuyo cargo o es defectuoso, o no está inscrito, no está aceptado, está caducado o es nulo¹⁶²¹. Se considera como administrador de hecho, por ejemplo, a aquella persona que aún siendo nombrada como administrador, le faltan algunos de los requisitos formales que el Derecho mercantil exige para la eficacia del nombramiento, como por ejemplo la inscripción registral¹⁶²².

El concepto mercantil de administrador de hecho apareció por primera vez en la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 24 de

extraneus, por mucho «dominio social» que poseyera sobre la realización típica, podría devenir intraneus”

¹⁶¹⁹ Mantienen un concepto mercantilista: GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1995, 46 s.; PÉREZ CEPEDA, La responsabilidad, 1997, 49; SUÁREZ GONZÁLEZ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.)/JORGE BARREIRO (Coord.), Comentarios, 1997, 834: “Administradores de hecho son los que presentan alguna irregularidad en su situación jurídica, por haber sido el nombramiento defectuoso, no aceptado, no inscrito o caducado. Dado que el concepto de administrador ostenta un significado técnico en el ordenamiento mercantil, no parece que quepa incluir en el concepto ni a los altos directivos de la sociedad (Directores generales, gerentes, etc.) que aunque desempeñen labores gestoras no se encuentran adscritas al órgano de administración, ni a los liquidadores, que si bien desempeñan una función equiparable a la de los administradores constituyen un órgano específico dotado de una esfera propia de competencia y diferenciado del órgano de administración”.

Crítico con esta postura, GALLEGU SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la empresa, 2002, 160, para quien “solo sería legítimo admitir la traslación de conceptos extrapenales al ámbito penal en los casos en que una institución o concepto homólogo tenga la misma finalidad en el ámbito del Derecho penal que fuera de él. Así, sólo sería legítimo adoptar el concepto mercantil de administrador de hecho cuando esta institución surgiese en ese ámbito como un criterio para atribuir responsabilidad personal por los propios actos realizados (u omitidos)”.

¹⁶²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1996, 47.

¹⁶²¹ NÚÑEZ CASTAÑO, Responsabilidad penal de la empresa, 2000, 76.

¹⁶²² Así GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1996, 46 ss.

Junio de 1968, que utilizaba la expresión para referirse a la situación del administrador cuyo cargo había sido caducado sin ser sustituido o reelegido, aceptándose entonces y en tal caso la validez de sus actos mientras se nombrara al sustituto¹⁶²³. Así, en contraposición con el concepto de administrador de Derecho como aquel que es nombrado como tal y que ha aceptado su cargo, el administrador de hecho sería aquél en que en algún momento, ya sea del nombramiento o de la aceptación, han concurrido vicios, o no se han finalizado los trámites (ya sea la ratificación en la Junta, la no aceptación, la inscripción o que el cargo haya caducado)¹⁶²⁴.

En conclusión, desde la perspectiva civilista y mercantilista se observa que con el término «administrador de hecho» se hace tradicionalmente referencia a aquellos administradores que con cargo caducado continuaban realizando las funciones propias de un administrador de sociedad¹⁶²⁵. Pero también se refiere a aquellos que han sido elegidos por un acuerdo nulo; es decir, al sujeto que efectiva y formalmente la sociedad quiere nombrar como administrador y le reconoce así, si bien desde la perspectiva jurídica no cuenta con esta cualificación, por faltar algún requisito.

Sin embargo, aunque es mayoritaria la utilización de la nomenclatura de “tesis mercantilista” para referirse a este contenido de administrador de hecho, como advierte GALLEGO SOLER, también existe un concepto funcional mercantil de administrador de hecho muy parecido al funcional penal¹⁶²⁶. Y también PERDICES HUETOS advierte cómo en el Derecho privado, en sentido amplio, hablar de administrador de hecho supone “tanto hablar de quien sin título gestiona en el tráfico la sociedad como administrador, como de aquél que, sin presentarse como administrador, domina *de facto* la sociedad”¹⁶²⁷. Así, por ejemplo, MARTÍNEZ SANZ considera que son el “poder de dirección y gestión,

¹⁶²³ Así también PRADES CUTILLAS, LL 2009-2, 1695.

¹⁶²⁴ NÚÑEZ CASTAÑO, La estafa de crédito, 1998, 367.

¹⁶²⁵ En este sentido lo señalan DEL ROSAL BLASCO, en: VIVES ÁNTON (Coord.), Comentarios, 1995, 1416; PERDICES HUETOS, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la Empresa, 2002, 133 s.

¹⁶²⁶ GALLEGO SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la empresa, 2002, 162.

¹⁶²⁷ PERDICES HUETOS, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la Empresa, 2002, 134 s.

ejercicio constante y sin subordinación y consentimiento de la sociedad”¹⁶²⁸ los elementos que determinarán si estamos ante un administrador de hecho. También PRADES CUTILLAS ofrece una definición funcional del término, según la cual es administrador de hecho “la persona física o jurídica que, no ostentando formalmente el cargo de administrador, ejerce efectiva, directa y personalmente las funciones plenas de gestión de la sociedad, de forma habitual y sin sumisión a otro, con consentimiento o al menos sin oposición de ésta y manteniendo destacada influencia en los asuntos sociales, tenga o no facultades expresas de gestión y representación”¹⁶²⁹. Igualmente sostiene una postura así GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, quien afirma que “estaremos ante un administrador de hecho cuando, con independencia de que su actuación administrativa se manifieste o no en el tráfico a terceros, se produzca un desplazamiento de la capacidad de decisión de quienes aparecen formalmente como administradores a favor de otros sujetos que no satisfacen las exigencias materiales y formales que se requieren en la designación como administrador social”¹⁶³⁰. Por su parte, GONZÁLEZ CABRERA hace una definición más amplia y apunta que “podemos entender como administrador de hecho a toda persona que, sin nombramiento formal, ejerza las funciones propias del cargo de administrador de una persona jurídica, bien porque lo fue y pese a ese cese sigue realizando las funciones propias de aquél, bien porque habiendo asumido funciones concretas excede las mismas hasta confundirlas con las propias del titular del órgano de administración, bien porque pese a existir un nombramiento formal éste adolece de vicios, o porque se trata del único socio o el socio mayoritario de la sociedad y, aunque ésta tiene un órgano de administración, asume en su persona las funciones de aquél o se permite darle órdenes quedando en la sombra (administrador oculto)”¹⁶³¹.

Y es que progresivamente la incorporación del administrador de hecho en los delitos societarios hizo que también en el ámbito mercantil se previese esta

¹⁶²⁸ MARTÍNEZ SANZ, La responsabilidad de los administradores, 2005, 62.

¹⁶²⁹ PRADES CUTILLAS, LL 2009-2, 1693.

¹⁶³⁰ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, EM-Sánchez Andrés, 2010, 534.

¹⁶³¹ GÓNZÁLEZ CABRERA, RDC 16 (2012), 255.

figura¹⁶³². Así, con la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley de 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, se modificó el art. 133.2 LSA, hoy art. 236 LSC¹⁶³³. Posteriormente, también la LC ha introducido el concepto de administrador de hecho, aunque sin definirlo, lo cual ha sido criticado, máxime cuando la LC, y en concreto su art. 164¹⁶³⁴, contiene normas sancionadoras¹⁶³⁵, porque se refiere a la declaración del concurso como culpable.

Sin embargo, estas perspectivas funcionalistas que pueden llegar a adquirir sentido en el ámbito en el que se encuentran situadas dentro de estas dos leyes, considero se deben alejar del Derecho penal, siendo que categorías e instituciones extra-penales sólo será legítimo aceptarlas cuando se refieran a categorías formales, no funcional-materiales¹⁶³⁶. Adelanto ahora que la perspectiva que se adoptará para dar contenido al administrador de hecho es justamente la llamada mercantilista, pero no en este sentido funcional porque asumiendo un concepto funcional no se permitiría la verificación de un elemento

¹⁶³² DÍAZ MARTÍNEZ, RDM, 273 (2009), 1015; GONZÁLEZ CABRERA, RDC 16 (2012), 253; CARREÑO AGUADO, La inveracidad en la información, 2013, 201 “El fenómeno de la administración de hecho surge extramuros del sistema legal, de cara a procurar un acercamiento del Derecho a las relaciones existentes de facto que no puede desconocer. Son, pues, administradores de hecho, aquellas personas que ejercen las funciones del cargo de administrador sin que medie nombramiento válido alguno, con un nombramiento vicioso o con cargo extinguido. La cuestión es que tal apariencia jurídica por parte de los administradores de hecho, ese actuar «como si lo fueran» puede provocar un daño a la sociedad, a accionistas o a terceros”. De hecho, este autor, en la pág. 203 termina afirmando que “a efectos penales el administrador de hecho y el de derecho asumen un idéntico rol social”.

¹⁶³³ Artículo 236 LSC: Los administradores de derecho o de hecho como tales, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizarlos incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.

¹⁶³⁴ Artículo 164.1 LSC El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, y de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso.

¹⁶³⁵ GONZÁLEZ CABRERA, RDC 16 (2012), 254.

¹⁶³⁶ GALLEGO SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la empresa, 2002, 162.

fundamental de la calidad especial del sujeto activo: que se trate de una posición previa.

2.2. Los conceptos materiales de administrador de hecho

Ahora bien, como se decía, otra parte de la doctrina (la mayoritaria) adopta el concepto otorgado por el derecho mercantil para el administrador de Derecho pero no así para el administrador de hecho, entendiendo que desde el ámbito del Derecho penal no sea necesario un escrupuloso respeto por la construcción y contenido mercantilista que se ha otorgado a la figura. La mayor parte de la doctrina penal ha entendido, en este sentido, que de ninguna manera estamos ante un elemento normativo jurídico ya valorado¹⁶³⁷ y determinado jurídicamente desde la perspectiva mercantilista. Se considera que el concepto habrá de ser definido y determinado conforme a las reglas de interpretación penales¹⁶³⁸, a cuyo efecto se construye un concepto material.

El concepto material de administrador de hecho es aquel que determina ese concepto en torno a la idea de la asunción de tal función en términos fácticos, por lo que se corresponde con el concepto funcionalista mercantil expuesto. Es decir, será administrador de hecho todo aquel que ostente en la sociedad una situación fáctica en relación con la administración social. En este sentido, como se decía, se pueden contemplar dos vertientes de este concepto material: una estricta y otra amplia.

2.2.1. El concepto material amplio

El concepto amplio¹⁶³⁹ define al administrador de hecho como la persona que en términos generales controle la gestión de la sociedad,

¹⁶³⁷ MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 2005, 350.

¹⁶³⁸ HORMAZABAL MALARÉE, en: Hacia un Derecho penal económico, 1995, 193; FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 147; DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios, 1998, 60; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 60; MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 2011.

¹⁶³⁹ Mantiene este concepto amplio; RÍOS CORBACHO, en: TERRADILLOS BASOCO (Coord.), Lecciones y materiales, 2012, 123 ss.; GONZÁLEZ CUSSAC/MATALLÍN

independientemente del reconocimiento social; y que tenga un dominio social típico.

Por ejemplo, FERNANDEZ BAUTISTA¹⁶⁴⁰ opta por un concepto material amplio de administrador de hecho que plantea una parte de la doctrina mercantil¹⁶⁴¹, en el que “la nota definitoria sería que el administrador de hecho debe ser quien haga un ejercicio efectivo de las funciones de gestión y administración, bien sea por ellos mismos o bien a través de terceros”. De esta forma la autora afirma que “lo indispensable es, a la postre, que tenga capacidad efectiva y material para llevar a cabo la conducta típica en toda su extensión”¹⁶⁴².

SÁNCHEZ ÁLVAREZ¹⁶⁴³ tampoco considera que el concepto de administrador de hecho sea del todo coincidente con el otorgado por la regulación en el ámbito mercantil, y considera que deben considerarse administradores tanto los que tengan facultades de dirección, gestión (representación y administración) o cualquier otra, como a los que simplemente gobiernen o impulsen el comportamiento de la persona formal¹⁶⁴⁴. Este autor entiende que el calificativo “de hecho” se aplica a quien efectivamente ejerce la función de gestión de la actividad social, sin que la ausencia de un nombramiento formal que lo habilite para ello sirva de excusa a fin de eludir responsabilidades.

GALLEGO SOLER¹⁶⁴⁵ es también de los que consideran que el concepto extrajurídico de administrador de hecho no se corresponde con el penal. Así, se expresa de la siguiente manera: “en mi opinión hay que plantear la discusión en otros términos: autor de estos delitos, esto es, administrador de hecho o de

EVANGELIO/ORTS BERENGUER/POIG TORRES, Esquemas, PE, 2ª, 2010, 207 “Por administrador de hecho podemos entender, a efectos penales: todo aquel que, sin haber satisfecho las exigencias legales, ejercita funciones de gestión, gobierno o representación en una sociedad”; SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, Derecho penal, PE, 16ª, 539; MUÑOZ CONDE, Derecho penal, PE, 19ª, 2013, 499; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 435 ss., sin embargo, como se verá, en relación con el art. 290 y 295 restringe el ámbito.

¹⁶⁴⁰ FERNÁNDEZ BAUTISTA, El administrador, 2007, 309.

¹⁶⁴¹ Sigue en este sentido a PERDICES HUETOS, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la Empresa, 2002, 134 ss.

¹⁶⁴² FERNÁNDEZ BAUTISTA, El administrador, 2007, 321.

¹⁶⁴³ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 61.

¹⁶⁴⁴ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 62.

¹⁶⁴⁵ GALLEGO SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la empresa, 2002, 159.

derecho, sólo puede serlo quien tenga dominio para realizar la conducta típica o quien infrinja un especial deber cuando el tipo así lo requiera, con independencia del régimen jurídico obligacional interno (con respecto a la sociedad) y externo (con respecto a terceros). Consecuentemente, el concepto de administrador de hecho del que se parte tiene que estar orientado a la conducta típica o, mejor, a la salvaguarda del bien jurídico penal que el legislador pone en su ámbito de control”¹⁶⁴⁶. GALLEGO SOLER¹⁶⁴⁷ concreta las notas que definen al administrador de hecho siguiendo a DIERLAMM¹⁶⁴⁸: en la asunción de labores propias de la empresa (situación prevalente en la sociedad), la actuación con efectos externos y la duración de la actuación del órgano.

Para MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ “el concepto jurídico penal de administrador de hecho será de aplicación a todos aquellos sujetos que de hecho ejerzan las funciones propias del cargo de administrador, en cuanto que órgano de gestión y representación de la sociedad”¹⁶⁴⁹. Si se adopta la perspectiva mercantilista habría que llegar a la insatisfactoria conclusión de dejar al margen conductas que resultarán perfectamente idóneas para vulnerar el bien jurídico protegido.

QUINTERO OLIVARES, también manteniendo un concepto material amplio, considera que administrador de hecho es todo aquel que ejerce el poder real de la sociedad, sea cual sea su cargo¹⁶⁵⁰.

También RODRÍGUEZ MONTAÑEZ¹⁶⁵¹ entiende que todos aquellos sujetos que, en el seno de una sociedad, ostenten esas facultades autónomas de gestión y representación, que deban ejercer con diligencia y lealtad, esto es en interés de la sociedad, pueden ser considerados aptos para ser sujetos activos del delito. Así, entiende que pueden serlo los miembros de la comisión

¹⁶⁴⁶ GALLEGO SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la empresa, 2002, 159.

¹⁶⁴⁷ GALLEGO SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la Empresa, 2002, 167-171.

¹⁶⁴⁸ DIERLAMM, NSTZ, 1996, 153-157.

¹⁶⁴⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 435.

¹⁶⁵⁰ QUINTERO OLIVARES, Jornadas, 1998, 175.

¹⁶⁵¹ RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, ADPCP 1996, 461.

ejecutiva y los consejeros delegados, directivos de la sociedad (directores generales, gerente).

2.2.2. El concepto material estricto

Por otro lado, un concepto estricto de administrador de hecho delimita el contenido, pudiéndose denominar de ese modo al sujeto que actúe permanentemente como tal de manera abierta, reconocida social y personalmente, y que sus funciones estén unidas a las propias del administrador de Derecho¹⁶⁵². A todas las funciones del administrador y no sólo a algunas de ellas.

De igual manera FARALDO CABANA¹⁶⁵³ considera que estamos ante un término típico pendiente de valoración, cuyo sentido debe ser investigado a la luz de las reglas de interpretación y de los fines propios del Derecho penal y, en este sentido, afirma que: “en la línea de la teoría del domino social, en atención a la cual se ha de exigir que la actuación del administrador de hecho sea materialmente idéntica a la del administrador de Derecho. Esta identidad existe cuando el sujeto ejerce de hecho las funciones propias del cargo de administrador, en cuanto que órgano de gestión y representación de la sociedad, con la aceptación al menos tácita de la sociedad y frente a terceros, puesto que estas son las notas que caracterizan la actuación de los administradores de derecho”¹⁶⁵⁴. Así, la autora entiende que se ha de exigir que la actuación del administrador de hecho sea materialmente idéntica a la del administrador de Derecho, y esta identidad existirá cuando el sujeto ejerce de hecho las funciones propias del cargo de administrador con la aceptación al menos tácita de la sociedad y frente a terceros, porque considera que estas son las notas que caracterizan la actuación de los administradores de derecho¹⁶⁵⁵. La autora exige

¹⁶⁵² GALLEGO SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la Empresa, 2002, 155.

¹⁶⁵³ FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 77.

¹⁶⁵⁴ FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 77.

¹⁶⁵⁵ FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 77.

por tanto un mínimo formal reconducible por lo menos a la tolerancia de la actuación del administrador de hecho por parte de la entidad.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO y POLO VEREDA, por su parte, mantienen que “es perfectamente posible sostener que el administrador al que se refieren los delitos societarios no tiene por qué ser necesariamente aquel que figura como miembro del órgano de administración, siendo posible fijar otro alcance distinto para el término”¹⁶⁵⁶. Ahora bien, se preguntan: ¿cuál de entre los posibles significados de administrador resulta aquí más adecuado? Y siguen a GRACIA MARTÍN¹⁶⁵⁷ en relación a la especial relación en la que éste se encuentra con respeto al bien jurídico protegido, relación que doctrinalmente se conoce como dominio social típico (sobre el que se volverá en el próximo capítulo), para concluir que el significado civil-mercantil asignado al término “administrador” por las leyes societarias no satisface estos requisitos, “pues la definición societaria de miembro del órgano de administración no se funda en la existencia de una determinada relación material sino que se refiere a la detentación por el sujeto de una determinada posición jurídico-formal. Por este motivo resulta necesario otorgar al término administrador un significado jurídico-penal de carácter material distinto que pueda explicar tal relación”¹⁶⁵⁸.

Por tanto, para estos autores habrá una administración de hecho cuando exista un vínculo jurídico previo entre sociedad y administrador, y éste sea reconocido legítimamente por la sociedad, bastando para ello el reconocimiento tácito. De esta manera, “el hecho al que se refiere la fórmula legal, significa que su fuente es la libre voluntad de la sociedad de realizar el negocio jurídico correspondiente de atribuirle un sujeto la función de administración”¹⁶⁵⁹, pero también los miembros del Consejo de Administración que actúan con el mandato caducado o sobre los que pesa una causa de prohibición, incompatibilidad, o existe cualquier otro tipo de irregularidad en la posición jurídica serán administradores de hecho¹⁶⁶⁰.

¹⁶⁵⁶ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 60.

¹⁶⁵⁷ GRACIA MARTÍN, AP 1 (1993), 230 s.

¹⁶⁵⁸ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 60.

¹⁶⁵⁹ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 64 s.

¹⁶⁶⁰ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 66.

POLO VEREDA considera que para diferenciar la figura del administrador de Derecho y de hecho la respuesta no puede ser otra que un administrador lo es de derecho cuando dicha función de administrador, y por ello la posición de garantía, le viene asignada directamente por el derecho o, lo que es lo mismo, por la Ley societaria de aplicación, mientras que lo será de hecho cuando lo sea por otra fuente¹⁶⁶¹. Aclara el autor¹⁶⁶² que con la figura del administrador de hecho en ningún caso se trata de que éste pase a ocupar la misma posición que el administrador de Derecho. El administrador de hecho tiene un estatus propio frente al bien jurídico, independientemente de que sus deberes coincidan o no con los del administrador de Derecho. El administrador de hecho tiene un dominio social reconocido por la sociedad¹⁶⁶³.

NÚÑEZ CASTAÑO¹⁶⁶⁴ opta por un criterio material basado en el acceso al ejercicio del dominio social y la asunción de la posición de garante en él fundamentada, considerando que, en realidad, lo que en la interpretación del término “administrador de hecho” interesa no es la perfección de la relación interna entre el sujeto y la sociedad, sino la relación externa del agente con el bien jurídico, esto es, su poder fáctico de ordenación y para esto, plantea la autora, es necesario un mínimo formal como es la tolerancia de su actuación como tal por la sociedad, respecto de la cual debe considerársele órgano fáctico¹⁶⁶⁵.

DEL ROSAL BLASCO¹⁶⁶⁶ plantea que hay dos tipos de administrador de hecho. Por un lado “podrán tener consideración de administradores de hecho todos aquellos que, de facto, ejerzan las funciones propias del cargo o realicen los actos materiales inherentes al desempeño de éste que están descritos en cada uno de los respectivos tipos, habiendo sido designados como tales por la

¹⁶⁶¹ POLO VEREDA, LL 1998-2, 2046.

¹⁶⁶² POLO VEREDA, LL 1998-2, 2046.

¹⁶⁶³ POLO VEREDA, LL 1998-2, 2046.

¹⁶⁶⁴ NÚÑEZ CASTAÑO, Responsabilidad penal en la empresa, 2000, 96.

¹⁶⁶⁵ NÚÑEZ CASTAÑO, Responsabilidad penal en la empresa, 2000, 97 s. Sin embargo he de advertir que esta autora acepta los delitos de infracción de deber y por tanto la interpretación es otra.

¹⁶⁶⁶ DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios, 1998, 63.

sociedad pero sin tener debidamente perfeccionado o formalizado su nombramiento, conforme a lo dispuesto en las disposiciones legales, ya sea por estar este afecto a alguna causa de nulidad, ya por no haber sido inscrito, ya por estar caducado” y por otro lado¹⁶⁶⁷ aquellos administradores que tengan un “dominio sobre la vulnerabilidad jurídico penalmente relevante del bien jurídico”.

2.3. Toma de posición

1. El primer problema que se plantea en relación a los conceptos de administrador de hecho es el relativo a determinar si se trata de un concepto unitario, válido para todos los tipos, o si más bien, por el contrario, deberá venir determinado de manera diferente atendiendo a cada tipo penal. Además, desde mi punto de vista esta polémica viene justamente de otra anterior, la de considerar si existe un solo concepto de administrador, válido siempre y en todos los supuestos, o por el contrario se deberá atender a las características peculiares del tipo y especialmente del bien jurídico protegido que puede verse afectado con la administración. Se expresa muy claramente sobre la concepción unitaria o no de estas figuras GALLEGO SOLER, quien advierte:

“cuando se alude a la posible aplicación de la figura del administrador de hecho y se realiza el estudio de esta institución, en la mayoría de ocasiones se olvida que, con independencia del contenido que se otorgue a dicho concepto, puede suceder que la inscripción de las distintas conductas típicas venga a limitar el ámbito de sujetos que, pudiendo considerarse en un plano genérico como administradores de hecho, es posible que no puedan ser sujetos activos idóneos de algún delito concreto. En otros términos, si autor es “quien realiza la conducta típica”, en la medida en que las distintas conductas típicas susceptibles de ser realizadas por administradores de hecho sean diferenciadas, puede suceder –de hecho sucede- que sujetos que se pueden considerar administradores de hecho –autores idóneos- para la comisión de un concreto delito, no puedan cometer otro”.

¹⁶⁶⁷ DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios, 1998, 64, siguiendo a FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 146.

De este modo, sólo a partir de un detallado análisis de la conducta típica (extrayendo de ella las indicaciones en cuanto a la posición privilegiada de lesión de los bienes jurídicos tutelados) se podrá estar en condiciones de delimitar el ámbito de sujetos activos idóneos para los delitos societarios, sin perjuicio, como advierte el autor, de que deba elaborarse con carácter general un concepto genérico de administrador de hecho (y de derecho)¹⁶⁶⁸. Se niega por tanto un concepto unitario de administrador de hecho¹⁶⁶⁹.

Consecuentemente, el concepto de administrador de hecho del que se parte tiene que estar orientado a la conducta típica o, mejor, a la salvaguarda del bien jurídico-penal que el legislador pone en su ámbito de control, o de dominio social como prefieren llamarlo otros,¹⁶⁷⁰. Es por ello que, siendo necesario efectuar una consideración general sobre el concepto de administrador de hecho como autor de un delito societario, no basta con ello, “pues un examen atento de la cuestión obliga a tomar en consideración cada una de las distintas conductas típicas en cuestión”¹⁶⁷¹.

En este sentido, también CASTRO MORENO¹⁶⁷² considera que no existe un concepto único de administrador de hecho y que éste estará condicionado por la configuración de cada tipo en cuestión.

MUÑOZ CONDE, en esta misma línea, dice: “Efectivamente, no se puede sin más atribuir la cualidad de administrador de hecho a quien tiene el control fáctico de una empresa, pues determinadas decisiones, con relevancia jurídica para terceros solo pueden ser tomadas por personas con una cierta capacidad de disposición o de representación social en el concreto ámbito en el que actúa. Así, por ejemplo, una posibilidad de representación que puede ser suficiente para fundamentar un delito de estafa (contraer, por ejemplo, obligaciones en nombre de una sociedad en perjuicio de ésta), no es, sin embargo, suficiente

¹⁶⁶⁸ GALLEGU SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la empresa, 2002, 160.

¹⁶⁶⁹ Crítico con un concepto unitario de administrador de hecho tanto en el art. 31 como en los delitos societarios GÓMEZ BENITEZ, Derecho penal de los negocios, 2001, 107.

¹⁶⁷⁰ Me refiero a la tesis de GRACIA MARTÍN y los posteriores desarrollos de RUEDA MARTÍN como ya he referido en muchas ocasiones a lo largo de este trabajo.

¹⁶⁷¹ GALLEGU SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la empresa, 2002, 160.

¹⁶⁷² CASTRO MORENO, Administración desleal, 1998, 240.

para la realización de una insolvencia punible, porque en ellas el administrador de hecho debe tener una *posibilidad de disposición* de los bienes de la sociedad, cuando lo sustrae a la acción de los acreedores, y salvo que se trate de sustracciones materiales de esos bienes, la mayoría de las veces se tratará (*sic*) operaciones jurídicas de disposición de los bienes para las que hay que estar legalmente habilitado”¹⁶⁷³.

Es con esta perspectiva con la que estoy absolutamente de acuerdo. Pero es que, además, esta discusión va de la mano de aquella que hace referencia a si podemos hablar de un único concepto de la acción de administrar o si por el contrario es necesario atender a las competencias específicas dentro de la administración global en relación con el bien jurídico protegido en el tipo penal, para terminar por ofrecer distintos tipos de conceptos de administración. En el capítulo tercero de este trabajo se relacionaron las nociones de correcto funcionamiento de las sociedades con las de buena gestión o administración y, en este sentido, los deberes fiduciarios de los administradores adquirirían una especial relevancia: el deber de diligencia consagrado en el art. 225 LSC y el de lealtad recogido en el art. 226 LSC, cuyo contenido ha sido desarrollado en el mencionado capítulo, y que deberá ser tenido en cuenta en la verificación de la cualidad del sujeto activo.

A mi entender, se ha de partir en términos generales de que si las funciones básicas de un órgano de administración y representación son “las de gestionar la empresa, ejecutar la voluntad social formada en la Junta General y representar a la sociedad frente a los terceros, con los que en nombre de ella se establecen relaciones jurídicas”¹⁶⁷⁴, entonces administrar significa tener todas las facultades de representación y gestión necesarias para dirigir de manera integral una sociedad, conforme a los deberes de los administradores. Por tanto, realizar algún acto de administración no significa administrar la sociedad¹⁶⁷⁵. Quien

¹⁶⁷³ MUÑOZ CONDE, CDJ 2002-14, 236.

¹⁶⁷⁴ BROSETA PONT/ MARTÍNEZ SANZ, Manual I, 2011, 423.

¹⁶⁷⁵ POLO VEREDA, LL 1998-2, 2045; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 63.

realiza un solo acto de administración no puede considerarse que dirija o administre la empresa, sólo ayuda al que lo hace¹⁶⁷⁶.

2. Partiendo de que legalmente la administración social comprende tanto la gestión como la representación de la sociedad, competencias que abarcan por completo el campo de actuación de la administración en general para que un sujeto ejercite dicha función, POLO VEREDA¹⁶⁷⁷, se pregunta: ¿tiene que ejercer todas, la mayoría, alguna, o una sola de dichas facultades? El autor acude a la relación de dominio social, fundamentándola además en una posición de garantía por la cual el administrador, al ejercer la función de administración social, se convierte en garante del bien jurídico para concluir, en base a esto, que si el dato relevante es el acceso a la posición de garantía “resulta totalmente intrascendente si el posterior comportamiento típico que en concreto se describe se encuentra en cada caso o no dentro de la competencia específica otorgada en concreto al sujeto”¹⁶⁷⁸, lo importante, entonces es que tenga el dominio social.

Así, considero que tienen razón DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, cuando afirman que “de esta manera, el administrador social al ejercer la función de administración debe entrar en relación con el bien jurídico de forma que se convierta en garante de él. Sin embargo no todos los tipos delictivos comparten un mismo objeto de tutela. Eso no significa que la categoría de administrador de hecho y de derecho no sean unitarias, esto es, que dependiendo de cuál sea en cada caso el objeto de tutela se admitirán unos u otros sujetos. Lo que sucede es que existe un denominador común para tal diversidad de bienes, y es que todos dependen en cualquier caso de una correcta administración”¹⁶⁷⁹.

Pero en este sentido, y existiendo esa diversidad de bienes jurídicos protegidos en las normas penales, será necesario atender a la norma extrapenal

¹⁶⁷⁶ POLO VEREDA, LL 1998-2, 2045; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 62.

¹⁶⁷⁷ POLO VEREDA, LL 1998-2, 2046.

¹⁶⁷⁸ POLO VEREDA, LL 1998-2, 2046. Así también DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 63.

¹⁶⁷⁹ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 62, si bien, después de este razonamiento concluye de la misma manera que POLO VEREDA, LL 1998-2, 2046.

para dar contenido al concepto «administrar» en relación al bien jurídico que se pretende proteger en cada tipo. Así se expresó y concretó el concepto de administrar en relación con el concepto de correcta administración, y considero que de igual manera se debe hacer con el concepto de administrar. Se expuso cómo en el art. 290 CP una correcta gestión se concreta en los deberes de los administradores en relación con las cuentas anuales y otros documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad.

Los preceptos donde se imponen estos deberes o los fundamentos para dotar de contenido a estas exigencias son como ya se hizo referencia, por un lado, el art. 25 CCom, en el que establece que la contabilidad será llevada directamente por los empresarios o por otras personas debidamente autorizadas, sin perjuicio de la responsabilidad de aquéllos, presumiéndose concedida la autorización, salvo prueba en contrario.

Por otro lado, el art. 34 CCom establece la obligación de formular las cuentas anuales de su empresa, que comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria. También, como se concretó, la LSC dispone varios artículos para desarrollar las obligaciones de los administradores en relación con las cuentas anuales. De esta manera, el art. 253 LSC determina que los administradores de la sociedad están obligados a formular las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados; y tanto las cuentas anuales como el informe de gestión deberán ser firmados por todos los administradores.

Pero es que además también los otros libros de los empresarios, como son el Libro Diario y el Libro de Actas, el Libro de Registro de Socios del art. 104 LSC y el Libro de Registro de las Acciones Normativas del art. 116 LSC deben ser llevados por el empresario. Igualmente, en relación con los “demás documentos que deban reflejar la situación jurídica y económica de la sociedad” los administradores tienen una especial función de garante bien porque son quienes redactan los documentos o bien porque conforme a los arts. 233 y 234

LSC tiene la representación de la sociedad y por tanto los obligados a inscribir los documentos en el Registro Mercantil¹⁶⁸⁰.

Son por tanto sólo y exclusivamente los administradores de derecho de una sociedad quienes podrán acceder, a través del falseamiento de los documentos societarios que constituyan el objeto material del delito, a la lesión de la funcionalidad de este tipo específico de documentos mercantiles y a la eventual puesta en peligro o lesión del patrimonio de sociedad, socios o terceros porque este ha sido un requisito previo establecido para concretar qué documentos son objeto material del art. 290 CP.

Como se ha dicho, formular las cuentas sólo le incumbe al empresario del que habla el art. 34 CCom y a los administradores que recoge el art. 37 CCom. Además, es una de las pocas funciones no delegables del Consejo de Administración en una sociedad anónima, salvo expresa autorización de la Junta General. Por tanto, en puridad “ni los apoderados, ni los mandatarios, ni los directivos en general tienen posibilidad de realizar la conducta típica en relación a las cuentas anuales porque no les incumbe formularlas ni presentarlas a la junta por lo que no podrían ser sujetos activos. Tampoco, por éste motivo, los promotores, ni los fundadores, ni los liquidadores. A lo sumo, dice podrían ser castigados como partícipes”¹⁶⁸¹.

3. Con SÁNCHEZ ÁLVAREZ se concretó el concepto de Derecho penal societario ligado al concepto de poder en la empresa o poder societario, entendido como aquella situación de control, dominio o fuerte incidencia en el sistema económico específico y en particular en el ejercicio de las funciones típicas de gestión (administración y representación). Dicho en los términos que expone el autor, el poder reside en la capacidad de decisión o de disposición autónoma en un ámbito previamente acotado por la normativa legal o por el contrato de sociedad¹⁶⁸². Se ha manejado por tanto un concepto material y no formal de poder societario; sin embargo, la función de administrar en relación a

¹⁶⁸⁰ Me remito en este punto a todo lo expuesto en el Cap. 4 II. sobre el objeto material.

¹⁶⁸¹ BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, Derecho penal económico, 2010, 662.

¹⁶⁸² SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 58.

los documentos sociales a los que se refiere el art. 290 CP está recogida de manera clara por la ley, y se puede concretar en tres funciones básicas:

- La de redacción de las cuentas anuales conforme al criterio de imagen fiel.

- La de la firma que garantiza que la funcionalidad de los documentos se respete, y no sólo de las cuentas anuales, sino también de todos aquellos documentos que deban ser firmados y certificados por ellos para ser publicados en el Registro mercantil.

- La de ser garantes de la publicidad de los documentos que así lo exijan que, en última instancia, es lo que califica al documento de mercantil.

4. Con todo lo dicho hasta ahora, y concluyendo, entiendo que tanto el concepto de administrar como los de administrador de hecho o de derecho han de tener un contenido mínimo común para todas las figuras delictivas que prevean como sujeto activo del delito a uno de ellos, por lo que su ámbito de actuación y control será el de administrar, y se configurará por tanto como un delito especial propio, que sólo puede realizar el administrador de hecho o de derecho. Pero posteriormente, en atención al tipo y sobre todo al bien jurídico protegido, se deberán determinar las peculiaridades específicas¹⁶⁸³ propias de la figura del administrador para ese tipo. Se configuran entonces como delitos especiales en tanto se entiende que esas conductas societarias puede llevarlas a cabo quien ostenta el poder societario conforme al tipo. Este poder reside de manera fundamental en la capacidad de decisión o de disposición autónoma en un ámbito previamente acotado por la normativa legal o por el contrato de sociedad, es decir, tendrá que tener algún tipo de legitimación jurídica¹⁶⁸⁴.

¹⁶⁸³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 433.

¹⁶⁸⁴ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 59. En este sentido también GRACIA MARTÍN, El actuar en lugar de otro, I, 1986, 383 “Sólo quienes, en virtud de sus competencias jurídicas, institucionales o sociales, tenga la posibilidad de ejercer las facultades de disposición de dicho patrimonio estarán en situación de realizar el ataque penalmente relevante al bien jurídico –el derecho de crédito- el cual, por ello, queda bajo el dominio social de dichos sujetos”; MUÑOZ CONDE, CDJ 2002-14, 236 “cuando hablamos de delitos especiales de delitos en los que el auto en sentido estricto y, por tanto, el principal responsable debe tener una cierta competencia o capacidad institucional para realizarlos”.

No me estoy refiriendo a la infracción de deberes del administrador si no a su acceso¹⁶⁸⁵, por su función, a la lesión del bien jurídico¹⁶⁸⁶ por sus peculiares circunstancias personales¹⁶⁸⁷.

Teniendo en consideración que son éstas las funciones de los administradores y por tanto por ellas queda condicionada esa previa cualidad del sujeto activo, la determinación de la figura del administrador de hecho quedará muy reducida y, a su vez, estos criterios servirán de límite para que, en el sentido en el que me expresaba anteriormente, no suceda que el estatus de administrador suponga ya la calificación de sujeto activo a una persona en concreto. Como se esgrimió, el criterio material es también importante, es necesario demostrar que el sujeto no sólo tiene un acceso formal al bien jurídico protegido por la norma, sino una posibilidad de acceso real a éste y por tanto la capacidad efectiva de lesionarlo. Y para poder determinarlo, estas funciones serán las que revelen si estamos ante quien puede realizar la conducta típica o no.

5. Concluyendo, teniendo en consideración lo manifestado sobre los deberes legales de los administradores en relación con el objeto material del delito del art. 290 CP, y tal y como ya anticipé, comparto la tesis de GARCÍA ENTERRÍA, cuando afirma que “hay delitos societarios que, al conectarse

¹⁶⁸⁵ Básicamente es el planteamiento que hace MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ en relación a los arts 290 y 295, especialmente a éste última que más adelante se seguirá desarrollando y quien dice textualmente: “Con todo, conviene reiterar que, aun cuando se rechace –como aquí se hace– configuración como genuino delito basado en la infracción de un específico deber extrapenal institucional que vincule dos esferas deferentes de organización (la del administrador con el patrimonio de la sociedad), no se trata de un delito de dominio común, sino de un delito de dominio “particularizado”, dado que se construye como un delito especial propio, en el que la punibilidad de la conducta se basa en la especial posición de proximidad del administrador con respecto al bien jurídico protegido”.

¹⁶⁸⁶ RUEDA MARTÍN, DPC 7 (2004), 151, expresa que “El criterio del “dominio social” sirve para averiguar las posibilidades que tiene un sujeto para realizar la acción típica, pues quien lo ostenta tiene un mayor acceso para lesionar o poner en peligro el bien jurídico. [...] A través del criterio del “dominio social” se determina el ámbito de protección de la norma de los delitos especiales. De todo ello se deduce la relación tan estrecha que existe entre el *intra-neus*-funcionario público o autoridad- que ostenta el dominio social en el que se desarrolla la función pública, el bien jurídico y la acción típica en estos delitos”.

¹⁶⁸⁷ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Derecho penal fundamental, 1998, 417 ss. En la pág. 423, expresa: “Queda entonces claro que las cualidades típicas del autor de un delito especial (propio o impropio) no son “circunstancias personales” del autor ni de la punibilidad sino del tipo legal y por tanto no son susceptibles de comunicación de una persona a otra, pues el sujeto las tiene o no las tiene, sin más.

directamente a deberes u obligaciones de carácter orgánico, podrán ser cometidos únicamente por administradores “regulares”, considerando la imposibilidad de cualquier otra persona que no tenga una situación plenamente regularizada de poner en práctica hechos como los contemplados¹⁶⁸⁸, poniendo como ejemplo la falsificación de las cuentas que son depositadas en el Registro Mercantil. Entiendo, como este autor, que con la introducción de los administradores de hecho, se está aludiendo a los administradores que ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica, como podrían ser los administradores con nombramiento defectuoso, no aceptado, no inscrito o caducado¹⁶⁸⁹.

Se excluye por tanto, dentro de la categoría de administradores, a los socios, los altos directivos de la sociedad o especialmente a los propietarios de la empresa, pese a su posición e influencia de determinar el comportamiento social¹⁶⁹⁰, porque no tienen las obligaciones sociales en relación con los documentos sociales de los administradores y por tanto no son garantes en su situación de lo expuesto en ellos, ni tampoco de su eventual destino¹⁶⁹¹. Además, plantea el autor, que si el legislador penal hubiese realmente pretendido extender el mismo régimen sancionatorio a aquellos que desempeñan funciones gestoras dentro de la sociedad, aunque sin estar adscritas a su órgano de administración, lo hubiera dicho expresamente, sin necesidad de deformar y desvirtuar de forma arbitraria una noción con un significado tan preciso como la de administradores¹⁶⁹².

También PÉREZ VALERO apunta cómo en el art. 290 CP sólo el administrador de Derecho puede ser sujeto activo de la conducta, por lo que existen difíciles obstáculos conceptuales para dar algún sentido a la previsión de los administradores de hecho en este tipo¹⁶⁹³. El hecho de que las obligaciones en relación a los documentos sociales sean propias de los administradores de la

¹⁶⁸⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1995, 46.

¹⁶⁸⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1995, 46.

¹⁶⁹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1995, 46.

¹⁶⁹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1995, 46.

¹⁶⁹² GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1995, 46.

¹⁶⁹³ PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 271.

sociedad, les hace garantes de ese ámbito de competencia administrativa exclusivamente a ellos y por tanto hace que las posibilidades de que otras personas, puedan cometer el delito sólo pueda ser en grado de participación. De este modo precisa cómo “no hay un único concepto de administración de hecho válido para todos los delitos societarios, sino que el contenido de dicha noción vendrá impuesto por la estructura de la conducta típica de cada uno de los delitos”¹⁶⁹⁴; “La razón por la que la ley ha decidido extender el castigo a dichos administradores de hecho es, precisamente, la especial relación de estos con el bien jurídico, la cual permite afirmar que los mismos se hallan en condiciones de lesionarlo; esto es así, porque estamos ante un delito especial propio, que se caracteriza por el dominio que los sujetos activos ejercen sobre la concreta estructura social en la que el bien jurídico se halla necesitado de protección y el Derecho penal, a través de semejantes tipos, protege”¹⁶⁹⁵.

De esta manera, continúa el autor, “cuando menos en el ámbito del art. 290 la administración de hecho es una noción claramente dependiente, que no halla su fundamento en presupuestos autónomos. A mi modo de ver, ambas figuras han de ser definidas unitariamente a partir del deber de veracidad que no olvidemos es el presupuesto conceptual que vertebra la conducta típica del delito; de ahí que, en primer lugar, considero necesario tomar que ha de existir un mínimo formal en la noción de administrador de hecho, ya que solo quien posea éste puede lesionar el deber, y, además, en segundo lugar, su contenido ha de ser análogo cualitativamente al exigido en la administración de derecho, pero diferente en términos cuantitativos”¹⁶⁹⁶.

PÉREZ VALERO¹⁶⁹⁷ acaba afirmando que ha sido un error, por inútil y distorsionador, incluir la administración de hecho en el ámbito del art. 290 CP; el motivo es porque es complicado que un sujeto inmerso en la sociedad pueda llevar a cabo una conducta susceptible de ser castigada por el art. 290 CP si no se es administrador.

¹⁶⁹⁴ PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 248.

¹⁶⁹⁵ PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 297.

¹⁶⁹⁶ PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 299.

¹⁶⁹⁷ PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 310.

Yo estoy totalmente de acuerdo con esta posición, si bien, a diferencia de PÉREZ VALERO, atiendo a que se trata de un delito de dominio y no de infracción de deber cuyas diferencias ya se expusieron anteriormente. Considero correcta esta valoración porque efectivamente es competencia exclusiva de los administradores de una sociedad el manejo de la documentación social y por tanto una regulación tan clara al respecto provoca que el concepto funcional de administrador de hecho sea superfluo a los efectos de este precepto, y no solo porque prescinde de la especial cualidad otorgada por la ley a los administradores de derecho sino también porque solo éste será el que pueda afectar los bienes jurídicos «funcionalidad del documento» y «patrimonio». Otra cosa es que el tipo tendría que haber previsto a otros sujetos a través de los cuales los bienes jurídicos quedasen potencialmente afectados. Podría ser el caso del Secretario de la Junta General, quien es el que tiene la capacidad de certificar los acuerdos tomados en Junta y con cuya firma serán validados para inscribirse en el registro mercantil. Por tanto, de *lege ferenda*, los sujetos activos tendrían que verse ampliados¹⁶⁹⁸ porque además parece claro que el legislador pensó en las cuentas anuales pero no en los demás documentos que parece quería incluir a través de la cláusula inclusiva de todos aquellos documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la empresa.

CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN también se pronuncian al respecto y, si bien afirman en primer lugar que a efectos penales es indiferente la posición que el “administrador” posea en el seno del organigrama empresarial, o que no posea ninguna, ya que para su consideración como autor lo importante es que materialmente pueda tener el dominio de la situación, se comporte como tal, lo que también evidencian es la posibilidad de que los delitos societarios sean cometidos por un administrador de hecho, pero advierten cómo parece más

¹⁶⁹⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, Derecho penal económico, 2009, 55. “En efecto, respecto al secretario no consejero sucede que, salvo que se fuerce en exceso el tenor del tipo y se le considere un “administrador de hecho”, no es en este caso un administrador, requisito exigido por el tipo para ser sujeto activo del delito, por lo que a lo sumo podría resultar partícipe necesario en la falsedad del sujeto cualificado. Tampoco ello sería posible aquí, dado que el presidente no es el que redacta el acta ni el que firma como autor de la misma, función que corresponde al secretario (art. 99 Reglamento del Registro Mercantil), y dado que la mera función de dar el “visto bueno” no puede equivaler en intensidad y en responsabilidad a la función propia de documentación. Recuérdese que estamos ante una falsedad ideológica que sería solo relevante respecto a lo que el documento prueba, y el documento sólo hace prueba respecto a los datos comprobados por quien tiene un específico deber mercantil de reflejar lo acaecido”.

difícil admitir la idea de que este delito sea cometido por estos últimos. En consecuencia, apuntan que: “la referencia a los mismos, que por lo general es redundante, aquí es prácticamente vacua. Es obvio que los sujetos que pueden intervenir a título de autores, no son cualesquiera que materialmente puedan cometer la falsedad descrita, puesto que si así fuera no estaríamos ante un delito especial. Sólo pueden ser autores de esta falsedad contable quienes puedan ofrecer la necesaria credibilidad de la que deben gozar ciertos documentos, capacidad que sólo puede estar vinculada al cargo formal que ostentan”¹⁶⁹⁹.

Igualmente NÚÑEZ CASTAÑO se hace eco de esta cuestión en relación a los delitos de infracción de deber que ella acepta, advirtiendo cómo en ocasiones, “algunos bienes jurídicos no están destinados a la realización de funciones generales sino específicas y, por lo general, estrictamente normativizadas, de modo que las posibilidades de uso de tales bienes jurídicos se encuentran notablemente restringidas. Estos bienes jurídicos no se encuentran en el espacio social abierto a todos, pues únicamente pueden desempeñar su concreta y específica función social dentro de determinadas, limitadas y, por ello, “cerradas” estructuras sociales”¹⁷⁰⁰. Esto da lugar a que una equiparación total entre administrador de hecho y de derecho no sea correcta¹⁷⁰¹.

Debemos recordar que se está tratando un delito especial en sentido estricto¹⁷⁰², y en este sentido sólo puede falsear la información social quienes estén en la esfera del objeto (ya sea porque lo redacta o porque lo puede inscribir en el registro mercantil), que es el que será garante de éste “por lo que castigar al *extraneus* es tanto como desnaturalizar un delito en el que la autoría se halla seriamente limitada por criterios formales”¹⁷⁰³. Como ya he mencionado, el CCom y la LSC son claros con respecto a quiénes son responsables de las cuentas anuales. Sobre los demás documentos, como se ha expresado, existen

¹⁶⁹⁹ CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios, I, 1092.

¹⁷⁰⁰ NÚÑEZ CASTAÑO, Responsabilidad penal de la empresa, 2000, 63.

¹⁷⁰¹ NÚÑEZ CASTAÑO, Responsabilidad penal de la empresa, 2000, 75.

¹⁷⁰² En el sentido de los delitos de posición institucional GÓMEZ MARTÍN, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (Dirs.), Práctica penal económico, 2013, 425.

¹⁷⁰³ PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 274.

algunos que deben ser redactados por los administradores y otros que no siendo redactados por ellos los deben inscribir¹⁷⁰⁴.

6. Por todo lo anterior, y concluyendo, siendo claras las funciones que el ámbito mercantil otorga a los administradores en relación a los documentos sociales que son objeto material del art. 290 CP, no se pueden desatender. Se trata este de un ámbito legalmente cerrado y acotado a los administradores de derecho¹⁷⁰⁵ por lo que se debe hacer necesariamente una interpretación restrictiva de los administradores de hecho en este tipo¹⁷⁰⁶ porque lo relevante es que el sujeto pueda (jurídicamente) realizar la conducta típica.

La mayoría de la doctrina¹⁷⁰⁷, que acepta en exclusiva la denominada teoría mercantilista, así como aquellos que plantean una tesis material restrictiva pero haciendo referencia y englobando también supuestos que expone la tesis mercantilista plantean los siguientes supuestos a los que podrá quedar reducida, entonces, la administración de hecho: aceptación tácita o implícita del nombramiento, falta de publicidad del nombramiento, nulidad inicial del nombramiento por existir una causa originaria o sobrevenida de inelegibilidad, renuncia válida sobrevenida, revocación expresa o cese en el cargo por cumplimiento del término. Sin embargo, el concepto de administrador de hecho no es una cuestión pacífica tampoco en la doctrina mercantilista¹⁷⁰⁸, porque hay autores que consideran que en los casos de administración de hecho por defectos formales sería una pura administración de derecho. Por tanto es importante analizar uno a uno los supuestos.

¹⁷⁰⁴ Nuevamente me remito al Cap. 5 II sobre el objeto material.

¹⁷⁰⁵ Con la excepción que en algunos supuestos pudiera tener el Secretario y Vicesecretario de los órganos colegiados o delegados cuestión que será tratada en el próximo párrafo de este mismo capítulo en las cuestiones sobre el actuar en lugar de otro y la delegación.

¹⁷⁰⁶ También otorga un concepto restrictivo de administrador de hecho para la administración desleal CASTRO MORENO, Administración desleal, 1998, 239 ss.

¹⁷⁰⁷ PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 301; FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 85; NÚÑEZ CASTAÑO, Responsabilidad penal en la empresa, 2000, 82 s.

¹⁷⁰⁸ FERNÁNDEZ BAUTISTA, El administrador, 2007, 309; FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 77.

Ante un supuesto de aceptación implícita del nombramiento de administrador considero que estamos ante un administrador de hecho¹⁷⁰⁹, porque la aceptación implícita supone una aceptación y siendo que ésta no queda excluida por el art. 214 LSC se trataría entonces de una administración de hecho, porque todavía faltaría la inscripción en el Registro Mercantil para ser considerado de derecho.

Cuando por su parte haya aceptación explícita del cargo pero existe una falta de publicidad del nombramiento del cargo de administrador, es decir no hay una inscripción de éste en el Registro Mercantil se plantean dudas sobre si se tratará de un administrador de hecho o de derecho. El art. 214 LSC establece que el nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación, sin embargo este efecto tendrá relevancia en el ámbito privado, pero no frente a terceros. Como se advirtió, la falta de inscripción en el Registro Mercantil es irrelevante en el plano privado, aunque sí afectará la eficacia respecto de terceros, por lo que nos encontramos ante el supuesto más claro de administrador de hecho “ya que la subsistencia del vínculo orgánico de dicho sujeto con la sociedad es innegable”¹⁷¹⁰.

Los supuestos cuyo nombramiento proceden de un acuerdo inválido son para PÉREZ VALERO muy dudosos, y estoy de acuerdo con él. Se debe diferenciar si este acuerdo inválido viene por una causa de nulidad inicial¹⁷¹¹, que

¹⁷⁰⁹ En contra NÚÑEZ CASTAÑO, Responsabilidad penal en la empresa, 2000, 82 s., FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 85.

¹⁷¹⁰ Otros autores, sin embargo, consideran que como lo que exige la ley es la aceptación y la publicidad es un mero requisito formal, se trata de un supuesto de administrador de derecho FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 86; GALLEGOS SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la empresa, 2002, 154; NÚÑEZ CASTAÑO, Responsabilidad penal en la empresa, 2000, 85.

¹⁷¹¹ Un supuesto que considero es de nulidad inicial es el supuesto en el que sobre el administrador pesa alguna causa de prohibición o incompatibilidad. El art. 213 LSC establece las siguientes prohibiciones: 1. No pueden ser administradores los menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socio-económico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad, así como aquéllos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio/ 2. Tampoco podrán ser administradores los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate, los jueces o magistrados y las demás personas afectadas por una incompatibilidad legal.

viene a significar que nunca ha existido un verdadero vínculo entre la sociedad y el administrador, por lo que estaremos ante un administrador de hecho¹⁷¹². Sin embargo, si se trata de casos de anulabilidad sí habría existido ese vínculo¹⁷¹³ y el administrador será de derecho.

Otro supuesto problemático que se plantea es el del administrador que actúa con cargo caducado¹⁷¹⁴ y que considero es claramente un administrador de hecho¹⁷¹⁵ porque tuvo un vínculo jurídico con la sociedad, si sigue en el puesto a pesar de la caducidad es por su interés en ese sentido y evidencia también una aceptación por parte de la sociedad a que siga ejerciendo, aunque no legalmente, su función de administrador. Considero que sería un supuesto semejante al de la aceptación implícita.

En los supuestos de administrador cesado como plantea PÉREZ VALERO cabe preguntarse si en el período que media entre la decisión de la Junta de separar al administrador y su inscripción, subsiste el vínculo orgánico con la sociedad o no concluyendo que “si la inscripción de la separación es meramente declarativa no hay mayor problema en admitir que, desde el momento en el que se produce la decisión de la Junta, se rompe el vínculo existente entre la sociedad y dicho administrador, con lo cual las actuaciones que lleve a cabo con posterioridad a la misma no le van a poder ser imputadas ni tan siquiera a título de administrador de hecho”¹⁷¹⁶ opinión que comparto.

En todo caso, advierte este mismo autor que no será fácil que un sujeto inmerso en alguna de esas situaciones pueda realizar alguna de las conductas

Son supuestos que se consideran de administrador de derecho DEL ROSAL BLASCO, Comentarios, 1998, 1416; DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 67.

¹⁷¹² Así también SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 61. Consideran que es un administrador de derecho: NÚÑEZ CASTAÑO, Responsabilidad penal en la empresa, 2000, 87; GALLEGU SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la empresa, 2002, 154; FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 86; CASTRO MORENO, Administración desleal, 232 s.

¹⁷¹³ PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 302.

¹⁷¹⁴ Art. 222 LSC “El nombramiento de los administradores caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado Junta General o haya transcurrido el plazo para la celebración de la junta que ha de resolver sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior”

¹⁷¹⁵ DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 67.

¹⁷¹⁶ PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 305.

del art. 290 CP¹⁷¹⁷: “excepcionalmente podría plantearse la posibilidad de comisión del delito por parte de los administradores de hecho si por tal se entienden los que continúan en el ejercicio de su cargo después de la caducidad o separación del mismo”. Sin embargo, debe descartarse la posibilidad de comisión del delito por parte de quien dirige la sociedad materialmente sin ostentar cargo formal alguno¹⁷¹⁸.

7. Por tanto, los supuestos de administración de hecho serían los de: nombramiento de un administrador sin publicidad, administradores sobre los que pesa una causa de prohibición o incompatibilidad, y administradores con cargo caducado que a pesar de esa circunstancia continúan ejerciendo la administración.

Pero además existen otra serie de casos que la doctrina ha planteado como problemáticos de administración de hecho y que sin embargo a mi entender no lo son, y por ello les dedicaré una brevísima referencia.

Estos supuestos problemáticos son aquellos de administración judicial, por los liquidadores, los promotores y fundadores o gestores de la sociedad en formación, por el presidente de la Junta General, el letrado asesor y los auditores de cuentas.

Sobre la administración judicial considero que en la medida en que ésta tenga atribuidas las funciones del Consejo de Administración o del administrador individual, parece que no queda duda de que el administrador judicial sea administrador de Derecho a efectos penales¹⁷¹⁹. También los liquidadores, “dado

¹⁷¹⁷ PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 305.

¹⁷¹⁸ CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios, I, 2004, 1093.

¹⁷¹⁹ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 135 s.; DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 67; DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios, 1998, 62; NÚÑEZ CASTAÑO, Responsabilidad penal en la empresa, 2000, 110; CARRACEDO CARRASCO, ADC 3 (2011), 194. CARREÑO AGUADO, La inveracidad en la información, 2013, 212 “Ya he abordado antes en este capítulo la cuestión relativa al bien jurídico protegido en el art. 290 CP y puede decirse que es el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la entidad. Para que esto sea posible es necesario, como han advertido algunos autores, que exista una presunción de veracidad que sólo se logra a través del establecimiento de mecanismos de control externo, como es el caso de auditorías. De suerte que no es acertado reducir la actividad de auditoría a un mero ejercicio de control formal de la contabilidad tendente a confirmar un apariencia de corrección, sino que puede decirse que el

que ocupan una posición jurídica semejante a la que tienen los administradores en el período de vida social activa”, serán administradores de derecho, ya que la ley les confiere funciones de administración y representación¹⁷²⁰.

Respecto al presidente de la Junta General, considero que si éste lo es también del Consejo de Administración o participa de este como miembro (es decir, como administrador), podrá ser eventual sujeto activo de los delitos societarios. Si por el contrario no es presidente del Consejo de Administración ni tampoco miembro de este órgano, quedará excluido¹⁷²¹ porque de esta manera no reúne las cualidades requeridas para ser sujeto activo del delito y no tendrá el dominio del hecho exigido por el tipo para afectar a los bienes por carecer de la calidad especial de administrador.

Los auditores de cuentas no son administradores y por tanto sólo podrán responder a título de partícipes¹⁷²², aunque son algunos los autores que critican la opción político-criminal de no incluirlos como sujetos activos del tipo¹⁷²³.

Y por último, siendo que el letrado asesor no desarrolla funciones de administración, sino sólo de asesoramiento, no tiene dominio social típico ni reemplaza la responsabilidad del administrador asesorado¹⁷²⁴.

auditor realmente verifica la realidad objetiva y su correspondencia con la situación recogida en la contabilidad”.

¹⁷²⁰ Así DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 72. GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1996, 50, sostiene que los liquidadores no son administradores; NÚÑEZ CASTAÑO, Responsabilidad penal en la empresa, 2000, 112, considera que son administradores de hecho; FARALDO CABANA, El delitos de falsedad, 2003, 75 ss. considera que serán administradores de hecho. También consideran que son administradores de hecho SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 63 s.; QUINTERO OLIVARES, Jornadas, 1996, 175 advierte que serán objetos activos del delito pero no dice si son administradores de hecho o de derecho; CASTRO MORENO, Administración desleal, 1998, 261; FERNÁNDEZ TERUELO, Los delitos societarios, 1998, 71.

¹⁷²¹ FARALDO CABANA, los delitos societarios, 1996, 124. También mínimamente VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 76. En contra GALLEGU SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la empresa, 2002, 169, sobre los presidentes de Junta General que no sean administradores de derecho y, en general, todo el personal de alta dirección no integrado en el órgano de administración social, así como al “socio de control: “estos supuestos de representación –legal o voluntaria- podrán encuadrarse genéricamente en el concepto de administrador de hecho cuando desempeñen con una cierta duración labores propias del núcleo del ámbito de actividad empresarial, actuando como efectos externos en los términos ya expuestos”.

¹⁷²² DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 76; CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios, I, 2004, 1093; MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES, (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 9ª, 2011, 967.

¹⁷²³ MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES, (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 9ª, 2011, 967; CARREÑO AGUADO, La inveracidad en la información, 2013, 212 ss.

3. Consideraciones en torno al actuar por otro y la delegación de funciones

De alguna manera, esta problemática ya se encuentra en lo visto en los dos apartados anteriores¹⁷²⁵, cuando se ha analizado la disyuntiva entre las posturas formales y las funcionales para la determinación de la calidad especial requerida en el tipo penal; sin embargo, se pueden hacer algunas consideraciones.

El art. 31 CP tiene su origen primero en la LO 8/1983 que introdujo el art. 15 bis del CP¹⁷²⁶. El art. 31 dispone que “el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”.

En primer lugar, el artículo hace referencia al “que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica” y se refiere a la administración de las personas jurídicas, lo que era fundamental -cuando no existía la responsabilidad penal de las personas jurídicas- para reconducir la responsabilidad de estos entes a quienes eran los administradores de hecho o de derecho.

La segunda parte hace referencia a quien “actúe en nombre o representación legal o voluntaria de otro”. Por tanto el art. 31 CP extiende la responsabilidad no sólo al que actúa en representación (legal o voluntaria) de otro, sino también al que actúe en nombre de otro¹⁷²⁷.

¹⁷²⁴ NÚÑEZ CASTAÑO, Responsabilidad penal en la empresa, 2000, 106 s.; DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 75.

¹⁷²⁵ Precisamente, SILVA SÁNCHEZ, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRO LINARES (Dir.), Práctica penal económica, 2013, 58 sobre la contribución de los supuesto de hecho del Derecho penal económico en relación a la diferenciación de delitos especiales advierte que “en realidad, la base para esa diferenciación venía dada ya por la fundamentación de las cláusulas de actuar en lugar de otro sobre la noción del «dominio social» del inicial *extraneus* transformado en *intraneus* en virtud de aquellas”

¹⁷²⁶ Sobre estos antecedentes y en general sobre el actuar en lugar de otro SÁNCHEZ DOMINGO, Las actuaciones en nombre de otro, 2003, *passim*; GARCÍA CAVERO, El actuar en lugar de otro, 2003, *passim*; FERNÁNDEZ TERUELO, Estudios, 2003, 15 ss.; ESCOBAR VÉLEZ, Cdl 44, 2006, *passim*.

¹⁷²⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, Estudios, 2003, 18.

Desde mi punto de vista ninguna de las dos partes de este precepto son aplicables en el art. 290 CP.

La primera parte del artículo es irrelevante frente al art. 290 CP porque allí ya se recoge la necesidad de que el sujeto activo sea administrador de hecho o de derecho del ámbito específico del que se trata, que es el de las sociedades, y la figura del administrador de hecho se deberá interpretar en el sentido ya explicado¹⁷²⁸.

La segunda parte del art. 31 CP tampoco considero que pueda tener incidencia sobre el delito estudiado. Allí se indica que, quien actúe, “en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o personas en cuyo nombre o representación obre”.

Esta última parte del art. 31 CP hace referencia a la posibilidad de que la cualidad de los sujetos activos en los delitos especiales se puede transferir (en lo que NÚÑEZ CASTAÑO denomina criterio de translación para los que ella acepta como delitos de infracción de deber) exigiendo para esto la actuación en: a) nombre o representación legal; b) en nombre o representación voluntaria.

a) La actuación en nombre o representación legal.

Se dará cuando se realice una delegación de funciones siguiendo los requisitos que la ley exija. Es necesario concretar entonces si las labores de administración de una sociedad son delegables o transferibles, o por el contrario no lo son.

En este sentido, el art. 249 LSC regula la delegación de facultades del Consejo de Administración, órgano colegiado de administración y cuyo contenido

¹⁷²⁸ Advierte MUÑOZ CONDE, en: Derecho penal económico, 2002, 238 s., que: “En la medida en que las distintas formas de interpretación admisibles en Derecho penal (por tanto, sin incurrir en analogía *in malam partem*) de la expresión “administrador de hecho” usada en el artículo 31 permita su aplicación a supuestos fácticos de control o dominio de una persona jurídica (y hasta cierto punto de una persona física también) podrá aplicarse la figura del delito en cuestión”. Esto significa que, recogiendo ya esa figura en el tipo del art. 290 CP, queda excluida la aplicación del art. 31 CP en esa parte, y la figura del administrador de hecho, habiéndose negado un concepto unitario de administrador, deberá interpretarse a la luz de este tipo penal.

estimo trasladable, en lo que sea aplicable, también a los supuestos en los que el administrador es único o son varios los administradores de forma solidaria. El precepto dispone, en su primer párrafo, que “cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa, el Consejo de Administración podrá designar de su seno una comisión ejecutiva o uno o más consejeros delegados, sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona”. Por tanto, las posibilidades que dispone la ley son dos. Por un lado la de designar dentro del propio Consejo de Administración a uno o varios consejeros delegados, y por otro la de apoderar a cualquier otra persona fuera del círculo de administradores que conforman el órgano de administración. Si la delegación de alguna facultad del Consejo de Administración en la comisión ejecutiva o en el consejero delegado y la designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos tiene carácter permanente, requerirán para su validez el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del consejo y no producirán efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil, según dispone el párrafo tercero.

Sin embargo el precepto, en su punto segundo exceptúa de la posibilidad de delegar y de apoderar la rendición de cuentas de la gestión social y la presentación de balances a la Junta General, negando también las facultades que ésta conceda al Consejo, salvo que fuese expresamente autorizado por ella.

IGLESIAS PRADA Y GARCÍA DE ENTERRÍA explican muy bien esta excepción¹⁷²⁹:

“Dado que las pautas de funcionamiento de un órgano colegiado no suelen ser compatibles con las exigencias operativas que impone la gestión cotidiana de una sociedad, es posible –y muy frecuente en la práctica- que el Consejo de Administración delegue parte de sus facultades de gestión y de representación en alguno o en varios de sus miembros. Esa delegación puede realizarse en favor de uno o varios consejeros delegados (que podrían tener facultades solidarias o mancomunadas) o de una comisión ejecutiva, que actuaría a su vez de forma colegiada (art. 249.1 LSC). En cualquiera de estos supuestos el consejo se desprende de una parte de sus facultades para asumir

¹⁷²⁹ IGLESIAS PRADA / GARCÍA DE ENTERRÍA, en: ROJO/MENÉDEZ (Dir.) Lecciones, I, 2011, 507 s.

una función preponderante de dirección y de control en relación a la actividad desplegada por los cargos delegados. En principio, la fijación del alcance concreto de la delegación queda remitida a la decisión del propio consejo, que puede enumerar de forma particularizada las concretas facultades afectadas o expresar que se delegan todas las facultades legal y estatutariamente delegables (art. 149.1 RRM). Con todo, se prohíbe expresamente la posible delegación de la rendición de cuentas y la presentación de balances a la Junta General, así como las facultades que ésta haya concedido –sin autorización para una delegación ulterior- al propio consejo (art. 249. 2 LSC), a las que habría que añadir, si acaso, las prerrogativas de organización que corresponden al mismo consejo. En particular, al obligar a todos los consejeros a comparecer ante los socios para la rendición y presentación de las cuentas, se evita que el consejo quede sin contenido alguno a la vez que se subraya la responsabilidad última que le corresponde sobre la gestión social, que lógicamente no queda anulada ni mitigada por el hecho de la delegación. Por la trascendencia que presenta la delegación permanente de facultades del consejo y la propia designación de los consejeros que han de ocupar dichos cargos, se exige que estos acuerdos se adopten con el voto favorable de las dos terceras partes de los consejeros (art. 249.3 LSC). No es preciso destacar que el Consejo de Administración, al margen de estas delegaciones de facultades en sus propios miembros, puede también otorgar apoderamientos generales o singulares a personas extrañas al mismo (como puede hacerlo, claro, cualquier otra modalidad del órgano de administración), quienes representarían por tanto a la sociedad de acuerdo con las reglas generales de la representación voluntaria –no orgánica-”.

Además, como advierte GALLEGO SOLER¹⁷³⁰,

¹⁷³⁰ GALLEGO SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal económico, 2006, 107 s.; NÚÑEZ CASTAÑO, La responsabilidad penal de la empresa, 2000, 131 pero desde la perspectiva de los delitos de infracción de deber “La remisión de responsabilidad de la empresa de modo indistinto al administrador de hecho o al de derecho que hace el art. 31 CP resulta problemática, cuando nos enfrentamos a incumplimientos de deberes específicos, ya que no se tienen en cuenta la naturaleza del deber jurídico especial. Por ello, y a fin de no realizar una ampliación desmesurada e incoherente de la responsabilidad penal en estos casos, se hace necesario diferenciar y delimitar, en cada caso concreto, la naturaleza jurídica del deber correspondiente, a fin de determinar si el mismo puede o no transferirse o realizarse por quien ostente una posición puramente fáctica y no formal” “El concepto de cuentas anuales es normativo y se deriva del Derecho mercantil, de tal forma que sólo tendrán esa consideración aquellas que reúnan los requisitos establecidos por la legislación mercantil, a saber, que estén firmadas por los administradores (nombrados válidamente) de la sociedad y que estén presentadas

“es necesario observar la posible existencia de algunas obligaciones indelegables por ser altamente personales, de tal suerte que son indelegables *ex legem*. En efecto, en muy diversos ámbitos legales se atribuyen una serie de obligaciones legales que, bien porque así lo disponga la propia ley, bien porque una interpretación sistemática y axiológica del precepto permita esta conclusión, no tienen el carácter de delegables. Aplicando esta doctrina a nuestro sistema legal, se podrían ofrecer los ejemplos siguientes, no exhaustivos: las obligaciones que pesan sobre el Presidente y los demás administradores en el ámbito del suministro de la información societaria a los socios. Así es, el caso de lo prevenido [sic] en el art. 141 LSA¹⁷³¹, que contempla este régimen de indelegabilidad para la rendición de cuentas y la presentación de balances a la Junta General por parte de los consejeros, ni las facultades que ésta conceda al Consejo, salvo que fuese expresamente autorizado por ella. También son indelegables las facultades de organización de la sociedad, debiendo entenderse por tales las vinculadas al deber de contabilidad impuesto a los administradores (propuesta de reducción de capital, memoria en que se justifique la exclusión del derecho de suscripción preferente, facultad de acordar distribución de cantidades a cuenta de dividendos), y las actividades referidas a la modificación de la estructura jurídica de la sociedad (aprobación proyecto de fusión y escisión, alteración de la composición o funcionamiento del consejo)”.

En este sentido FARALDO CABANA¹⁷³² advierte que “la exigencia de responsabilidad penal de los apoderados generales o singulares que no son miembros de administración no podrá efectuarse a través de los delitos que nos ocupan” porque no reunirán nunca las características del sujeto activo¹⁷³³.

Por tanto es claro que una actuación en nombre o representación legal referida a las cuentas anuales de una sociedad, y en concreto a su eventual

ante el Registro Mercantil. Desde esta consideración, resulta evidente que sólo los administradores de derecho pueden realizar la conducta descrita, por cuanto, sólo ellos pueden legitimarlas con su firma y, consecuentemente, incumplir el deber de veracidad y fidelidad que de las mismas se deriva”.

¹⁷³¹ Actual art. 249 LSC.

¹⁷³² FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 117.

¹⁷³³ Es importante diferenciar la figura de la delegación de la de apoderamiento que se da dentro del órgano colegiado, y que supone simplemente un instrumento para la mejor y más fácil gestión de la empresa que no cambia nada la responsabilidad de apoderado porque es igualmente administrador con y sin ese apoderamiento.

falsificación, no es posible porque el precepto es claro en que dichas funciones no pueden delegarse. Pero tampoco lo son las actuaciones relacionadas con el resto de documentos objeto material de este delito que se han determinado por quedar en la esfera del administrador y que, por su importancia, el órgano de administración de la empresa -sea unipersonal o colegiado- no podrá delegar.

b) En nombre o representación voluntaria

Aquí se recoge una delegación de facto, que no cumple con los requisitos jurídicos. Esta posibilidad considero que también es imposible y la argumentación de esta tesis se ha desarrollado muy exhaustivamente en la parte de la justificación y determinación del administrador de hecho, en el sentido de que en este delito resulta clara la imposibilidad del administrador de facto de realizar el tipo previsto, por lo que sin ánimo de ser repetitiva me remito a esa parte.

El único supuesto en que será de aplicación el art. 31 CP será para los casos en los que la administración de la sociedad sea una persona jurídica. Recordemos que el art. 212 LSC establece que los administradores de la sociedad de capital podrán ser personas físicas o jurídicas. En estos casos será necesario que la persona jurídica designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo. En este sentido advierte FARALDO CABANA¹⁷³⁴: “Piénsese que una persona jurídica puede ser nombrada administrador (...), en cuyo caso se nombra a una sola persona física representante de la persona jurídica administrador que de modo permanente ejerza las funciones de tal. Esa persona física no es administrador, pero vía art. 31 CP podemos hacerle responder por la comisión de delitos societarios en caso de que intervenga en la falsedad de los documentos sociales”.

¹⁷³⁴ FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 125. Además en la pág. 129 advierte FARALDO CABANA que “La redacción del art. 31 CP da pie a considerar que también los representantes que no son miembros del órgano de administración de la persona jurídica se incluyen en su ámbito de aplicación, al señalar en su último inciso “si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”. Parece que el legislador no quiso excluir del ámbito de aplicación del precepto las actuaciones de los representantes de las personas jurídicas, no obstante lo cual es exigible una mayor precisión en la redacción con el fin de evitar problemas interpretativos”. SÁNCHEZ ÁVAREZ, Los delitos societarios, 1998, 60 parece optar, sin embargo, por considerar que la persona física designada será la administradora.

II. MODALIDADES DE AUTORÍA

A. Introducción

1. Una vez visto quiénes son los posibles sujetos activos del delito en estudio, es necesario ahora pasar a identificar las diversas formas en que esos sujetos activos pueden actuar como autores¹⁷³⁵; esto es, cómo se presentan las diferentes formas de autoría en relación al delito tipificado en el art. 290 CP, porque el hecho de que una persona ostente el cargo de administrador será al máximo un indicio de la autoría¹⁷³⁶ de ese sujeto, pero no una condición suficiente, ya que habrán de darse otras: su material y real acceso al bien jurídico¹⁷³⁷ y el dominio positivo y objetivo de la conducta típica en concreto, es decir: que determine el sí y el cómo de la ejecución, haciéndola avanzar¹⁷³⁸. Además, al ser el delito del art. 290 CP un delito especial propio, deberá tenerse en cuenta, ante todo, que regirán las reglas de autoría y participación para esta clase de delitos¹⁷³⁹.

Como se verá algunas cuestiones relacionadas con la autoría serán bastante sencillas, sin embargo otras, especialmente las referidas a la autoría mediata y a la responsabilidad cuando se actúa a través de un órgano colegiado serán más conflictivas porque conviene recordar que la Ley establece diferentes modos de organizar la administración de una sociedad: se podrá confiar a un administrador único, a varios administradores que actúen de forma solidaria o de forma conjunta, o a un Consejo de Administración.

2. Antes de iniciar el análisis de las diferentes formas de autoría que se pueden presentar frente al art. 290 CP, es importante dejar absolutamente claro

¹⁷³⁵ QUINTERO OLIVARES, Los delitos especiales, 1974, 18 "...si el tipo debe cumplir una función limitadora en cumplimiento de las exigencias propias del principio de legalidad, nunca podrá ser declarado «autor principal» de un hecho quien no pueda ser engarzado en la estructura de tal figura legal".

¹⁷³⁶ FERNÁNDEZ BAUTISTA, El administrador, 2007, 284.

¹⁷³⁷ En este sentido también FERNÁNDEZ BAUTISTA, El administrador, 2007, 298.

¹⁷³⁸ V. una muy clara explicación de esta tesis en LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, DPC 2 (2003), *passim*.

¹⁷³⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 439.

que aquí se parte de la idea de que nunca un *extraneus* podrá ser autor sino tan sólo partícipe, precisamente porque lo contrario llevaría a negar toda la lógica de la restricción que plantean los delitos especiales, tal y como aquí se ha abordado. No obstante, no puede pasarse por alto que parte de la doctrina acepta en algunos casos ciertas formas de autoría de *extranei*¹⁷⁴⁰.

Siguiendo a FARALDO CABANA¹⁷⁴¹:

“Para algunos autores, el *extraneus* puede ser coautor del delito especial en sentido estricto. Por el contrario, para otro sector doctrinal es imposible “que el extraño pueda responder como coautor de un delito especial” en sentido propio, ya que no reúne las condiciones requeridas por el tipo. Esta segunda posición es la que suscribo puesto que si la coautoría es una forma de autoría no puede ser coautor quien no es autor idóneo según el respectivo tipo de delito. En referencia a los delitos societarios, no puede ser coautor quien no reúne la condición de administrador de hecho o de derecho, esto es, la cualidad que caracteriza el sujeto activo. Entiendo, pues, que no rige en la coautoría el principio de unidad de título de imputación”.

3. Como método para abordar este apartado se planteará aquí un caso (que denominaremos en adelante Caso de Referencia 1) tomado de una sentencia del Tribunal Supremo que confirma la condena de la AP de Burgos por el delito del art. 290 CP, en donde se exponen los siguientes hechos que, con modificaciones, serán utilizados como ejemplos para desarrollar el tema de los diferentes modos en que puede realizarse la autoría.

Se trata de la STS, Sala 2ª de lo penal, nº 552 del 9-5-2005, (EDJ 2005/83585), Ponente Diego Antonio Ramos Gancedo en donde se expone así el caso¹⁷⁴²:

Los acusados XX y XY fueron condenados por la AP de Burgos como coautores de un delito del art. 290 CP. El "factum" de la sentencia, dice el TS, declara probado que los acusados, en la cualidad que ostentaban en la sociedad: en un

¹⁷⁴⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Autor y cómplice, 2006, 221 ss.

¹⁷⁴¹ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 270.

¹⁷⁴² De la sentencia se han retirado los nombres de los implicados.

caso como «administrador de Derecho» y en el otro de «administrativo con funciones de llevar la contabilidad», al menos en lo que respecta al cierre del ejercicio contable de 1996 y la apertura de 1997, efectuaron alteraciones contables y omisiones de ingresos en los libros de contabilidad de la empresa, de tal manera que en la documentación de la sociedad existían importantes diferencias, por omisiones de ventas, entre los ingresos declarados y los registrados, así como alteraciones patrimoniales muy significativas entre el cierre del ejercicio de 1996 y la apertura del ejercicio de 1997. Esto generó un descuadre y un desfase contable por un importe de 21.692.474 ptas. Todo ello determinó que los estados financieros contables efectuados por los acusados no representaran la situación patrimonial, económica y financiera de la sociedad, lo cual se manifestaba en la existencia de ventas de muebles no contabilizadas por XY por importe de 1 millón de ptas., el día 11-3-1996 y de otro millón el día 30-7-1996. Así mismo, existían otras partidas relevantes no contabilizadas de forma adecuada y, en concreto: un préstamo correspondiente a una cuenta de crédito con la caja de ahorro C que se refleja un saldo a favor de la caja por importe de 11.250.000 ptas., cuando era de 5.000.000; un saldo para retribuciones pendientes de 6.300.000 ptas. cuando era de 898.178, entre otros. El desbalance contable que se generó en consecuencia afectó a la liquidación de la sociedad. De acuerdo a los peritos, la alteración ocasionó un perjuicio patrimonial de 21.692.474 ptas. y además un perjuicio en las legítimas expectativas de los socios al correspondiente reparto de beneficios. Siendo de destacar que esa falsedad en los libros de contabilidad de la empresa tiene su reflejo, inevitablemente, en las cuentas anuales, de las que forman parte el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria que, como consecuencia, resultaron también falseados, ocasionando el desbalance contable como consecuencia de las muy significativas alteraciones patrimoniales entre el cierre del ejercicio de 1996 y la apertura del ejercicio de 1997.

Se pasará entonces a analizar ahora los supuestos de autoría directa, coautoría, autoría mediata y autoría en órganos colegiados apoyándome, por cuestiones claramente didácticas y para aportar mayor comprensión, en el caso ahora expuesto.

B. Autoría directa (unipersonal)

Los supuestos de autoría directa no presentan mayores complicaciones, pues se trata del más sencillo supuesto en el que el sujeto activo realiza por sí mismo (dominando la acción, en los términos que expone ROXIN¹⁷⁴³) la conducta descrita en el tipo. Frente a esta modalidad de autoría vale lo dicho en términos generales sobre la autoría¹⁷⁴⁴; es decir, lo expuesto al inicio de este capítulo en cuanto a la tesis del **dominio objetivo y positivo del hecho en ámbitos restringidos**, por lo que me remito a lo indicado allí.

Tomando el caso de Referencia 1, y suponiendo probado el conocimiento y la voluntad de XX de todas las actuaciones de XY, se puede concluir que, siendo XX (*intraneus*) el único sujeto activo calificado, sobre él recaerá la imputación a título de autoría, mientras que la actuación de XY (*extraneus*) tendrá que analizarse a la luz de los requisitos de la participación (como es evidente –tanto que aquí no se dirá nada más– después de lo indicado sobre la autoría, aunque en la sentencia se les trate como coautores).

Interesándonos ahora por la conducta de XX, tenemos que éste efectivamente determina el sí y el cómo de la realización típica en ese ámbito restringido de la sociedad en el que desempeñaba sus funciones como administrador de Derecho, toda vez que sólo a través de su firma y presentación de las cuentas anuales ante la Junta General, para su aprobación, es posible afectar la funcionalidad del documento porque es éste el momento (en este caso) en el que el documento entra en el tráfico jurídico con la relevancia suficiente como para afectar a ese bien jurídico y además tratándose de un

¹⁷⁴³ ROXIN, Autoría y dominio del hecho, 2000, 151 ss. En la pág. 151 afirma “Quien, no coaccionado y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo de propia mano es autor. En todos los supuestos imaginables tiene el dominio del hecho. / Se trata aquí del prototipo de la autoría, de la manifestación más evidente de la figura central, de un supuesto en que coinciden incuestionablemente la “concepción natural de la vida” y la valoración del legislador. No puede dominarse un hecho de manera más clara que cuando lo realiza uno mismo; no se puede mantener en las propias manos de modo más firme que cuando se actúa de propia mano”. En la página 153 continúa: “la idea de que el que ejecuta el hecho directa y libremente y de propia mano en todo caso es autor se ha impuesto ostensiblemente en los últimos años, también más allá del ámbito de la teoría del dominio del hecho, entre los partidarios de casi todas las demás teorías”.

¹⁷⁴⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Autoría, 1991, 625 ss; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, DPC 2 (2003), 96.

supuesto de resultado desde un punto de vista *ex ante*, y el de posibilidad de un resultado lesivo, desde un punto de vista *ex post* (art. 290.1) y analizándose la acción conforme a los criterios de la imputación objetiva, es posible imputarle el resultado lesivo¹⁷⁴⁵.

Veamos esto, entonces, a la luz de los criterios que ofrece la teoría de la imputación objetiva:

Al examinar si se presenta una creación de un riesgo jurídicamente desaprobado (desde una perspectiva *ex ante*), tenemos que efectivamente el ordenamiento español sólo acepta los riesgos propios del ejercicio de la contabilidad si se cumple con una serie de requisitos, cuales son los deberes fiduciarios generales de los administradores:

a) El deber de diligencia consagrado en el art. 225 LSC, de donde se desprenden:

1. El deber de ejercer el cargo (art. 225.1 LSC).
2. El deber de informarse (art. 225.2 LSC).
3. El deber de imparcialidad (art. 229 LSC).
4. La necesaria discrecionalidad de las decisiones empresariales (art. 232

LSC).

b) El de lealtad recogido en el art. 226 LSC, de donde surgen:

1. La prohibición de realizar transacciones con la sociedad.
2. La prohibición de explotar la posición de administrador (art. 227 LSC).
3. La prohibición de aprovechar oportunidades de negocio (art. 228 LSC).
4. La prohibición de entrar en competencia con la sociedad (art. 230

LSC).

c) La obligación que establece el artículo 25 CCom, de "...llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios mas concretadas en las obligaciones específicamente consideradas en los arts. 253 y 254 LSC".

¹⁷⁴⁵ Se sigue en el análisis del caso los pasos para la consumación del *iter criminis* expuestos en el Cap. 4. II.

En conclusión, son tres –a grandes rasgos- las exigencias de deber objetivo de cuidado que se exigieron para que no se genere el riesgo jurídicamente desaprobado del art. 290 CP.

- La de redacción de las cuentas anuales conforme al criterio de imagen fiel.

- La de la firma que garantiza que la funcionalidad de los documentos se respete, y no sólo de las cuentas anuales, sino también de todos aquellos documentos que deban ser firmados y certificados por los administradores para ser publicados en el Registro mercantil.

- La de ser garantes de la publicidad de los documentos que así lo exijan que, en última instancia, es lo que califica al documento de mercantil.

En nuestro caso, *ex ante* se verifica que no se siguió lo indicado en el número dos y por ende se superó, de una manera perfectamente previsible, el riesgo permitido. *Ex ante* se vulneraron los deberes de imparcialidad, la prohibición de explotar la posición de administrador, cuando XX firma y presenta ante la Junta General, para su aprobación, las cuentas anuales de la sociedad, sabiendo que éstas se basan en unas cuentas elaboradas a partir de datos falsos, lleva a cabo una conducta peligrosa adecuada para lesionar la funcionalidad del documento y para pone en peligro el patrimonio de la sociedad, socios y/o terceros.

El otro requisito *ex ante* que se propuso fue que la conducta sea idónea para inducir a error al hombre medio ideal, y en este caso específico a los terceros socios, y se puede confirmar que, efectivamente, en este supuesto concurre.

Pasando al análisis de si *ex post* donde se debe determinar la probabilidad del peligro para el patrimonio, nos encontramos con que analizando la capacidad lesiva de la falsedad y el destino del documento que esos riesgos se materializaron en el resultado (dentro del ámbito de protección de la norma) y, encontramos que:

a) Frente a la funcionalidad del documento: con la acción falsaria se genera un desconocimiento de la real situación de la empresa para la Junta

General que afecta a las funciones de garantía y prueba (consumación parcial) y que además la falsedad es tal que pone el riesgo el patrimonio.

b) Frente al patrimonio: tras la correspondiente prueba pericial un perito confirmó, en el caso objeto de la sentencia citada, que la alteración ocasionó un perjuicio patrimonial de 21.692.474 ptas. y además un perjuicio en las legítimas expectativas de los socios al correspondiente reparto de beneficios. Concurriría por tanto, el supuesto del art. 290. 2 CP.

Tampoco se dan actuaciones de terceros que desvíen la responsabilidad objetiva de XX como sujeto activo cualificado, como la heteropuesta en peligro consentida o la autopuesta en peligro de bienes disponibles¹⁷⁴⁶.

Y quien determina el sí y el cómo del acontecer típico es decir, quien hace avanzar el hecho típico de la falsedad en las cuentas anuales, quien consume el delito es el administrador de Derecho XX, pues sólo él está jurídicamente habilitado para formular y presentar ante la Junta las cuentas anuales. En cambio, XY, al carecer de la cualidad especial requerida en el tipo, sólo podrá responder, respecto al delito especial propio del art. 290 CP, como partícipe, si cumple con sus requisitos, lo que será analizado en el próximo capítulo.

B. Coautoría dentro y fuera de órganos colegiados

1. La coautoría de acuerdo al criterio aquí asumido de **la determinación objetiva y positiva en ámbitos restringidos**, implica que varias personas determinen el sí y el cómo del hecho: "...la coautoría sólo se da cuando varios sujetos acordados y dividiéndose el trabajo realizan en conjunto la acción que determina positivamente el sí y el cómo del hecho. Esta acción no puede ser otra que la que sirve para decidir quién es autor individual inmediato, quién es autor mediato por realizar esa acción a través de otro y quién es coautor. La acción es siempre la misma, aunque la estructura de su realización varía en cada caso:

¹⁷⁴⁶ TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1989, 47; MARTÍNEZ ESCAMILLA, La imputación objetiva, 1992, *passim*; ROXÍN, CPC 40 (1999), *passim*; REYES ALVARADO, DPC 21 (2007), *passim*.

unas veces se realiza inmediatamente, otras a través de otra persona, y otras junto con otra u otras personas”¹⁷⁴⁷.

En el caso de referencia, si se hacen algunas modificaciones, se puede ver con claridad esta modalidad de autoría.

Piéñese que se trata de una sociedad donde la administración de derecho está asignada a dos administradores solidarios y, de nuevo, pongamos el caso de que esté conformada por XX y XY, donde entonces los dos serán *intranei*. Al caso con esta variable lo llamaremos Caso de Referencia 2.

Los acusados XX y XY fueron condenados por la AP de Burgos como coautores de un delito del art. 290 CP. El "factum" de la sentencia, dice el TS, declara probado que los acusados, en la cualidad que ostentaban en la sociedad: en ambos casos administradores de derecho solidarios, al menos en lo que respecta al cierre del ejercicio contable de 1996 y la apertura de 1997, efectuaron alteraciones contables y omisiones de ingresos en las cuentas anuales que firman y presentan a la Junta General para su aprobación, que efectivamente se da, de tal manera que en esa documentación de la sociedad existían importantes diferencias, por omisiones de ventas, entre los ingresos declarados y los registrados, así como alteraciones patrimoniales muy significativas entre el cierre del ejercicio de 1996 y la apertura del ejercicio de 1997. Esto generó un descuadre y un desfase contable por un importe de 21.692.474 ptas. Todo ello determinó que las cuentas anuales efectuadas por los acusados no representaran la situación patrimonial, económica y financiera de la sociedad, lo cual se manifestaba en la existencia de ventas de muebles no contabilizadas por XY por importe de 1 millón de ptas., el día 11-3-1996 y de otro millón el día 30-7-1996. Así mismo, existían otras partidas relevantes no contabilizadas de forma adecuada y, en concreto: un préstamo correspondiente a una cuenta de crédito con la caja de ahorro C que se refleja un saldo a favor de la caja por importe de 11.250.000 ptas., cuando era de 5.000.000; un saldo para retribuciones pendientes de 6.300.000 ptas. cuando era de 898.178, entre otros. El desbalance contable que se generó en consecuencia afectó a la

¹⁷⁴⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Autoría, 1991, 677. En contra de esta postura, por considerarla sumamente limitadora, PÉREZ CEPEDA, La responsabilidad, 1997, 395.

liquidación de la sociedad. De acuerdo a los peritos, la alteración ocasionó un perjuicio patrimonial de 21.692.474 ptas. y además un perjuicio en las legítimas expectativas de los socios al correspondiente reparto de beneficios. Siendo de destacar que esa falsedad en los libros de contabilidad de la empresa tiene su reflejo, inevitablemente, en las cuentas anuales, de las que forman parte el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria que, como consecuencia, resultaron también falseados, ocasionando el desbalance contable como consecuencia de las muy significativas alteraciones patrimoniales entre el cierre del ejercicio de 1996 y la apertura del ejercicio de 1997.

Ante esta situación, como teóricamente lo contemplan los arts. 210 y 253 LSC, todos los administradores, en este caso XX y XY, tienen que formular las cuentas anuales y firmarlas para presentarlas a la Junta General. Con la formulación de las cuentas, su firma por cada uno de los administradores y posterior presentación a la Junta, las actuaciones de ambos administradores adquieren relevancia por partes iguales, siendo necesario un acuerdo entre los sujetos para realizar esto.

Por la manera en que se dan los hechos de nuestro supuesto, fue cada una de las conductas de los coautores la que hizo avanzar el hecho; o más bien, fueron ambos quienes determinaron el sí y el cómo¹⁷⁴⁸. Esto es así pues si el otro sujeto quisiera seguir adelante con el delito, tendría que cambiar todo su plan de actuación, no pudiendo simplemente firmar él solo porque deben intervenir los dos¹⁷⁴⁹ (y recordemos además que el art. 253.2 de la LSC obliga a

¹⁷⁴⁸ Como se dijo, sigo el planteamiento de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Autoría, 1991, 653 para quien la coautoría implica el dominio conjunto del hecho, globalmente considerado y no sólo el dominio sobre el propio aporte. Así en la pág. 656 "...el acuerdo con división del trabajo es para la coautoría lo mismo que la existencia de coacción, error, etc., para la autoría mediata: en ésta esos criterios fundamentaban la posibilidad estructural de realizar *una* acción entre varios. En ambos casos, la verificación de que existe una acción realizada a través de otro o entre varios no exime de comprobar si, a su vez, esa acción es la objetiva y positivamente determinante". Siguiendo en la pág 657 "Es cierto que no resulta imposible decir que dos o tres acciones inconexas determinan objetiva y positivamente el hecho, pero precisamente en ese caso estaríamos refiriéndonos a una mera suma de acciones y no podríamos hablar de una acción conjunta...".

¹⁷⁴⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Autoría, 1991, 677 "...la coautoría sólo se da cuando varios sujetos acordados y dividiéndose el trabajo realizan en conjunto la acción que determina positivamente el sí y el cómo del hecho. Esta acción no puede ser otra que la que sirve para decidir quién es autor individual inmediato y quién es autor mediato por realizar esa acción a través de otro. La acción es siempre la misma, aunque la estructura de su realización varía en cada caso:

que las cuentas anuales y el informe de gestión sean firmados por todos los administradores y que si faltare la firma de alguno de ellos se señalará en cada uno de los documentos en que falte, con expresa indicación de la causa¹⁷⁵⁰) sino que tendría que optar por: a- falsificar la firma del otro, aumentando el desvalor del injusto del art. 290 CP pues contendría tanto falsedades ideológicas como materiales; b- indicar un motivo falso por el cual el otro administrador se abstiene de firmar, estableciendo una tipología diferente de comisión de la conducta, en autoría singular también directa, la cual para el caso ciertamente sería mucho más fácil de ser descubierta y sancionada.

Observando que tanto XX como XY actúan determinando objetiva y positivamente el hecho, y teniendo las cualidades que el tipo, por su protección restringida o especial a los bienes jurídicos que tutela, exige a los sujetos activos y que permiten la autoría en este ámbito restringido, se podría analizar si estas conductas, desde las perspectivas teóricas de la imputación objetiva, son atribuibles como autores a XX y XY. Pues bien, para ello se aludirá especialmente a la parte que más nos interesa, la del juicio *ex ante* y *ex post* propuesto para considerar globalmente consumada la acción.

En primer lugar, del caso se obtiene que la falsedad que se realiza se hace por XX y XY de manera conjunta, es decir, los dos falsean: "efectuaron alteraciones contables y omisiones de ingresos en las cuentas anuales que firman", y lo hicieron con dolo.

unas veces se realiza inmediatamente, otras a través de otras personas, y otras junto con otra u otras personas".

En la pág. 690 precisa: "En la coautoría ocurre algo similar a lo que sucede en la autoría mediata: por un lado, habrá que determinar cuándo se puede decir que es estructuralmente varios realizan un hecho conjunto (no varios hechos individuales), es decir actúan conjuntamente, a cuyo respecto la idea de la división acordada (en sentido amplio) del trabajo o de la conjunción acordada de esfuerzos proporcionan un buen fundamento; pero, por otro lado, habrá que precisar si lo realizado entre varios realmente domina el hecho, es decir lo determina objetiva y positivamente; sólo la acción conjunta (es decir el grupo de acciones vinculadas de tal modo que se pueda afirmar que constituyen una superior acción común) que posea la característica de la determinación objetiva y positiva del hecho fundamenta la coautoría, y hace que quienes la realizan sean auténticos coautores".

¹⁷⁵⁰ Se ha de advertir que sin embargo, en la práctica, las cuentas anuales se firman solo por uno de los administradores, el que tenga los poderes generales para ello y esto sucede tanto en un Consejo de Administración donde todos responderán solidariamente, como en un supuesto como el que se ha plantea arriba de una administración formada por dos administradores solidarios. Siendo esta la situación, la intervención de los administradores es diferente, y este caso se planteará en el apartado siguiente: la autoría mediata.

Posteriormente, para el análisis *ex ante*, será necesario determinar si se han infringido los deberes del administrador y por otro lado si el documento es idóneo para inducir a error al hombre medio ideal en relación con el patrimonio y posteriormente, *ex post*, cuando se determine que de manera suprema que el riesgo *ex ante* es que de forma suprema dio lugar al resultado de peligro se atenderá a la capacidad lesiva de la falsedad en relación con el patrimonio y al destino en el tráfico jurídico, debiendo entonces atender al sujeto pasivo.

Es así que se deberá atender a si la Junta General acepta (o no) esas cuentas. Si las acepta (como en el Caso de Referencia 2) se deberá determinar si ya solo con la presentación a la Junta de estos documentos por parte de los coautores y tras hacer el análisis *ex ante* y *ex post* a la luz de los criterios expuestos en este trabajo se puede considerar que hay ilícito y en su caso responsabilidad. En el caso expuesto parece que si, como fue comprobado en nuestro caso, en cuyo caso concurrirá la consumación del art. 290.1., y de haber lesión al patrimonio el art. 290.2. CP.

Si la Junta no acepta las cuentas, es posible que no estemos ante un supuesto del art. 290.1 CP, porque con la no aprobación, aún habiendo considerado que, por la general, cuando se trata de documentos como las cuentas anuales la mera presentación puede dar lugar a la consumación se deberá atender a cada caso.

En definitiva, en los casos de coautoría, una vez que se verifique que la falsedad se hace entre todos los intervinientes, puesto que la acción típica es la falsaria se deberá proceder a determinar, conforme a los criterios propuestos para determinar la afectación del bien jurídico, la responsabilidad de ambos.

2. Para terminar con la coautoría se abordará el tema de la responsabilidad en órganos colegiados¹⁷⁵¹, pero en concreto sólo me referiré a la coautoría en el órgano colegiado de administración ya que es el que está

¹⁷⁵¹ Cuando hago referencia al órgano colegiado no estoy haciendo referencia al delito colegial, figura que se planteó en la doctrina italiana, sin demasiado éxito, de manera autónoma para hacer referencia a una persona jurídica que ejecuta delitos en el ejercicio de sus funciones. Sobre el delito colegial, v. RENDE, en: SCIALOJA/BRANCA, Commentario, 1947, 466 ss.; FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 262; NÚÑEZ CASTAÑO, Responsabilidad penal de la empresa, 2000, 150 s.

compuesto por personas que, en su caso, reúnen las condiciones para ser sujetos activos del delito¹⁷⁵².

Este es un tema de una profunda complejidad que podría dar lugar a otro trabajo de tesis doctoral. Por ello, lo que se pretende en esta parte es un abordaje limitado de la cuestión. De este modo, en primer lugar, plantearé los presupuestos mínimos de los que parto en relación a las eventuales responsabilidades de los personas que forman parte de un órgano colegiado para posteriormente tomar posición en torno a en qué supuestos, un administrador del órgano colegiado de administración responderá por la toma de una decisión de un acuerdo antijurídico en relación con el art. 290 CP.

Siguiendo a RODRÍGUEZ MONTAÑÉS son cuatro las precisiones a tener en cuenta:

1º Sólo el órgano colegiado, y no sus miembros individualmente considerados, tiene la competencia y capacidad de actuar¹⁷⁵³.

2º Las cuestiones dogmáticas no pueden limitarse tan sólo a la cuestión de la emisión de voto por parte de los miembros del órgano. Deberá tenerse en cuenta el acuerdo pre-existente a la votación¹⁷⁵⁴.

3º Dependiendo del tipo de delito al que el acuerdo se refiera, y que posteriormente se votará, este acto tendrá en términos de imputación penal una significación u otra. Deberán diferenciarse, como ahora se pasará a hacer, entre aquellos acuerdos en los que su adopción sea ya fase ejecutiva del delito y aquellos que no lo son, que son de preparación¹⁷⁵⁵.

4º Se deberán distinguir entre aquellas actuaciones positivas o activas y aquellas que no lo son¹⁷⁵⁶.

¹⁷⁵² Los supuestos de responsabilidad del órgano colegiado, referido a la Junta General serán analizados en el siguiente capítulo, Cap. 7 referido a la participación, porque ninguno de los socios (a excepción de que sea también administrador) reúne los requisitos del sujeto activo del tipo.

¹⁷⁵³ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, AFDUA 8 (1998), 188.

¹⁷⁵⁴ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, AFDUA 8 (1998), 189.

¹⁷⁵⁵ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, AFDUA 8 (1998), 189.

¹⁷⁵⁶ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, AFDUA 8 (1998), 189 s.

Con esto, y como ya se advertía antes, la cuestión que se quiere responder en relación a la responsabilidad en órganos colegiados es cuál es la responsabilidad individual por la participación en la adopción de una decisión en el seno de un órgano colegiado, es decir, en la determinación del cuándo y el cómo¹⁷⁵⁷. Y la respuesta es: en el momento que se especificó la consumación y a través de la coautoría que estamos exponiendo.

Como advierte FARALDO CABANA “en los casos en que la comisión de la falsedad en documentos sociales haya sido ordenada en el seno del consejo, o los documentos ya falsificados hayan sido aprobados por el consejo, a sabiendas de su falsedad, se plantea el problema de la atribución de responsabilidad penal a cada consejero”¹⁷⁵⁸. Esta responsabilidad se deberá determinar conforme a las reglas generales de la autoría y la participación¹⁷⁵⁹, pero atendiendo a algunas peculiaridades propias por formar parte de un órgano colegiado y que sucintamente se han expuesto.

¹⁷⁵⁷ Así y en este sentido también siguiéndola RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, AFDUA 8 (1998), 203 “En mi opinión, y partiendo de la corrección del criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho propuesto por LUZÓN y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en la coautoría lo relevante es la codeterminación objetiva y positiva del hecho por parte de todos y cada uno de los coautores. Sólo la actuación conjunta (con acuerdo y división de funciones) es la que determina la producción del hecho de modo positivo, la que decide sobre el sí y el como del hecho no pudiendo afirmarse esto de la actuación de ninguno individualmente considerada. Pero este criterio debe aplicarse no en el momento de la emisión del voto, sino en el momento en que el acuerdo ya existe”. FARALDO CABANA, El delito societarios de falsedad, 2003, 130 ss. También DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 107 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 442.

¹⁷⁵⁸ FARALDO CABANA, El delito de falsedad, 2003, 130.

¹⁷⁵⁹ Así PÉREZ VALERO, El delito societarios de falsedad, 2001, 447 “...en la toma de una decisión colectiva han de responder sin más de la misma; la responsabilidad penal es personal, de manera que no todos los que tomaron parte en la reunión van a responder, pues se ha de constatar tanto su contribución objetiva al hecho, como su voluntad en tal sentido”. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Criminalidad de empresa, 2002, 150 “Es conocido por todos que la responsabilidad criminal es personal. Por consiguiente, si mediante un órgano colegiado se adopta una decisión constitutiva de delito no responderá el órgano sino los miembros que lo forman. (...) De ello se deduce que no se puede exigir responsabilidad objetiva por el mero hecho de pertenecer a un colectivo, es decir, por formar parte de Consejo de Administración, pues esto contraviene el principio del hecho”. También FARALDO CABANA, El delito societarios de falsedad, 2003, 135 “En definitiva los problemas planteados por la comisión de delitos mediante la actuación colegiada del órgano de administración de las sociedades mercantiles han de ser resueltos conforme a los criterios usuales de autoría y participación en los delitos especiales. Es preciso reconocer, no obstante, que el funcionamiento real de las grandes entidades mercantiles dificulta en muchos casos la investigación penal”. Por su parte MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 441 “En definitiva, se estima que deben seguir rigiendo también aquí las reglas generales que regulan la intervención de varias personas en un delito y que, con base en tales reglas, habrá que averiguar cuál fue la contribución real de cada sujeto a la ejecución del hecho delictivo”.

Para determinar la responsabilidad entonces de cada uno de los consejeros, de cada uno de los miembros del Consejo de administración, plantearemos, en primer lugar su responsabilidad en la toma de decisiones de órganos colegiados. Sobre esta cuestión MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ¹⁷⁶⁰ pone en evidencia la importancia de responder a la siguiente pregunta: ¿qué papel desempeña la adopción del acuerdo del órgano colegiado en la estructura del tipo? Y señala, para el caso del art. 290 CP, cómo la adopción del acuerdo solo será un paso previo necesario para la realización del tipo pudiendo constituir o un acto de tentativa o un acto preparatorio¹⁷⁶¹.

Conforme a lo expresado en este trabajo en relación a la consumación del tipo estamos de acuerdo con MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ frente a la afirmación de que la adopción del acuerdo por el Consejo de Administración, por ser un delito cuyo acuerdo no es ejecutivo, es un paso previo necesario para la realización del tipo¹⁷⁶² pero la adopción sólo constituirá un acto preparatorio que no se castiga y, en su caso, si siguen avanzando los hechos, en un paso más tendente a esa consumación.

Acudamos a un nuevo Caso de Referencia, el Caso de referencia 3, en donde la administración no corresponde a dos sujetos sino a un Consejo de Administración conformado por XX, XY, XZ, XA y XB, el cual se encarga de elaborar, aprobar y presentar ante la Junta General las cuentas anuales en la condiciones de falsedad indicadas.

(Modificación del caso tomado de la Sentencia del TS, sala 2ª de lo penal, nº 552 del 9-5-2005, EDJ: 2005/83585, retirando los nombres de los implicados).

Los acusados XX, XY, XZ, XA y XB, quienes conforman el Consejo de Administración de la sociedad, fueron condenados por la AP de Burgos como coautores de un delito del art. 290 CP. El "factum" de la sentencia, dice el TS,

¹⁷⁶⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 442 ss.

¹⁷⁶¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 442 ss.

¹⁷⁶² De esta manera se ha expresado en este trabajo en el Cap. 4 diferenciando la consumación parcial y total del delito. También consideran este un delito no de consumación inmediata: RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, AFDUA 8 (1998), 208; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 446.

declara probado que los acusados, en la cualidad que ostentaban en la sociedad: miembros del Consejo de Administración, al menos en lo que respecta al cierre del ejercicio contable de 1996 y la apertura de 1997. Los hechos se dan así: XX presenta al resto de los administradores una propuesta de las cuentas anuales en donde ha efectuado alteraciones contables y omisiones de ingresos. El Consejo de Administración pasa a votar, aprobando las cuentas por mayoría absoluta, como exige el art. 248.1 LSC.

Se plantean varios sub-casos en el asunto que se analiza:

Subcaso A: conociendo todos de la falsedad aprueban de manera unánime esas cuentas anuales.

Subcaso B: Conocen de la falsedad todos los miembros del Consejo de Administración. XX presenta las cuentas y vota a favor, XY y XZ votan a favor, XA no se encuentra ese día en el Consejo, y XB vota en contra.

Subcaso C: sólo conoce de la falsedad XX que la presenta y la vota a favor, XY y XZ votan a favor, XA no se encuentra ese día en el Consejo, y XB vota en contra.

En todos estos casos, finalmente se aprueban las cuentas en el Consejo de Administración y éstas son presentadas a la Junta General, que también la aprueba. Paso seguido, el apoderado del Consejo de Administración se encarga de depositar estas cuentas anuales en el Registro Mercantil. Esto generó un descuadre y un desfase contable por un importe de 21.692.474 ptas. Todo ello determinó que las cuentas anuales efectuadas por los acusados no representaran la situación patrimonial, económica y financiera de la sociedad, lo cual se manifestaba en la existencia de ventas de muebles no contabilizadas por el Consejo de Administración por importe de 1 millón de ptas., el día 11-3-1996 y de otro millón el día 30-7-1996. Así mismo, existían otras partidas relevantes no contabilizadas de forma adecuada y, en concreto: un préstamo correspondiente a una cuenta de crédito con la caja de ahorro C que se refleja un saldo a favor de la caja por importe de 11.250.000 ptas., cuando era de 5.000.000; un saldo para retribuciones pendientes de 6.300.000 ptas. cuando era de 898.178, entre otros. El desbalance contable que se generó en consecuencia afectó a la liquidación de la sociedad. De acuerdo a los peritos, la alteración ocasionó un perjuicio patrimonial de 21.692.474 ptas. y además un perjuicio en las legítimas

expectativas de los socios al correspondiente reparto de beneficios. Siendo de destacar que esa falsedad en los libros de contabilidad de la empresa tiene su reflejo, inevitablemente, en las cuentas anuales, de las que forman parte el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria que, como consecuencia, resultaron también falseados, ocasionando el desbalance contable como consecuencia de las muy significativas alteraciones patrimoniales entre el cierre del ejercicio de 1996 y la apertura del ejercicio de 1997.

Como se decía, de acuerdo a la manera en que se adopte la decisión habrá que analizar la responsabilidad de cada uno de los miembros del Consejo de Administración¹⁷⁶³ para cada uno de los sub-casos en el asunto que se analiza:

- **Subcaso A:** conociendo todos de la falsedad aprueban de manera unánime esas cuentas anuales.

En este caso todos responderían como coautores¹⁷⁶⁴ pero sólo en el caso de que posteriormente se sigan confirmando el resto de elementos que exige el tipo, porque simplemente se estaría en una fase ejecutiva¹⁷⁶⁵ que posteriormente se deberá de concretar con las exigencias del análisis *ex post* frente al peligro al patrimonio.

Considero que esta es la solución más adecuada porque, siguiendo nuevamente a RODRÍGUEZ MONTANÉS¹⁷⁶⁶, “partiendo de un concepto restrictivo de autoría y de la necesidad de intervención del coautor en la fase ejecutiva, es (sic) estos supuestos cobran especial relevancia las reflexiones iniciales: el que una serie de sujetos, miembros de un órgano colegiados (sic), adopten un acuerdo cuya posterior ejecución es delictiva no los convierte sin

¹⁷⁶³ A un caso similar se refiere PÉREZ CEPEDA, La responsabilidad, 1997, 323 s., indicando que la toma de una decisión por un órgano directivo, constituye sólo una fase previa de acuerdo, pero no implica la ejecución de lo acordado. Por ello estima que, en la mayoría de estos casos, se estará ante una autoría mediata o una inducción por parte de los miembros del grupo que toma la decisión.

¹⁷⁶⁴ PÉREZ VALERO, El delito societarios de falsedad, 2001, 448; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO / POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 113; MATA Y MARTÍN, RdS 1995-V, 169.

¹⁷⁶⁵ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, AFDUA 8 (1998), 208 s.

¹⁷⁶⁶ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, AFDUA 8 (1998), 208 s.

más en coautores. En ese momento (el de la adopción del acuerdo) estamos aún en la fase preparatoria del delito”.

- **Subcaso B:** Conocen de la falsedad todos los miembros del Consejo de Administración. XX presenta las cuentas y vota a favor, XY y XZ votan a favor, XA no se encuentra ese día en el Consejo, y XB vota en contra.

En este supuesto, habrá coautoría de los tres administradores (XX, XY y XZ) que votan a favor, siempre y cuando, como se ha dicho, posteriormente a la votación se cumplan el resto de elementos para la consumación del tipo.

Quien votó en contra no responde a título de autoría, y es así porque el votar en contra es lo máximo que puede hacer un miembro de un órgano colegiado para que, en su caso, un acuerdo antijurídico no se acuerde.

Por último, quien no asistió no responde penalmente¹⁷⁶⁷ puesto que, a falta de que se determine el momento consumativo del delito, siendo esta sólo una fase, se debe entender que no participa en la última fase ejecutiva, y esto aún sabiendo que lo que se va acordar es contrario a la ley.

- **Subcaso C:** sólo conoce de la falsedad XX que la presenta y la vota a favor, XY y XZ votan a favor, XA no se encuentra ese día en el Consejo, y XB vota en contra.

Como exige el art. 248.1 LSC hay mayoría absoluta. En este caso responde únicamente XX como autor (en el caso de que posteriormente se verifique la concurrencia del resto de elementos del tipo como es la puesta en peligro del patrimonio), seguramente en la modalidad de autoría mediata, usando a los demás administradores como instrumentos carentes de dolo¹⁷⁶⁸.

Estas son las soluciones que para los supuestos de administraciones colegiadas considero más adecuadas. Además soluciones planteadas a los diferentes supuestos, además, van (en parte) en consonancia con lo dispuesto

¹⁷⁶⁷ MATA Y MARTÍN, RdS 1995-V, 169; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 444. Sobre la afirmación de que no responde el consejero ausente en la votación, en contra MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Criminalidad de empresa, 2002, 208 ss. que dice que sí responde.

¹⁷⁶⁸ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, AFDUA 8 (1998), 208 s.

para el ámbito mercantil (cuya responsabilidad es más amplia) que afirma en el art. 237 LSC el carácter solidario de la responsabilidad de todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo con la salvedad de aquellos que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél. Entonces, el ámbito mercantil, por tanto, para no responsabilizar a quien no vota (porque está ausente) es preciso que desconozca el acuerdo o que haya hecho todo lo posible para evitar el daño. Por tanto, si conoce del acuerdo, ausentándose la respuesta no está tan clara. Parece que el legislador mercantil, en ese ámbito exige que se demuestre que la persona, el consejero, haya hecho acciones encaminadas a evitar el daño. En el ámbito penal, sin embargo, quien se abstiene de votar no encaja en el concepto de autoría que se mantiene en este trabajo por lo que la solución será la antesdicha: no sería en su caso responsable, en lógica además, con los principios de *ultima ratio* e intervención mínima.

Por lo demás tampoco la coautoría presenta en este delito problemas adicionales a los que son propios a esta categoría, por lo que se deja hasta aquí su exposición, para pasar a una modalidad más problemática: la autoría mediata.

C. Autoría mediata

1. Consensos generales en torno a la autoría mediata

En el Caso de Referencia 3, Subcaso C, se presentó ya un ejemplo de autoría mediata, sin embargo, dada la gran cantidad de discusión que hay al interior de esta figura se pasará ahora a precisar mi orientación en cuanto al tema y las diferentes manifestaciones que puede tener frente al art. 290 CP.

Como se decía, este es el supuesto de autoría donde frente al delito estudiado se pueden presentar mayores dificultades. Recuérdense que la autoría

mediata¹⁷⁶⁹ se da cuando alguien realiza un tipo penal, pero no cometiéndolo directamente sino utilizando a otra persona (que ejecuta la conducta típica con voluntad), como instrumento. Ahora bien, dependiendo de los motivos que den lugar a la instrumentalización, las soluciones acerca de qué sujetos responden y cómo, se presentarán diferentes variables que configuren la determinación objetiva y positiva.

Así, en la doctrina son de amplia aceptación los casos en que el instrumento actúa como tal por carecer de dolo, como cuando se encuentra en un error de tipo invencible. En cambio, son más discutidos los casos en que el instrumento actúa inculpablemente por: a) inexigibilidad de otra conducta, como cuando obra en estado de necesidad o con miedo insuperable; b) inimputabilidad; c) actuación bajo error de prohibición invencible.

Los anteriores son supuestos que en principio acepto, siempre y cuando, en el caso concreto, además de darse estas características en el instrumento, el hombre de atrás conserve el dominio en el sentido de la determinación objetiva y positiva del hecho en ámbito restringido.

2. Supuestos discutidos en torno a la autoría mediata

1. Existen otros supuestos mucho más discutidos, como son el que se ha denominado de actuación dentro de aparatos organizados de poder y de autor tras el autor.

¹⁷⁶⁹ Que en la teoría de ROXIN responde al dominio de la voluntad de otro ROXIN, Autoría y dominio del hecho, 2000, 165 quien en la pág. 166 precisa que "...se trata de casos en los que falta precisamente la "acción" ejecutiva del sujeto de detrás y el dominio del hecho solo puede basarse en el poder de la voluntad rectora. Por eso, allí donde haya que afirmar el dominio del hecho hablamos de "dominio de la voluntad" en el autor". DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Autoría, 1991, 690 "En la autoría mediata hay que tener en cuenta, sobre todo, dos elementos. Por un lado, hay que decidir qué criterios fundamentan que existe actuación a través de otro, cuándo una persona se sirve de otras como instrumento; a este respecto, la elaboración del tema llevada a cabo por ROXIN, aunque queden supuestos dudosos es bastante convincente. Pero, por otro lado, también hay que decidir si el instrumento determina objetiva y positivamente el hecho, pues sólo entonces el sujeto que actúa detrás habrá realizado a través de otro una acción determinante es decir una acción de autoría, y podrá ser calificado como autor mediato".

2. Esta tesis del dominio en los aparatos organizados de poder fue inicialmente desarrollada por ROXIN para los ámbitos de estructura militar¹⁷⁷⁰, pero en la actualidad varios autores la extienden al ámbito empresarial¹⁷⁷¹, aunque adelanto que no estoy de acuerdo con esa postura porque, parafraseando a DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “pese a que el fundamento de la autoría mediata en la fungibilidad del ejecutor es muy sugerente, por poner de relieve una diferencia respecto de los casos más normales de inducción, en que el inductor no puede contar con que el inducido cometerá el delito por el mero hecho de proponérselo, también es cierto que la comisión del delito en los supuestos de aparatos organizados de poder pasa por la decisión de una persona libre y que ve perfectamente la situación fáctica y jurídica por lo que, pese a reconocer lo peculiar del supuesto, me inclino a calificarlo, con otro importante sector doctrinal, de participación y no de autoría mediata”¹⁷⁷², por lo que no se analizará esta figura ante el art. 290 CP que claramente no recoge situaciones propias del ámbito militar o de organizaciones armadas al margen de la ley.

3. La segunda figura, muy similar a la anterior, sirve para hacer referencia a otros casos en los que, por diferentes motivos (como por ejemplo la existencia frente al ejecutor de una coacción que sin embargo no es de un grado que permita evitar su responsabilidad, o en actuaciones en error de tipo vencibles) el instrumento es penalmente responsable como autor, pero el dominio también queda en cabeza del hombre de atrás.

¹⁷⁷⁰ ROXIN, Autoría y dominio del hecho, 2000, 269 ss.

¹⁷⁷¹ Rechazan la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder al menos en el ámbito empresarial, entre otros: AMBOS, RDPC 3 (1999), 156 s.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Criminalidad de empresa, 2002, 92 ss.; NUÑEZ CASTAÑO, Responsabilidad penal, 2000, 185 ss.; PÉREZ CEPEDA, La responsabilidad, 1997, 412; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, REJ 10 (2008), 25. A favor, LINARES ESTRELLA, El actuar en nombre de otro, 2002, 145; MEINI MÉNDEZ, Responsabilidad penal del empresario, 2003, 193, aunque con reticencias sobre las posibilidades materiales de aplicación en la empresa. Por su parte, FARALDO CABANA, en: SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ/ DEMETRIO CRESPO (Coords.), Derecho penal económico, 2008, 122 s. afirma que “la clase de estructuras organizadas que da origen a los aparatos de poder no aparece únicamente en organizaciones estatales o paraestatales delictivas, sino también en empresas cuando se dedican a la comisión de delitos como actividad exclusiva o principal”.

¹⁷⁷² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, REJ 10 (2008), 24; también en: Lusíada 4/5, (2007), 142.

Esta situación de autor tras el autor me parece innecesaria, en principio, a menos que se logre probar la coautoría del hombre de atrás y del de adelante, en cuyo caso en lugar de haber una autoría mediata, habría una coautoría un tanto extraña, que podría estar encubriendo en realidad: o un caso de autoría mediata con instrumento no responsable, o un caso de autoría del supuesto instrumento con uno de participación del hombre de atrás.

Pero en todo caso, si el instrumento es responsable como autor (para lo que tendría que ser, entre otras cosas, un *intraeus*), el hombre de atrás respondería siempre como inductor o como cooperador necesario por lo que, independientemente de la respuesta que se ofrezca a esta cuestión desde la perspectiva de la autoría mediata, no existirían lagunas de punibilidad, salvo cuando no pudiese imputarse una conducta típica y antijurídica de autoría en quien ejecuta.

3. Casos problemáticos en el art. 290 CP

Después de este breve repaso por las diferentes posibilidades de la autoría mediata, es necesario centrarse en algunos problemas que en particular se pueden presentar con mayor frecuencia cuando el delito del art. 290 CP es cometido en alguna forma de autoría mediata.

FARALDO CABANA se expresa en los siguientes términos:

“En lo que respecta a la autoría mediata, la doctrina dominante niega su viabilidad cuando es un *extraneus* quien instrumentaliza a un *intraeus* (Gimbernat, Jescheck). En efecto, el extraño realiza objetivamente una conducta de autoría mediata no sancionable, pues le falta la cualificación exigida por el tipo. En los delitos especiales en sentido estricto esta postura origina lagunas de punibilidad que se han tratado de paliar considerando que la conducta del extraño puede ser entendida como participación en el delito especial, o bien valorándola a tenor de los tipos que eventualmente realice por sí misma, en cuyo caso podría concurrir idealmente con la participación. Aplicando estas soluciones a los delitos societarios, se trataría de considerar al extraño como partícipe en el delito societario cometido por el administrador de hecho o de derecho que actúa como instrumento, o bien de valorar si la conducta del extraño puede constituir otro delito, señaladamente estafa, apropiación indebida o falsedad en

documento mercantil. Es cierto que si estas posibilidades no son viables la conducta del *extraneus* queda impune, pero esta consecuencia no puede justificar por sí sola la admisión de su autoría mediata, ya que el principio de legalidad implica que el hombre de atrás extraño no pueda ser autor del hecho principal, ya que la autoría mediata es ante todo verdadera autoría¹⁷⁷³.

Estoy fundamentalmente de acuerdo con la postura de esta autora a excepción de lo expresado en relación a la posible participación del *extraneus* cuando el instrumento es un *intraneus*, pues debe quedar muy claro que si no hay una conducta típica y antijurídica de autor (por ende de un *intraneus*) no se puede hablar de participación por el principio de accesoriedad limitada. Así, la opción que plantea FARALDO CABANA sólo sería pensable en un supuesto en que el instrumento lo fuera por razones de culpabilidad y no de tipicidad o antijuridicidad; sin embargo, como se expuso, no acepto los casos de instrumentos responsables penalmente. Por ello, al no aceptar tampoco que en estos casos el hombre de atrás sea un administrador de hecho, ni mucho menos de derecho, se hace imposible imputarle responsabilidad a título de autor mediato, no teniendo el sujeto las cualidades especiales requeridas por el tipo del art. 290 CP. Considero que en estos casos la conducta del *extraneus* quedará irremediabilmente impune, porque siendo éste un delito especial propio no habrá un delito común paralelo, aunque podrá analizarse si parte de su conducta constituye otro delito: estafa, amenazas, coacciones¹⁷⁷⁴.

Como sostiene nuevamente FARALDO CABANA:

¹⁷⁷³ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 271.

¹⁷⁷⁴ Explica DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, REJ 10 (2008), 27 “en los delitos especiales propios –y lo mismo ocurre en los delitos de propia mano o en algunos de los delitos con modalidades limitadas de acción- la cuestión es especialmente grave: el *intraneus* (único posible autor del delito, por concurrir en él la cualidad especial exigida en el mismo) no realiza una acción típicamente antijurídica, por lo que es, en virtud del principio de accesoriedad limitada de la participación, el *extraneus* no puede ser castigado como inductor (u otra clase de partícipe) en el delito especial propio (o de propia mano o con modalidades limitadas de acción); pero ese *extraneus* tampoco puede ser castigado como autor mediato (o, según algunos, en supuestos de falta de acción del instrumento, como autor mediato) del mismo (calificación más acorde con la naturaleza material de su conducta), pues le falta la cualidad personal del delito especial (o la actuación de propia mano o mediante alguna de las modalidades de acción tasadas por la ley), ni como autor mediato (o inmediato) de un delito común correspondiente (como sucedería en los delitos especiales impropios) pues nos hallamos ante un delito especial propio (por ejemplo ante una prevaricación judicial). Por tanto, habría que absolver al sujeto de atrás *extraneus* del delito especial, lo que no parece satisfactorio. (...) al margen de que se le pudiera castigar por algún otro delito en relación con el medio utilizado frente al instrumento, como por ejemplo por amenazas o coacciones”.

“En la hipótesis de que sea el *intraneus*, en nuestro caso el administrador de hecho o de derecho, el que se valga de otra persona, deben distinguirse dos situaciones: que el instrumento sea otro *intraneus* o que sea un *extraneus*. En el primer caso nada impide la admisión de la autoría mediata. En el segundo caso, cuando el *intraneus* se vale de un *extraneus* como instrumento para la realización del tipo, la cuestión es problemática. El obligado respeto al principio de legalidad lleva a considerar que sólo cabe admitir la autoría mediata del administrador de hecho o de derecho en el delito societario especial en sentido estricto cuando su conducta puede subsumirse directamente en el tipo, mientras que si ello no es posible la conducta quedará impune, al no existir un delito común del que pueda considerarse autor inmediato el *extraneus*”¹⁷⁷⁵.

En cambio GARCÍA CAVERO¹⁷⁷⁶ considera que “en estos casos, la responsabilidad penal del administrador de hecho de atrás resulta indiscutible, pues utiliza al administrador formal como instrumento para la ejecución del delito”¹⁷⁷⁷, lo que muestra claramente que se asume una idea diferente a la acogida en este mismo capítulo acerca del administrador de hecho.

4. Toma de posición

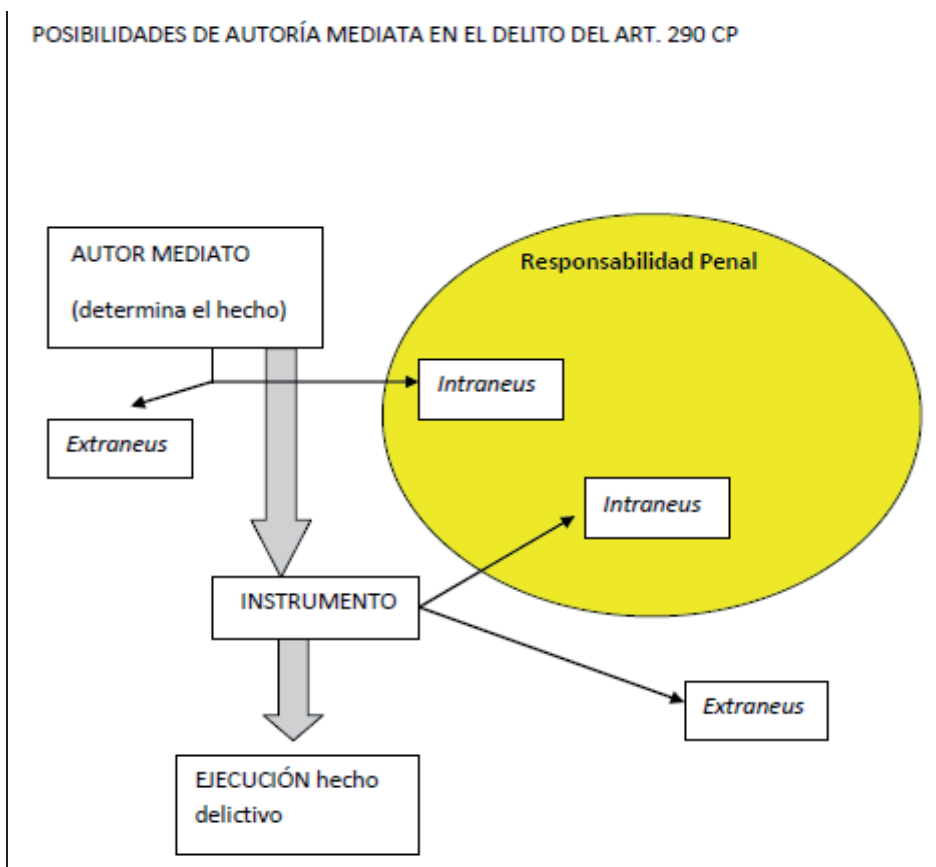
Desde mi punto de vista es posible realizar el delito del art. 290 CP a título de autoría mediata, siempre y cuando tanto el autor mediato como el instrumento tengan la calidad de *intraneus*¹⁷⁷⁸, como se puede observar en el gráfico que a continuación se expone:

¹⁷⁷⁵ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 272.

¹⁷⁷⁶ GARCÍA CAVERO, Indret 3 (2006), 10.

¹⁷⁷⁷ GARCÍA CAVERO, Indret 3 (2006), 10.

¹⁷⁷⁸ Acerca del rechazo a la tesis de la “autoría mediata a través de un instrumento doloso no cualificado”, que en este trabajo se comparte, v. GRACIA MARTÍN, El actuar en lugar de otro, I, 1985, 110; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Autoría, 1991, 647. Por su parte, REBOLLO VARGAS, ADPCP 2003, 159 quien rechaza la solución de la teoría de los delitos de infracción de deber para evitar la impunidad en los casos de “instrumento doloso no cualificado” conforme a la teoría del dominio acoge la tesis según la cual, puede aceptarse esa autoría mediata con instrumento doloso no cualificado, haciendo responder como autor mediato del delito especial de “tortura” al *intraneus*, y como autor del delito común de “trato degradante” al *extraneus* usado como “instrumento” por el primero. En contra, como máximo exponente, MIR PUIG, Derecho penal, PG, 9ª, 2011, 390 expone su teoría del instrumento doloso no cualificado: “Entendemos la autoría como una relación de pertenencia del delito, que concurre en el sujeto causante del mismo al que puede y debe imputársele (*el delito, no sólo su realización fáctica*) como suyo porque ningún otro sujeto



Tal impunidad, como mostrará el siguiente caso, normalmente será subsanada por otros tipos penales que recogen conductas que generalmente habrá que cometer para poder poner en situación de instrumento al *intraneus*.

Se plantea el supuesto, por ejemplo, del contable de una empresa que por motivos personales -porque quería que la empresa se declarase en concurso de acreedores- redacta la contabilidad de una empresa, no sólo falseándola de

se halla en mejor situación para disputárselo (...). En los dos casos acabados de comparar el funcionario de atrás es *causa* del hecho -sin él no se hubiera producido la actuación del mediador-, el hecho constituye realización del riesgo típicamente relevante que supone la conducta del funcionario (*imputación objetiva del resultado*): ello constituye una base objetiva suficiente para imputar a éste el delito como autor si otro sujeto, el mediador, no puede serlo. Si, además, concurre dolo en el funcionario, le será objetiva y subjetivamente imputable el delito doloso. Y ello es necesario porque, en la medida en que haya algún sujeto causante del hecho a cuya conducta pueda imputarse objetiva y subjetivamente imputable el delito doloso. Y ello es necesario porque, en la medida en que haya algún sujeto causante del hecho a cuya conducta pueda imputarse objetiva y subjetivamente el delito, éste no puede quedar sin autor. De otro modo surgiría una inadmisión laguna: pese a serle imputable objetiva y subjetivamente la lesión del bien jurídico protegido, el funcionario quedaría impune. También: DÍAZ -MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 100, cuando afirma: "No existe inconveniente en que el instrumento pueda serlo tanto un *intraneus* como un *extraneus*".

tal manera que afecta a la funcionalidad del documento sino que además lesiona el patrimonio de la sociedad. Imaginemos, por ejemplo, que redacta la contabilidad en forma que se dan unos ingresos anuales superiores a los que en realidad son, de forma que, habiendo supuestamente beneficios, habrá entre los socios una distribución de éstos superior a la que correspondería por lo que esta maniobra da lugar a que haya un detrimento patrimonial claro en la empresa, según el concepto de perjuicio patrimonial que se adoptó en este trabajo.

En este supuesto se plantean diferentes problemas y variantes.

El primer problema deviene de la falta de cualidad del sujeto que redacta de manera falsa la contabilidad y que por tanto utiliza como instrumento (por ejemplo le engaña) a la persona que tiene la cualidad exigida por el tipo: el administrador de hecho o de derecho.

Se plantea por tanto la problemática de si el contable podrá responder o no en calidad de autor mediato y de si el administrador instrumento respondería o no del delito. Dejamos a un lado entonces, los supuestos en los que de alguna manera el administrador tuviese conocimiento de la mendacidad del documento porque en este supuesto este segundo sujeto respondería en todo caso como autor, claro y el contable como patícipe.

Analicemos, en primer lugar, si podría serle imputable el hecho al administrador instrumento una conducta como esta. A mi entender, según lo expuesto, en estos casos, nos encontraríamos ante un supuesto de error de tipo. Si el administrador, una vez que el contable contratado por la empresa realiza la contabilidad y además el resto de documentos que conforman las cuentas anuales, o, incluso, si la memoria y el informe de gestión los hiciera el administrador instrumento, con la base de la contabilidad dada por el contable, adoptando todas las medidas de cuidado necesarias y propias de su cargo, estaríamos ante un error de tipo invencible por lo que no se le podría imputar el delito del art. 290 CP.

Si por el contrario, nos encontramos ante un administrador irresponsable que no comprueba el trabajo realizado por el contable y se limita exclusivamente a firmar los documentos redactados por el primero, estaremos ante un error de tipo vencible. Pero no castigándose este delito a título de imprudencia conforme al art. 14.1 CP, la conducta del administrador instrumento quedaría en todo caso impune. Otra cosa es que el administrador tenga responsabilidad en el ámbito

mercantil sancionador a través de una acción de responsabilidad social o individual.

En cuanto a la eventual responsabilidad en la que podría incurrir el contable por la conducta descrita, considero que se deberá partir de la circunstancia de que el contable no determina objetiva y positivamente el hecho por encontrarse en un ámbito restringido. Se ha explicado detenidamente cómo son sólo los administradores de hecho o de derecho quienes con su firma ejercen de manera completa ese dominio, facultad que no tiene el contable, porque carece de la cualidad especial de ser un administrador. Es por esto que mantengo que, como el contable no reúne las cualidades exigidas por el tipo y no tratándose éste de un delito de infracción de deber al contable no se le podrá castigar como autor mediano¹⁷⁷⁹. Sin embargo, sí que su conducta podría encajar en un delito de estafa siempre y cuando concurren los elementos de tal tipo penal (art. 248 CP). Igualmente, aunque no en el supuesto planteado, por ser un caso de falsedad ideológica, de tratarse de una falsedad material se le podría igualmente castigar por un delito de falsedad en documento privado (art. 395 CP).

¹⁷⁷⁹ A igual conclusión, aunque con un ejemplo un tanto diferente si bien en torno al art. 290 CP, llega PÉREZ CEPEDA, La responsabilidad, 1997, 407 s. Sin embargo, esta autora, pág. 408, indica que la laguna de punibilidad que se genera se puede evitar aplicando, como lo sugiere Gracia Martín, la figura del actuar por otro, lo que se opone a lo aquí sostenido al respecto; y, continúa la autora en la pág. 409, siempre de modo diferente a la respuesta dada en este trabajo, que ni siquiera habrá que acudir a la actuación por otro, pues la ampliación a los administradores de hecho podría ser suficiente para predicar la calidad de administrador del que en un principio se consideraría *extraneus*.

CAPÍTULO 7:

LA PARTICIPACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

1. Las conductas típicas en nuestro ordenamiento se refieren, salvo contadas excepciones (conocidas como tipos de participación, entre los que se encuentran, por ejemplo, los arts. 143, 473 y 545 CP), a los autores; esto es, a quienes determinan de manera positiva y objetiva el hecho, conservando el dominio a través de la definición del sí y el cómo de la realización típica. Adicionalmente, el ordenamiento jurídico penal español parte de una postura diferenciadora restrictiva de la autoría y la participación, de la que, como se recordará más adelante, se deriva el hecho de que las normas de la participación sean dispositivos que permiten la ampliación del alcance de los tipos penales.

También puede entenderse que las actuales normas (art. 31 bis CP) que extienden la responsabilidad penal a las personas jurídicas son un dispositivo amplificador, pero este tampoco será abordado en este trabajo pues no es aplicable al delito del art. 290 CP¹⁷⁸⁰.

2. Es necesario recordar, aunque sea someramente, una directriz fundamental para el análisis de la materia que nos ocupa: no se puede olvidar que tanto la punición de la participación en el delito, así como cualquier otro dispositivo que amplifique el alcance de la norma penal inicial, deben siempre interpretarse desde una perspectiva restrictiva, que impida ampliaciones de las ampliaciones.

Así frente a la participación es fundamental, como garantía contra una expansión exagerada, el principio de accesoriedad, que se deriva también del fundamento mismo de punición de la participación que, se adelanta, se asume en este texto la teoría del favorecimiento orientada al ataque accesorio del bien jurídico protegido¹⁷⁸¹.

¹⁷⁸⁰ No obstante, sobre el tema se pueden consultar, entre otros FEIJÓOSÁNCHEZ, Derecho penal de la empresa, 2007, *passim*; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Modelos de autorresponsabilidad, 2008; *idem*, culpabilidad empresarial, 2010; ROBLES PLANAS, LL 7705 (2011), *passim*; DE LA MATA BARRANCO, LLpen 87 (2011), *passim*; VELASCO NÚÑEZ, LL 2012-3, *passim*; COBO DEL ROSAL, AD 30 (2012), *passim*.

¹⁷⁸¹ GÓMEZ RIVERO, La inducción, 1995, 54 "En todo caso, para esta concepción la naturaleza de la dependencia de la participación respecto al hecho principal no se limita a ser meramente fáctica, sino que es ante todo jurídica. Así lo demuestra la exigencia de que el castigo del partícipe presuponga que el hecho principal haya alcanzado, al menos, el estado de la

Esta tesis parte de las teorías que entienden que la punición de la participación se explica por el favorecimiento que, a través del hecho propio del autor, se produce a la actuación ofensiva del bien jurídico llevada a cabo por el autor¹⁷⁸². Sin embargo, tal favorecimiento no se da a través de una afectación directa del bien jurídico (como lo entiende la teoría pura de la causación), sino que se presenta de manera indirecta mediante la colaboración brindada al autor. Ahora bien, según cómo se entienda la dependencia de la actuación del partícipe a la del autor, se podrá hablar de: a) una dependencia absoluta, que rechazo por entender que vulnera el principio de responsabilidad subjetiva; b) una dependencia relativa, donde se dote de eficacia al principio de accesoriedad, en la medida en que el aporte del partícipe se relacionará siempre con la conducta del autor y de la que, entiendo, se derivan tres exigencias:

1- Que el alcance de la protección del bien jurídico llegue a abarcar también al partícipe¹⁷⁸³.

tentativa, y que su marco penal se fije a partir del que corresponde al hecho principal"; LANDA GOROSTIZA, *La complicidad*, 2002, 221 ss., indica: "La asunción del principio de accesoriedad está apuntando a la imposibilidad de captar el sentido jurídico de la contribución del cómplice si no es a la luz de un hecho principal que debe ser también parte esencial del contexto necesario en que habrá de desplegarse el juicio de peligrosidad sobre el desvalor de acción del cómplice".

¹⁷⁸² LÓPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, 1997, 147. Esta autora presenta una clasificación de las distintas tesis que sustentan la punición de la participación.

¹⁷⁸³ LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad*, 1997, 161, quien acoge expresamente esta concepción, y refiriéndose a la complicidad afirma: "...nos inclinamos por la teoría del ataque accesorio al bien jurídico protegido en el tipo, en la medida en que, centrandolo en su intervención causal en la puesta en peligro o lesión del bien por el autor, pretendemos poner de manifiesto su mayor lejanía con respecto a ésta, lo que por otra parte justifica su menor punibilidad. Sin embargo, no habremos de olvidar la necesidad de que, además del desvalor de resultado consistente en su contribución a la realización del tipo por el autor, el injusto del cómplice exige una serie de elementos propios que justifiquen que su acción sea desvalorada por el ordenamiento". También en la pág. 161, afirma: "En resumen, el partícipe no puede atacar directamente el bien jurídico, pero sí mediatamente. La accesoriedad tiene el sentido de exigir, para que se produzca este ataque mediato, que el hecho del autor a través del cual se realiza sea típico y antijurídico. Pero de esta misma idea hay que extraer la consecuencia de que, en la medida en que el partícipe ataca también el bien jurídico, aunque sea mediatamente, su acción deberá reunir ciertos requisitos adicionales que configuran de modo independiente su injusto. Por tanto, podemos decir que el injusto del partícipe se deriva, en parte, de su propio ataque al bien jurídico y, en parte, del hecho principal". Además, esta autora indica, pág. 152, que acogen esta teoría Stratenwerth, Jakobs (aunque con diferente fundamentación), Wessels, Samson, Roxin, Ruiz Antón y Gómez Rivero. Efectivamente STRATENWERTH, *Derecho penal*, PG, I, 1999, 260 s., donde apunta: "El fundamento de la punibilidad de la participación sólo se puede buscar, en principio, y según lo expuesto, en el hecho de que el instigador y el cómplice colaboran en la realización de lo ilícito cometido por el autor [...]. ...el partícipe no transgrede por sí solo las normas protegidas en la Parte Especial del Código Penal, sino la prohibición [...] que se refiere a la determinación o a la colaboración en la transgresión llevada a cabo por otros. El contenido de la ilicitud de la participación se determina, por tanto, primariamente, según el contenido de ilicitud del hecho en el que se participa. La participación se dirige contra el mismo

2- Que el dolo del partícipe esté referido a la consumación del delito por parte del autor.

3- Que se pueda identificar un desvalor de acción en la conducta del partícipe. Es decir, comprobar que autónomamente, a través de su favorecimiento, al autor accede a la lesión del bien jurídico.

Ha de entenderse, entonces, que la punición del partícipe no radica en que favorezca la lesión de un bien jurídico a través de un hecho ajeno, sino en que, indirectamente a través de un hecho ajeno, colabora con su propia conducta a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Sólo así se da plena vigencia al principio de accesoriedad¹⁷⁸⁴, que se pasará a explicar brevemente a continuación.

El principio de accesoriedad establece una relación de dependencia de la conducta del partícipe frente al hecho delictivo del autor¹⁷⁸⁵. Se desarrolla a través de dos aspectos: el cuantitativo y el cualitativo.

bien jurídico que ataca el delito cometido por el autor y no sólo en forma indirecta [...]. Si para la punibilidad de la participación se requiere pasar previamente por la del autor, ello tiene su fundamento exclusivamente en que el Derecho penal *no* puede proteger cualquier lesión "causal" de un bien jurídico, sino que solamente opera contra *determinados* comportamientos (supra nº 132; coincidentemente *Samson*, SK 14, del § 26). La objeción más fuerte contra un concepto general de causante está constituida por la circunstancia de que tal concepto disolvería estos límites". Además, indica este autor, p. 264, que la ilicitud de la realización del hecho típico principal determina la ilicitud y también la gravedad de la participación, y que "...todos los partícipes responden por el *mismo* ilícito. De todos modos, esto no rige ilimitadamente: en la medida en que el contenido de ilicitud de la participación en el hecho depende de elementos *personales* especiales, también habrá que tomar en cuenta las características individuales (§28)"; BLANCO CORDERO, participación delictiva, 2001, 15 y ss., quien dice en la pág. 16, que "Un elemento que exige la participación, pero que tiene un carácter autónomo del injusto principal y, por tanto, no accesorio, es que el bien jurídico menoscabado por el autor se encuentre también protegido frente al partícipe. Si el bien jurídico lesionado por el autor no está protegido frente al partícipe, éste quedará impune pese a su contribución".

¹⁷⁸⁴ Sobre el concepto de la accesoriedad, y especialmente acerca de su desarrollo, v. por todos, PEÑARANDA RAMOS, La participación, 1990, 336 "La accesoriedad en sentido estricto, de acuerdo con su origen y su inspiración liberal, es únicamente un factor de limitación de la responsabilidad". Y mostrando su posición, en la pág. 355 de la obra citada, sostiene: "El principio de accesoriedad constituye, como repetidamente he dicho, un recurso técnico dirigido a garantizar una aplicación recta y calculable del Derecho en este ámbito". También se pronuncian sobre este principio, entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, REJ 10 (2008), 42 ss.

¹⁷⁸⁵ Así DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Dir.), EPB, 2002, 978 s., a quien sigo apunta que "Por accesoriedad se entiende una cierta relación de dependencia del partícipe respecto del autor; que entre la conducta de uno y otro existe una cierta relación de accesoriedad o dependencia fáctica es algo difícilmente negable y por tanto admitido incluso por los partidarios del concepto unitario de autor, pero ha de tenerse en cuenta que tal dependencia existe también entre diversas clases de autores (el mediato respecto del inmediato, o los coautores entre sí) o incluso del autor respecto del partícipe (p. ej., el autor respecto de la aportación del cooperador necesario). Por tanto no es ésta la accesoriedad que aquí interesa, sino la que

El cuantitativo o externo¹⁷⁸⁶ hace referencia a la “cantidad” de delito que debe haber cometido el autor, esto es, indica la exigencia de que la conducta del autor a la que acceda el partícipe llegue al menos a la fase de tentativa. Pero claro, no siendo no siendo punible la tentativa para el autor, por las razones ya mencionadas, menos lo serán para el partícipe.

A su vez, el aspecto cualitativo o interno¹⁷⁸⁷ alude a qué tipo de conducta se requiere en el autor, y aquí la doctrina presenta tres opciones, que responden a la posibilidad de gradación de la accesoriedad, determinada a su vez por el hecho de ser una relación de dependencia¹⁷⁸⁸: la accesoriedad mínima que exige sólo la verificación de la tipicidad en la conducta del autor¹⁷⁸⁹, la accesoriedad limitada que exige que el autor realice una conducta al menos típica y antijurídica, y la accesoriedad máxima que requiere de una conducta típica, antijurídica y culpable del autor.

consiste en una cierta relación de dependencia jurídica. Pero, ya en ese plano, se habla de accesoriedad en diferentes sentidos”.

¹⁷⁸⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Dir.), EPB, 2002, 978 ss., en la pág. 978 “cuando se habla de accesoriedad cuantitativa o esterna, se trata de decidir qué grado de desarrollo en el *iter criminis* ha de haber alcanzado el hecho del autor para que la participación en él sea punible. Existe acuerdo en que el hecho del autor ha de haber alcanzado la fase ejecutiva, es decir, debe tratarse de un hecho que haya llegado al menos al grado de tentativa de delito”.

¹⁷⁸⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Dir.), EPB, 2002, 980 ss. En la pág. 980 explica como “cuando se habla sin más de accesoriedad, se hace referencia a la accesoriedad cualitativa o interna, en la que se pregunta cuáles de los elementos del delito han de concurrir en el hecho del autor para que sea punible la participación en él”.

¹⁷⁸⁸ PEÑARANDA RAMOS, La participación, 1990, 253 ss. Por su parte ROBLES PLANAS, La participación, 2003, sostiene una concepción diferente de accesoriedad, que en este trabajo no se comparte, y que no se refiere a la conducta del autor sino que trata del hecho de que se acceda a un hecho objetivamente típico y no justificado, por lo que, según él, no tendría sentido la distinción entre accesoriedad mínima, limitada y máxima; se trataría de una accesoriedad limitada sólo a la parte objetiva del injusto, y así, como el mismo autor lo manifiesta, pág. 223, “...se puede castigar a quien participa en un hecho en el que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación, pero el sujeto actúa desconociéndolos o bien se halla en un error (vencible o invencible) sobre los mismos”.

¹⁷⁸⁹ Frente a la que PEÑARANDA RAMOS, La participación, 1990, 337, señala “Cabe hacer notar, por lo demás, que una accesoriedad inferior [a la limitada, esto es, la mínima] no es defendida por nadie, puesto que entonces se pondría en peligro la propia razón de ser de la accesoriedad de la participación: mantener intacta la estructura de los tipos de la Parte Especial especial a veces lo pones con minúscula. Revisalo en todo el texto en su relación con la responsabilidad de los partícipes”.

En doctrina española la opción mayoritariamente aceptada ha sido la de la accesoriadad limitada que será la postura que siga también en este texto, sin detenerme en mayores precisiones al respecto¹⁷⁹⁰.

3. El ordenamiento jurídico penal español asume un concepto diferenciado de la autoría y la participación¹⁷⁹¹, esto es, una concepción según la cual en el delito cometido por varios sujetos, los roles se dividen entre los autores (directos, mediatos o en actuación por otro –art. 28 CP-), y los partícipes (que pueden ser inductores o cómplices –arts. 28 y 29 CP-). Adicionalmente adopta una postura restringida de la autoría¹⁷⁹², en el sentido de que se entiende

¹⁷⁹⁰ Entre otros, sostienen la accesoriadad limitada de la participación frente a la autoría ANTÓN ONECA, Derecho penal, PG, 1986, 454 s., con la aclaración de que este autor la denomina accesoriadad mínima. También la sigue, señalando además que se trata de la postura dominante en la doctrina española; PEÑARANDA RAMOS, La participación, 1990, 256 s.; MIR PUIG, Derecho penal, PG, 9ª, 2011, 408 ss.

¹⁷⁹¹ PEÑARANDA RAMOS, La participación, 1999, 275; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, DPC 2 (2003), 91 ss.

¹⁷⁹² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Autoría, 1991, 453, en la pág. 589, dice: “En realidad, la idea de la figura central no sirve como punto de partida, ni siquiera como punto de partida metodológico muy general que hay que concretar. Más bien me parece que el punto de partida correcto es otro: determinar qué concepto de autor recoge la ley, si uno unitario o uno restrictivo y, cuando ello no sea claro, cuál es el más conveniente; con ello habremos descubierto por qué la ley (o la interpretación de la ley en este sentido, cuando quepan varias) sigue un concepto restrictivo de autor; en mi opinión ello se debe a que se valora el concepto restrictivo de autor como algo que permite un mejor recorte de lo típico y produce seguridad jurídica (ventajas con carácter constitucional); desde esta premisa, que debe ser el eje central, la idea rectora, el principio general que guíe la búsqueda de criterios diferenciadores de la autoría y la participación, ya quizá sí podremos afirmar que autor es la figura central de la descripción típica, aquél a quien se dirige directamente la prohibición o mandato contenido en la norma penal primaria de los tipos de la parte especial”. GÓMEZ RIVERO, La inducción, 1995, 41; LÓPEZ PEREGRÍN, La complicidad, 1997, 113 s.; FEIJÓO SÁNCHEZ, Límites de la participación criminal, 2001, 85 s., “En mi opinión, para poder llegar a un correcto fundamento de la participación criminal respetuoso con principios irrenunciables como el de que nadie puede ser hecho responsable de un injusto ajeno, es preciso defender no sólo un concepto restrictivo de autor, sino un concepto restrictivo de todas las formas de participación. Sobre todo teniendo en cuenta que las reglas de la participación son reglas que extienden la responsabilidad penal y que si no se interpretan de forma restrictiva todo el mundo puede acabar siendo partícipe de cualquier delito”; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, DPC 2 (2003), 94 manifiestan que, el concepto restrictivo es el que permite un mejor perfilamiento de los tipos, “...lo que lo convierte en más acorde con el mandato de determinación o concreción de los tipos penales, y, por tanto, con el Derecho penal propio de un Estado de Derecho. El concepto restrictivo de autor hace más tolerables las lagunas de punición, mientras que los olvidos del legislador en la evitación de las consecuencias indeseables de un concepto unitario de autor se traducirían en una punición excesiva”. En la pág. 68 sostienen lo siguiente: “En un sistema de autoría restrictiva, la mayor urgencia en prohibir un comportamiento de autoría frente a uno de participación se deduce no sólo ni principalmente del marco penal al que se somete cada figura, sino más bien del hecho de que la conducta de autoría se prohíbe autónomamente (si bien con las limitaciones que la imputación recíproca supone en la coautoría que, en este sentido, comparte algunos caracteres con la participación en sentido estricto), mientras que la prohibición de la conducta del partícipe se hace depender, por un lado, de la propia actuación de éste (que

que los tipos de la Parte especial, y entre ellos claramente el del art. 290 CP, sólo abarcan la conducta del autor y, por ello, para poder castigar a los partícipes –en sus diferentes modalidades- se requiere de la cláusula amplificadora de los arts. 28 y 29 CP que consagran las formas de participación. Contrariamente a lo que ocurriría si se siguiera una tesis extensiva, en cuyo caso, si estas normas fueran derogadas, cualquiera que aportase causalmente a la conducta descrita en el tipo respondería como autor, puesto que esta orientación estima que las normas sobre participación son restrictivas de la punición de los autores y no al contrario.

Teniendo claro de dónde se parte teóricamente, es importante señalar también que, dentro de las posturas restringidas, como se aclarara en el capítulo seis al tratar el tema de la autoría, sigo como criterio para determinar la diferencia entre la autoría y la participación la construcción iniciada por LUZÓN PEÑA y desarrollada luego por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO de la determinación objetiva y positiva del hecho, con la adición de entenderla para los delitos especiales como una determinación en un ámbito restringido, como la he denominado: **determinación objetiva y positiva del hecho en ámbitos restringidos** . De ahí que se podrá analizar como conductas de participación, aquellas que no cuenten con la determinación objetiva y positiva del hecho.

II. LA PARTICIPACIÓN EN EL ART. 290 CP

Se abordarán ahora, de manera específica, algunos de los problemas que pueden surgir en cuanto a la participación en el delito del art. 290 CP, teniendo en cuenta las indicaciones desarrolladas en el apartado anterior, y exponiendo algunas cuestiones frente a cada una de las formas posibles de participación.

A. La inducción

evidentemente realiza su propio injusto), pero, además, por otro, de que la actuación del autor revista ciertas características (accesoriedad de la participación). [...] Por tanto, en la fundamentación de un concepto restrictivo de autor es fundamental la atención a la presencia de una responsabilidad autónoma o (parcialmente) accesoria”.

La inducción consiste en crear o hacer nacer en otro la decisión de realizar el hecho punible, o más correctamente llevar a otro a que incurra en una conducta típica y antijurídica.

El CP la regula en el art. 28, donde también habla de la autoría: "...las figuras de la inducción y la cooperación necesaria de las letras a) y b) del segundo párrafo del art. 28 CP son también formas de participación, sometidas por tanto, como la complicidad, al principio de accesoriedad, aunque castigadas con la misma pena del autor. El propio tenor de este párrafo, que señala que 'también serán considerados autores' frente al 'son autores' del primer párrafo del mismo art. 28 refuerza el carácter de participación de la inducción..."¹⁷⁹³

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO define la inducción así: "inductor es quien hace surgir en otro, mediante un influjo psíquico, la resolución de realizar como autor un delito, siempre y cuando el instigador no resulte autor mediato, puesto que la autoría mediata también puede consistir en hacer nacer en otro la resolución delictiva por influjo psíquico, aunque éste debe ser de tal entidad que convierta al sujeto de delante en instrumento del de atrás"¹⁷⁹⁴.

Sintetizando, para que se presente la inducción en el art. 290 CP se requerirá, como ocurre en todos los tipos, que la inducción se dirija a hacer que el otro cometa la conducta específica recogida por el art. 290 CP. No sería una conducta relevante en términos de inducción, por ejemplo, aquella en donde alguien incita al administrador de una empresa a perjudicar a los demás socios de cualquier manera que se le ocurra. Si lo sería, el caso en el que un socio de la sociedad convenciese al administrador de esta para dar en la contabilidad unos beneficios que no son realmente los que son, porque son muy inferiores, para de esta manera beneficiarse de un reparto de ganancias de la empresa.

El inductor también debe actuar con dolo, no se acepta la punición de la participación imprudente (y además aunque se aceptada, este delito no se constiga en su forma imprudente): "Con cierta frecuencia se afirma que la inducción requiere un doble dolo: el de que el inducido se decida a realizar el

¹⁷⁹³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, REJ 10 (2008), 44. También, del mismo autor, entre otros muchos: en: LUZÓN PEÑA (Dir.), EPB, 2002, 827 s.

¹⁷⁹⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, REJ 10 (2008), 45; en: LUZÓN PEÑA (Dir.), EPB, 2002, 827 s.

hecho principal y el de que ese hecho realmente se consume”¹⁷⁹⁵. Si por ejemplo, la esposa del administrador de una sociedad le sugiere en el ámbito de una conversación privada que aproveche su posición de administrador para beneficiarse económicamente en la empresa y el administrador inmediatamente piensa en cometer una falsedad en las cuentas anuales para enriquecerse, la esposa no sería inductora.

Por su parte, en el inducido debe nacer la decisión de cometer el delito por la inducción del inductor. No se acepta la inducción si el autor ya estaba determinado (se rechaza la figura del *omni modo facturus* -de cualquier modo lo haría-) a la comisión del delito: “El influjo causal de la instigación tiene que ser tal que haga surgir *ex novo* en el inducido la resolución de cometer el delito al que se le induce”¹⁷⁹⁶. Esto excluiría casos como aquel en el que el administrador de una empresa se dirigiese a una prestigiosa abogada especialista en delitos societarios para pedirle consejos de como falsear las cuentas de su sociedad de manera impune. En este caso, la abogada, no responde como inductora, aunque podría responder como cómplice o cooperadora necesaria si se diesen los requisitos.

El medio para realizar la inducción puede ser cualquiera idóneo, “Los medios inductivos no están tasados por el CP. Por tanto, cabe cualquier medio capaz de producir el influjo psíquico que lleva a la realización del delito”¹⁷⁹⁷, ya sea con amenazas, soborno o con el ofrecimiento de cualquier otro beneficio.

¹⁷⁹⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, REJ 10 (2008), 47. También OLAIZOLA NOGALES, Cohecho, 1999, 376 ss. “...esta postura dominante presenta problemas de difícil solución en aquellos delitos de consumación anticipada, especialmente en los delitos de peligro abstracto, como es el delito de cohecho”. Así, para excluir la punición del agente provocador, esta autora plantea que se debería comprobar la inexistencia de antijuridicidad material, cuando no se presente un peligro efectivo para el bien jurídico desde una perspectiva *ex ante* (que a su vez puede llevar a la impunidad del inducido por tratarse de una tentativa irreal) o cuando la conducta esté justificada (p. 379). Finalmente, esta autora concluye, pág. 381: “Considero que el sujeto provocador no deberá responder penalmente, bien entendiendo que su conducta no va dirigida a perturbar las condiciones básicas de funcionamiento de la Administración pública, sino precisamente a evitar que se perturben, e incluso cabría apreciar en muchos de estos casos una justificación. Al contrario, entiendo que la conducta del sujeto provocado sí es relevante penalmente, porque la conducta de este sujeto desde un punto de vista *ex ante* puede considerarse peligrosa desde el punto de vista del hombre medio ideal”.

¹⁷⁹⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, REJ 10 (2008), 46.

¹⁷⁹⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, REJ 10 (2008), 46. En la pág. 47 expone “Más dudoso, aunque no descartable, me parece que carezcan de carácter directo la inducción en cadena y, sobre todo, la mediata; los pocos casos pensables, si los hay, de inducción por omisión plantearían problemas en cuanto a su carácter indirecto. No obstante, la inducción indirecta en

B. La cooperación necesaria

Esta modalidad de participación se regula en el art. 28, b CP, y recibe la misma pena que la autoría, a diferencia de la cooperación o complicidad simple, que se abordará en el próximo apartado, en atención a su principal característica: se trata de un acto sin el cual la ejecución del delito no se habría realizado.

Como advierte DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO “Aunque existe unanimidad a la hora de considerar la complicidad como forma de participación, en lo que respecta a la cooperación necesaria hay un grupo de autores que creen que algunos cooperadores necesarios –en concreto los que actúan en fase ejecutiva– son coautores (incluso algún autor piensa que lo son todos), puesto que poseen el dominio funcional del hecho. Como no comparto el criterio del dominio funcional del hecho para caracterizar la coautoría (como se explica en el tema dedicado a la autoría), lo anterior me parece incorrecto y creo que todo cooperador necesario es partícipe en sentido estricto”¹⁷⁹⁸.

Pues bien, para determinar cuándo un acto de cooperación es necesario, la doctrina propone varios criterios¹⁷⁹⁹: la necesidad en abstracto y en concreto, la insustituibilidad del aporte del sujeto por otro, la relevancia motivacional de la contribución al proceso de decisión del autor, los bienes o actividades escasos.

muchas ocasiones (seguramente todas o las más cuando produce efecto y el hecho pasa a fase ejecutiva) puede constituir otras figuras de participación (a menudo cooperación necesaria, conminada, al igual que la inducción, con la misma pena que la autoría) y, si no, aunque esta opinión es menos pacífica, se puede incluir (como la inducción no consumada o algunos casos de ella) en la proposición del art. 17.2 CP, siempre que la misma esté castigada expresamente en relación con el delito de que se trate (en el caso de que la inducción indirecta sea calificada de complicidad o de proposición, la pena que le corresponderá será inferior a la del autor). Sin embargo este autor afirma aceptar la participación en cadena: “...que el CP sólo se refiera a la participación en el hecho del autor no debe llevar aparejado el afirmar la impunidad de la participación en cadena, pues la misma supone también participación en el hecho principal (el del autor), [...] ¿acaso no facilita el hecho constitutivo de homicidio del autor quien convence a otro para que entregue al autor la pistola que éste utiliza para matar, o quien ayuda, suministrándole los materiales, al que fabrica una complicada arma mortífera por encargo del autor?”.

¹⁷⁹⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, REJ 10 (2008), 49.

¹⁷⁹⁹ Siguiendo la clasificación expuesta por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, REJ 10 (2008), 50.

Es este último el criterio, el de la escasez, el que se considera más adecuado¹⁸⁰⁰, aunque no el único dependiendo de cada caso¹⁸⁰¹.

Según esta propuesta cooperador necesario es aquel que “contribuye al hecho con una cosa o una actividad difíciles de conseguir, “escasas”¹⁸⁰², y deberá ser el juez quien determine si esta circunstancia concurre o no en el caso concreto. Es decir, parafraseando a DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “hay cooperación necesaria si lo que se aporta es un bien o una actividad escasas; hay complicidad cuando se aporta un bien o actividad abundantes”¹⁸⁰³.

Otro elemento importante a tener en cuenta es que la cooperación necesaria puede darse tanto en la fase de ejecución como antes de ésta, y el aporte debe ser realizado con dolo sobre sus propios elementos y los del hecho delictivo del autor¹⁸⁰⁴.

Siendo éste un delito especial propio la cuestión de la participación como cooperador necesario del *extraneus* es una cuestión importante¹⁸⁰⁵. De este modo hay que referirse al art. 65. 3. CP dispone que cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, en ese caso los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada para la infracción de que se trate.

¹⁸⁰⁰ Este es el criterio introducido por GIMBERNAT ORDEIG, v. GIMBERNAT ORDEIG, Autor y cómplice, 2006, 127 ss.

¹⁸⁰¹ Por ejemplo DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, REJ 10 (2008), 51, propone “será también necesaria por esencial la aportación que, aun no siéndolo en sí misma, sea tenida por tal por el autor o autores, de modo que condicionen su actuación a que se preste la citada aportación (circunstancia que tendrá que ser conocida por quien la realiza)”.

¹⁸⁰² GIMBERNAT ORDEIG, Autor y cómplice, 2006, 177.

¹⁸⁰³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Dir.), EPB, 2002, 314. Añade además: “en las contribuciones consistentes en una actividad, para que se dé la escasez tendrían que concurrir tres factores: que la actividad tenga un inequívoco carácter criminal, que sea causal para el resultado (...) y que suponga la remoción de un obstáculo serio para la comisión del delito, dadas las circunstancias del caso concreto”.

¹⁸⁰⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, REJ 10 (2008), 52.

¹⁸⁰⁵ Por tratarse éste de un delito especial propio no se abordará la discusión acerca de la ruptura o unidad del título de imputación pues este debate se enmarca en el ámbito de los delitos especiales impropios. En todo caso atiendo a lo expuesto por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, REJ 10 (2008), 75 “Si bien la cuestión es muy debatida, no me parece convincente la postura que defiende la ruptura del título de imputación. Basar esta ruptura en lo dispuesto en el art. 65.1 CP para la transmisión de circunstancias personales o subjetiva es incorrecto, pues este precepto es aplicable, en mi opinión, sólo a las circunstancias modificativas genéricas y no a elementos del tipo como es la cualificación en los delitos especiales”

En cuanto a la participación de *extranei* en delitos especiales¹⁸⁰⁶, sostiene DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “en los delitos especiales, de propia mano y con modalidades limitadas o tasadas de acción autor (de cualquier clase) sólo puede ser quien reúna la especial característica personal requerida por el correspondiente delito con modalidades limitadas de acción”¹⁸⁰⁷ y añade, “...el CP no impide la punición del *extraneus* que ataca el bien jurídico protegido al incidir como participe en la acción del *intraneus* (...) mediante la ampliación que la parte general hace al regular la participación delictiva; sin embargo, y en aplicación de cuanto previsto por el art. 65.3, podrá ser disminuida la pena del partícipe *extraneus* en grado, no teniendo éste respecto a la protección del bien jurídico la misma relación que el autor material *intraneus* (...)”¹⁸⁰⁸, con lo que estoy totalmente de acuerdo¹⁸⁰⁹.

Anticipo que, expuestos los requisitos de la cooperación necesaria no encuentro ninguna dificultad particular frente al delito que aquí se analiza para atenuar la pena del partícipe en quien no recaigan los requisitos o cualidades que exige el tipo por lo que ahora expondré (si bien la cuestión acerca de si esta cláusula debe ser aplicada en todos los casos o no ha sido una cuestión discutida en la doctrina). De hecho esta cuestión, aun con la modificación del art. 65.3 CP¹⁸¹⁰ ha sido discutida y sigue siendo controvertida¹⁸¹¹.

¹⁸⁰⁶ A nivel de manuales v. por ejemplo LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 163 s.

¹⁸⁰⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, REJ 10 (2008), 56.

¹⁸⁰⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, REJ 10 (2008), 57.

¹⁸⁰⁹ Sobre la propuesta ante de la reforma del CP por la LO 15/2003 por la que se modificó este artículo de introducción de esta atenuación en el *extraneus* en los delitos especiales v. GÓMEZ MARTÍN, en: MIR PUIG/ CORCOY BIDASOLO (Dir.)/ GÓMEZ MARTÍN (Coord.), Nuevas tendencias, 2006, 72 ss.

¹⁸¹⁰ Así, ROBLES PLANAS, La participación, 2003, 228, evidencia correctamente que éste no es un asunto terminado, que la punibilidad del partícipe *extraneus* no puede darse por supuesta, sino que es un asunto a discutir.

¹⁸¹¹ En este sentido nos encontramos, por ejemplo, la posición de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Infracción de deber, 2002, 250 ss., quien considera que la cláusula será aplicable tanto a los delitos especiales propios e impropios. Por su parte, PEÑARANDA RAMOS, LH-Gimbernat, II, 2008, 1429 ha señalado que “no todos los delitos especiales deberían ser incluidos automáticamente en el ámbito de aplicación de este art. 65.3 CP. Al margen de este precepto han de quedar, por principio, todas aquellas infracciones en las que la referencia a una determinada condición, cualidad o relación del autor sólo define un ámbito vital o social en el que existe la posibilidad de lesión de un determinado bien jurídico o en el que ésta se produce “típicamente”. En relación con estos supuestos, en los que lo cuestionable es precisamente la restricción legal de su círculo de autores, una atenuación de la pena para quien se encuentra fuera del mismo resulta ya de antemano completamente injustificada”. MIR PUIG, Derecho penal, PG,

Nuevamente, siguiendo a GÓMEZ MARTÍN¹⁸¹² y en coherencia con lo que se ha expuesto en este trabajo sobre el delito especial, por tratarse este de un delito especial propio no institucionalizado, procederá la atenuación del *extraneus* por no encontrarse en una posición de dominio especial respecto al bien jurídico.

Por último en cuanto al carácter necesario de esta cooperación, considero que es bastante difícil que se presente frente al art. 290 CP en relación, por ejemplo, al contable de una empresa que ayudase al administrador a realizar una contabilidad que no reflejase el carácter fiel de ésta. A mi parecer tal aportación no reúne el requisito de la escasez porque el sujeto podría ser perfectamente sustituible, en el sentido de que muchas personas tienen una formación académica que les permite hacer esa función y porque, en principio cualquier contable podría prestarle esa ayuda (criterio de la abundancia). Sin embargo, en atención al análisis que GIMBERNAT ORDEIG¹⁸¹³ promulga necesario debe hacer en el caso concreto el juez, a results del tipo de falsedad, atendiendo al tipo de empresa, de la confianza del administrador con el contable etc se podría considerar que se está ante un cooperador necesario. Es decir, el criterio de la escasez, insisto, deberá determinarse en cada caso concreto con las peculiaridades propias de este.

Por el contrario, sí considero que en determinadas falsedades de tipo material donde la firma del Secretario de la empresa sea absolutamente necesaria, la participación de éste si tendría el carácter de necesaria porque sólo su firma y no la de otra persona es la que permitirá que, eventualmente, se pueda cometer el tipo del art. 290 CP.

En la mayoría de los casos será en la cooperación necesaria donde quepa la conducta del “coautor en sentido material” pero no jurídico, esto es de

9ª, 2011, 411 s. diferencia también entre delitos especiales propios e impropios. OLAIZOLA NOGALES, en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ (Coord.), Casos que hicieron doctrina, 2011, 453 considera que la cláusula será de aplicación tanto a aquellos delitos especiales propios, como a aquellos impropios o, al menos, a aquellos contra la Administración Pública.

¹⁸¹² GÓMEZ MARTÍN, EH-Del Rosal, 2005, 447.

¹⁸¹³ GIMBERNAT ORDEIG, Autor y cómplice, 2006, 177.

quien interviene como lo haría un coautor pero sin tener las calidades exigidas en el tipo penal¹⁸¹⁴.

C. La complicidad

En todos los casos en los que no se pueda verificar la autoría, inducción o cooperación necesaria, quedará como última figura que permita la punición de quien haya intervenido de algún modo en la conducta delictiva del art. 290 CP, la figura de la complicidad regulada en el art. 29 que establece que son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, art. 28 CP, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos¹⁸¹⁵.

Hay sólo una inquietud que me interesa resolver y es la de si al cómplice *extraneus* se le aplicará tanto la rebaja del art. 63 CP como la del art. 65.3 CP. Desde mi punto de vista si al cooperador necesario e inductor *extraneus* se les puede poner una pena inferior en grado con motivo de no reunir las condiciones que requiere el tipo, aun siendo partícipes, considero acertado que se interprete que, también el cómplice y con mas razón debería poder beneficiarse de esa

¹⁸¹⁴ Así lo apunta DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Dir.), EPB, 2002, 175 s., “en los delitos especiales (...) puede darse la realización conjunta o compartida de la acción (o acciones) típica nuclear, con determinación conjunta o compartida del hecho, entre un *intraneus* y un *extraneus* (osea, en sentido material, coautoría). En mi opinión, al *intraneus* se le castigará como autor de delitos especiales (salvo que, excepcionalmente, en un delito especial impropio resulte preferible en virtud de las reglas de solución del concurso de leyes la calificación como cooperador necesario del delito común correspondiente, cosa que no ocurrirá nunca o casi nunca). El tratamiento del *extraneus* debe ser, a mi modo de ver, el siguiente: en los delitos especiales propios no cabe calificarlo de autor de delito alguno, pero sí de cooperador necesario (...), partícipe castigado con la misma pena que el autor en sentido estricto (quizá puedan considerarse además, en ocasiones, circunstancias modificativas genéricas, en el delito especial del *intraneus*, pues toda coautoría (en el sentido material), por ser realización conjunta de la acción (o acciones) típica nuclear, supone coejecución (aunque no viceversa: la realización de actos ejecutivos no siempre supone coautoría; no la supone cuando se trate de actos ejecutivos no típicos) y con ello cooperación necesaria”.

¹⁸¹⁵ LANDA GOROSTIZA, La complicidad, 2002, 223, n. 461, recuerda que “...el aporte del cómplice, aunque causal, es «mediato» en el sentido de que va referido normativamente al riesgo de elevar las probabilidades de éxito de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico cuyo ataque «principal» lleva a cabo otro sujeto. Los parámetros habituales para establecer la ligazón normativa entre el comportamiento y la lesión o puesta en peligro sufren ya de por sí un alejamiento: la referencia al bien jurídico se plantea «desde una mayor lejanía»... [...] [y así también] ...el juicio de peligrosidad en el tipo de participación se enfrenta a la dificultad añadida de un mayor alejamiento (y disolución) del desvalor de resultado”.

rebaja, además de la establecida expresamente en el art. 63 por una analogía in *bonam partem*¹⁸¹⁶.

¹⁸¹⁶ En este sentido, RUEDA MARTÍN, Los delitos especiales, 2010. También esta de acuerdo con el beneficio de esta rebaja para el cómplice OLAIZOLA NOGALES, en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ (Coord.), Casos que hicieron doctrina, 2011, 455.

CAPÍTULO 8:

LA PARTE SUBJETIVA DEL TIPO

I. INTRODUCCIÓN

El delito que se está estudiando es un delito doloso. El legislador ha optado por no castigar a título de imprudencia ninguno de los delitos societarios existentes en el CP de 1995 y esta opción ha sido bien valorada por la doctrina. Así, se entiende que ésta es una decisión político-criminal coherente con los principios de fragmentariedad, subsidiariedad e intervención mínima que limitan el ejercicio del *ius puniendi* estatal¹⁸¹⁷, afirmación con la que estoy absolutamente de acuerdo. Además, otros autores como DÍAZ MAROTO Y JIMÉNEZ VILLAREJO han expuesto acertadamente cómo “resulta recomendable mantener alejada a la imprudencia del Derecho penal societario como consecuencia de la inherencia de la noción de riesgo en la actividad societaria; extender la responsabilidad penal por mera imprudencia supondría convertir la actividad de administrador en una actividad de altísimo riesgo que muy pocos estarían dispuestos a asumir”¹⁸¹⁸.

¹⁸¹⁷ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 187 s., advierte que “antes de proponer como indicación de política criminal la creación de delitos societarios culposos conviene evaluar cuidadosamente el efectivo merecimiento de pena de la conducta imprudente que se toma en consideración, así como la necesidad y la oportunidad del empleo de la sanción penal. Únicamente los más graves supuestos de conductas imprudentes que encierren un alto grado de peligro para los bienes jurídicos penalmente protegidos considerados más importantes son merecedores de sanción penal, sin que ello suponga en todo caso la impunidad, como se desprende de un correcto entendimiento de los principios de fragmentariedad y subsidiariedad del Derecho penal y de una adecuada regulación por parte de las demás ramas del Ordenamiento de las conductas peligrosas o lesivas para los bienes jurídicos. En definitiva, los delitos societarios regulados en el CP de 1995 tienen carácter exclusivamente doloso, al no estar prevista expresamente la incriminación a título de culpa. Esta solución es político-criminalmente satisfactoria, y viene a entender las sugerencias de un amplio sector de opinión que ha preconizado “de lege ferenda” en esta materia de criminalización exclusiva de las conductas dolosas y la permanencia de las culposas en el marco de la mera ilicitud administrativa”. Así también DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 119.

¹⁸¹⁸ DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 120. Sin embargo estos autores a reglón seguido hacen otras afirmaciones como que “la impudencia, en términos generales, ha de estar reservada al ataque de otra clase de bienes jurídicos más importantes que los protegidos en los delitos societarios” o que “la figura de la imprudencia se ve impotente para explicar realidades como el deber jurídico de lealtad o fidelidad que sobre el autor pesa y que resulta fundamental en este campo, deber que no es posible violar por mera imprudencia”, con las cuales no estoy en absoluto de acuerdo porque los bienes jurídicos protegidos en el art. 290 CP son el patrimonio y la funcionalidad del documento, tal y como se indicó en el capítulo tercero.

También CARREÑO AGUADO, La inveracidad en la información, 2013, 405 “La alta concreción que encumbran los delitos configurados como «de peligro» en la delimitación del riesgo típico objetivo permite explicar el rechazo más o menos generalizado a modalidades imprudentes en el

A. El concepto de dolo del que se parte: el planteamiento de LUZÓN PEÑA

En primer lugar quisiera determinar el concepto de dolo que se mantiene en este trabajo y a partir del cual concretaré las diferentes cuestiones que se suscitan en relación a la parte subjetiva del art. 290 CP. Parto de un concepto por el que el dolo es el “conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos objetivos del tipo total de injusto, tanto los de su parte positiva o tipo indiciario, como los que de la parte negativa del tipo, es decir, la ausencia de los elementos de causas de atipicidad o de exclusión de la tipicidad y de causas de justificación; unos y otros son los presupuestos de la antijuridicidad o prohibición penal”¹⁸¹⁹. El dolo requerirá por tanto de la voluntad de realizar la conducta típica: que se quiera realizar todos los elementos objetivos del tipo de los que se tiene que tener conocimiento¹⁸²⁰. Consiste por tanto en conocer y querer realizar los elementos constitutivos del tipo y en este sentido el elemento volitivo se puede clasificar en: dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado y dolo eventual. Se parte en este trabajo de un dolo subjetivamente malo porque el sujeto conoce todos los elementos del tipo, positivos y negativos, independientemente de que el sujeto conozca la prohibición¹⁸²¹.

El dolo directo de primer grado “es la forma de dolo en que el elemento volitivo se presenta de modo más intenso. Supone que el propósito, intención o finalidad que persigue el agente es precisamente la realización de los elementos de un tipo delictivo”¹⁸²². Por su parte, el dolo directo de segundo grado “supone que la intención o propósito que persigue el sujeto no es precisamente la realización del tipo, sino la consecución de otro objetivo, pero sabe que a tal acción encaminada a otro fin va unida necesariamente y con seguridad la

caso de delitos socioeconómicos cometidos por profesionales. Además, es conveniente recordar que el delito de falsedad en la información social del art. 290 CP es ya una excepción a la (regla de) impunidad de la inveracidad cometida por particulares, por lo que admitir su forma imprudente supondría practicar una doble excepción. Para lo cual no existe justificación”.

¹⁸¹⁹ LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 239.

¹⁸²⁰ LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 239.

¹⁸²¹ Sigo la tesis de LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 243 ss., quien mantiene una concepción de dolo que incluye el elemento volitivo; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Elementos normativos, 2008, 150.

¹⁸²² LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 243.

realización de todos los elementos de un tipo delictivo (con sus diversas circunstancias y, en su caso, su resultado), cuya producción en consecuencia, aunque no le guste, también acepta”¹⁸²³.

En el dolo eventual¹⁸²⁴, sin embargo, el sujeto no persigue o pretende directamente realizar el hecho típico y además sabe que no es seguro, sino sólo posible que con su conducta realice el hecho típico¹⁸²⁵. Partiré entonces en este trabajo de una “teoría restringida del consentimiento o aceptación” en el dolo eventual¹⁸²⁶ la cual supone, en el sentido que ahora definía, que también el dolo eventual requiere del elemento volitivo en forma de aceptación o consentimiento de la posible producción del hecho, “pero que mediante una valoración *objetivo-normativa* se puede restringir lo que se entiende por aceptación/no aceptación”¹⁸²⁷. En este sentido “la restricción más usual e importante consiste en considerar que la aceptación (o consentimiento o similares) no se excluye por una confianza irracional e infundada en la no producción de hecho – considerando que esa confianza meramente subjetiva no es una auténtica confianza, sino una esperanza o deseo jurídicamente irrelevante-, sino que la aceptación o consentimiento sólo se excluye por una confianza mínimamente fundada objetivamente, aunque errónea, en que no se produzca el hecho”¹⁸²⁸. En el sentido opuesto, entonces, en palabras de LUZÓN PEÑA¹⁸²⁹: “una restricción objetiva-normativa de la voluntad conduce igualmente a afirmar que sólo hay un deseo (o un sentimiento) jurídicamente irrelevante y no auténtica voluntad (para el dolo directo de 1er. grado no un auténtico pretender conseguir, y para el dolo eventual no una auténtica aceptación o consentimiento) cuando el sujeto es consciente de que hay sólo unas posibilidades tan mínimas y remotas que la acción es inadecuada (desde el punto de vista de la imputación objetiva) para

¹⁸²³ LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 244.

¹⁸²⁴ He de destacar, sin embargo, que algunos autores consideran que el dolo eventual no es una forma de dolo, sino una forma de imprudencia consciente y que por tanto solo será castigada en los supuestos en que la realización de la conducta por imprudencia se castigue. En este sentido SOTOMAYOR ACOSTA/GALLEGO GARCÍA, NFP 60 (1999), *passim*.

¹⁸²⁵ LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 245 s.

¹⁸²⁶ Sigo a LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 245 ss y en concreto 251.

¹⁸²⁷ LUZÓN PEÑA, Curso, I, 1996, 426.

¹⁸²⁸ LUZÓN PEÑA, Curso, I, 1996, 426 s.

¹⁸²⁹ LUZÓN PEÑA, Curso, I, 1996, 426 s.

producir un eventual resultado típico. / (...) Esa confianza con un mínimo fundamento objetivo requerirá, o que haya ya bastantes posibilidades objetivas, conocidas por el sujeto, de no realización del hecho, o que pese a la peligrosidad pueda hacer algo para intentar evitar tal producción. Pero si se trata de una mera esperanza irracional en la buena suerte, sin saber si hay pocas o muchas posibilidades, más o menos controladas o incontrolables, o sin poder influir (...) – él o terceros- algo para intentar contrarrestar la peligrosidad y evitar la producción del hecho, entonces objetivamente –es decir, desde el punto de vista jurídico y del hombre medio ideal- no se confía, porque no es posible confiar con algo de base, en que no se realice el hecho”¹⁸³⁰.

Conforme a estos conceptos, se analizará qué dolo se exige por el tipo del art. 290 CP, si es suficiente con el dolo eventual o por el contrario es necesario que concurra dolo directo por parte del sujeto.

B. El dolo del art. 290.1 CP como dolo de peligro

Para determinar lo anterior considero que es además muy importante precisar la cuestión acerca de la concurrencia de dolo de peligro para el patrimonio (y no de lesión) en el art. 290.1. CP. He podido observar que, de alguna manera, la doctrina, en el análisis del tipo del art. 290.1. CP no siempre presta atención a las exigencias propias del dolo de peligro. En parte observo que el debate sobre la discusión acerca de la exigencia de dolo eventual o dolo directo en el art. 290 CP está desenfocado porque se confunde el dolo eventual de lesión con una modalidad específica de dolo: el dolo de peligro.

Será por tanto impreciso preguntarse sobre la posibilidad de comisión de este delito por dolo eventual de lesión para el patrimonio (en el art. 290.1, por ser un delito de peligro, no así en el art. 290.2 que es un delito de lesión), porque lo que se tendrá que analizar es si concurre dolo de peligro¹⁸³¹, el cual podrá ser,

¹⁸³⁰ En igual sentido aunque con una redacción diferente LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 251.

¹⁸³¹ Sobre el dolo de peligro v. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Delitos de peligro, 1994; MAQUEDA ABREU, ADPCP 1995, *passim*; CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, 287 ss.; HORTAL IBARRA, ADPCP, 2004, 509 ss.; LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 255.

entonces si, de primer, de segundo grado, o también dolo eventual de peligro, y creo que esto es importante precisarlo desde este momento.

Como advierte LUZÓN PEÑA¹⁸³² el concepto de dolo de peligro “no puede identificarse sin más con el dolo eventual de lesión pues si bien el dolo de lesionar implica necesariamente el de poner en peligro, no es así a la inversa: puede existir puro dolo de peligro sin dolo eventual de lesionar, en todos aquellos casos en que el autor sea consciente de la peligrosidad de su conducta (en la medida en que venga exigida en el tipo de un delito de peligro abstracto) o de que con su acción pone en concreto peligro un bien jurídico (en los delitos de peligro concreto), sin poder confiar ya –de forma mínimamente fundada o razonable – en la evitación de la peligrosidad o del peligro mismo, pero no acepte la eventual producción de la lesión, sino que confíe con un mínimo fundamento en poder controlar el peligro”¹⁸³³.

¹⁸³² LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 255. También CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, 297 establece la necesidad de diferenciar ambas figuras y aunque no plantea la cuestión directamente si indirectamente se puede concluir esto cuando afirma “cuando en un delito de peligro concreto, el riesgo queda fuera del ámbito de dominio del autor concurrirá dolo de peligro y no dolo eventual de lesión, cuando por la naturaleza del peligro no sea evidente la efectiva lesividad del comportamiento, en los demás casos existirá dolo eventual de lesión. En el supuesto de que no se produzcan resultados lesivos, se plantearía un concurso de leyes entre la tentativa de lesión y el delito de peligro concreto, cuya resolución, a favor de una u otra calificación, dependerá de si se admite o no la punibilidad de la tentativa en dolo eventual”.

¹⁸³³ En igual sentido: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ /DEMETRIO CRESPO (Dirs.), Derecho penal económico y empresarial, 2010, hace referencia a cómo la doctrina en ocasiones ha aludido a la identificación entre dolo de peligro y dolo eventual de lesión por un lado, y entre dolo de peligro e imprudencia consciente referida a la lesión, por otro lado. En la pág. 105 expone cómo “En lo que atañe a la primera de ellas, semejante identificación no puede ser compartida puesto que si bien es incuestionable que el dolo (eventual) de lesionar presupone necesariamente el dolo de poner en peligro, no puede formularse empero la hipótesis contraria, o sea, el dolo de peligro no implica un dolo de lesión por muy eventual que sea éste”, añadiendo en la pág. 106 que “la calificación en última instancia del dolo como de lesión o de peligro descansará también en una valoración, conforme a la cual se podrá deslindar, a la vista de los conocimientos y representaciones del autor con relación al caso concreto, cuándo el compromiso de actuar del autor contrario al bien jurídico iba dirigido a su lesión efectiva o tan sólo a su puesta en peligro”. Finalmente, en relación a la confusión del dolo eventual y el dolo de peligro: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ /DEMETRIO CRESPO (Dirs.), Derecho penal económico y empresarial, 2010, 108 s., “Otra interesante cuestión que plantean los delitos de peligro y que a veces es pasada por alto en los comentarios doctrinales y en las resoluciones jurisprudenciales es la relativa a la posibilidad de apreciar el dolo eventual en tales delitos. Esta cuestión suele resolverse por los comentaristas con escuetas consideraciones que, indebidamente, trasladan aquí los criterios referentes al dolo de lesión para decidir si una determinada figura delictiva de peligro debe ser ejecutada con dolo directo o puede ser realizada con dolo eventual. El problema se ha suscitado con especial relieve en el seno de los delitos socioeconómicos, a la vista de la abundancia de delitos de peligro y sobre todo, particularmente, de delitos de aptitud para la producción de un daño, que pertenecen a la categoría de los delitos de peligro y, más precisamente, a la categoría del peligro abstracto.

En consecuencia, como se analizará, lo importante será saber si el sujeto es conocedor de la peligrosidad de la conducta, y si su voluntad frente a esto da lugar a un dolo de peligro directo, indirecto o eventual. En el caso concreto del art. 290 CP, el conocimiento se refiere a si el sujeto activo sabe que con su conducta puede poner de manera hipotética en posible peligro el patrimonio. Esto no significa que el concepto de dolo sea diferente para los delitos de peligro¹⁸³⁴. Alguna autora¹⁸³⁵ ha considerado que el dolo de peligro solo es apropiado para los delitos de peligro concreto pero no para los delitos de peligro en general considerando que “la diferencia entre dolo de lesión y dolo de peligro adquiere su significado en relación con la modalidad de resultado requerido en el tipo de injusto, en los delitos con resultado de lesión concurrirá dolo de lesión y en los delitos con resultado de peligro, dolo de peligro”¹⁸³⁶. Sin embargo, como se ha dicho, yo no estoy de acuerdo con la exclusión de la necesidad de exigencia de concurrencia de dolo de peligro como lo hace LUZÓN PEÑA, para los delitos de peligro hipotético¹⁸³⁷.

Pues bien, frente a esa opinión ampliamente extendida en la doctrina, hay que advertir de que la viabilidad del dolo eventual en los delitos de peligro dependerá de otro tipo de razones, derivadas de la peculiar estructura de esta clase de delitos. En concreto, cabe afirmar que el dolo eventual no será admisible en los casos en que la realización de la acción típica y la puesta en peligro sean simultáneas y el autor sea conciente de ello; en cambio será posible en los casos en que el peligro se produce sólo si concurre una circunstancia futura con relación al instante de la acción, sea porque, aunque estuviese presente en dicho instante, no era efectivamente conocida por él. Con arreglo a lo expuesto, cabe elegir que el dolo eventual habrá de ser descartado en los tradicionalmente denominados delitos de peligro abstracto (o delitos de peligro abstracto formal), pero puede ser perfectamente imaginable en los de peligro concreto e incluso en los denominados delitos de aptitud, siempre que se conciban en el sentido que le hemos otorgado en el apartado correspondiente, esto es, como figuras en las que el intérprete debe efectuar dos juicios diferentes: uno ex ante, acerca de la peligrosidad general de la acción, y otro ex post, que versa sobre la posibilidad del resultado de peligro”.

¹⁸³⁴ CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, 287.

¹⁸³⁵ CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, 295.

¹⁸³⁶ CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, 295.

¹⁸³⁷ LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 170 afirma que el dolo de peligro es mas habitual en los delitos de peligro concreto pero no excluye a las demás categorías.

II. TIPO SUBJETIVO DEL FALSEAMIENTO DE CUENTAS SOCIALES: EXIGENCIA DE DOLO

Una vez concretado lo anterior, las dos cuestiones que principalmente se discuten en torno al tipo subjetivo del art. 290 CP son, en primer lugar, la de concretar la existencia o no de un elemento subjetivo del tipo y, en segundo lugar, la de admitir o no la posibilidad de concurrencia de dolo eventual en el dolo de peligro o si por el contrario se exige la concurrencia de dolo directo. Estas dos cuestiones son las que abordaré en este epígrafe.

A. La inexistencia de un elemento subjetivo específico en el tipo de injusto

Cuando se hace referencia a elementos subjetivos específicos del tipo se está señalando a elementos de actitud interna que agravan o disminuyen el desvalor subjetivo de la acción y son por tanto elementos subjetivos del tipo de injusto¹⁸³⁸. Como se advertía anteriormente son varios los autores que plantean la existencia de elementos subjetivos específicos en el injusto del art. 290 CP¹⁸³⁹. Por el contrario, otro sector doctrinal considera que este tipo no contiene ningún elemento subjetivo específico¹⁸⁴⁰, posición que comparto y que desarrollaré a continuación.

El autor que mantiene con mayor ahínco la existencia de elementos subjetivos especiales en este precepto es PÉREZ VALERO¹⁸⁴¹, para quien el

¹⁸³⁸ LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 232 ss. V. también sobre los elementos subjetivos del injusto GUARDIOLA GARCÍA, RDPP 6 (2001), 39-101; RUIZ RODRÍGUEZ, LH-Barbero Santos, 2001, II, 601 ss..

¹⁸³⁹ DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios, 1998, 106; LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUES, Derecho penal, PE, 2ª, 1996, 265, caracterizan este delito como mutilado de dos actos, siendo el segundo acto la figura cualificada, de forma que requieren en el tipo básico intención de causar un perjuicio económico; PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 426 ss. También QUERALT JIMÉNEZ, Derecho penal, PE, 6ª, 2010, 601, requiere además de dolo, ánimo de perjudicar. De alguna manera, también MATA Y MARTÍN, RdS 1995-V, 172 “Se exige que el sujeto activo del delito –administrador de hecho o de derecho- obre con un mínimo determinado, “para causar un perjuicio económico” a la sociedad, a alguno de los socios o a un tercero”.

¹⁸⁴⁰ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 39 3 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 479.

¹⁸⁴¹ PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 426.

problema de saber si el tipo admite respecto del daño patrimonial exclusivamente el dolo directo o si por el contrario es también compatible con el dolo eventual está directamente condicionado a si se estima que la referencia típica a la falsedad idónea para causar un perjuicio económico contiene un elemento subjetivo especial del injusto. En concreto, plantea el mencionado autor que este elemento subjetivo será la voluntad del administrador de causar un perjuicio patrimonial mediante dicha falsedad. Concluye entonces que:

“de existir dicho elemento subjetivo del injusto sería inviable, en este delito, la incriminación a título doloso eventual; y es que, si el sujeto tiene un ánimo específico de causar un perjuicio patrimonial, consumando con ello el delito que está intentando, y no tan sólo de crear un medio abstractamente peligroso para el patrimonio de otro, y efectivamente, luego este perjuicio pretendido se realiza, no se darán los presupuestos del dolo eventual, el cual requiere que no se quiera el resultado pero éste se acepte, en caso de que se corrobore. En este caso se quiere el resultado, pues es lo que se pretende conseguir cuando se falsificó el documento; en definitiva, se pretende consumir el delito, causando el perjuicio”¹⁸⁴².

Desde mi punto de vista PÉREZ VALERO entremezcla equivocadamente las cuestiones del dolo eventual y su vinculación con la exigencia de elementos subjetivos que, en el fondo, surgen por no considerar en su real dimensión el específico dolo que concurre aquí que, sin constituir un elemento subjetivo especial diferente al dolo, es el dolo de peligro en relación con el bien jurídico patrimonio¹⁸⁴³ del que ya me hacía eco anteriormente.

Por mi parte considero más adecuado interpretar que en el art. 290 CP no concurre ningún elemento subjetivo diferente del dolo ni tampoco hay razones

¹⁸⁴² PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 426. También hacen esta vinculación DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios, 1998, 106; GONZÁLEZ RUS, en: COBO DEL ROSAL (Coord.), Derecho penal, PE, 2ª, 2005, 613.

¹⁸⁴³ Su interpretación se ve también vinculada por la circunstancia de interpretar que el art. 290 CP no contiene una acción falsaria sino defraudatoria, en este sentido, en la p. 433 termina afirmando: “Creo que la falsedad ha de estar presidida por la finalidad de obtener un beneficio propio o ajeno, pues de lo contrario nos hallaríamos frente a una voluntad de causar un daño sin más, que no parece compatible con la propia idea de engaño y fraude; de igual manera que no se falsifica y se engaña por el mero placer de hacerlo, tampoco se causa un perjuicio por el solo hecho de ocasionar dicho perjuicio, sino que se busca que fruto de tal lesión patrimonial se de lugar a un beneficio propio o ajeno”.

que justifiquen la conveniencia de tal elemento¹⁸⁴⁴. Con MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ mantengo que la “aptitud para causar dicho perjuicio es un elemento típico que debe ser abarcado por el dolo del autor, sí, pero no se confina en el tipo subjetivo, sino que pertenece al tipo objetivo”¹⁸⁴⁵. Es decir, en el tipo es necesaria la exigencia de conocer y querer que se actúa poniendo en peligro el patrimonio de sociedad, socios y terceros, lo cual conforma uno de los elementos del tipo, pero que no lleva a hablar de un elemento subjetivo especial sino del dolo normal sobre los elementos constitutivos del tipo, al ser éste precisamente uno de ellos.

B. La necesidad de concurrencia de dolo de peligro

En este trabajo se ha mantenido que el art. 290 CP protege dos bienes jurídicos, la «funcionalidad del documento» y el «patrimonio», el primero mediante un delito de lesión y el segundo mediante la técnica del peligro hipotético en el primero de los párrafos y en el segundo, el tipo agravado, mediante un delito de lesión siendo que la acción típica es una acción falsaria. Conforme a esto en el apartado I A de este mismo Cap. 8 se ha advertido de la necesidad de plantear la necesaria concurrencia de dolo de peligro (el cual veremos si podrá ser eventual o sólo directo) en relación con el patrimonio.

Comencemos sin embargo por el análisis del dolo que se requiere en relación a la acción falsaria y la afectación de la funcionalidad del documento. T

Considero que en un análisis parcial del elemento subjetivo en relación con la afectación a la funcionalidad del documento de la falsedad es necesaria la exigencia de dolo directo. El motivo de esta exigencia, desde mi punto de vista, se fundamenta en el hecho de que a través de la conducta falsaria no solo se debe afectar a la funcionalidad del documento, con lo que se lograría, como se ha expresado, una consumación parcial del delito. La acción falsaria, además, debe poner en peligro (de forma hipotética) el patrimonio de ciertos sujetos pasivos. Es por esto que ese plus de lesividad frente a otro bien jurídico parece

¹⁸⁴⁴ En este sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 479.

¹⁸⁴⁵ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 393.

que haga necesaria que la falsedad deba ser realizada con el conocimiento de que ésta va a afectar al documento pero también va a poner en peligro el patrimonio.

Sin embargo, el anterior es sólo un análisis parcial porque donde sin embargo, surgen las discrepancias es en la exigencia de la cualidad del dolo respecto a puesta en peligro del patrimonio y que dará lugar a la consumación total del delito.

Si bien, como se ha visto, la doctrina plantea diferentes bienes jurídicos objeto de protección, esta cuestión no trasciende en la discusión acerca de la determinación del dolo exigible. La discusión se reduce a la cuestión acerca de si el tipo subjetivo exige o no dolo directo y, por tanto, en esta segunda alternativa, si existe la posibilidad de comisión por dolo eventual sin ninguna vinculación al bien jurídico. Es decir, plantean y determinan estas cuestiones sin una referencia al bien jurídico que mantienen el cual no es el mismo en todos los casos.

En esta situación aquellos autores que, como acabo de exponer, consideran que existe un elemento subjetivo específico que limita la posibilidad de comisión por dolo eventual, la descartan y exigen entonces dolo directo¹⁸⁴⁶.

Por el contrario, otra parte de la doctrina, descartando la concurrencia de elementos subjetivos adicionales al dolo y atendiendo a la técnica de tutela

¹⁸⁴⁶ PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 433 “el delito contenido en el art. 290 CP sólo puede ser cometido con dolo directo, el cual abarca en el tipo intentado cada uno de los actos que se han realizado; dolo directo que, además, ha de ser de primer grado, pues el ánimo de consumir el hecho propio de la tentativa exige la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto, en concreto, el de causar un perjuicio económico. Es decir, el dolo del sujeto abarca todos los elementos del tipo intentado, uno de los cuales es el de la existencia de una situación de peligro para el patrimonio ajeno, pero, no sólo eso, sino que se da un elemento adicional consistente en querer la lesión del patrimonio, lesión que en el primer párrafo del art. 290 CP es un elemento ajeno al tipo, pues no se halla expresamente tipificado”; DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios, 1998, 106: “El delito del art. 290 CP del nuevo CP es un delito que sólo admite como forma comisiva la del dolo directo, excluyéndose, obviamente, al no estar expresamente tipificada, la imprudencia pero también las formas doloso-eventuales. La exigencia de dolo directo se sustenta en la presencia de un elemento subjetivo, que configura al delito en cuestión en lo que al aspecto falsario se refiere, con la naturaleza propia de los denominados delitos de expresión, en los que aquella viene impuesta por la necesidad de que exista una discrepancia entre lo que el sujeto conoce y lo que expresa por escrito en el documento. Por ello no falsifica el que se equivoca, sino el que actúa con propósito. Por lo demás, la exigencia del dolo directo se refuerza en la necesidad de que éste abarque, también la idoneidad de la falsificación para causar el perjuicio económico a la sociedad, a los socios o a un tercero”; LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUES, Derecho penal, PE, 2ª 1996, 265; QUERALT JIMÉNEZ, Derecho penal, PE, 6ª, 2010, 601.

utilizada en el tipo para el bien jurídico patrimonio, la de peligro hipotético, concluyen que es posible que éste se cometa por dolo eventual.

Así, FARALDO CABANA¹⁸⁴⁷ expresa cómo “el dolo ha de incluir la falsedad de las informaciones, lo que presupone que el autor conozca su deber de documentar verazmente, pero también debe abarcar la idoneidad de la conducta para causar un perjuicio económico a los sujetos pasivos, puesto que la conducta falsaria en el art. 290. 1 se caracteriza, ante todo, por esa idoneidad, de ahí que la voluntad del sujeto activo haya de estar dirigida a conseguir el grado de aptitud necesario para lograr dicho objetivo”. Por tanto, para la autora, la exigencia de la idoneidad lesiva de la conducta constituye un elemento valorativo del tipo de injusto, que debe ser abarcado por el dolo del autor, que admite como suficiente el dolo eventual¹⁸⁴⁸. De este modo continúa afirmando FARALDO CABANA que “no es necesaria en el sujeto activo una actitud dirigida a la producción del resultado de lesión o peligro para el bien jurídico penalmente protegido, en la que raramente podrá entenderse que falta la previsión del resultado y la voluntad tendente a conseguirlo, ya que basta con que sea consciente de la idoneidad lesiva de su conducta para el patrimonio de los sujetos pasivos. Y es que si el administrador quiere el perjuicio, actúa con dolo directo, ya sea de primer grado (cuando falsifica los documentos mencionados por el tipo para el fin propio de engaño) ya sea de segundo grado (cuando ello es consecuencia unida a su conducta), mientras que si no lo busca directamente pero conoce la posibilidad de su producción y la acepta como consecuencia necesariamente unida a su conducta, actúa con dolo eventual”¹⁸⁴⁹.

POLO VEREDA distingue un dolo falsario, que será la intención de cometer la falsedad, y un dolo de idoneidad, que comprende la trascendencia o alcance de tal falsedad¹⁸⁵⁰ y considera que para realizar el delito se necesita actuar con ambos “dolos”, porque “es perfectamente posible que en su meditación interna pueda conocer y querer falsear el documento, pero no hacerlo en cambio de una forma idónea para causar un perjuicio, lo que no sería

¹⁸⁴⁷ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 393.

¹⁸⁴⁸ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 393 s.

¹⁸⁴⁹ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 393 s.

¹⁸⁵⁰ POLO VEREDA, LL 1998-2, 2048.

relevante para el presente delito. Pero también puede querer falsear el documento sin saber si tal falsedad va a ser idónea o no, duda a pesar de la cual prefiere realizar su acción¹⁸⁵¹. Es en este caso que el autor considera que el sujeto actúa con dolo falsario y acepta que la conducta sea idónea para afectar al patrimonio decidiendo actuar antes que privarse de cometer la falsedad, lo que viene a demostrar la viabilidad de la figura del dolo eventual.

Pero además, para POLO VEREDA¹⁸⁵², “para que el sujeto pueda comportarse del modo que el tipo le exige, no solo tendrá que realizar una falsedad, sino que además tendrá que conocer el documento concreto en que se comete, es decir, su naturaleza y destino en el tráfico, así como las circunstancias que lo rodean, datos éstos sin los cuales el sujeto no podrá conocer si su comportamiento falsario se ajusta o no a la forma idónea exigida por el tipo o, lo que es lo mismo, datos sin los cuales no podrá orientar su comportamiento en el sentido requerido por la norma. De esta manera podemos distinguir un dolo falsario, que será la intención de cometer la falsedad, y un dolo de idoneidad, que comprende la trascendencia o alcance de tal falsedad”.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ también admite la ejecución con dolo eventual. En atención a que el delito del art. 290 CP no sólo requiere una acción falsaria sino que además exige la aptitud objetiva de ésta para causar un perjuicio patrimonial o, en el caso del párrafo 2º, la producción de efectivo perjuicio, ningún inconveniente habrá para aceptar el dolo eventual en ninguno de los dos párrafos del art. 290 CP¹⁸⁵³.

Igualmente BACIGALUPO ZAPATER¹⁸⁵⁴ indica que “el dolo del autor requiere que éste haya sabido que las cuentas anuales publicadas reflejaban una imagen **infidel** de la empresa” (negrita en el original). Por último afirma que el dolo debe abarcar no sólo la acción falsaria sino también la aptitud para perjudicar, aunque respecto de ésta considera suficiente el dolo eventual¹⁸⁵⁵.

¹⁸⁵¹ POLO VEREDA, LL 1998-2, 2048.

¹⁸⁵² POLO VEREDA, LL 1998-2, 2048.

¹⁸⁵³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 478.

¹⁸⁵⁴ BACIGALUPO ZAPATER, en: BAJO FERNÁNDEZ (Dir.)/BACIGALUPO SAGGESE / GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.), Gobierno Corporativo, 2008, 168.

¹⁸⁵⁵ En este sentido también CARREÑO AGUADO, La inveracidad en la información, 2013, 381 “Cabría pensar que admitir el dolo eventual es también dar entrada a una doble

Por mi parte, como anticipaba en la introducción a este capítulo, considero que el debate en torno a la necesidad de concurrencia de un dolo eventual frente al patrimonio o dolo directo está en gran medida desenfocado porque se identifica, sin más, el dolo eventual de lesión con el dolo de peligro¹⁸⁵⁶, o al menos este no se identifica como tal en el tipo. En el dolo de peligro lo que se deberá analizar es si el autor era consciente de la peligrosidad de su conducta y, en concreto, en los delitos de peligro hipotético si ésta era idónea para lesionar el bien jurídico patrimonio¹⁸⁵⁷.

Con todo esto y conforme al concepto de dolo ofrecido anteriormente, éste debe englobar todos los elementos constitutivos del tipo objetivo, tanto de la parte positiva como negativa. Es así que la acción falsaria tendrá que ser realizada por el autor, para que la conducta sea sancionada conforme al art. 290 CP, con el conocimiento y la voluntad de los elementos que conforman el tipo objetivo del delito.

En este sentido el dolo tendrá que abarcar no sólo la acción falsaria como tal, sino también la idoneidad para causar perjuicio (dolo de idoneidad lo llama él), y en este sentido es necesario, como se expuso advierte POLO VEREDA¹⁸⁵⁸, que el sujeto pueda comportarse del modo que el tipo le exige, por lo que no solo tendrá que realizar una falsedad, sino que además tendrá que conocer el documento concreto en que se comete, así como su naturaleza y destino

excepción en los términos anteriormente descritos. Sin embargo, la integración de los instrumentos de la autorregulación en el ejercicio de interpretación y valoración normativa penal que propongo en este estudio para los elementos típicos del art. 290 CP, se traduce en que el Derecho penal parte de que dichos instrumentos de autorregulación son suficientes para detectar ciertas inveracidades en el ámbito del Derecho mercantil de sociedades. Por lo tanto, sería intolerable que, en las no detectadas allí, el tipo penal admitiera la atipicidad de conductas que en realidad vulneran los deberes que recaen sobre el autor. Lo cual supone a su vez una contravención de lo dispuesto en el orden mercantil. En otras palabras: un Derecho penal societario configurado a partir de “lo mercantil”, no puede declarar la atipicidad de conductas que en “lo mercantil” suponen una vulneración de los deberes que integra en su configuración”.

¹⁸⁵⁶ LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 255.

¹⁸⁵⁷ En el sentido que advierte MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PG, 4ª, 2014, 213 “Conviene añadir que el aludido requisito denotativo de la “aptitud” para la producción de un daño ha sido calificado en la doctrina como elemento normativo típico de carácter relativo, en el sentido de que requiere una valoración concreta en cada caso del riesgo potencial que la acción supone para el bien jurídico. Y, consiguientemente, al igual que ocurre con todos los elementos del tipo, los términos de aptitud (reveladores de la idoneidad lesiva) habrán de ser abarcados por el dolo del autor, cuando menos a título de dolo eventual”.

¹⁸⁵⁸ POLO VEREDA, LL 1998-2, 2048.

posterior en el tráfico que es lo que en cierta manera ayudará a poder determinar la voluntad en la idoneidad para causar el perjuicio patrimonial¹⁸⁵⁹.

Descomponiendo el art. 290 CP se tiene que sus elementos constitutivos y por tanto los que deben ser abarcados por el dolo son:

- Calidad del sujeto activo: que sea administrador de hecho o de derecho de una sociedad constituida o en formación. De esta calidad así como de la naturaleza societaria de la empresa tendrá que ser consciente el sujeto activo para que se pueda predicar su actuación dolosa.

- Conducta típica: falsear. El sujeto deberá conocer que está falseando y deberá quererlo.

- Objeto material: el falseamiento anterior debe recaer en las cuentas anuales o en los otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad a los que se refiere el tipo.

- La idoneidad para causar perjuicio y en este sentido en el inciso 1 del art. 290 se exige idoneidad de la conducta para poner en peligro el patrimonio: que la anterior conducta sea idónea para causar perjuicio económico a la sociedad, los socios o los terceros y en el inciso 2º la lesión del patrimonio.

Por tanto, todos estos elementos deberán ser abarcados por el dolo entendido como conocimiento y voluntad, de lo contrario se estará de frente a un error de tipo, posibilidad que se explicará en el apartado siguiente.

¹⁸⁵⁹ Desde una consideración diferente de que lo que se protege en este art. 290 CP y las conductas típicas BACIGALUPO ZAPATER, en: BAJO FERNÁNDEZ (Dir.)/BACIGALUPO SAGGESE / GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.), Gobierno Corporativo, 2008, 168 considera que: “El dolo del autor requiere que éste haya sabido que las cuentas anuales publicadas reflejaban una imagen infiel de la empresa”, y consintua, “En suma: el dolo será de apreciar, en la mayor parte de los casos, cuando el autor obre con conocimiento de una valoración contable incorrecta, es decir: incompatible con los criterios de valoración contables. La contrapartida del dolo de este delito será el error sobre un elemento valorativo total, por lo tanto, un error sobre los elementos normativos del tipo que requieren un conocimiento de normas extra penales, como son las que contienen los criterios de valoración contables del PGC”. Además, en la pág. 169 añade que “La problemática del dolo y del error será más compleja cuando la imagen fiel de la empresa dependa de la manera en la que han sido aplicados al caso los criterios contables de valoración. El conocimiento de la inobservancia de esos criterios o de su observancia tergiversada será suficiente para acreditar el dolo, dado que la inobservancia de los principios contables genera riesgos no permitidos”. Por su parte: CEREZO MIR, RDPCr 10 (2002), 63. En los delitos de aptitud para la producción de un daño, o delitos de peligro abstracto-concreto, es mucho mayor la gravedad del desvalor de la acción. Para que la acción sea típica es preciso que, desde un punto de vista *ex ante*, aparezca como no absolutamente improbable que de ella se derive la lesión del bien jurídico. En los delitos de aptitud para la producción de un daño aparece como un elemento del tipo la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*. En ellos, el dolo deberá comprender consecuentemente no sólo la conciencia y voluntad de realización de la acción, sino también de su peligrosidad”.

La cuestión más compleja es la de determinar el dolo de peligro que se exige en relación a la idoneidad de la conducta y las diferentes formas en que se puede realizar: dolo directo de primer grado, segundo grado y dolo eventual¹⁸⁶⁰. Yo considero que, efectivamente, la conducta se puede cometer por dolo eventual que se dará todas las veces que el sujeto aun no queriendo con su conducta causar perjuicio al patrimonio de la sociedad, socios o terceros acepta que pueda ponerlo idóneamente en peligro con su actuación y a pesar de ello no deja de hacerla. Sin embargo, si el sujeto confía con un mínimo fundamento, atendiendo a las posibilidades objetivas, en que no concurrirá esa puesta en peligro o en que pueda evitarlo entonces no estaremos ante un caso de dolo eventual en el sentido expuesto al inicio de este capítulo sino ante una imprudencia consciente impune¹⁸⁶¹.

Igualmente ocurrirá en el inciso 2º para la lesión del patrimonio.

III. PROBLEMAS DE ERROR DE TIPO Y DE PROHIBICIÓN

Se abordan también en este apartado III, los problemas relativos al error de tipo y al error de prohibición. Si bien, como explicaré, las cuestiones relativas al error de prohibición deben situarse en la culpabilidad, las analizaré a reglón seguido de los problemas que suscita el error de tipo, por entender que es una

¹⁸⁶⁰ Esta complejidad la advierte CORCORY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, 288 cuando dice: "Cuando decimos que el dolo supone conocer el peligro objetivo idóneo del comportamiento, en algunos bienes jurídicos supraindividuales, se nos puede plantear el problema de cual ha de ser el nivel de conocimiento, en el sentido de hasta que punto el autor debe de conocer la "idoneidad". Decir que el comportamiento crea un peligro objetivo idóneo implica afirmar que el comportamiento exacto para lesionar el bien jurídico-penal protegido y, en muchos de estos delitos, ni tan siquiera la doctrina está de acuerdo en cual es el bien jurídico protegido y, en muchos casos, existen controversias incluso respecto del riesgo objetivo que origina una determinada conducta".

¹⁸⁶¹ No me refiero a la posibilidad de evitar el resultado de lesión del patrimonio si no del peligro. Es aquí donde el matiz en la diferenciación del dolo de peligro y dolo eventual de lesión se hace especialmente importante. Recordemos que LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 255 si el dolo de lesionar implica necesariamente el de poner en peligro, no es así a la inversa: puede existir puro dolo de peligro sin dolo eventual de lesionar, en todos aquellos casos en que el autor sea consciente de la peligrosidad de su conducta (en la medida en que venga exigida en el tipo de un delito de peligro abstracto) o de que con su acción pone en concreto peligro un bien jurídico (en los delitos de peligro concreto), sin poder confiar ya –de forma mínimamente fundada o razonable– en la evitación de la peligrosidad o del peligro mismo, pero no acepte la eventual producción de la lesión, sino que confíe con un mínimo fundamento en poder controlar el peligro y en evitar finalmente la lesión.

mejor opción en la comprensión de los problemas que se plantean en ambos ámbitos¹⁸⁶².

Antes de abordar las referidas cuestiones, como ya lo han hecho otros autores¹⁸⁶³, quisiera advertir como el error en los delitos societarios ha sido un tema en gran parte olvidado por la doctrina, y así también lo ha sido, en concreto, en el estudio de este delito siendo que apenas hay referencias a las cuestiones de error cuando se analiza este tipo. Sin embargo la necesidad de diferenciar ambos errores es fundamental puesto que este es un delito en el que no se castigan los hechos imprudentes¹⁸⁶⁴.

A. Algunos problemas de error de tipo

Concurrirá un error de tipo (y por ende se deducirá la inexistencia del dolo) cuando haya una ausencia del elemento intelectual o conocimiento de los elementos del tipo, y “el error sobre cualquier elemento del tipo, es decir, el desconocimiento de la concurrencia de un elemento fundamentador de la prohibición legal de esa conducta, excluye en todo caso el dolo, ya que éste requiere conocimiento de todos los elementos del tipo de injusto”¹⁸⁶⁵. El error en los elementos del tipo puede ser vencible o invencible. Se entenderá en este

¹⁸⁶² Sobre las diferencias entre el error de tipo y el error de prohibición MIR PUIG, CDJ 1993, 197 ss.; LUZÓN PEÑA, en: LUZÓN PEÑA (Dir.), EPB, 2002, 655 ss.

¹⁸⁶³ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 168.

¹⁸⁶⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EDPE, 2007, 32 advierte la problemática “...dado que en el ámbito del Derecho penal económico es excepcional si no inexistente, el castigo de hechos imprudentes se torna de vital importancia distinguir si el error vencible sufrido por un sujeto es de tipo (impunidad casi siempre) o de prohibición (castigo siempre). Pero resulta que en este ámbito los tipos están plagados de elementos normativos en sentido amplio (elementos predominantemente normativos en sentido estricto, elementos de valoración global del hecho, leyes penales en blanco, fundamentalmente), en los que determinar si un error es de tipo o es de prohibición resulta especialmente complicado. Además, se dice, este ámbito es campo abonado para los errores (diría yo, de prohibición sobre todo), pues se trata de delitos no tan evidentes para cualquiera como los del Derecho penal nuclear.” En la página 35 plantea a modo de solución lo siguiente: “En mi opinión, ello no justifica borrar las fronteras entre los dos errores pero sí es posible-mediante valoraciones normativas referentes al sujeto individual que sufre el error, como hemos visto-ser más generoso en la apreciación de errores de prohibición invencibles (que conducen a la impunidad) suavizando así un poco (mediante una teoría flexible o suavizada de la culpabilidad) las diferencias de tratamiento entre ambas clases de errores”.

También DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: SERRANO-PIEDRECASA/DEMETRIO CRESPO (Dirs.), Cuestiones actuales, 2010, 53.

¹⁸⁶⁵ LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 260.

trabajo que será vencible cuando el error se hubiera podido evitar prestando la debida diligencia en la comprobación¹⁸⁶⁶, por lo que, en su caso, se castigará por imprudencia conforme a criterios de vencibilidad (art. 14.1 CP). Si, por su parte, el error es invencible, conforme al art. 14.2 CP la responsabilidad queda excluida, tanto a título doloso como culposo, si esta última modalidad estuviese contemplada por la ley penal. Se deberá decidir si hay o no imprudencia atendiendo a las posibilidades del hombre medio ideal según la correspondiente posición jurídica, colocado en la situación del autor y con los conocimientos de éste¹⁸⁶⁷. No cabrá, como advierte LUZÓN PEÑA, “un error subjetivamente vencible, pero objetivamente invencible, ya que en el juicio sobre la vencibilidad o invencibilidad objetiva, al hombre ideal se le coloca en la situación del autor y se le añaden en su caso los conocimientos especiales de éste”¹⁸⁶⁸.

De entre las diferentes clases de error de tipo¹⁸⁶⁹ el que es de interés a la luz del art. 290 CP es el error sobre los elementos normativos del tipo. La problemática sobre la interpretación del “elemento normativo del tipo” es inmensa y la forma de definirlo no es unánime¹⁸⁷⁰. Según la opinión de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO¹⁸⁷¹, que considero correcta frente a esta problemática: “la solución a los problemas planteados tradicionalmente en el ámbito del error sobre los elementos normativos del tipo no dependen fundamentalmente de la definición general de los elementos normativos, sino más bien de la decisión acerca de cómo debe abarcar el dolo un determinado elemento típico; respecto de esto último, aclaro ya también que la solución a los problemas del error sobre un concreto elemento típico sólo pueden resolverse en el marco del tipo de que se trate, es decir, dentro de la parte especial del Derecho penal”. Por tanto, lo

¹⁸⁶⁶ LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 261 s.

¹⁸⁶⁷ LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 261 s.

¹⁸⁶⁸ LUZÓN PEÑA, en: LUZÓN PEÑA (Dir), EPB, 2002, 240.

¹⁸⁶⁹ Error sobre los elementos normativos del tipo, elementos accidentales y curso causal LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 264 ss.

¹⁸⁷⁰ Así lo expone y analiza minuciosamente DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Elementos normativos, 2008, 44 ss.

¹⁸⁷¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Elementos normativos, 2008, 67. CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, 291 considera con la doctrina, mayoritaria, que “respecto de los elementos normativos, el conocimiento de su significado no supone una exacta subsunción jurídica, sino que para la existencia de dolo es suficiente con el conocimiento del significado de acuerdo con «la valoración paralela en la «esfera del profano»”.

que se tratará de hacer en este trabajo, efectivamente, es determinar cómo debe abarcar el dolo a los diferentes elementos típicos.

Los elementos típicos del art. 290 CP como se ha dicho son: la calidad del sujeto, el falseamiento, el objeto material y la idoneidad para causar perjuicio¹⁸⁷². Analizaré a continuación, uno a uno, cada uno de estos elementos en relación con las posibilidades de error que se podrían dar y las consecuencias de éste.

1. La calidad del sujeto. Si el sujeto no conociese su condición de administrador de hecho o de derecho de una sociedad incurriría en un error de tipo. Éste sería muy probablemente de tipo vencible porque las posibilidades de comprobación estarían plenamente a su alcance. Como este delito no está contemplado a título de imprudencia la conducta quedaría impune conforme al art. 290 CP pero sin embargo si cumple el resto de requisitos podría incurrir en una falsedad en documento privado del art. 395 CP o en su caso en una falsedad documento mercantil del art. 390 CP.

2. La acción de falsear. Si el sujeto no sabe que con su acción está cometiendo una falsedad relevante que pudiera inducir a error en la esfera del tráfico jurídico en que se mueva dicho documento se estará ante un error de tipo. Como en el supuesto anterior lo más probable es que sea de tipo vencible pero no existiendo el falseamiento de documentos sociales imprudente la conducta

¹⁸⁷² DÍAZ –MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 102 ponen algunos ejemplos: “la instrumentalización por error básicamente se producirá cuando el sujeto actúe ignorando las circunstancias típicas. Así sucederá cuando actúe sin conocimiento de la relevancia de su acción” y plantea algunos supuesto: “Por ejemplo, el supuesto del Consejero Delegado que facilita información falaz u oculta la verdadera de forma que el resto de consejeros describen un comportamiento típico sin saberlo, al formular una cuentas falsas creyendo que son verdaderas, o porque le niegan el derecho de información a un socio porque creen erróneamente que pueden declararles secreta la información ya que aquel se dedica a competir con la sociedad, o porque la disposición del bien que realizan no se produce en las condiciones que creen de forma que no se beneficia en nada a la sociedad, etc. Y para un *extraneus*, por ejemplo, quien encarga un acto a un simple empleado de la sociedad sin que éste pueda conocer la verdadera trascendencia del mismo. Ejemplos de la instrumentalización por violencia serían el caso del subordinado en el organigrama de la sociedad que es amenazado con el despido, con la no renovación del contrato, etc. En los casos de utilización de sujetos incapaces de motivarse con la norma, puede servir de ejemplo la instrumentalización de trabajadores de la sociedad menores de edad penal¹⁸⁷². Sin embargo desconoce supuestos de error de prohibición.

quedaría impune consecuencia que en estos términos y atendiendo al principio de *ultima ratio* del Derecho penal no valoro de manera negativa.

3. Respecto del objeto material, pueden acontecer dos variantes. La primera, que el sujeto activo crea que el objeto sobre el que realiza la acción falsaria no es un documento que pueda incluirse en las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad¹⁸⁷³. La segunda que el sujeto crea que sí se trata de un documento perteneciente a las categorías típicas, pero en realidad no es así¹⁸⁷⁴. Con FARALDO CABANA “en el segundo de los supuestos casos el sujeto actúa sobre un objeto material inidóneo con error inverso, de forma que no da lugar a exigir responsabilidad penal con base en el delito societario de falsedad. Sí podría existir un delito de falsedad común siempre que se trate de un documento mercantil o privado. Cuando por el contrario el sujeto actúa sobre un documento perteneciente a las categorías típicas, bajo la consideración errónea de que su acción se desarrolla sobre un objeto que carece de esta consideración, habría que admitir un error de tipo sobre un elemento normativo que excluiría la responsabilidad penal en caso de ser invencible, mientras que si fuera vencible resultaría impune, al no preverse expresamente la punición de la falsedad imprudente en documentos sociales”¹⁸⁷⁵.

Con respecto al objeto material surge el problema apuntado por CORCOY BIDASOLO de que “el hecho de que bastantes de esos delitos sean leyes penales en blanco o, al menos, tengan remisiones a leyes extra-penales plantea también problemas de error que pueden afectar al dolo, porque la ley extra-penal constituye en estos delitos un elemento típico y su desconocimiento determinado la existencia de un error de tipo, y por consiguiente, la ausencia de dolo”¹⁸⁷⁶. Estaremos por tanto en estos supuestos ante un error de tipo.

¹⁸⁷³ FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 117.

¹⁸⁷⁴ FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 117.

¹⁸⁷⁵ FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 117.

¹⁸⁷⁶ CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, 292.

4. La idoneidad para causar perjuicio se dará entonces cuando el sujeto no supiese que con su conducta se pudiese poner en peligro de manera idónea el patrimonio de los sujetos pasivos y causarles un perjuicio patrimonial. Nuevamente habrá que valorar si el error es de tipo vencible o invencible, siendo que si es del primer tipo la conducta quedará igualmente impune debiendo atender a si la conducta del sujeto podría encajar en otros tipos de falsedad, nuevamente en el art. 392 o 395 CP. Y aquí lo que a mi entender se deberán analizar son las circunstancias que rodeaban al sujeto y si este las conocía o no “datos éstos sin los cuales el sujeto no podrá conocer si su comportamiento falsario se ajusta o no a la forma idónea exigida por el tipo o, lo que es lo mismo, datos sin los cuales no podrá orientar su comportamiento en el sentido requerido por la norma”¹⁸⁷⁷.

B. Algunos problemas de error de prohibición

Como se advirtió, en mi opinión, el error de prohibición sistemáticamente está situado en la culpabilidad porque “el error de prohibición no afecta al injusto típico (ni al dolo ni a la imprudencia), sino que disminuye o excluye la culpabilidad”¹⁸⁷⁸. Sin embargo, por puros motivos sistemáticos de este trabajo, he considerado mejor, con las advertencias que oportunamente he realizado, tratarlo seguidamente del error de tipo ¹⁸⁷⁹. Estoy de acuerdo con LUZÓN PEÑA en que “el auténtico error de prohibición (inmediato, directo, no consecuencia lógica de un error de tipo) se produce cuando el sujeto conoce todos los elementos fundadores o presupuesto de la prohibición y sin embargo –por un error inconsecuente con tal conocimiento y por tanto “no razonable” para el

¹⁸⁷⁷ POLO VEREDA, LL 1998-2, 2048.

¹⁸⁷⁸ LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 277. Así también OLAIZOLA NOGALES, El error, 2007, 40 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Elementos normativos, 2008, 173.

¹⁸⁷⁹ Ampliamente sobre el error de prohibición, entre otros CÓRDOBA RODA, Conocimiento de la antijuridicidad, 1962; COBOS GÓMEZ DE LINARES, Presupuestos, 1987; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Lh-Torío, 1999, 335 ss.; FELIP I SABORIT, Error iuris, 2000, *passim*; FAKHOURI GÓMEZ, LLpen 80 (2001), *passim*; OLAIZOLA NOGALES, El error, 2007; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Elementos normativos, 2008, 159 ss. Sobre la cuestión del error de prohibición en el Derecho penal económico BAJO FERNÁNDEZ, LH-Sánchez Calero, Vol. 5, 2002, 5489 ss.

hombre medio ideal desde la perspectiva del derecho- desconoce la valoración negativa y prohibición jurídica de esa conducta”¹⁸⁸⁰.

Dado que el error de prohibición disminuye o excluye la culpabilidad “el criterio de la evitabilidad o inevitabilidad es puramente subjetivo-individual: un error de prohibición no puede ser, por definición, objetivamente invencible para el hombre ideal desde la perspectiva jurídica”¹⁸⁸¹.

Sobre la cuestión de la vencibilidad o invencibilidad del error de prohibición seguiré lo dispuesto por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO¹⁸⁸², quien apuesta por un baremo subjetivo (en el sentido de individual) ajustado a una realidad en la que los ordenamientos jurídicos son cada vez más complejos y que el autor concreta de la siguiente manera¹⁸⁸³:

“Los medios para evitar un error de prohibición son la reflexión y la información, pero no todo error que no ha agotado estos medios se convierte en vencible, sino que la vencibilidad o invencibilidad dependerá de tres requisitos: a) que el sujeto tenga un motivo para reflexionar sobre el posible carácter antijurídico de su conducta o informase al respecto, cosa que sucederá cuando al sujeto le han surgido dudas (espontáneamente, por indicaciones de terceros, propia reflexión o lecturas especializadas), cuando, aun sin dudas, sabe que opera en un sector sujeto particularmente a regulación jurídica específica, y cuando el sujeto es consciente de que su conducta perjudica a particulares o a la colectividad; si no hay motivo, el error será invencible; b) existiendo el citado motivo, el ciudadano con escasa instrucción jurídica debe consultar a una persona versada en Derecho, siendo normalmente suficiente para que el error sea invencible la consulta a un abogado o a otra persona competente en conocimientos jurídicos, como un catedrático de Derecho, un juez o una instancia oficial, o puede confiar en la jurisprudencia uniforme o absolutamente

¹⁸⁸⁰ LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 272.No haré referencia al error de prohibición inverso porque como advierte también LUZÓN PEÑA como no hay verdadero dolo, por ello no hay tentativa, ni siquiera inidónea, sino sólo una falsa creencia de que está prohibida una conducta que el Derecho no prohíbe, y que por ende es impune.

¹⁸⁸¹ LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2ª, 2012, 273 s.

¹⁸⁸² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Elementos normativos, 2008, 175 s., quien a su vez sigue a ROXIN, Derecho penal, PG, 1997, 878 ss. Un planteamiento similar (pero no coincidente en todo) es el de RUDOLPHI. Al respecto v. OLAIZOLA NOGALES, El error, 2007, 173 ss.

¹⁸⁸³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Elementos normativos, 2008, 175 s.

mayoritaria, o incluso el profano puede intentar aclarar la situación por propia iniciativa (estudiando las leyes, resoluciones, comentarios, etc.), aunque en este último caso no con carácter general, sino sólo en ciertos supuestos; c) aun existiendo motivo y no realizando los suficientes esfuerzos por informarse, el error seguirá siendo invencible si se comprueba (sin que se necesario el juicio hipotético de lo que realmente le habría dicho un determinado abogado) que, de haberse informado debidamente, al sujeto le habría sido confirmada también la conformidad a Derecho de su conducta (que finalmente no resulta en realidad conforme a Derecho)”.

Pensar un supuesto de error de prohibición en este delito se torna realmente complicado. Es mas, considero que tan sólo habría un supuesto en el que se podrían plantear cuestiones de error de prohibición. Es el supuesto de un administrador de una sociedad que falsea las cuentas anuales de la sociedad de manera idónea para causar un perjuicio económico ya sea para la sociedad, para uno o varios socios o para uno o varios tercero y por tanto que conoce todos los elementos del tipo, es decir, sabe que es administrador, sabe que está falseando, sabe que lo está haciendo sobre el objeto material que precisa el art. 290 CP y que de manera idónea puede poner en peligro el patrimonio de los sujetos pasivos del delito.

Pero sucede que este administrador falsea esas cuentas a través de una suerte de mezcla incoherente de posibilidades que el PGC permite por ejemplo en relación a las posibilidades de amortización, de contabilización de los arrendamientos financieros, reconocimiento o no de los bienes inmateriales, fondo de comercio, valoración del inmovilizado... En este supuesto, entonces “por un error inconsecuente” con tal conocimiento y por tanto “no razonable” para el hombre medio ideal desde la perspectiva del derecho- desconoce la valoración negativa y prohibición jurídica de esa conducta porque considera que, como ha seguido lo establecido en el PGC la conducta no está prohibida.

En conclusión, nos encontramos en un ámbito en el que se torna difícil hablar de errores de prohibición, aunque no imposible¹⁸⁸⁴. El ámbito societario, y

¹⁸⁸⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: SERRANO-PIEDRECASA/DEMETRIO CRESPO (Dir.), Cuestiones actuales, 2010, 56 “Pensemos que gran parte de la alta delincuencia económica (la de cuello blanco) se desarrolla en esferas sociales donde hay formación y conocimiento sobre el “negocio” y donde abundan los asesores especializados que fácilmente

en concreto, en relación a los deberes de los administradores y las normas a seguir para la redacción de los documentos sociales se trata de un ámbito específicamente regulado, en el que además el autor es un sujeto preparado, al que se le presumen y exigen ciertos conocimientos.

Como advierte FARALDO CABANA¹⁸⁸⁵ “el sujeto activo de los delitos societarios no es el ciudadano medio o el profano, sino una persona cualificada material y jurídicamente por el ejercicio de una profesión, a la que el Estado puede y debe (de hecho, lo hace) imponer deberes especiales y pautas de comportamiento, para lo cual no sólo está legitimado como Estado social y democrático de Derecho sino que está incluso obligado a ello como consecuencia de los mandatos que la Constitución impone en orden a garantizar y promocionar los derechos económicos y sociales”.

De este modo, si llegado el caso se produjera un error de prohibición, este sería vencible (aunque se debe comprobar en cada caso) porque lo normal es que hubiera habido motivos (ámbito específicamente regulado) para informarse, o en todo caso, como se dijo en este trabajo, el administrador para tomar decisiones hubiera debido de conocer todas las posibilidades a su alcance para tomar una decisión.

pueden orientar al cliente y deberían hacerlo en el sentido correcto. Ésta es una razón poderosa añadida para rechazar la consideración en este campo de todo error como error de tipo (o tratado como tal, aunque se diga que es de prohibición), pero también para matizar mi propia postura, de modo que no se interprete que todo error de prohibición en este campo es fácil que se produzca (a veces es muy difícil) y es invencible, como por cierto propugnan algunos autores”.

¹⁸⁸⁵ FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 117.

CAPÍTULO 9:

PROBLEMAS CONCURSALES

I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

1. De alguna manera en este trabajo ya se ha hecho referencia a la relación entre el art. 290 con otros delitos como el contenido en el art. 392 CP, así como a la relación entre aquél y el delito de estafa del art. 248 CP, cuando se abordó la concreción de la naturaleza y determinación de la conducta típica del art. 290 CP. Se consideró que el art. 290 CP se trata de un tipo falsario y no defraudatorio, decisión que tiene sus repercusiones en materia concursal, tanto en relación con la falsedad en documento mercantil como con el delito de estafa.

En este sentido, considerando este delito como un delito falsario, con FARALDO CABANA entiendo que la falsedad en las cuentas anuales y otros documentos afines están en relación de especialidad con las falsedades¹⁸⁸⁶.

De igual manera se pronuncia la mayoría de la doctrina¹⁸⁸⁷ y la jurisprudencia¹⁸⁸⁸. Las falsedades en documentos sociales del art. 290 CP, como

¹⁸⁸⁶ FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 149. comunes “la superposición con respecto a diversos elementos típicos permite sostener que el delito societario de falsedad en las cuentas anuales y otros documentos y el delito común de falsedad documental se hallan en relación de especialidad, entendida ésta en sentido lógico estricto con relación de inclusión entre los tipos penales, constituyendo el primero una especie y el segundo el género”. En la página 148 expone que “Esta relación de especialidad no da lugar, sin embargo, a un tipo societario sólo formalmente autónomo o independiente. Efectivamente, el tipo contenido en el art. 290 CP es, con respecto a los delitos comunes de falsedad documental, autónomo tanto en sentido formal como en sentido material, puesto que no sólo se regula en un Título independiente sino que si bien jurídico es al menos parcialmente diferente (...) y su tipo de injusto se caracteriza, ante todo, por la exigencia de idoneidad para causar un perjuicio económico a la sociedad, a alguno de sus socios, o a un tercero (o la causación efectiva de dicho perjuicio), a lo que se añade la especialidad de su objeto material, reducible a las cuentas anuales y los documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad, y la condición de delito especial que asume al restringir la cualidad de sujeto a los administradores”.

¹⁸⁸⁷ Así FARALDO CABANA, El delito societarios de falsedad, 2003, 149; SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, Derecho penal, PE, 16ª, 2011, 543 “En cuanto al concurso que pueda plantearse entre el art. 290 y el 392 se resolverá a favor del art. 290 por el principio de especialidad (art. 8.1º)”; GONZÁLEZ CUSSAC/MATALLIN EVANGELIO/ ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, Esquemas, PE, 2ª, 2011, 208; RÍOS CORGACHO, Derecho penal económico, RÍOS CORBACHO, en: TERRADILLOS BASOCO (Coord.), Lecciones y materiales, 2012, 127; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 470.

PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 451 “No existe relación de concurso de normas entre el delito de falsedad de particular en documento privado regulado en el art. 395 CP, en concreto, a los tres primeros supuestos del art. 390 del CP. Este es así porque no es posible reconducir la falsedad cometida por un administrador en uno de los documentos tutelados por el tipo a ninguna de las modalidades comisivas a las cuales remite dicho art. 395 CP, en concreto, a los tres primeros supuestos del art. 390 del CP”.

Por su parte CARREÑO AGUADO, La inveracidad en la información, 2013, 403 “En mi opinión, y apelando a la coherencia jurisprudencial en la materia, debe ser abandonada la idea de una relación de especialidad del art. 290 respecto al 392 (en relación con los tres primeros supuestos

se ha dicho ya en este trabajo, son un tipo específico de falsedad en documento mercantil con caracteres propios y específicos determinados por el ámbito en el que éstas se producen. De esta manera, cuando en el ámbito societario se falsean aquellos documentos mercantiles específicos que recoge el tipo y siempre y cuando se ponga en peligro el patrimonio de sociedad, socios o terceros, por el principio de especialidad deberá ser aplicado el art. 290 CP. Cuando la falsedad sea de otros documentos estaremos entonces, si se cumplen a su vez los requisitos correspondientes, ante un delito del art. 392 CP, teniendo en cuenta que este precepto no castiga la falsedad ideológica.

En la relación entre el art. 290 CP y el art. 248 CP, considerando que el primero no es un tipo defraudatorio sino falsario, afirmo que la relación entre ambos preceptos será de concurso medial, porque el segundo, no puede absorber todo el injusto de la acción falsaria representada en el inciso primero del art. 290 CP¹⁸⁸⁹, y entre ellos se dará una relación en que la falsedad será medio para cometer la estafa.

Efectivamente, aunque se ha dicho en este trabajo que las falsedades tienen un componente defraudatorio inherente al propio concepto de falsedad, el delito de estafa contiene al menos un elemento que no recoge el injusto del art. 290 CP: el ánimo de lucro. De esta manera es que comparto la idea de que el art. 290 CP no recoge todo el injusto del delito de estafa, pudiendo darse entre ellos un concurso medial por concurrir el delito del art. 290. 1 y el delito de estafa. Sin embargo, esta resolución no resulta satisfactoria en todos los supuestos de hecho. El resultado no será el mismo cuando en un supuesto de hecho se falseen las cuentas anuales u otros documentos y se lesione el patrimonio de sociedad, socios o terceros, es decir, concurra el inciso 2º del art.

del art. 390) CP". Éste autor pág. 401 también afirma que: el concurso entre 248.1 y 290 vulneraría el principio *non bis in idem*.

¹⁸⁸⁸ Entre otras SAP Zaragoza 23-3-2008 (JUR\2008\210035)

¹⁸⁸⁹ En el mismo sentido FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 155 s., pero determinando que lo que se da es un concurso real y no medial "las relaciones entre el art. 290.1 CP (...) y el delito de estafa son las propias del concurso real de delitos, puesto que el injusto de este último no puede absorber el peligro general de la acción falsaria" continua: "En efecto, la falta de identidad de los bienes jurídicos protegidos en cada uno de los preceptos mencionados es un dato que debe ser tenido en cuenta en tanto que, quien falsifica un documento que debe reflejar la situación a los sujetos pasivos mencionados por el tipo, pone en peligro abstracto el patrimonio de los mismos y lesiona la funcionalidad del documento, bienes que son de diferente naturaleza jurídica, el primero individual y el segundo supraindividual colectivo; por su parte, quien comete una estafa lesiona únicamente el patrimonio individual".

290 CP. FARALDO CABANA¹⁸⁹⁰ y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ¹⁸⁹¹ llegan también a esta solución. Consideran estos autores que para el caso de que no se den los requisitos del delito de estafa, “recobrará su imperio la figura del art. 290.2º, que tiene vocación de subsidiariedad”¹⁸⁹².

En palabras de FARALDO CABANA¹⁸⁹³,

“La situación cambia sustancialmente cuando la falsedad ha constituido el engaño determinante de la causación de un error de la víctima, origen a su vez de la disposición patrimonial que ésta realiza en perjuicio de su propio patrimonio o del de un tercero. En este caso se plantea un concurso de normas, porque la conducta puede ser subsumible en el art. 290.2 CP, que sanciona precisamente un delito societario de falsedad documental que causa un perjuicio económico (tutelando, pues, tanto la funcionalidad del documento como el patrimonio individual lesionado), o bien puede aplicarse el complejo concursal formado por el delito de aptitud del art. 290.1 CP en concurso teleológico o medial con el delito de estafa, opción que me parece preferible pues presenta la ventaja de tutelar también la funcionalidad del documento y el patrimonio individual efectivamente lesionado, bienes a los que se añade la tutela de los patrimonios individuales puestos en peligro abstracto por el delito societario de falsedad, pero que no llegaron a ser efectivamente lesionados”.

En contra de la posición aquí sostenida sobre la relación entre este tipo falsario y el delito de estafa se encuentran aquellos que estiman que el art. 290 CP se trata de un delito defraudatorio, quienes considerarán que existe un concurso de normas entre ambos preceptos, el art. 290 y el 248 CP, que se resolverá conforme al principio de especialidad en favor del art. 290 CP¹⁸⁹⁴.

¹⁸⁹⁰ FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 155 s.

¹⁸⁹¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 484 s.

¹⁸⁹² FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 156 s. También a favor MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 484 s. En sentido parecido MUÑOZ CONDE, Derecho penal, PE, 19ª, 2013, 502. En contra DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios, 1998, 95 ss.

¹⁸⁹³ FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 155 s.

¹⁸⁹⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios, 1997, 837 “Estos supuestos pueden calificarse también como delito de estafa. En estos casos debe apreciarse un concurso de normas, en el que el artículo 290 CP será de preferente aplicación por constituir ley especial frente al tipo del artículo 248.1 (art. 8.1 CP); PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 453 “El delito contenido en el art. 290 CP es una figura de fraude, pues en el mismo lo que se castiga es la

Como ya he argumentado anteriormente, considerando que este es un tipo falsario y no defraudatorio, el principio de especialidad no será de aplicación en este caso, aun atendiendo al componente defraudatorio intrínseco en las falsedades. En la concurrencia de una eventual estafa con el delito del art. 290 CP se deberán analizar ambos tipos separadamente en atención a sus elementos específicos para determinar qué relación existe entre ellos. Por lo general, como he afirmado, existirá un concurso medial entre el art. 290. 1 y el art. 248.

Sin embargo, se debe advertir que habrá ocasiones en las que convenga, por el desarrollo de los hechos, considerar la sola existencia del delito de estafa.

Son varias las resoluciones que resuelven en este sentido.

Así, la SAP Santa Cruz de Tenerife, 4/11/2009, (ARP 2010/363), argumenta del siguiente modo: “en el presente caso no nos encontramos ante un delito societario del art. 290, pues lo que se produce es un engaño antecedente que produjo un desplazamiento patrimonial, pues el supuesto acuerdo adoptado en la Junta General extraordinaria de 18 de junio de 2009 de aumentar el capital social, produciéndose una sobrevaloración de las acciones de los socios fundadores es una consecuencia más de la tarma urdida desde un inicio que, como reiteradamente hemos señalado, tenía como finalidad distraer de los diez millones de cada querellante tres de ellos para el desembolso de sus propios

creación de un *instrumentum scaeleris*, de un engaño, en definitiva. Ahora, no se trata de una estafa, pues el mismo no tasa las posibles modalidades comisivas, de manera que ha de ser entendido como un fraude *sensu lato*, es decir, el perjuicio económico no tiene por qué darse mediante un *iter comisivo* análogo al de la estafa, no tiene que derivar, necesariamente, de un acto de disposición patrimonial llevada a cabo por un sujeto engañado, el cual se perjudica a sí mismo o a un tercero”; página 454. “En ocasiones, si coincidirá la estructura de la conducta con la de una estafa y en otras no, por lo tanto, ¿qué pasa cuando mediante un balance se engaña y el engañado lleva a cabo un acto de disposición patrimonial en perjuicio propio o de tercero? En estos casos, ante el posible concurso de normas entre los arts. 290 y 248 del CP, se ha de acudir al criterio de especialidad consagrado en el art. 8 núm. 1 del CP, de manera que, si el engaño se cometió mediante una falsedad contenida en uno de los documentos tutelados en el art. 290 del CP, se debe aplicar este último precepto, pues, siendo una figura de fraude, al igual que la estafa, es especial respecto a ésta por razón de la materia”. Continúa argumentando: “El legislador, ante la impunidad de una mentira contenida en la documentación social desde la perspectiva de los delitos de falsedades documentales, y ante la dificultad de que se den todos los elementos de una estafa, ha optado por crear un precepto como el art. 290 del CP, al cual se reconducen todos aquellos engaños que se hayan producido mediante una falsedad contenida en uno de los documentos que conforman el objeto material del precepto”; CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios, I, 2004, 1098: “En tales supuestos, debe apreciarse un concurso de leyes, a resolver conforme al principio de especialidad, en favor del delito societario. En el mismo sentido, aunque críticamente con la regulación legal que conduce a esta solución, se manifiesta GÓMEZ BENITEZ, en la medida en que la aplicación de la Ley especial conduce a un trato punitivo más favorable”.

acciones, produciéndose asimismo una sobrevaloración de las participaciones de los socios fundadores”.

También la SAP Zaragoza, de 11-6-2010, (ARP 2010/1307) afirma en un supuesto en el que se discute la concurrencia de los arts. 248.1 y 290 CP: “Pues bien, en el caso analizado, cuando en las correspondientes reuniones del Consejo de Administración y de los socios efectuadas en fecha de 8 de marzo de 2007, el acusado Onesimo, en su condición de gerente de Fluidrive Español, S.L., presentó las cuentas de la entidad, lo que se produjo, ciertamente, fue un acto de falseamiento por omisión de la situación económica de la sociedad, mediante la ocultación de una importante deuda con la Seguridad Social, al igual que ocurrió también posteriormente en la reunión del día 12 de junio de 2007, pero en modo alguno ha quedado acreditado que el perjuicio producido o que pudiera producirse como consecuencia de tal ocultación fuera distinto del que ya se había generado mediante el engaño precedente a la compra y nueva suscripción de las participaciones de la citada mercantil por parte de Inversiones Erikoening, S.A., esto es, que las consecuencias de haber omitido la mencionada información referida a la deuda constituyeran un plus respecto del perjuicio ya causado con ocasión de la trama urdida desde un inicio, en relación con el delito de estafa ya analizado en los precedentes fundamentos jurídicos. Por tanto, aunque es claro que el bien jurídico protegido en el art. 290 es el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la actuación jurídica o económica de la entidad, al faltar en la conducta del acusado un requisito esencial del tipo, cual es la idoneidad material necesaria para causar un perjuicio autónomo, no estamos ante un delito del art. 290, sino ante la persistencia en el engaño antecedente que ya había producido un desplazamiento patrimonial, y es por ello que la conclusión a deducir en la presente resolución, por dicho delito societario, debe ser de carácter absolutorio”.

De esta manera será importante analizar en particular cada uno de los asuntos para entender si será de aplicación el concurso medial entre el delito del art. 290 inciso 1º y el delito de estafa, art. 248 CP, o por el contrario será de aplicación en exclusiva la estafa por determinadas circunstancias que coexistan en el supuesto: engaño precedente, plan establecido por los autores etc...

2. Por último, antes de continuar quisiera hacer una puntualización y es que considero, al igual que FARALDO CABANA, que “si se crean varios documentos falsos o se alteran varios documentos hay en principio tantas falsedades como documentos falsificados”¹⁸⁹⁵, por lo que entre ellos existirá un concurso real de delitos. Sin embargo no será así si, por ejemplo, lo que se falsifican son documentos que conformen todos ellos una unidad, como es el caso de las cuentas anuales. Es decir, si se comete una falsedad en la contabilidad y por tanto en consecuencia en el informe de gestión y en la memoria, entiendo que por el principio de unidad de las cuentas anuales¹⁸⁹⁶, estaremos ante una sola falsedad. Si por el contrario lo que se falsea es por un lado la contabilidad y posteriormente el libro de actas, en este caso, si se cumplen los requisitos del art. 74 CP, estaremos ante un delito continuado de falsedad en documentos sociales.

Pero además hay otro argumento, tal vez más importante, para considerar que sea así, y es que de entenderse que habría tantos delitos como falsedades, se estaría vulnerando el principio del *non bis in idem* pues en realidad, si el plan del autor apunta a la comisión del art. 290 CP, a través de una serie de falsedades que permitan precisamente al sujeto activo perjudicar el patrimonio, no puede dividirse su acción en tantas partes divisibles como sean posibles ontológicamente, pues se olvidaría que los juicios jurídicos están regidos por criterios normativos, antes que fácticos.

Pero además, se debe advertir que sólo estaremos ante un delito continuado, cuando las falsedades sean por sí solas lo suficientemente relevantes para, en primer lugar, afectar a la funcionalidad del documento, y en segundo lugar, ser idóneas para poner en peligro el patrimonio. Por tanto, sólo cuando cada una de las falsedades que concurren sean en si mismas y por si solas de ajustarse a lo dispuesto en el art. 290 CP estaremos frente a un delito

¹⁸⁹⁵ FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 148.

¹⁸⁹⁶ En este sentido SAP Alicante 27-7-2007 (EDJ 2007/195393), en un supuesto de subsanación expone cómo los documentos contables son una unidad y que por tanto las posibles irregularidades de algunos de los documentos contables de la sociedad pueden resultar subsanados en otros. Así también, sobre el principio de la unidad de cuentas y subsanación SSTs 29 julio de 2000, 14 abril de 2003, 24 de junio de 2005.

continuado. De lo contrario, estaremos ante una única falsedad cuando sea por la conjunción de todas ellas que se afecte a la funcionalidad del documento y de manera idónea se ponga en peligro el patrimonio de los sujetos pasivos.

Habiendo dejado cerradas estas dos cuestiones, lo que se pretende abordar en este capítulo son las relaciones concursales que pueden surgir entre el art. 290 CP y otros delitos, en concreto los delitos societarios de los arts. 292, 293 y 295 CP; con los arts. 310 CP, 261 CP y art. 282 bis CP, en este orden. Además, a modo de *excurso* haré referencia al nuevo art. 433 bis CP, el llamado delito de falsedad de contabilidad pública.

II. LA FALSEDAD EN DOCUMENTOS DE LA SOCIEDAD Y SU RELACIÓN CON OTROS DELITOS SOCIETARIOS. EN CONCRETO CON LOS ARTS. 291, 292 Y 295 CP

A. La relación entre el art. 290 y los arts. 291 y 292 CP

1. Los arts. 291¹⁸⁹⁷ y 292¹⁸⁹⁸ CP, aunque especialmente el primero, han sido fuertemente criticados por la doctrina por recoger conductas típicas que no son más gravosas que otras de la LSC y que no tienen aparejado ningún reproche en ese ámbito, provocando entonces una clara vulneración del principio de intervención mínima y *ultima ratio* del Derecho penal¹⁸⁹⁹. Además la LSC, en

¹⁸⁹⁷ Art. 291 CP “Los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triple del beneficio obtenido”.

¹⁸⁹⁸ Art. 292 CP “La misma pena del artículo anterior se impondrá a los que impusieren o se aprovecharen para sí o para un tercero, en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios, de un acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo, por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por la Ley, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante, y sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito”.

¹⁸⁹⁹ Entre algunas de las valoraciones: GALLEGO SOLER, en: MIR PUIG/ CORCOY BIDASOLO (Dir.)/ GÓMEZ MARTÍN (Coord.), Nuevas tendencias, 2006, 234, sosteniendo sobre el art. 291 CP: “Las principales críticas a este precepto han venido de la mano de las dificultades en delimitar el injusto penal y extrapenal”; SUÁREZ GONZÁLEZ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.)/JORGE BARREIRO (Coord.), Comentarios, 1997, 832, critica la existencia del art. 291 CP; CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios, I, 2004, 1099, quien indica del art. 291: “El presente delito-junto con el de imposición de acuerdos sociales adoptados

los arts. 204, 207, 208 y 251¹⁹⁰⁰, determina el régimen de impugnación de acuerdos sociales como mecanismo de protección o tutela de los socios

por mayoría ficticia- ha sido sistemáticamente criticado por la doctrina penal, sin que haya llegado a aplicarse ni-por razones que se exponen a continuación-se prevea su aplicabilidad futura". El mismo continúa argumentando: "Nos encontramos una vez más ante un delito, cuya existencia y configuración está marcada por el seguidismo respecto de la regulación mercantil sobre sociedades. Únicamente el calco de las infracciones mercantiles, explica el presente tipo, innecesario desde el punto de vista penal y en cuya aplicación e interpretación no puede olvidarse el respeto al principio penal de ultima ratio. A pesar de todo, y ante el ineludible hecho de la tipificación penal de esa conducta, a continuación procederemos a analizar sus elementos típicos". CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), Comentarios, I, 2004, 1104, indican acerca del art. 292 CP: "Se trata éste de un tipo delictivo que –como el anterior- ha sido absolutamente rechazado por la doctrina penal, y que de nuevo sólo se explica desde una nefasta confusión entre lo que ha de pertenecer al Derecho mercantil y lo que corresponde al Derecho penal, que da lugar a un paralelismo o solapamiento entre los delitos societarios y las infracciones mercantiles en este ámbito, efecto que parece buscado para provocar la esterilidad de la norma penal"; SEQUEROS SAZATORNIL, Delitos societarios, 2ª, 2006, 148: "Sea como fuere, ha sido criticado unánimemente por la doctrina la conveniencia de la incorporación"; también dice: "no parece aconsejable, desde una perspectiva puramente dinámica, el rigor de la intervención del Derecho penal para corregir las irregularidades y disfunciones de unas instituciones que poseen sus propios mecanismos naturales de autodefensa"; VALLE MUÑIZ/MORALES PRATS, Comentarios, QUINTERO OLIVARES (Dir.), 8ª, 2009, 900, manifiesta del art. 291 CP: "Con la introducción de este artículo, parece que nuestro legislador ha optado por criminalizar los supuestos de "infidelidad de los órganos sociales" o, si se quiere, los casos de "abuso de posición dominante". En efecto, se castiga la imposición de acuerdos abusivos mediante el prevalimiento de una situación mayoritaria en los órganos de representación o gobierno de una sociedad mercantil. Al que esto suscribe no le resulta fácil encontrar el sentido, alcance y límites del precepto. Todo en él es discutible y discutido; GONZÁLEZ CUSSAC/MATALLÍN EVANGELIO/ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, Esquemas, PE, 2ª, 2010, 209, que sobre el art. 291 CP afirman: "La conducta consiste en imponer un acuerdo abusivo, cuya noción no es fácil de fijar por imprecisa, pues, en principio, resulta bastante obvio que, prácticamente siempre, la mayoría de los accionistas o quien o quienes controlan un mayor número de acciones acaba imponiendo su voluntad en cualquier sociedad. Puede apuntarse que habrá abuso en la medida en que los acuerdos adoptados perjudiquen directamente a los minoritarios y no beneficien al conjunto de la sociedad (criterio discutible cuando la mayoría de de las acciones está en manos de una sola persona o de varias que actúan de consuno). De darse el caso de que el beneficio lo obtenga el principal accionista o el grupo de accionistas mayoritario y la sociedad no parece que proceda aplicar el art. 291"; SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, LL, 7878 (2012), 13: "A la vista de todo lo anterior, efectivamente, el legislador penal podía haber prescindido de la tipificación del delito de imposición de acuerdos abusivos, sobre todo si se tiene en cuenta que en el art. 291 CP se opta por tutelar los intereses de los socios minoritarios y solo indirectamente los intereses de la propia sociedad, lo que parece criticable".

¹⁹⁰⁰ Art. 204 LSC: "Acuerdos impugnables: 1. Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros/ 2. Serán nulos los acuerdos contrarios a la ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables/ 3. No será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro".

Art. 205 LSC: "Caducidad de la acción de impugnación: 1. La acción de impugnación de los acuerdos nulos caducará en el plazo de un año. Quedan exceptuados de esta regla los acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público/ 2. La acción de impugnación de los acuerdos anulables caducará a los cuarenta días/ 3. Los plazos de caducidad previstos en los apartados anteriores se computarán desde la fecha de adopción del acuerdo y, si fuesen inscribibles, desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil".

Art. 206 LSC: "Legitimación para impugnar: 1. Para la impugnación de los acuerdos nulos están legitimados todos los socios, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo/ 2. Para la impugnación de acuerdos anulables están legitimados los socios asistentes a la junta

minoritarios y por tanto los arts. 291 y 292 CP deberán interpretarse teniéndolo en consideración¹⁹⁰¹, lo que va a llevar a exigir una muy restrictiva interpretación de los elementos del tipo.

Una cuestión importante que suscitan los arts. 291 y 292 CP es la de determinar las diferencias entre ambos y en consecuencia configurar su autonomía. Esta premisa previa es fundamental y lo es especialmente en contacto con el art. 290 CP, porque la relación de estos supuestos con este precepto es diferente.

La diferencia entre el art. 291 y 292 CP, en palabras de MATA Y MARTÍN, deviene porque en estos preceptos “se viene a castigar el abuso de poder en el interior de la sociedad, diferenciando entre prevalimiento de la posición mayoritaria y creación ficticia de la misma”¹⁹⁰².

Lo que se castiga por tanto en el art. 291 CP es una conducta de infidelidad societaria, concretamente, el delito de imposición de acuerdos lesivos¹⁹⁰³ pero obtenidos por el ejercicio de una posición mayoritaria o dominante en los órganos sociales. No es entonces un supuesto de manipulación fraudulenta de las cuotas de representación en los órganos de la

que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes y los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto, así como los administradores/ 3. Las acciones de impugnación deberán dirigirse contra la sociedad. Cuando el actor tuviese la representación exclusiva de la sociedad y la junta no tuviere designado a nadie a tal efecto, el juez nombrará la persona que ha de representarla en el proceso, entre los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado/ 4. Los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado podrán intervenir a su costa en el proceso para mantener su validez”.

Art. 207 LSC “Procedimiento de impugnación: 1. Para la impugnación de los acuerdos sociales, se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil/ 2 En el caso de que fuera posible eliminar la causa de impugnación, el juez, a solicitud de la sociedad demandada, otorgará un plazo razonable para que aquella pueda ser subsanada”.

Art. 208 LSC: “Sentencia estimatoria de la impugnación: 1. La sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El Boletín Oficial del Registro Mercantil publicará un extracto/ 2. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, la sentencia determinará además la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorio con ella”.

¹⁹⁰¹ SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, LL, 7878 (2012), 13. En este sentido, también en relación al art. 292 CP, CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), Comentarios, I, 2004, 1104: “la intervención del Derecho penal sólo se justifica cuando el medio fraudulento utilizado para la adopción del acuerdo (como en el art. 295) impide a los socios acudir en defensa de sus intereses. Si, por el contrario, éstos pueden impugnar el acuerdo adoptado con vulneración del procedimiento establecido al efecto, no tiene sentido la intervención del Derecho penal, que nunca debe olvidar su carácter de *ultima ratio*”.

¹⁹⁰² MATA Y MARTÍN, RdS 1995-V, 173.

¹⁹⁰³ GALLEGO SOLER, en: MIR PUIG/ CORCOY BIDASOLO (Dir.) GÓMEZ MARTÍN (Coord.), Nuevas tendencias, 2006, 234. También MATA Y MARTÍN, RdS 1995-V, 173.

sociedad, no se trata de mayorías ficticias ilícitamente obtenidas¹⁹⁰⁴ que quedan recogidas en el art. 292 CP. Se trata de un acuerdo legal, porque ha sido adoptado por mayoría, pero que impone unas condiciones a la minoría claramente inaceptables¹⁹⁰⁵.

El art. 292 CP, que se ha calificado por algunos autores como “complemento” del tipo recogido en el art. 291 CP¹⁹⁰⁶, recoge por su parte el supuesto de creación de mayoría ficticia pero esta vez sí fraudulentamente constituida, por una mayoría ficticia, por una mayoría alterada o manipulada, que no refleja la realidad¹⁹⁰⁷. Esa mayoría ficticia deberá constituirse por algunos de los medios que el propio precepto menciona: el abuso de firma en blanco, la atribución indebida de voto, la negación ilícita de éste, etc¹⁹⁰⁸. Mientras, en el art. 291 CP no se castiga la creación de una mayoría irregular “sino su utilización para lograr la adopción de acuerdos lesivos que perjudiquen a la sociedad o a sus socios, en su beneficio o en el de un tercero”¹⁹⁰⁹.

Por tanto son dos preceptos muy relacionados entre sí pero que es necesario diferenciar con precisión¹⁹¹⁰.

2. En el art. 292 CP la adopción del acuerdo “no responde a la presencia de una mayoría en el órgano social correspondiente, sino a una configuración ficticia, esto es ilícita, de la misma. Con ello, se produce una diferenciación clara

¹⁹⁰⁴ SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, LL, 7878 (2012), 13. También MATA Y MARTÍN, RdS 1995-V, 173.

¹⁹⁰⁵ PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 465.

¹⁹⁰⁶ CONDE-PUMPIDO TORURÓN, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.), Código penal comentado, 2ª, 2004, 885.

¹⁹⁰⁷ SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, Derecho penal, PE, 16ª, 2011, 544.

¹⁹⁰⁸ MATA Y MARTÍN, RdS 1995-V, 173. VALLE MUÑIZ/MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 9ª, 2011, 907: “Núcleo esencial de la descripción típica y contenido material del “abuso de posición dominante”, lo constituye la necesidad de que la mayoría que posibilita la adopción del acuerdo lesivo se haya obtenido ilícitamente. Enumera la propia ley, si bien renunciando a la excesiva casuística, las modalidades más comunes: abuso de firma en blanco, atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo y negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por ley”.

¹⁹⁰⁹ SEQUEROS SAZATORNIL, Delitos societarios, 2ª, 2006, 186.

¹⁹¹⁰ En este sentido MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES, (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 9ª, 2011, 976 s.

con respecto al delito del art. 291 CP y, lo que es más importante, se dota al desvalor de acción de un contenido material de injusto¹⁹¹¹.

3. El art. 291 CP es un delito especial propio. El bien jurídico protegido en esta norma es el patrimonio de los socios, o del socio frente a posibles maniobras adoptadas por la mayoría de una sociedad¹⁹¹². La doctrina está dividida sobre si se trata de un delito de resultado o de un delito de peligro. Quienes consideran que es un delito de resultado, que es la posición que yo también mantengo –aunque por diferentes motivos- fundamentalmente lo entienden así porque el tipo requiere la destrucción o menoscabo del correcto funcionamiento de las sociedades¹⁹¹³. Otros entienden que es un delito de peligro abstracto ya que considerarán que es suficiente con la imposición del acuerdo abusivo, siendo irrelevante el daño causado¹⁹¹⁴, si bien otra parte de la doctrina concluye que se trata un delito de peligro concreto¹⁹¹⁵.

Este precepto recoge una conducta típica doble consistente, en primer lugar, en el prevalimiento de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o en el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, es decir, en cualquiera de los dos órganos colegiados de decisión por excelencia de las sociedades. Y en segundo lugar que ese prevalimiento sirva para

¹⁹¹¹ MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES, (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 9ª, 2011, 976 s.

¹⁹¹² Así GALLEGU SOLER, en: MIR PUIG/ CORCOY BIDASOLO (Dir.)/ GÓMEZ MARTÍN (Coord.), Nuevas tendencias, 2006, 234. FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 434: “el bien jurídico protegido es el patrimonio individual de los socios”. También DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios, 1998, 110, indica que se protegen los intereses patrimoniales de los socios que pueden resultar potencialmente perjudicados por los ataques provenientes de conductas consecuencia del ejercicio abusivo de un derecho; SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, LL, 7878 (2012), 13, advierte que “Es evidente que carecería de legitimidad la pretensión de inculpar la mera adopción de un acuerdo abusivo, mediante el mero disfrute de una posición mayoritaria en un órgano de representación o gobierno en una sociedad. Dado que en el art. 291 CP no se requiere que la adopción del acuerdo se lleve a cabo por mecanismos ilícitos, a diferencia de lo previsto en el art. 292 CP, debe ofrecerse una interpretación del precepto según la cual no quede criminalizado el ejercicio legítimo de la mayoría en la sociedad”.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Comentarios, JORGE BARREIRO (Coord.), 1997, 837, considera que se protegen los valores de fidelidad y lealtad societarios y los intereses patrimoniales.

¹⁹¹³ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 128 ss.; SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, LL, 7878 (2012), 13.

¹⁹¹⁴ MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 9ª, 2011; MATA Y MARTÍN, RdS 1995-V.

¹⁹¹⁵ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 446; DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios, 1998, 115; SEQUEROS SAZATORNIL, Delitos societarios, 2ª, 2006, 166.

imponer¹⁹¹⁶ acuerdos abusivos en perjuicio de los demás socios. Pero todo esto sólo será punible si se cumple con la condición adicional establecida por el tipo penal: que no se reporten beneficios a la sociedad.

El precepto, por tanto, ha de entenderse en su integridad, porque el mero prevalimiento no daría lugar a la conducta típica si no es para imponer un acuerdo que resulte abusivo para los demás socios y que además no reporte beneficios para la sociedad¹⁹¹⁷.

En palabras de VALLE MUÑIZ y MORALES PRATS¹⁹¹⁸, para entender el carácter abusivo de los acuerdos y diferenciarlos de aquellos ajustados a derecho, consideran que:

“el carácter abusivo del acuerdo no dependerá de la infracción de los derechos de participación de los demás socios en su adopción. Contrariamente, si queremos dotar a este ilícito penal de cierto contenido material y de una mínima carga de lesividad para el objeto jurídico de tutela, debe compartirse la idea de que el acuerdo será abusivo cuando se realice en perjuicio de los demás socios, con ánimo de lucro propio o ajeno y sin reportar beneficios a la sociedad. Esto es, el propio tipo penal nos define el abuso criminalmente relevante. La acción penal tan sólo será oportuna si el acuerdo es idóneo para poner en peligro los intereses económicos de los demás socios, en la medida en que se

¹⁹¹⁶ CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), Comentarios, I, 2004, 1101 “Imponer un acuerdo significa adoptarlo en contra de la voluntad de otros. Ellos presupone que éstos han tenido la oportunidad de conocerlo y expresarse en su contra y, por lo tanto, de recurrir a los medios ordinarios del derecho para oponerse al mismo –a diferencia de lo que sucede con el delito de administración fraudulenta, en el que el medio engañoso que lo caracteriza impide a los socios reaccionar en la defensa de sus intereses-. Por eso mismo se considera aquí innecesaria la intervención del Derecho penal, que no viene sino a interferir en el sistema ordinario de impugnación de los acuerdos sociales. Los supuestos de imposición del acuerdo mediante la restricción o impedimento del derecho de voto de los socios o en virtud de una mayoría ficticia, deben calificarse en mi opinión conforme a los arts. 292 y 293”.

¹⁹¹⁷ SEQUEROS SAZATORNIL, Delitos societarios, 2ª, 2006, 166 s.: “Deben concurrir como presupuestos normativos exigidos por el artículo 291 CP y que son: “Prevalimiento de una situación mayoritaria como instrumento para la imposición de un acuerdo abusivo, adopción del mismo en perjuicio de los demás socios, Inexistencia de beneficio alguno para la sociedad”, “El comportamiento típico consiste, en esencia, en el hecho de prevalerse de la situación mayoritaria para imponer acuerdos abusivos que no reporten beneficios a la sociedad”; VALLE MUÑIZ/MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES, (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 5ª, 2008, 900 “El acuerdo abusivo se impone sencillamente por la mayoría en detrimento de la minoría, si bien con una serie de exigencias típicas que permiten establecer con carácter relativamente fiable la esfera de prohibición penal”.

¹⁹¹⁸ VALLE MUÑIZ/MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES, (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 5ª, 2008, 903.

toma en perjuicio de ellos y con ánimo de lucro propio o ajeno y sin reportar beneficios a la sociedad. Esto es, el propio tipo penal nos define el abuso criminalmente relevante. La acción penal tan sólo será oportuna si el acuerdo es idóneo para poner en peligro los intereses económicos de los demás socios, en la medida en que se toma en perjuicio de ellos y con ánimo de lucro propio o ajeno. El abuso de posición dominante en los órganos societarios para impedir u obstruir los derechos políticos o económicos de los demás socios encuentra respuesta penal en otros preceptos. Sólo cuando la posición dominante se utiliza para el propio lucro en detrimento del resto de asociados, será aplicable el delito que nos ocupa”.

De esta manera, entiendo que el acuerdo deberá considerarse abusivo exclusivamente cuando, además de perjudicar a algunos socios, no beneficie a la sociedad¹⁹¹⁹, y éste se imponga con ánimo de lucro.

Por tanto, para la comisión de este delito es necesario: a) prevalerse de la situación mayoritaria en la Junta de accionistas o en el órgano de administración de la sociedad; b) actuar con ánimo de lucro propio o ajeno; c) actuar en perjuicio del resto de los socios; d) imponer acuerdos abusivos, y e) que los acuerdos no reporten beneficio para la sociedad¹⁹²⁰.

Sobre la relación entre el art. 290 CP y 291 CP estoy sustancialmente de acuerdo con PÉREZ VALERO, quien considera que:

“A la hora de solucionar este tipo de supuestos creo que lo que se ha de tener en cuenta es que la ilicitud en el art. 291 del CP deriva del contenido del acuerdo adoptado, el cual supone la imposición de unas condiciones intolerables para las minorías, y no de los medios utilizados por la mayoría para imponerlo, pues, éste es, sencillamente, lícito: el problema no es que se haga uso de la mayoría, sino que mediante dicho uso se aprueba un acuerdo injusto, que, en otras condiciones, no se hubiera aprobado. Prevalerse de la mayoría no implica valerse de algún procedimiento ilegal, sino simplemente utilizar la misma, pues

¹⁹¹⁹ CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios, I, 2004, 1102. Añade además que para ello basta con probar que no se beneficia a la misma cuando era posible en: MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES, (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 9ª, 2011, 977 solo exigen el perjuicio a los socios.

¹⁹²⁰ Así también SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, Derecho penal, PE, 16ª, 2011, 544.

ya se tiene para imponer un acuerdo que, si no se diera tal situación mayoritaria, jamás se aprobaría. Si esto es cierto, lo que no se puede negar es que un acuerdo mediante el que se aprueban unas cuentas falsas y cuya falsedad tiene capacidad para lesionar los intereses económicos de los socios es ya un acuerdo abusivo. Por lo tanto, si el acuerdo abusivo tuviere el contenido prescrito en el art. 290 del CP, se aplicará esta norma por especialidad¹⁹²¹.

Por tanto, se puede afirmar que estaremos siempre ante un acuerdo abusivo cuando su contenido fuese el prescrito en el art. 290 CP, es decir el acuerdo aprobase unas cuentas anuales falsas que pusieran en peligro el patrimonio de la sociedad, socios o terceros. O lo que es lo mismo, la aprobación dolosa de unas cuentas anuales falsas es *per se* un acuerdo abusivo. En estos casos será de aplicación exclusiva el art. 290.1 o 2 CP, dependiendo de la lesión o no del patrimonio; precepto que absorbería todo el injusto del art. 291 CP. Se dará entonces un concurso aparente de leyes que se resuelve por el principio de consunción.

4. El art. 292 CP recoge dos conductas típicas diferentes ya que contiene dos acciones¹⁹²². Por un lado está la de **imponer** en beneficio propio o de un tercero o en perjuicio de la sociedad un acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia. Por otro lado la de **aprovecharse** también para sí mismo o para un tercero, siempre en perjuicio de la sociedad o de algunos de los socios de un acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia. La doctrina mantiene que del tenor literal del precepto se debe exigir que las dos conductas tengan que realizarse en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios¹⁹²³.

La mayoría ficticia, se puede obtener de varias formas: por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan de éste, por negación ilícita del ejercicio de este derecho “o

¹⁹²¹ PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 465.

¹⁹²² SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, LL, 7878 (2012), 14 “La conducta típica de este artículo y teniendo en cuenta que hay dos acciones, como son imponer o aprovecharse y ambas se encuentran unidas por la conjunción disyuntiva «o», da lugar a un tipo mixto alternativo”. Las acciones que dice son: abuso de firma en blanco (art. 184 y 185 LSC), atribución indebida del derecho de voto (art. 179 LSC), negación ilícita del ejercicio del derecho de voto (arts. 179, 180 y 181 LSC), cualquier otro medio o procedimiento semejante.

¹⁹²³ MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES, (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 9ª, 2011, 982.

por cualquier otro medio o procedimiento semejante”. Por tanto, el precepto, a modo meramente ejemplificativo, enumera algunas de las formas por las que se puede obtener una mayoría ficticia para luego decir que será posible cualquier otra forma semejante a las mencionadas en éste.

Por acuerdo lesivo, considero que habrá de entenderse todo aquél cuyo perjuicio para la sociedad o para los socios se traduzca en perjuicio económico a la sociedad o a alguno de sus socios¹⁹²⁴.

El art. 292 CP también es un delito especial¹⁹²⁵. El bien jurídico que protege consiste en los intereses patrimoniales de la sociedad y de los socios¹⁹²⁶.

La doctrina considera que se trata de un delito de peligro abstracto en el que el momento consumativo coincidirá con la adopción del acuerdo utilizando esa mayoría ficticia¹⁹²⁷.

¹⁹²⁴ SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, Derecho penal, PE, 16ª, 2011.

¹⁹²⁵ CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), Comentarios, I, 2004, 1104 s. “el autor del delito puede ser no sólo quien con su voto colabora en la adopción del acuerdo que se impone ilícitamente (como en el art. 291), sino también el miembro del órgano de administración que contribuye a imponer el acuerdo conseguido por medios distintos a los del voto, como el abuso de firma en blanco, atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo, por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por la Ley, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante”. CONDE-PUMPIDO TORURÓN, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.), Código penal comentado, 2ª, 2004, 886, considera que “la condición del sujeto activo es distinta según se trate de imponer el acuerdo lesivo, en cuyo caso sólo los que puedan adoptarlo utilizando la mayoría ficticia –socios o administradores, en concordancia con lo que dispone el art. 291- pueden ser sujetos activos típicos de la conducta penada, supuesto en que, en efecto, nos encontramos ante un delito especial con sujeto activo calificado; o se trate de quienes se aprovechen para sí o para un tercero del acuerdo lesivo adoptado por los miembros o administradores de la sociedad empleando una de las modalidades típicas, en cuyo caso puede ser autor cualquiera, incluso los no socios o no administradores que se aprovechen del acuerdo lesivo adoptado por aquellos, por lo que para ellos el tipo es común, y cualquiera puede ser sujeto activo del mismo”.

¹⁹²⁶ FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 462 s., sostiene que se protege el patrimonio individual de los socios y de la sociedad; SUÁREZ GONZÁLEZ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.)/JORGE BARREIRO (Coord.), Comentarios, 1997, 840, entiende que se protegen los valores de fidelidad y lealtad societarios y los intereses patrimoniales; DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios, 1998, 119, considera se protegen los intereses patrimoniales de la sociedad y de los socios; SEQUEROS SAZATORNIL, Delitos societarios, 2ª, 2006, 185; RODRÍGUEZ MOURULLO, Derecho penal económico, 2009, 60, trae como bien jurídico protegido al patrimonio de sociedad y socios; MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES, (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 9ª, 2011, 979; CORCOY BISASOLO/MIR PUIG (Dir.), Comentarios, 2011, 646, alude al patrimonio de la sociedad o de los socios.

¹⁹²⁷ Así CONDE-PUMPIDO TORURÓN, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.), Código penal comentado, 2ª, 2004, 887 s.: “El delito se consuma con la producción del acuerdo, que se impone por el hecho de adoptarlo, sin que sea precisa la causación efectiva del perjuicio sino sólo su potencialidad. El perjuicio en este tipo, en principio y dado el texto del precepto, puede ser económico o de otra naturaleza, siempre que lesione los intereses de la sociedad o de

Entre los arts. 290 y 292 CP considero que existe, para el caso de que el documento falseado sean las cuentas anuales, un concurso aparente de leyes¹⁹²⁸. Se trata por tanto, de un concurso de leyes, no de delitos¹⁹²⁹ y sería de aplicación sólo el art. 290 CP como lo revela el principio de consunción¹⁹³⁰ porque el art. 290 absorbería todo el injuto del art. 292 CP. Como sucede con el art. 291 CP, la aprobación de unas cuentas anuales falsas supondrá siempre un acuerdo injusto y en este sentido, y siendo que también en el art. 292 CP el bien jurídico protegido es el patrimonio, será de aplicación tan solo el primero de los preceptos.

B. Con la administración desleal. Art. 295 CP

El delito de administración desleal tiene más similitudes con el art. 290 CP que el hecho de que se trate también de un delito societario. El art. 295 CP, como la falsedad en documentos sociales, es un delito especial en el que el

algunos de sus socios". MATA Y MARTÍN, RdS 1995-V, 174: "Finalmente, al requerir el legislador en este segundo caso de creación de mayorías ficticias un acuerdo lesivo cabe entender, a diferencia del primer supuesto, que es preciso la adopción de un acuerdo efectivamente perjudicial, cuando en el primer caso únicamente se precisa de ánimo de perjudicar". SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, Derecho penal, PE, 16ª, 2011, 547: "La consumación se produce en cuanto sea, adoptado por la mayoría ficticia, por cualquiera de los procedimientos que se recogen en el texto legal".

¹⁹²⁸ Sobre el concurso aparente de leyes v. MATUS, *ius et praxis* 2 (2000), *passim*.

¹⁹²⁹ En contra PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 466: "No sirve, sin embargo, este razonamiento en relación con el art. 292 del CP. Puede existir un concurso entre este precepto y el art. 290 del CP en los mismos términos que el caso anterior, pues no hay problema en entender que el acuerdo de aprobación de las cuentas anuales sea considerado un acuerdo lesivo, tal y como exige el art. 292 del CP. Ahora, este precepto sí añade algo específico en cuanto al procedimiento de aprobación del acuerdo, y es que el mismo ha de ser adoptado "por una mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho a voto a quienes legalmente carezcan del mismo, por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por la Ley, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante". El procedimiento es, pues, ilegal. Por ello, no es posible aplicar sin más el art. 290 CP, dado que la aprobación de las cuentas falsas es ya un acuerdo lesivo, sino que se requiere integrar en la valoración la forma de adopción del mismo. Considero que en este caso es de aplicación la institución del concurso ideal-medial del art. 77 del CP, siendo el art. 292 del CP el medio a través del cual se aprueban las cuentas falsas".

¹⁹³⁰ MIR PUIG, Derecho penal, PG, 9ª, 2011, 666: "El principio de consunción conduce a afirmar que un precepto desplaza a otro cuando por sí solo incluye ("consume") ya el desvalor que éste supone, por razones distintas a la especialidad y a la subsidiariedad. Adviértase que también estos otros principios suponen criterios para decidir cuándo un precepto basta por sí solo para valorar el contenido del injusto de uno o varios hechos. El principio de consunción sirve, pues, como criterio al que hay que acudir cuando uno de los preceptos en juego es suficiente para valorar completamente el hecho y no existe una forma más específica de solución del concurso de leyes".

sujeto activo es el administrador de hecho o de derecho de la sociedad o los socios¹⁹³¹.

Se trata de un tipo mixto o alternativo¹⁹³². El comportamiento típico consiste en una de sus modalidades en la de disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad; la segunda de las posibilidades es la de contraer obligaciones a cargo de ésta. En todo caso ambas conductas deben realizarse con abuso de las funciones del cargo, siendo éste un elemento del tipo común en ambas posibilidades de comportamiento¹⁹³³, y es justamente el abuso de funciones del cargo el elemento que caracteriza primordialmente al tipo del art. 295 CP¹⁹³⁴. También es un elemento común para los dos tipos de conducta, ya sea la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad o la de contraer obligaciones, la causación de un perjuicio económico evaluable, a los socios o demás personas con intereses económicos en la sociedad, y que esa actuación se haya hecho en beneficio propio o de tercero¹⁹³⁵. La consumación del delito requiere entonces que se ocasione un perjuicio “económicamente evaluable”¹⁹³⁶. Se trata, por tanto, de un delito de resultado¹⁹³⁷ y por ello en caso de que no se produzca el referido perjuicio se puede estar ante una tentativa de delito¹⁹³⁸.

¹⁹³¹ DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios, 1998, 2141 s.; CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios, I, 2004, 1114; SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, Derecho penal, PE, 16ª, 2011, 550 s.; MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES, (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 9ª, 2011, 994; GONZÁLEZ CUSSAC/MATALLIN EVANGELIO/ ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, Esquemas, PE, 2011, 2ª, 212; FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 565.

¹⁹³² CONDE-PUMPIDO TORURÓN, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.), Código penal comentado, 2ª, 2004, 893; MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES, (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 9ª, 2011, 994 s.

¹⁹³³ CONDE-PUMPIDO TORURÓN, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.), Código penal comentado, 2ª, 2004, 893.

¹⁹³⁴ CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios, I, 2004, 1115 “El rasgo definitorio del presente delito radica en el abuso de las funciones propias del cargo de uno de los modos expresamente descritos: la disposición fraudulenta de los bienes sociales o la contratación de obligaciones a cargo de la Sociedad”; MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES, (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 9ª, 2011, 995.

¹⁹³⁵ SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, Derecho penal, PE, 16ª, 2011, 551.

¹⁹³⁶ SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, Derecho penal, PE, 16ª, 2011, 551. MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES, (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 9ª, 2011, 995.

¹⁹³⁷ CONDE-PUMPIDO TORURÓN, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.), Código penal comentado, 2ª, 2004, 894 “Nos encontramos ante un delito de resultado, pues la conducta ha de producir un beneficio al sujeto activo o a un tercero y un perjuicio para cualquiera de los

La doctrina está dividida a la hora de concretar la relación existente entre el delito de falsedad en documentos sociales, art. 290 CP, y el de administración desleal, art. 295 CP, diferenciando dos supuestos. El primero sería aquel en el que se comete en primer lugar una administración desleal y para ocultarla se realiza un falseamiento típico del art. 290 CP. El segundo es aquel en el que se produce un falseamiento de las cuentas de la sociedad, art. 290 CP, y aprovechando este medio se comete una administración desleal, art. 295 CP.

A mi entender, de acuerdo con FARALDO CABANA, en el primero de los supuestos se dará un concurso real¹⁹³⁹:

“...se produce el supuesto típico contemplado en el art. 290.1 CP siempre que la falsedad en los documentos mencionados sea idónea para causar un perjuicio económico a sujetos pasivos diferentes de los que hayan sido perjudicados por la administración fraudulenta. Al producirse el perjuicio económico propio de la administración fraudulenta con independencia de la falsedad, que no tuvo en su causación ninguna relevancia, habrá que admitir un concurso real de delitos entre el art. 290.1 y el art. 295 CP (art. 73 CP)”¹⁹⁴⁰.

sujetos pasivos alternativos”; MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES, (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 9ª, 2011, 997.

¹⁹³⁸ SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, Derecho penal, PE, 16ª, 2011, 551 s.

¹⁹³⁹ La STS de 14-4-2003 (RJ 2003/4659), en un supuesto donde se analiza la concurrencia de los elementos del art. 290 y 295 CP, al no utilizarse la falsedad como medio para ocultar la apropiación considera de exclusiva aplicación el art. 295 CP afirma lo siguiente:

“En ningún momento se nos indica en qué consistió concretamente ese perjuicio, pretendido o alcanzado, requisito imprescindible que hemos dicho para la presencia del delito del art. 290. Ni en los Hechos Probados, ni en la Fundamentación Jurídica, que puede servir de complemento a aquéllos y en la que, de forma lacónica, exclusivamente se dice, transcribiendo tan sólo la literalidad del precepto legal, que «...de forma idónea para causar un perjuicio económico a ésta (la Sociedad), a alguno de sus socios, o a un tercero». Cabría pensar, en todo caso, que ese perjuicio habría que conectarlo con el ilícito objeto de previa condena, al que nos referimos en el anterior Fundamento, de manera que se interpretase la finalidad del falseamiento de la certificación como medio para ocultar las apropiaciones de dinero de la Sociedad, llevadas a cabo por su Administrador. Pero como, según lo ya visto, tales apropiaciones con ilícito perjuicio para los socios, en realidad no se produjeron, desconocemos a qué consecuencias económicas hay que vincular el acto falsario, por lo que debe afirmarse la inexistencia del delito del art. 290 del CP, a partir del contenido fáctico de la Sentencia de instancia”.

¹⁹⁴⁰ FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 166 s. En contra, PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 467. Sobre el art. 295 mantiene que es erróneo el planteamiento por el que consideran hay un concurso real entre el art. 290 y el art. 295 CP en los casos en los que se comete la falsedad en el balance para ocultar un acto previo consistente en disponer de manera fraudulenta de los bienes de la sociedad o en contraer obligaciones a cargo de la misma y dice: “Lo anterior parte de un planteamiento erróneo; y es que parecen entender quienes lo han defendido que se ha de aplicar un delito societario como es el del art. 290 del CP tantas veces como patrimonios sean puestos en peligro o se lesionen, y esto es tanto como confundir lesión patrimonial y responsabilidad civil. Que una conducta constitutiva de

Se debe señalar, sin embargo, que será necesario determinar si con la falsedad se ponen en peligro nuevos patrimonios, porque si con la administración desleal se lesionaron unos y se pusieron otros en peligro después con el falseamiento, esta segunda conducta típica no estará en concurso real. Sólo lo estarán si se pueden separar completamente: esto es, si se produce la administración desleal y luego con el falseamiento para aculgarla se ponen en peligro otros patrimonios, que no se pusieron antes en peligro, entonces sí que puede hablarse de concurso real.

Por su parte, para los supuestos en que la falsedad ha constituido el medio de realización de la administración desleal, la autora plantea la solución que a mi entender es más correcta y es un concurso de leyes. Considera FARALDO CABANA que:

“la conducta puede ser subsumible en el art. 290.2 CP, que sanciona, como hemos visto un delito societario de falsedad en documentos sociales que causa un perjuicio económico,”¹⁹⁴¹, “Es preferible aplicar el art. 290.2 CP, que, como se ha visto, contempla una falsedad que causa un perjuicio, y no el art. 295 CP, que recoge una administración fraudulenta pero no contempla el desvalor añadido de la falsedad”¹⁹⁴².

administración desleal haya lesionado el patrimonio de ciertos sujetos y, además, haya puesto en peligro el de otros por no haber ocasionado todavía dicho perjuicio, no supone que el art. 295 CP deba aplicarse tantas veces como patrimonios lesionados o puestos en peligro existan. El momento en el que se lesiona un patrimonio ya se le debe aplicar al administrador, y sin esperar nada más, la pena del art. 295 del CP; el resto de perjuicios que de su conducta se puedan derivar se han de computar, sencillamente, a efectos de indemnizaciones civiles. Por ello, no se puede afirmar que la falsedad en el balance cometida con posterioridad a la conducta de administración fraudulenta tenga cierto contenido de injusto derivado de valorar como puesta en peligro propia del art. 290 del CP la continuidad del peligro para los patrimonios amenazados por la conducta de administración desleal”.

Y sigue diciendo: “Que se diga que el hecho de ocultar la realización de una conducta de administración desleal mediante una falsedad en el balance dota a esta última conducta de idoneidad lesiva no es más que un juego de palabras; que subsista o no ese peligro ya creado por la administración desleal sólo tiene relevancia a efectos de determinar indemnizaciones civiles derivadas del delito del art. 295 del CP. Por lo tanto, si se falsifica un balance sólo para ocultar la realización de un delito de administración desleal, dicha conducta es atípica ex art. 290 del CP. Ahora, si en el mismo balance que oculta la conducta constitutiva del art. 295 del CP, se lleva a cabo una nueva falsedad, indicadora de una nueva voluntad criminal del sujeto frente a socios, sociedad o terceros, estamos ante un supuesto delictivo absolutamente autónomo respecto del anterior, que habrá de ser valorado de manera totalmente autónoma, sin que haya concurso alguno que resolver”.

¹⁹⁴¹ FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 172 s.

¹⁹⁴² FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 173. En contra, PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 468: “Bien, resta por analizar el segundo de los

Por todo lo anterior las soluciones son diferentes dependiendo del momento y sobre todo del motivo para el que se hace la falsedad en los documentos sociales, dándose en el primero de los casos un concurso real y en el segundo un concurso de leyes entre ambos preceptos siempre que no se cause perjuicio a patrimonios diferentes.

supuestos señalados, aquel en el que la falsificación de un balance es el medio para llevar a cabo un delito de administración fraudulenta. En doctrina se ha defendido la aplicación del art. 290 núm. 1 del CP en concurso ideal-medial con el art. 295 del CP, siendo esta solución preferible a aquella otra en la que se aplicaría sin más el art. 290 núm. 2 del CP, puesto que en la solución concursal se valorarían, no sólo los patrimonios efectivamente lesionados, de lo cual se encarga el art. 295 del CP, sino, a su vez, los que han sido puestos en peligro por la propia falsedad pero no lesionados. Por los mismos argumentos antes utilizados, es obvio que esta solución no la puedo compartir: el art. 290 núm. 1 del CP se consume en el momento en el que se ha creado un peligro abstracto para el patrimonio, y si, posteriormente, se causa la lesión de algún patrimonio concreto se aplica, sencillamente, el mismo precepto en su párrafo segundo a los administradores que hayan falseado las cuentas. Admitir la manera de argumentar de estos autores es tanto como aceptar que si se pone en peligro un conjunto más o menos indeterminado de patrimonios y se lesionan varios de ellos, pero no todos, lo oportuno es imponer a los autores de las falsedades la pena del párrafo primero del art. 290 del CP en concurso con el segundo". Yo no tengo claro que este autor llegara a esta consecuencia

El mismo sostiene luego, en las páginas 469 s.: "En cualquier caso, y respecto a las razones que a buen seguro han llevado a la doctrina a la solución últimamente criticada, creo que ha habido cierta confusión entre lo que no son más que conductas normales a la hora de causar un perjuicio patrimonial mediante un balance falso y lo que es una conducta propia del delito de administración desleal. Las maniobras defraudatorias sobre un balance tan sólo en apariencia son conductas reconducibles al art. 295 del CP; y es que, creo, que entre los arts. 290 y 295 del CP no hay concurso alguno de normas, por lo que no es posible que una falsedad en el balance sea al mismo tiempo un caso de administración societaria fraudulenta, pues, aún cuando ciertas conductas falsarias pudieran parecer un acto de administración desleal, como por ejemplo, transferir partidas del activo a las provisiones en el balance, no hay posibilidad alguna de entender que esto sea así, ya que ambos delitos regulan ámbitos diversos entre los cuales no puede haber solapamiento. Es cierto que tanto en uno como en otro se lesiona el patrimonio ajeno, pero hay profundas diferencias cualitativas entre las conductas, pues diferente es la relación del administrador respecto a dicho patrimonio. En efecto, en el art. 290 del CP el administrador infringe un deber de veracidad inherente al ejercicio de ciertas funciones de constatación documental propias de su cargo, de lo cual, se puede derivar una lesión patrimonial, ahora, la ratio del art. 295 del CP es bien distinta: en el mismo, "el administrador posee un poder jurídico sobre el patrimonio que le permite incluso realizar actos que son perjudiciales para el mismo, "el administrador posee un poder jurídico sobre el patrimonio que le permite incluso realizar actos que son perjudiciales para el mismo y para los fines que motivaron la concesión de su poder de disposición". En definitiva, lo que ocurre es que el administrador en este último delito lo que hace es abusar de un poder de gestión sobre el patrimonio, lo cual es muy diferente a violar un deber de veracidad mintiendo en las cuentas o en otros documentos sociales; quien hace esto típicamente en el sentido del art. 290 del CP nunca dispone de los bienes de la sociedad o contrae obligaciones a cargo de la misma en los términos exigidos por el art. 295 del CP, porque la relación que existe con el bien jurídico patrimonio es muy distinta en cada una de estos dos delitos. En el art. 290 del CP la lesión patrimonial es una consecuencia mediata de infringir un deber de decir la verdad, mientras que en el art. 295 del CP dicha lesión del patrimonio social es una consecuencia inmediata del acto de gestión fraudulento que del mismo hace el administrador". No tienes ningún comentario al respecto de estas afirmaciones?

III. EL DELITO DE FALSEDAD EN LAS CUENTAS DE LAS SOCIEDADES Y LOS DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA

El art. 310 CP dispone que “será castigado con la pena de prisión de cinco a siete meses el que estando obligado por ley tributaria a llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales:

- Incumpla absolutamente dicha obligación en régimen de estimación directa de bases tributarias.
- Lleve contabilidades distintas que, referidas a una misma actividad y ejercicio económico, oculten o simulen la verdadera situación de la empresa.
- No hubiere anotado en los libros obligatorios negocios, actos, operaciones o, en general, transacciones económicas, o los hubiese anotado con cifras distintas a las verdaderas.
- Hubiere practicado en los libros obligatorios anotaciones contables ficticias.

La consideración como delito de los supuestos de hecho a que se refieren los párrafos c y d anteriores, requerirá que se hayan omitido las declaraciones tributarias o que las presentadas fueren reflejo de su falsa contabilidad y que la cuantía, en más o menos, de los cargos o abonos omitidos o falseados exceda, sin compensación aritmética entre ellos, de 240.000 euros por cada ejercicio económico”¹⁹⁴³.

El art. 310 CP, al igual que el art. 290 CP, es un delito falsario que excepciona el régimen general de las falsedades¹⁹⁴⁴ para castigar al obligado por

¹⁹⁴³ Para el Tít. XIV De los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social en el que está inserto el art. 310 CP está prevista la responsabilidad de la persona jurídica, así el art. 310 bis dispone que: “Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrán las siguientes penas: a) Multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años, b) Multa de seis meses a un año, en los supuestos recogidos en el artículo 310. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

¹⁹⁴⁴ En este sentido GALLEGO SOLER, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (Dirs.), Comentarios, 2011, 689: “El presente delito es una excepción al régimen general de las falsedades documentales (arts. 390 y 392), porque se viene a castigar un supuesto de falsedad ideológica cometida por particular. Tienen cabida en el art. 310 supuestos en los que determinados particulares –los obligados por ley tributaria a la llevanza de contabilidad mercantil, libros o

la ley tributaria a llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales que realicen algunas de las conductas falsarias descritas en el tipo.

El art. 310 CP se presenta como la anticipación penal del art. 305 CP, considerando la doctrina que es un acto preparatorio específicamente incriminado¹⁹⁴⁵. De esta manera, cuando el art. 305 CP no se consuma será de aplicación, siempre que se den el resto de elementos del tipo, el art. 310 CP, ya que de consumarse se aplicaría en exclusiva el art. 305 CP existiendo entre ellos un concurso de leyes a resolverse por el principio de consunción¹⁹⁴⁶, en favor de este último.

El bien jurídico protegido por el art. 310 CP podría ser “la veracidad y transparencia en la información mercantil con relevancia fiscal que opera como única forma de control que tiene la Administración Tributaria de la corrección del obligado tributario en el cumplimiento de las obligaciones tributarias pecuniarias”¹⁹⁴⁷, pero es innegable que determinar el bien jurídico de algunas de las conductas del art. 310 CP es realmente difícil, porque lo que el legislador ha hecho es proteger penalmente conductas que son una pura infracción de un deber extrapenal¹⁹⁴⁸.

Con carácter previo a analizar la relación concursal entre el art. 310 y el art. 290 CP conviene señalar dos cuestiones. La primera es que la Hacienda

registros fiscales- falten a la verdad en la narración de los hechos. La lesividad del art. 310 se justifica por la imposición a todo obligado tributario de determinadas obligaciones formales que van encaminadas a facilitar el control de la gestión tributaria”.

¹⁹⁴⁵ GALLEGO SOLER, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (Dirs.), Comentarios, 2011, 689.

¹⁹⁴⁶ GALLEGO SOLER, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (Dirs.), Comentarios, 2011, 689.

¹⁹⁴⁷ GALLEGO SOLER, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (Dirs.), Comentarios, 2011, 690 “Bien jurídico: la veracidad y transparencia en la información mercantil con relevancia fiscal que opera como única forma de control que tiene la Administración Tributaria de la corrección del obligado tributario en el cumplimiento de las obligaciones tributarias pecuniarias (doc. may.) No se protege tanto la información mercantil en sí misma, como el perjuicio que se irroga al Erario público si se actúa voluntariamente falseando datos que afectan a la obligación tributaria. En este delito se protege el procedimiento de gestión tributaria”. GONZÁLEZ CUSSAC/MATALLIN EVANGELIO/ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, Esquemas, PE, 2011, 2ª, 225; ACALE SÁNCHEZ/GONZÁLEZ AGUDELO, en: TERRADILLOS BASOCO (Coord.), Lecciones y materiales, 2012, 229 ss.

¹⁹⁴⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 810.

pública no es en ningún caso sujeto pasivo del precepto societario¹⁹⁴⁹, con motivo de la especialidad de la protección penal de la Hacienda Tributaria.

La segunda es que el apartado a) del art. 310 CP no considero que sea exactamente una falsedad¹⁹⁵⁰, y por ello se dará, en su caso, siempre en concurso ideal con el art. 290 CP¹⁹⁵¹.

Respecto a los demás apartados del art. 310 CP hay unanimidad en la doctrina en que la relación concursal con el art. 290 CP sería en su caso, también, de concurso ideal de delitos¹⁹⁵², si bien ha sido una cuestión muy poco tratada por la doctrina.

¹⁹⁴⁹ En este sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1996, 64; FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 160; QUERALT JIMÉNEZ, Derecho penal. PE, 6ª, 2010, 597; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 810 s.

En contra: PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2003, 178, considera que la hacienda pública siempre será sujeto pasivo del art. 290 CP independientemente de que tenga un vínculo contractual o no con la sociedad.

¹⁹⁵⁰ SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, Derecho penal. PE, 16ª, 2011, 583: “Estamos ante un delito de omisión, en el que no es preciso que se haya ocasionado perjuicio al erario público, ni que el sujeto activo –o un tercero- haya obtenido algún beneficio, ni que necesariamente exista ánimo de lucro. Se tipifican aquí conductas que no dejan de ser meros actos preparatorios, y a veces ni siquiera eso, por un error –vencible o no-, como consecuencia de la complicada mecánica fiscal”.

¹⁹⁵¹ Así también FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 399 ss.; PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2003, 451 ss.

¹⁹⁵² FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 159 s.: “La relación entre el delito contable y el delito de falsedad en documentos sociales puede provocar delicados problemas de interpretación en el caso de que la comisión de la falsedad en las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad no afecte únicamente al bien jurídico patrimonio de la hacienda pública. Visto el tenor literal de los arts. 290 y 310 b), c) y d) CP, cabe afirmar que estos preceptos se hallan en relación lógica de interferencia, planteando problemas únicamente cuando el sujeto activo del delito contable, el obligado por Ley tributaria a llevar contabilidad mercantil o libros o registros fiscales, es una de las entidades mencionadas por el art. 297 CP, actuando el administrador de hecho o de derecho en su nombre, cometiendo falsedad en la contabilidad mercantil o libros o registros fiscales que son, al fin y al cabo, documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, y de esta forma poniendo en peligro abstracto el patrimonio de la Hacienda pública de forma idónea para causarle un perjuicio económico. Simultáneamente puede o no, dependiendo de los casos, poner en peligro o lesionar el patrimonio individual de la sociedad, los socios o terceros”.

La misma autora, en la pág. 161, continúa diciendo “La especialidad que comporta la protección del patrimonio desde la perspectiva penal tributaria impide que la Hacienda pública pueda ser considerada sujeto pasivo del delito societario de falsedad documental. En efecto, en los casos de exclusiva finalidad defraudatoria tributaria es de aplicación el principio de especialidad, con la consiguiente opción por la falsedad contable tributaria que, como se ha dicho, queda absorbida acto seguido por la defraudación fiscal cometida, sin posibilidad ulterior de establecer, tampoco, un concurso de delitos entre esta defraudación tributaria y el delito de falsedad en documentos sociales. De esta forma, si la conducta del administrador sólo es idónea para perjudicar el patrimonio de la Hacienda pública, y no los patrimonios de otros sujetos pasivos, el precepto aplicable será el delito contable contenido en el art- 310 CP en sus letras b), c) y d), siempre que

Mi posición es la de entender que efectivamente, dándose los elementos del art. 290 y el art. 310 CP, entre ellos existirá un concurso ideal de delitos porque considero que la Hacienda Pública no puede ser apreciado “tercero” protegido por el art. 290 CP. Desde luego, si con el falseamiento de las cuentas se pone únicamente en peligro a la Hacienda Pública será de aplicación en exclusiva el art. 310 CP. Si por el contrario concurren los elementos del art. 290 CP, entre ellos existirá un concurso ideal de delitos porque los bienes jurídicos protegidos son distintos.

Por otro lado, como FARALDO CABANA, considero que se deberán entender atípicas las falsedades en las cuentas anuales u otros documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la empresa cuyo objetivo fuese defraudar a la Hacienda Pública, que sólo fuesen idóneas para causar un perjuicio patrimonial a ésta cuando no se alcance el límite cuantitativo establecido por el legislador, es decir, no se rebase la barrera de punibilidad establecida¹⁹⁵³.

se cumplan los demás requisitos típicos. En caso de que se hayan puesto en peligro abstracto simultáneamente los patrimonios de otros sujetos, se debe admitir un concurso ideal entre el delito societario de falsedad documental y el delito contable (art. 77 CP), y ello puesto que dicho concurso no supone la reiteración de un mismo desvalor constitutivo de delito, ya que el delito societario sanciona la puesta en peligro abstracto del patrimonio de otros sujetos distintos de la Hacienda pública, y las letras a) y b) del delito contable la puesta en peligro abstracto precisamente del patrimonio de ésta”.

PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 459, “El supuesto que ha de ser valorado a efectos concursales es el de la falsedad en un balance, la cual se confecciona con la finalidad de lesionar el patrimonio del fisco, de manera que, posteriormente, se presenta una liquidación tributaria falsa ante la Hacienda Pública, o bien, se omite la misma, siempre que esto último suponga o pueda suponer un fraude de más 15 millones de pesetas. Obviamente, tanto la liquidación falsa como la omisión de la misma parten de un balance fiscal falso elaborado a partir del balance mercantil falseado en primera instancia. Se observa, pues, que en este caso la falsedad inicial no es más que el primer paso de un *iter* defraudatorio complejo encaminado a lesionar el patrimonio de la Hacienda, es decir, en un *medio* para llevar a cabo con posterioridad el delito fiscal. Parece claro que la manera oportuna de solucionar este tipo de supuestos es el concurso ideal-medial de delitos regulado en el art. 77 del CP entre los arts. 290 núm. 1 y 305 del CP. Considero esta solución correcta, pues sólo manteniendo la vigencia del art. 290 del CP mediante el recurso a dicho concurso *ideal-medial* se puede dispensar la debida tutela, junto al patrimonio de la Hacienda del Estado, al bien jurídico colectivo consistente en el interés en el carácter veraz e íntegro de la información social. Además, el peligro abstracto para el patrimonio del fisco supone la falsedad en el balance mercantil se ve absorbido por el peligro concreto o la lesión que conlleva el inicio de la ejecución del delito fiscal o su consumación”.

GALLEGO SOLER, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (Dirs.), Comentarios, 2011, 692 “Puede operar en concurso ideal con la falsedad contable societaria (art. 290) por tener bienes jurídicos diferenciados”.

¹⁹⁵³ FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 161.

IV. EL DELITO DE FALSEDAD EN LOS DOCUMENTOS SOCIALES (ART. 290 CP) Y EL DELITO DE FALSEDAD CONTABLE (ART. 261 CP)

El art. 261 CP dispone que:

“El que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquel, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a 12 meses”¹⁹⁵⁴.

Nos encontramos nuevamente con que este precepto, al igual que el art. 290 CP y el art. 310 CP, “opera como excepción a la atipicidad de la falsedad ideológica cometida por particular en documento”¹⁹⁵⁵. Se trata de un delito común¹⁹⁵⁶ en el que el bien jurídico protegido es el patrimonio de los

¹⁹⁵⁴ Además para los delitos cometidos en ese capítulo está previsto por el art. 261 bis CP la responsabilidad de la persona jurídica: “Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas: a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años; b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior; c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos/ Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b a g del apartado 7 del artículo 33”.

¹⁹⁵⁵ GIMENO JUBERO, EDJ, 72-2005, 301: “Debe quedar, *prima facie*, claro que lo que este delito castiga no es la creación falsa de la contabilidad, sino su presentación en el proceso concursal. Por ello, y como quiera que el art. 261 castiga la presentación de datos falsos contables con el fin de lograr la declaración del concurso, habrá de entenderse que como sucediera con el art. 290 relativo a los delitos societarios, nos encontramos ante una excepción a la impunidad de las falsedades ideológicas que se prevé en los art. 390 y siguientes del CP./Sea como fuere, el Legislador ha previsto una norma especial, que es la presente, y por ello cualquier problema concursal habrá que derivarlo hacia el concurso de normas a resolver por la vía del art. 8 del Código Penal”.; GALLEGU SOLER, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (Dirs.), Comentarios, 2011, 582. QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES, (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 9ª, 2011, 748 “El art. 261 CP castiga una falsedad documental contable (presentación de datos relativos al estado contable). Hay que distinguir entre la realización de una contabilidad falseada, por no ser ciertas sus partidas del activo y del pasivo, y su presentación. La creación de una contabilidad falsa por el deudor no sería en sí misma falsedad en documento mercantil, pues es una modalidad de falsedad ideológica que, por voluntad del artículo 392 CP en relación con el artículo 390 CP, está excluida, ya que se trata de una falta a la verdad en los datos contables que se enumeran. Por lo tanto, la conducta de la que parte el precepto, si no existiera este artículo que, por cierto, es una novedad del CP/1995, sería, en cuanto falsedad, atípica” Incluso QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES, (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), Comentarios, 9ª, 2011, 747 considera que “Este delito se hubiera podido acomodar en las falsedades o en los delitos contra la Administración de Justicia”.

¹⁹⁵⁶ GÓMEZ MARTÍN, EdD 53 (2005), 69 “En el nuevo concurso de acreedores, cuando el deudor estuviera obligado legalmente a llevar contabilidad, deberá presentar determinados documentos contables ex art. 6.3 y, si hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud, es causa de calificación de concurso culpable, como presunción absoluta, según el art. 164.2.2 de la Ley Concursal. Sin embargo considero que si los

acreedores¹⁹⁵⁷. No se castiga en este precepto la llevanza ni la elaboración de una contabilidad falsa o fraudulenta¹⁹⁵⁸ y además no estamos ante una verdadera falsedad porque la acción típica es la de “presentar” a sabiendas que lo son, datos en un procedimiento.

Sin embargo, aun con esta afirmación, el delito de falsedad para obtener la declaración del concurso no es considerado por la doctrina como un genuino delito de falsedad, entendiéndose prácticamente de manera mayoritaria una figura más cercana al delito de estafa procesal¹⁹⁵⁹. La peculiaridad fundamental

acreedores instantes de la solicitud de concurso necesario de su deudor presentasen datos falsos relativos al estado contable (extractos de cuenta, documentos de las cuentas anuales: balance, cuenta de pérdidas y ganancias y memoria) para lograr indebidamente aquella declaración, pueden incurrir en el delito tipificado en este art. 261”; GALLEGOSOLER, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (Dirs.), Comentarios, 2011, 582: “La fórmula legal permite deducir que el artículo 261 CP describe un delito común, en el que autor puede ser tanto el deudor como otras personas. Lo que supone subrayar la autonomía sobre el Derecho mercantil, en el que responsable del concurso culpable solo puede serlo el autor –o sus representantes- y sus cómplices.

¹⁹⁵⁷ TERRADILLOS BASOCO, en: TERRADILLOS BASOCO (Coord.), Lecciones y materiales, 2012, 53: “No se sanciona, pues, la creación de la falsa contabilidad, sino su presentación en los procedimientos concursales, con independencia de quien fuera el autor de la falsificación”. FEIJÓOSÁNCHEZ, ADC 1 (2009), 38: “Desde la perspectiva de lege lata la Jurisprudencia y la doctrina dominante tienen toda la razón al entender que, en esencia, el delito concursal se encuentra configurado como un delito de lesión para el patrimonio individual (lo que se lesiona es el derecho del acreedor a la satisfacción regular de sus créditos con el patrimonio del deudor en la línea de lo prescrito en el art. 1911 cc)”. Sobre el bien jurídico en los delitos de insolvencia punible, consideran que es el patrimonio el bien jurídico MUÑOZ CONDE, Derecho penal, PE, 19ª, 2013, 432; QUERALT JIMÉNEZ, Derecho penal. PE, 6ª, 2010, 768 conjuntamente el patrimonio individual y el orden económico o la institución de crédito; GONZÁLEZ CUSSAC/MATALLIN EVANGELIO/ ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, Esquemas, PE, 2011, 2ª, 183. Consideran que el bien jurídico es el patrimonio, aunque también afecta a la fe pública; GALLEGOSOLER, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (Dirs.), Comentarios, 2011, 582 “El presente delito, trata de proteger para doc. May. y Jur. May. el derecho de crédito de los acreedores ante conductas falsarias –anteriores o posteriores a la declaración de la quiebra- del autor, que tienen como finalidad engañar a los órganos del correspondiente proceso concursal (SAP A Coruña 2ª 22/04, 11-10, destacando la similitud de este precepto con la estafa procesal)”.

¹⁹⁵⁸ GALLEGOSOLER, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (Dirs.), Comentarios, 2011, 582.

¹⁹⁵⁹ GIMENO JUBERO, EDJ 72-2005, 301: “E incluso también tiene cierto parecido este delito con la estafa procesal en la medida en que se intenta producir un perjuicio a los acreedores en el seno de un proceso”; SILVINA BACIGALUPO, RDC, 13 (2010), 125: “La conducta que se castiga en el art. 261 CP no es un genuino delito de falsedad documental, sino una figura que se asemeja más bien el delito de estafa procesal, toda vez que castiga a quien con la finalidad de lograr la declaración del concurso aporte datos “falsos” sobre el estado contable”; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, Derecho penal económico, 2ª, 2010, 454; GALLEGOSOLER, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (Dirs.), Comentarios, 2011, 582: “El art. 261 es tentativa de estafa procesal especialmente inculpada”;

de este precepto es el ámbito o el momento en el que recae la presentación de los datos falsos, que no es otro que el proceso concursal¹⁹⁶⁰.

Un ámbito en el que el legislador ha querido restringir el objeto material, que no difiere demasiado del art. 290 CP, pero si es más estrecho, de manera que el precepto no incluye las memorias o certificaciones que seguirán el régimen general de las falsedades documentales¹⁹⁶¹.

Considero que se pueden plantear diferentes situaciones en que se desarrolla la falsedad y que determinarán la relación concursal entre el art. 290 y 261 CP si bien adelanto que, desde mi punto de vista la solución siempre será la misma, aplicando el principio de consunción a favor del art. 290 CP.

De este modo, se puede pensar en un primer supuesto que es aquel en el que la falsedad se ha efectuado con la única intención de obtener una declaración concursal que no sería tal, por no concurrir los requisitos, para lo cual se falsea perjudicando de esta manera a los acreedores societarios. En este supuesto considero que por el principio de consunción debería aplicarse exclusivamente el art. 290 CP¹⁹⁶².

¹⁹⁶⁰ También para GALLEGU SOLER, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (Dirs.), Comentarios, 2011, 582, es un requisito fundamental.

¹⁹⁶¹ GALLEGU SOLER, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (Dirs.), Comentarios, 2011, 582.

¹⁹⁶² En este sentido FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 163 “En mi opinión, concurriendo los requisitos típicos del art. 290 primer inciso CP siempre se aplica este precepto, que prevé una penalidad más grave que la contemplada en el art. 261 CP: prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses frente a prisión de uno a dos años y multa de seis a doce meses. Nos encontramos ante un concurso aparente de normas penales que se resuelve a favor del art. 290 primer inciso de acuerdo con el principio de consunción (art. 8.3 CP). El delito societario se aplica tanto cuando sólo se pone en peligro el patrimonio de los acreedores como en los casos en que el peligro se extiende a los patrimonios de otros sujetos. El art. 290 segundo inciso se aplica si se produce efectivamente el perjuicio económico”.

PÉREZ VALERO, EL delito societario de falsedad, 2001, 462 s., aunque con una argumentación diferente a la aquí expuesta porque él mantiene que las falsedades materiales no son típicas en el sentido del art. 290 del CP: “Se ha dicho, sin embargo, en contra del criterio aquí mantenido, que en estos supuestos se debería aplicar el art. 261 del CP por razones de *especialidad*. Considero que esta última postura podría ser correcta si se entendiera que el administrador falsifica el balance fuera de sus funciones ordinarias de confección del mismo, es decir, previendo que se va a iniciar un procedimiento por quiebra o suspensión, o iniciado ya alguno de ellos, procede a alterar *materialmente* el balance que ya ha sido aprobado por la Junta ordinaria de accionistas, creando con ello un documento inauténtico, pues el contenido no es atribuible a los firmantes. En este caso, el criterio de la especialidad es la manera normal de solucionar el supuesto, ya que el art. 290 del CP tipificaría la falsedad en un balance en un ámbito específico, en concreto, en el de los procedimientos de quiebra o suspensión. Ahora, ocurre que estas falsedades materiales no son típicas en el sentido del art. 290 del CP. El delito de falsedades en el balance sólo castiga las falsedades consistentes en mentir en la *narración de los hechos* llevadas a cabo por el administrador en el ejercicio de sus poderes sociales de constatación documental; sólo en estos

El segundo supuesto sería aquel en el que con la presentación de datos falsos al concurso se pueda afectar al patrimonio de perjudicados diferentes a los acreedores de la sociedad.

Frente a esta situación FARALDO CABANA¹⁹⁶³ considera que el supuesto se seguiría resolviendo conforme al principio de consunción. Sin embargo, por su parte, GALLEGO SOLER considera que “en contadas ocasiones todos los perjudicados que contemplan el art. 290 coincidirán con los acreedores societarios, de tal modo que en los supuestos en que puedan individualizarse otros perjudicados distintos a éstos, la global puesta en peligro para los bienes jurídico-patrimoniales individuales, sería el concurso ideal entre ambos. No hay especialidad del art. 261, porque no hay relación de inclusión lógica *en todos los casos imaginables*”¹⁹⁶⁴.

Como he adelantado considero que también estos supuestos serán resueltos con el principio de consunción, advirtiendo, además, que considero que es muy difícil que se de esa situación en la que con la presentación de datos

casos es planteable un concurso entre los arts. 290 y 261 del CP. Toda alteración posterior del balance es atípica ex art. 290 del CP”. En la pág. 462 “Sólo cabe imaginar un posible concurso con el art. 290 del CP en aquellos supuestos en que un administrador falsifique, en el *ejercicio ordinario de sus deberes sociales* de confeccionar tales documentos, un balance acerca de su verdadera situación patrimonial, simulando una situación de quiebra o concurso que no existe en la realidad, y, posteriormente, lo presente a la autoridad judicial ante la que se está sustanciando el procedimiento para determinar dicha quiebra o suspensión, con la voluntad de engañarlo. Si el balance se ha falsificado exclusivamente para causar un perjuicio económico a los acreedores, derivado de su presentación ante el juez y posterior engaño del mismo, dicha presentación, la cual realiza ya el tipo delictivo del art. 260 del CP, no es más que un acto posterior impune o copenado, por lo que se aplicará exclusivamente el art. 290 núm. 1 del CP, caso de no producirse el perjuicio económico, o, en su defecto, el art. 290 núm. 2 del CP, si se da la lesión del patrimonio de los acreedores. Esto es así, porque la presentación de un balance falso en el procedimiento de quiebra o concurso es un acto que busca realizar un beneficio perseguido por un hecho anterior y no lesiona ningún bien jurídico distinto al vulnerado por éste último”.

GALLEGO SOLER, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (Dirs.), Comentarios, 2011, 582, también considera que es de aplicación el art. 290 CP por consunción.

¹⁹⁶³ FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 164: “Por último, téngase en cuenta que no es posible apreciar en ningún caso un concurso de delitos entre los arts. 261 y 290 CP, ni siquiera cuando existe una clara desconexión temporal entre la conducta de ejecución de la falsedad societaria y la presentación de datos falsos en el procedimiento concursal, cuando la falsificación de los documentos sociales estaba exclusivamente destinada a perjudicar a los acreedores, pues nos encontramos ante una hipótesis de acto posteriormente copenado impune. Sin embargo, si la falsedad societaria es idónea para perjudicar a otros sujetos pasivos, y finalmente el documento falso se presenta en un procedimiento concursal con el fin de perjudicar a los acreedores, se ha propuesto aplicar un concurso de delitos. A mi juicio se trata de un concurso aparente de leyes penales que, como hemos visto, se resuelve a favor del primer párrafo del art. 290 CP, aplicando el principio de consunción”.

¹⁹⁶⁴ GALLEGO SOLER, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (Dirs.), Comentarios, 2011, 582.

falsos al procedimiento concursal se afecten a otras personas diferentes a las perjudicadas por el art. 290 CP. Realmente, si atendemos a quienes están llamados a participar del procedimiento concursal se concluye que es un círculo más reducido que el dispuesto en el art. 290 CP: sociedad, socios y terceros. Los terceros del art. 290 CP, por supuesto, podrán ser los acreedores, pero al revés, parece que no se pueda pensar en ningún supuesto, además de los acreedores, que se puedan ver afectados por el procedimiento concursal y que no sean la sociedad o los socios, por lo que en realidad la discusión, en sí misma, no sería posible.

V. EL DELITO DE FALSEDAD EN LAS CUENTAS DE LAS SOCIEDADES Y EL ART. 282 BIS

El art. 282 bis CP dispone:

“Los que, como administradores de hecho o de derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores, falsearan la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros, con el propósito de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación por cualquier medio, serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 308 de este Código.

En el supuesto de que se llegue a obtener la inversión, el depósito, la colocación del activo o la financiación, con perjuicio para el inversor, depositante, adquirente de los activos financieros o acreedor, se impondrá la pena en la mitad superior. Si el perjuicio causado fuera de notoria gravedad, la pena a imponer será de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses”.

El art. 282 bis CP tiene sin duda alguna muchas similitudes al art. 290 CP. Para empezar, los dos son delitos especiales en los que el sujeto activo sólo podrá ser el administrador de hecho o de derecho de una sociedad¹⁹⁶⁵.

Además, nos encontramos nuevamente ante un tipo falsario cuyo contenido deberá ser determinado por la realización de cualquiera de las falsedades descritas en el art. 390. 1 CP, incluidas las falsedades ideológicas¹⁹⁶⁶.

El bien jurídico protegido ha sido fuertemente discutido entre la doctrina porque la redacción definitiva de este art. 282 bis CP parece no corresponderse con las que eran las pretensiones iniciales del legislador en la tipificación de la estafa de crédito y de inversión, hasta el punto que se ha llegado a afirmar que estas figuras han quedado fuertemente desnaturalizadas por dicha redacción¹⁹⁶⁷.

En este sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ¹⁹⁶⁸ advierte como “es probable que la voluntad del legislador español con la LO 5/2010 hubiese sido la de configurar el tipo básico como un delito de peligro abstracto para el patrimonio de una colectividad difusa de inversores, etc., como se podría deducir de los siguientes datos: la propia descripción de la Exposición de Motivos de la L.O. 5/2010 (en la que se dice literalmente que “se incorpora como figura delictiva la *denominada estafa de inversores*”), la ubicación sistemática del delito (inmediatamente después del delito de publicidad falsa del art. 282) y la previsión del tipo cualificado de resultado lesivo para el patrimonio. Sin embargo, es claro que, de *lege lata*, en el párrafo 1º el peligro para el patrimonio no es más que un mero motivo de la criminalización, que forma parte de la *ratio legis*, pero que no se incorporó al tipo por lo que únicamente cabría hablar de un peligro abstracto en un sentido meramente formal o estadístico, mas no real”.

¹⁹⁶⁵ Hay que recordar que en este trabajo se mantenía un concepto no unitario de administrador de hecho por lo que, atendiendo a los elementos del tipo del art. 282 bis, se tendrá que determinar quién será administrador de hecho ante este tipo de conductas.

¹⁹⁶⁶ En este sentido FARALDO CABANA, Comentarios, en: GÓMEZ TOMILLO (Dir.), 2011, 1088; GALLEGU SOLER, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (Dir.), Comentarios, 2011, 624; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Estafa de inversores, 2012, 110. Considera que meramente se trata de una falsedad ideológica MUÑOZ CONDE, Derecho penal, PE, 19ª, 2013, 477 ss.

¹⁹⁶⁷ En este sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, La estafa de inversión, 2011, 79 ss.

¹⁹⁶⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, La estafa de inversión, 2011, 80. También FARALDO CABANA, Comentarios, en: GÓMEZ TOMILLO (Dir.), 2011, 1086.

Con todo esto concluye este autor que en el tipo básico del art. 282 bis CP sólo se protege la funcionalidad del documento, conclusión que también aquí se comparte¹⁹⁶⁹, que correspondería a la función que cumplen los folletos y demás documentos requeridos por la legislación reguladora del mercado de valores que es el objeto material del delito¹⁹⁷⁰. En el tipo cualificado del párrafo 2º del art. 282 bis CP el bien jurídico protegido¹⁹⁷¹ es el patrimonio de los inversores, los depositantes, los adquirentes o acreedores.

En cuanto a la relación concursal con el art. 290 CP, una vez visto que se tratan ambos de tipos falsarios considero que el art. 282 bis CP debe prevalecer por ser ley especial frente al art. 290 CP¹⁹⁷², por tener mayor pena y por el contexto en el que se produce el tipo, el mercado de valores, cuyas peculiaridades determinan el objeto material, el concepto de administrador de hecho y las circunstancias en la determinación del peligro. Esta especificidad hace especial al art. 290 CP, cuyo ámbito específico es otro, el societario, y por ello será ley especial frente al art. 290 CP.

¹⁹⁶⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, La estafa de inversión, 2011, 81. MIRENTXU CORCOY/MIR PUIG, Comentarios, 2011, 623 consideran que el “Bien jurídico-penal protegido en este delito es (sic) correcto funcionamiento del mercado de valores, así como la buena fe en el mercado bursátil, si bien no está ausente la protección del cumplimiento de la normativa vigente sobre mercado de valores”

¹⁹⁷⁰ El objeto material queda circunscrito a, en primer lugar información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros; en segundo lugar, las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros.

¹⁹⁷¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, La estafa de inversión, 2011, 153.

¹⁹⁷² En este sentido QUERALT JIMÉNEZ, Derecho penal, PE, 6ª, 2010, 777; FARALDO CABANA, Comentarios, GÓMEZ TOMILLO (Dir.), 2011, 1090. Por su parte MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, La estafa de inversión, 2011, 147, si bien considera que deberá prevalecer el art. 282 bis CP sobre el art. 290 CP, dado que posee mayor pena, apunta que en puridad entre el art. 282 bis CP y el art. 290 CP no cabe establecer una relación de especialidad porque el art. 282 bis no es subclase lógica (o simple derivado) del art. 290, puesto que el art. 290 incluye un elemento (la idoneidad para perjudicar) que no se contiene en el art. 282 bis.

V. EXCURSO. EL NUEVO ART. 433 BIS. DUDAS Y CLAVES PARA SU INTERPRETACIÓN A LA LUZ DEL ART. 290 CP

A. Introducción

En un escenario de crisis económica y política en el que se están conociendo importantes escándalos de corrupción y situaciones de quiebra de muchos Ayuntamientos¹⁹⁷³, se contextualiza la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modificó el CP en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. Esta Ley ha incluido un nuevo artículo, el art. 433 bis, el llamado delito de falsedad contable pública, cuya finalidad, según la Exposición de Motivos, es “dotar de la máxima transparencia al sector público y garantizar la confianza en la veracidad de la información que refleja la situación económica de las administraciones y entidades públicas”, confianza y buena imagen que progresivamente se está viendo mermada, generándose entre la ciudadanía una gran desconfianza hacia su funcionamiento.

El art. 433 bis CP reza¹⁹⁷⁴:

«1. La autoridad o funcionario público que, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, y fuera de los supuestos previstos en el art. 390, falseare su contabilidad, los documentos que

¹⁹⁷³ El ejemplo por excelencia de corrupción que se está investigando en este periodo es el llamado “Caso Gürtel”. También recientemente se han conocido importantes casos de malversación como se manifiesta, por ejemplo, en la condena del Ex-Consejero Balear de Turismo Miguel Nadal. Además, en el sentido apuntado, en estos momentos es muy extensa la lista de Municipios en quiebra técnica; entre otros cabe destacar el Ayuntamiento de Barbate o de Jerez, o un buen número de municipios de la Generalitat de Catalunya como por ejemplo: Cunit, Sitges, Tossa de Mar, Moià Mollerussa, Igualada, Sant Feliu de Codines, Teià o Premià de Mar.

¹⁹⁷⁴ El artículo fue sometido a varias enmiendas en el Senado (Núm. 132 de 10 de diciembre de 2012), ninguna de ellas prosperó. La enmienda nº 19 del PNV proponía la supresión del art. 433 bis argumentando que: “La tipificación del nuevo delito cometido por la autoridad o funcionarios públicos con la finalidad de lograr la estabilidad presupuestaria y erradicar la mala gestión de recursos públicos, está configurada por la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, de previsiones jurídicamente inseguras, tal como ha sido denunciado este precepto por los informes de los órganos consultivos que acompañan al mismo”. La enmienda nº 35 del PSOE también proponía la supresión del precepto justificada en que “este precepto podría beneficiar al infractor al excluir de un delito de falsedad documental previsto y penado en el art. 390 del Código Penal mucho más severo que los anteriores”. La enmienda nº 77 de CIU, por su parte, proponía una mejora técnica, si bien la propuesta de artículo no difería mucho del actual.

deban reflejar su situación económica o la información contenida en éstos, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público, que de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, facilite a terceros información mendaz relativa a la situación económica de la misma o alguno de los documentos o informaciones a que se refiere el apartado anterior.

3. Si se llegare a causar el perjuicio económico a la entidad, se impondrán las penas de prisión de uno a cuatro años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a diez años y multa de doce a veinticuatro meses».

Las similitudes entre el nuevo art. 433 bis CP, la falsedad contable pública, y el art. 290 CP referido al falseamiento de cuentas de las sociedades es evidente. Claramente, en ambos casos, el objetivo del legislador fue y ha sido el de generar confianza en la sociedad sobre la transparencia de la información que por su especial contenido pudiera lesionar, con su falseamiento, el patrimonio en las esferas correspondientes: el ámbito societario y la Administración Pública¹⁹⁷⁵. Es decir, se pretende fortalecer la confianza en la información societaria con la creación del art. 290 CP y la confianza en la información de la Administración Pública con el art. 433 bis CP. Otra cosa diferente es que el bien jurídico protegido en estos preceptos sea la transparencia o la veracidad de la información societaria o aquella pública¹⁹⁷⁶, que a mi juicio ya se dijo que no lo es, pero en todo caso considero que sin duda el fin político que inspiró ambos preceptos es éste.

Es por este motivo y por la evidente similitud entre ambos preceptos también en la estructura del tipo que, a pesar de que entre el art. 433 bis y el art.

¹⁹⁷⁵ Sobre la opacidad de las cuentas anuales del sector público: PICÓ ROMERO, AudP 47 (2009), *passim*.

¹⁹⁷⁶ Como ya se expuso, la crítica fundamental que se plantea por parte de la doctrina al bien jurídico “transparencia, veracidad, integridad de las cuentas” en el art. 290 CP deviene de la necesidad de dotar de un verdadero contenido material a los bienes jurídicos, mientras que este comportaría una formalización indeseable. En este sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 2ª, 2005, 378 . Creo que esta crítica, a este bien jurídico, se podría hacer también a un eventual bien jurídico en estos términos para el art. 433 bis CP.

290 no se podrá plantear nunca una relación concursal porque como se verá los sujetos activos son diferentes y especiales¹⁹⁷⁷, he considerado importante introducir en este trabajo algunas reflexiones en torno a este novedoso precepto.

Para terminar, plantearé algunas conclusiones en relación a la poco afortunada técnica legislativa utilizada en la redacción del tipo penal que conlleva importantes dificultades en su interpretación.

B. Estudio del art. 433 bis en relación al art. 290 CP y dudas que se suscitan

1. El bien jurídico

La estructura del art. 433 CP es muy similar a la del art. 290 CP, lo que podría hacer pensar que también aquí el bien jurídico es doble: funcionalidad del documento y patrimonio. Sin embargo, por el tenor literal del precepto, determinar el bien jurídico del art. 433 bis CP se torna realmente complicado.

Sin muchas dudas creo que se puede afirmar que al menos uno de los bienes jurídicos protegidos en este precepto es el patrimonio de la Administración Pública, más en concreto el patrimonio “de la entidad pública de la que dependa el funcionario público o la autoridad que realiza la conducta típica”. Para determinar el bien jurídico es importante tener en cuenta que se trata de un delito especial, que otorga una calidad especial también al bien jurídico, el patrimonio público. Pero además no cualquier patrimonio público sino el patrimonio que es capaz de afectar más idóneamente el sujeto activo, la autoridad o funcionario público, que como se ha dicho es el patrimonio de la entidad pública de la que depende el sujeto activo.

Como ocurre también con el art. 290 CP, al tratarse de un delito especial, los bienes jurídicos allí tutelados tendrán una calidad especial. En ambos casos el bien jurídico que el legislador decide proteger es aquel que presenta mayor

¹⁹⁷⁷ En el art. 433 bis CP el sujeto activo será “la autoridad o funcionario público”. El contenido de las figuras de autoridad o funcionario ha sido extensamente tratado por la doctrina y la jurisprudencia. V. entre otros VALEIJE ÁLVAREZ, Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública, en: Cuadernos de Política Criminal, 62/1997, 435-498.

vulnerabilidad precisamente dentro de la esfera de dominio del sujeto activo, que por su calidad implica el ejercicio de un mayor poder de lesión. Eso no significa que el sujeto activo, en un caso la autoridad o funcionario público y en el otro el administrador de hecho o de derecho, no pueda lesionar la funcionalidad o el patrimonio de otros sujetos que no sean la entidad pública de la que dependa o la sociedad, socios o terceros respectivamente. Como tampoco significa que ese patrimonio no pueda ser lesionado por personas ajenas a la entidad pública o a la sociedad, respectivamente. En efecto, podría hacerlo, pero el legislador delimita el ámbito de protección penal del bien jurídico a un ámbito restringido, ya que se está ampliando -adelantando- la tutela respecto a otros delitos contra el patrimonio de naturaleza común y especialmente porque el autor es el que puede hacer peligrar un interés indirecto: el correcto funcionamiento de la Administración. Es decir, el patrimonio interesa que sea protegido porque sirve a un interés público.

En concreto, en el art. 433 bis CP estimo que esto se hace por dos motivos. En primer lugar, por criterios que identifican una mayor accesibilidad al bien y por tanto mayor vulnerabilidad de éste, de acuerdo al principio de intervención mínima. En segundo lugar, porque el patrimonio público tiene funciones esenciales de satisfacción de intereses públicos que se verán finalmente frustrados, y son esos intereses los que el legislador pretende proteger. También por este motivo podemos hablar de una especial calidad del bien jurídico.

Sin embargo, como decía, no parece que sea definitiva la solución de entender que sea éste el bien jurídico único en el art. 433 bis CP. ¿Podría ser también la funcionalidad del documento un bien jurídico protegido? ¿Puede ser conjuntamente la transparencia de la información contable pública un bien jurídico protegido? ¿Podría haber un bien jurídico colectivo, como por ejemplo, el correcto funcionamiento de la Administración Pública que fuese al menos mediato? ¿Tal vez podría ser bien jurídico la confianza en la transparencia de las cuentas públicas?

Considero que la respuesta a estas preguntas y otras que se puedan hacer sobre posibles bienes jurídicos dependerá de varias cuestiones. Por un lado, de la legitimidad que se le otorgue a bienes jurídicos como la “transparencia de la información contable”, a fórmulas que contienen la expresión “correcto

funcionamiento”¹⁹⁷⁸ en alguna institución o a la técnica de tutela de los “bienes jurídicos mediatos”¹⁹⁷⁹. Por otro lado, y en concreto respecto al bien jurídico de la funcionalidad del documento que se planteaba por la similitud con el art. 290 CP, dependerá del contenido que se le de a la acción típica que recoge el tipo del art. 433 bis CP.

2. La acción típica

Los problemas que trae la determinación de la conducta típica del art. 433 bis CP son muy importantes.

Se debe tener presente que la conducta típica del delito de falsedad en documentos sociales que utiliza el mismo tipo de descripción que el art. 433 bis CP es, para la mayor parte de la doctrina, la de “falsear”, cuyo contenido se deberá complementar con el de los arts. 390 y ss. CP y de ahí la consideración de la funcionalidad del documento como segundo bien jurídico protegido por el precepto, además del patrimonio.

Sin embargo, la determinación de la acción típica del art. 433 bis CP, aun siendo idéntica a la utilizada en el art. 290 CP¹⁹⁸⁰, por la relación que el precepto establece con los arts. 390 y ss, se torna muy complicada.

El artículo que aquí se analiza, lejos de solucionar problemas concursales genera otro y de mayor importancia, como es el de tener que dotar de un contenido diferente al que presenta en el art. 390 CP al verbo “falsear”. De la Exposición de Motivos¹⁹⁸¹ y del propio tenor del art. 433 bis CP parece que las

¹⁹⁷⁸ En este sentido crítico PAREDES CASTAÑÓN, RDPCR 11 (2003), 132.

¹⁹⁷⁹ Por mi parte, como se expuso en este trabajo, rechazo la combinación que implica que a un bien jurídico tutelado inmediatamente se le pueda vincular la protección mediata de otro bien jurídico. El motivo de este rechazo parte de la creencia de que esta fórmula puede vaciar de contenido al bien jurídico, al arrebatarle las funciones que tradicionalmente le han sido otorgadas: interpretativa, sistemática, de medición de la pena y de limitación del *ius puniendi*.

¹⁹⁸⁰ El análisis del tipo en este trabajo queda limitado al inciso primero del art. 433 bis CP pues el inciso segundo utiliza otro verbo rector diferente al de falsear: “facilitar a terceros información mendaz”.

¹⁹⁸¹ La Exposición de Motivos dice: “La norma incorpora una regla que soluciona los problemas de posible concurso de este delito con el de falsedad documental, de aplicación preferente, y será por ello en particular aplicable a la falsificación y mendacidad de documentos internos que, sin embargo, son relevantes para la adopción de decisiones de trascendencia económica. Asimismo, se tipifica el falseamiento de la información de relevancia económica que no forma inicialmente parte de un documento, pero que encuentra reflejo posterior en el mismo. De

conductas falsarias deberán ser otras diferentes a las del art. 390 CP, ya que el art. 433 bis CP habla expresamente de quien falseare “fuera de los supuestos previstos en el artículo 390”.

Entonces la pregunta debe ser: ¿cómo se ha de falsear? Si las formas de falseamiento no pueden ser ninguna de las comprendidas en el art. 390 CP, incluidas las falsedades ideológicas ¿de qué tipo o forma ha de ser la conducta falsaria?

Para la determinación de este contenido ni siquiera serían útiles las brillantes propuestas que algunos autores han planteado para dotar de contenido al verbo “falsear” del art. 290 CP, en sentido diferente a la opción que aquí se mantiene como correcta, a través de la utilización del art. 390 CP¹⁹⁸².

Sin embargo, como se decía, esta opción interpretativa no sería aplicable y válida para el art. 433 bis CP. En primer lugar porque las falsedades ideológicas son punibles cuando las comete una autoridad o funcionario público, y en segundo lugar porque lo dice claramente el legislador: “fuera de los supuestos previstos en el art. 390 CP”. Esto hace pensar que este art. 433 bis CP ni siquiera es un tipo que subsane lagunas de punibilidad en relación a la falsedad ideológica, porque la falsedad ideológica no es impune para las autoridades o funcionarios públicos.

Una lectura detenida de la Exposición de Motivos de alguna manera permite entender mejor el sentido de lo que parece se pretendía exponer en el

este modo se solucionan los problemas de tipicidad que pueden plantearse cuando el autor no emite el documento falso, sino que se limita a introducir la información mendaz que luego queda incorporada a un soporte documental escrito o de otra naturaleza. Y, con la misma finalidad, se tipifica la facilitación de esa información mendaz a terceros, cuando tal conducta resulta idónea para causar un perjuicio económico a la Administración. Todas estas conductas, en la medida en que no se trate de supuestos de falsificación de documentos públicos u oficiales –castigados por los artículos 390 y 393 del Código Penal– se castigan con penas de multa e inhabilitación, y pena de prisión en el supuesto de causación efectiva del perjuicio económico”.

¹⁹⁸² En este sentido anteriormente se citaba, aún manteniendo una tesis diferente a ECHANO BASALDUA, RVAP 87-88 (2010), 419 ss., considera que “no puede extrañar la afirmación de que este delito tiene naturaleza falsaria, si se reduce la naturaleza del delito de falsedad documental a poco más que a un mudamiento de la verdad en un documento, puede inducir a error y desplegar efectos perjudiciales en el tráfico jurídico”, para posteriormente concluir afirmando que “el delito de falseamiento de documentos sociales no tiene naturaleza falsaria, no es un delito de falsedad documental en sentido propio del término”, entendiéndose que precisamente en ello radica su razón de ser: es una falsedad ideológica impune desde la perspectiva de los delitos de falsedad documental pues no afecta a las funciones del documento ni, por tanto, a su eficacia probatoria, pero digna de sanción si contiene los demás requisitos para configurarse como un delito societario.

art. 433 bis CP. Allí se introduce otro elemento de interpretación cuando se dice: “todas estas conductas, en la medida en que no se trate de supuestos de falsificación de documentos públicos u oficiales –castigados por los artículos 390 y 393 del CP– se castigan con penas de multa e inhabilitación, y pena de prisión en el supuesto de causación efectiva del perjuicio económico”.

Con esto se intuye que el legislador quiere aclarar en la Exposición de Motivos que lo importante no será tanto de qué modalidad falsaria se trate, que sí podría ser de las del art. 390 CP, sino que pone el acento en el tipo de documento, es decir, que no se trate de aquellos documentos públicos u oficiales, sino que la falsedad recaiga en documentos diferentes a éstos.

Sin embargo, esto nos conduce a otro problema como es el de determinar a qué objeto material se está refiriendo entonces el art. 433 bis CP, porque si no puede ser un documento público, aunque estemos en el ámbito de la Administración Pública ¿a qué clase de documentos se está refiriendo el precepto? Esto nos obliga entonces a determinar el objeto material del delito.

3. El objeto material

El objeto material del art. 433 bis CP lo componen la “contabilidad, los documentos que deban reflejar su situación económica o la información contenida en los mismos”. En relación con lo que se planteaba más arriba, la primera cuestión que surge al respecto, si la interpretación que se sigue es la anterior con motivo de dar una mínima congruencia al contenido de la acción típica, es: ¿No son todos estos documentos documentos públicos?

Según el art. 1217 CC son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley, y si tenemos presente la Orden EHA/1037/2010 que aprobó el 28 de abril de 2010 el llamado Plan General de Contabilidad Pública, nos encontramos con que ya la misma ley hace referencia a la calidad pública del documento de contabilidad¹⁹⁸³; contabilidad que se hará, a mi entender, extensiva a otros documentos que se engloban en el término “contabilidad”. Entiendo, por tanto,

¹⁹⁸³ V. también los art. 200 a 220 del RDL 2/2004, 5 de Marzo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

que la calidad pública de estos documentos es indudable y entonces la incongruencia aparecería aquí.

Con el fin de precisar el objeto material, nos encontramos con que el Plan General de Contabilidad Pública, tal y como expresa su Exposición de Motivos, tomó como modelo el Plan General de Contabilidad para la empresa con las especialidades propias de las entidades del sector público al que va dirigido. En este sentido, el Plan General de Contabilidad Pública se estructura al igual que el previsto para la empresa en cinco partes, con el mismo contenido para cada parte. Es en la primera parte donde se recogen los documentos que integran las cuentas anuales¹⁹⁸⁴ que, al igual que la contabilidad de la empresa, están compuestas por el balance, la cuenta del resultado económico patrimonial, el estado de cambios en el patrimonio neto, el estado de flujos de efectivo y la memoria, pero además para esta contabilidad se añade un nuevo documento, el estado de liquidación del presupuesto.

Por tanto, cuando el legislador utilizó en el art. 433 bis CP el término «contabilidad» estaba pensando claramente en las cuentas anuales, documentos a los que alude expresamente el art. 290 CP y creo que en este sentido se deberá interpretar el término contabilidad.

Posteriormente, parece necesaria, al igual que sucede con la expresión utilizada por el art. 290 CP “otros documentos de deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad”, una interpretación restrictiva de aquellos documentos que, como dice el art. 433 bis CP, deban reflejar su situación económica y especialmente del término «información»¹⁹⁸⁵, haciendo una

¹⁹⁸⁴ Además de los principios contables públicos, los requisitos de la información contable, las definiciones de los elementos de las cuentas anuales y los criterios generales de registro y de valoración de los mismos, que deben conducir a que las cuentas anuales muestren la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera, del resultado económico patrimonial, y de la ejecución del presupuesto de la entidad contable.

¹⁹⁸⁵ Ya la Comisión de Estudios e Informes del CGPJ, en su reunión de 18 de junio de 2012, aprobó por unanimidad el informe sobre el Anteproyecto para la reforma de CP que, en su día le fue remitido y en relación al art. 433 bis CP informaron que se debería de “dotar al texto de una redacción más acorde con la finalidad perseguida, es decir, con la interdicción de los gastos al margen de lo presupuestado y la supresión o, al menos, una aclaración del significado de término “información”. Informe de la Comisión de Estudios del CGPJ: se puede encontrar en <http://www.poderjudicial.es>

Esta apreciación evidencia lo indeterminado del objeto material sobre el cual puede recaer la falsedad. Pero es que además la Exposición de Motivos hace referencia a “introducir la información mendaz que luego queda incorporada a un soporte documental escrito o de otra naturaleza” con lo

analogía con las cuentas anuales y restringiendo a aquellos documentos que tengan una relevancia y trascendencia similar a éstas por el contenido que recogen.

4. La técnica de tutela del delito de peligro hipotético

Dado que se han planteado dudas sobre el bien jurídico protegido en el art. 433 bis CP, me ceñiré al análisis de la puesta en peligro idónea del que creo es un indiscutible bien jurídico protegido: el patrimonio de la Administración. La existencia de los demás posibles bienes jurídicos hasta el momento no la considero viable, por este motivo las técnicas de tutela que pudieran existir ante la eventualidad de otros bienes jurídicos no las desarrollaré.

Pues bien, en el art. 433 bis CP considero se deberá hacer como con el art. 290 CP este doble análisis *ex ante* y *ex post* y además en términos muy parecidos. Siendo que la conducta que recoge el tipo es una conducta falsaria, en primer lugar será necesario valorar la idoneidad de inducir a error de manera que pueda poner en peligro el patrimonio de la Administración Pública de la que dependa el sujeto activo, para lo cual parece indispensable que los documentos o datos falsos salgan al tráfico jurídico. *Ex post*, al igual que para el art. 290 CP se tendrá que valorar cuándo la superación del riesgo permitido no repercute en el resultado, por lo que no se le podrá imputar al autor la conducta y cuándo por el contrario sí.

C. Conclusiones sobre el art. 433 CP

Han de hacerse notar las dificultades interpretativas que el art. 433 bis CP suscita debido a una, en mi opinión, más que deficiente técnica legislativa. Un ejemplo parecido es el visto precedentemente con el art. 282 bis CP, cuya técnica legislativa fue criticada por la doctrina por desvirtuar las figuras de la estafa de inversión y de crédito que tendencialmente el legislador quería

que nuevamente nos lleva al legislador a la confusión de si la mendacidad su pudiera producir en documentos que no fueran escritos sino de forma oral, conclusión en todo caso inadmisibles.

proteger en este precepto. Pues bien, algo similar ha sucedido con el art. 433 bis CP.

La redacción del tipo plantea importantes problemas que se han tratado de apuntar y que se concretan, con algunas propuestas de interpretación, en los siguientes:

1ª En la determinación de la acción típica queda la duda, por la relación que el precepto establece con el art. 390 CP, de si el tipo se refiere a conductas falsarias diferentes a las contenidas en ese precepto o si, como en el art. 290 CP, la acción falsaria se debe dotar con el contenido del art. 390 CP mientras que la distinción se hallaría en el objeto material sobre el que recae la conducta típica. Si se opta por entender, como parece indicar la Exposición de Motivos, que ha de dotarse de contenido con el art. 390 CP, porque a lo que se refiere el precepto es a la especialidad de los documentos, las dudas se trasladan a la definición del objeto material.

2ª Queda en entredicho entonces la naturaleza pública o no de documentos que a mi entender, sin ningún género de duda, sí lo son. Además, el legislador ha optado por utilizar el término contabilidad cuando en realidad se estaba refiriendo a las cuentas anuales, y así considero que ha de interpretarse esta norma. Por otro lado se utilizan expresiones excesivamente indeterminadas, como por ejemplo el concepto de “información” que será necesario restringir.

3ª El bien jurídico protegido, en parte por las indeterminaciones anteriores y también porque el legislador no ha sabido tipificar las conductas en las que en verdad estaba pensando cuando redactó la norma, se torna difícil de concretar.

Sin embargo, se puede afirmar que al menos uno de los bienes jurídicos protegidos es el patrimonio de la Administración Pública. Un bien jurídico protegido especial por dos motivos. En primer lugar porque en atención al principio de intervención mínima se restringe la protección a aquel patrimonio que presenta mayor vulnerabilidad -y mayor necesidad de protección por lo intereses públicos que cumple- dentro de la esfera de dominio del sujeto activo, el patrimonio de la Administración Pública. En segundo lugar, la especialidad vendrá dada por la calidad especial del patrimonio público, el cual tiene claras funciones de satisfacción de intereses públicos que eventualmente se podrían ver frustrados.

4ª La relación que el precepto establece con el art. 390 CP no sólo repercute en las dudas que surgen en relación a la determinación de la acción típica, sino que también da la sensación de que lo que quiso ser una norma especial sobre el art. 390 CP se convierte en subsidiaria, dando lugar a que finalmente el art. 433 bis CP tenga aplicación en contadas ocasiones, probablemente ninguna. De hecho, con todos los problemas planteados hasta ahora resulta difícil, por no decir imposible, pensar cuáles son los supuestos en los que se aplicará el art. 433 bis CP y no el art. 390 CP. Si las conductas son las mismas que las del art. 390 CP y los documentos del art. 433 bis CP son documentos públicos u oficiales entonces, a falta de una reflexión más pausada, hoy por hoy no veo ningún supuesto posible en el que sería de aplicación el art. 433 bis CP.

Por último, como cuestión tal vez más importante, se hace notar que esta disposición puede resultar ser una “norma aparente”¹⁹⁸⁶, por las dificultades en su aplicación, como consecuencia de la defectuosa técnica legislativa que se ha querido demostrar en este trabajo.

Si con este precepto el legislador hubiera querido proteger la estabilidad presupuestaria de los entes públicos, como en parte parece entenderse de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2012, sin duda lo tendría que haber plasmado de otra forma en la norma, porque tal y como está se podría decir que este precepto es inaplicable por imposible.

¹⁹⁸⁶ En este sentido DÍEZ RIPOLLÉS, BMDC 103 (2002), 79, las llama leyes aparentes.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES PRIMERA PARTE

Capítulo 1

1. Se diferencian los conceptos de delito económico o criminalidad económica y de Derecho penal económico porque no hacen referencia a la misma realidad. El término Derecho penal económico engloba una serie de delitos o de tipos legislativos, mientras que los conceptos de delito económico o criminalidad económica hacen referencia a un fenómeno social con unas circunstancias reales, encuadrando en él todas las formas de criminalidad desde la perspectiva de la Criminología, por lo que se trata de un concepto mucho más amplio.

2. Se puede definir el Derecho penal económico como el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico. El Derecho penal en sentido estricto es concebido como Derecho de la dirección de la economía por el Estado. El Derecho penal económico en sentido amplio recoge un conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. El orden económico en sentido amplio nunca se presentará como bien jurídico protegido en el ámbito penal.

3. Cuando el legislador penal se refiere a una sociedad en relación a los delitos societarios, no está haciendo referencia exclusivamente a la estructura empresarial, sino a una estructura compleja, sea o no mercantil, entre la cual es preciso diferenciar, pero entre la que también existen caracteres en común. Estos caracteres en común son los que ofrece el concepto amplio de sociedad del art. 1665 CC: el origen negocial, el fin común y la contribución de todos a la consecución del fin. Sin perjuicio de que posteriormente el concepto de sociedad que recoge el art. 297 CP exige delimitar todavía más éste concepto a los efectos del CP.

4. La característica común de los delitos societarios es que se trata de delitos en los que las actuaciones son realizadas en el seno de una sociedad, por personas que de alguna manera ejercen funciones de toma de decisiones en ésta y que

por tanto pueden con mayor facilidad perjudicar con su actuación a la entidad, a los socios o a terceros.

Por tanto, son dos los pilares sobre los que se asienta la noción de delito societario: el concepto de sociedad y el poder en ésta.

5. La complejidad de las estructuras societarias, sean o no mercantiles, aunque de manera muy especial éstas, hacen que el medio donde se desarrollen las mismas sea no sólo tenido en consideración, sino también determinante, hasta el punto de ser, desde mi perspectiva, el elemento característico de estos delitos y lo que determina en última instancia su naturaleza.

6. Pero además, el elemento del “poder” en la empresa también es importante. Son relevantes para el Derecho penal, por tanto, aquellas conductas realizadas en el seno de la empresa que sean llevadas a cabo por personas que de alguna manera administran “la complejidad del sistema en el sistema”, por quienes tienen la facultad o la potencia de generar actos jurídicos que marcan el accionar de la sociedad.

7. En cuanto a la relación entre el Derecho penal societario y el Derecho penal económico se ha considerado que el primero forma parte del segundo, independientemente de que en la concreción de los tipos societarios el bien jurídico protegido sea (al menos en el art. 290 CP) de titularidad privada.

Es Derecho penal económico, por un lado, porque considero que el título “Delitos contra el orden económico” en el que se inserta el capítulo de los “delitos societarios” no es banal y el legislador ha querido diferenciarlos de aquellos meramente patrimoniales. Por otro lado, porque los delitos societarios nacen en un sistema económico concreto y que fundamenta la perspectiva económica de los delitos societarios.

8. El marco constitucional formal resulta insuficiente para legitimar materialmente el Derecho penal económico, ya que no recoge ninguna obligación constitucional por la que sea necesario recurrir al Derecho penal para prevenir determinadas conductas contrarias al sistema o modelo económico promulgado por la

Constitución. Es importante matizar que tampoco excluye su recurso cuando sea necesario.

9. Los fundamentos de tipo ético tampoco justifican la necesidad de intervención y tampoco legitiman la intervención penal en el ámbito de la economía. Sin duda, la RSC y los fundamentos éticos son una forma idónea de control informal ante la llamada criminalidad económica, pero no serán la justificación ni el fundamento que legitime la intervención del Derecho penal.

10. La justificación de la creación de conductas enmarcadas en los llamados delitos societarios se debe a la protección de bienes jurídicos. Por tanto, los delitos societarios sólo se legitimarán cuando se fundamenten en la necesidad de proteger bienes jurídicos importantes de ataques muy graves y siempre y cuando no existan otros instrumentos para su protección.

11. El concepto normativo de sociedad, construido por el legislador en el art. 297 CP, ha sido sumamente criticado por la doctrina. La fórmula recoge con una técnica doble, una primera de enumeración abierta y una segunda de simulación por analogía, “cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de manera permanente en el mercado”.

12. La expresión “cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de manera permanente en el mercado” contiene dos exigencias. Por un lado, una determinada forma social y, por otro, la exigencia de la participación permanente en el mercado. Por tanto, en cuanto a la clase de sociedades que entran en el ámbito de protección del tipo, son esos dos (y no uno u otro alternativamente) los requisitos que se exigen por el art. 297 CP.

13. En relación a determinar la “análoga naturaleza exigida por el precepto” se ha concluido que ésta se refiere a todo el conjunto de sociedades mencionadas expresamente por el artículo y no sólo a la última de ellas: la sociedad mercantil. El motivo de considerarlo así se sustenta en un argumento de política criminal, ya que si se entiende que el legislador sólo quería hacer referencia a las

sociedades mercantiles habría tenido que hallar los puntos de encuentro con las peculiaridades de ésta. Además, no parece que exista otra figura social, a parte de las sociedades mercantiles contenidas en la LSC y CCom, con una análoga naturaleza, por lo que la cláusula quedaría vacía de contenido. También por una cuestión de coherencia interna esta interpretación resulta ser la más adecuada, porque de lo contrario quedarían fuera formas sociales como, por ejemplo, las asociaciones o las sociedades civiles, una ilógica consecuencia considerando que se incluyen las fundaciones y las sociedades mercantiles, por ejemplo, unipersonales.

14. La “análoga naturaleza”, es decir, lo que une a todas las sociedades enumeradas en el art. 297 CP es por tanto la personalidad jurídica.

15. Lo que hace el legislador es adoptar un concepto amplio de sociedad, en el cual quedarían englobadas tanto las sociedades civiles como las mercantiles, pero restringiendo después las primeras a algunos de sus tipos, aquellas que desarrollen actividades en el tráfico del comercio.

16. En cuanto al requisito de la permanencia en el mercado, significa que la sociedad ha de tener una presencia y actividad constante en el mercado para la satisfacción de sus fines. Entrarán por tanto, dentro de esta definición, aquellas sociedades que se crean de manera ocasional para una actividad concreta. Basta que durante el periodo de constitución hubieran tenido una estructura estable y definida, susceptible de poner en juego los intereses tutelados.

17. Ante el supuesto problemático de las sociedades irregulares, serán estos dos los requisitos los que se tendrán que cumplir y que deberá ser evaluado. Será con respecto al primero de los requisitos, la personalidad jurídica, que surgirán dudas sobre la inclusión de las sociedades irregulares en el catálogo de sociedades del art. 297 CP.

A mi entender, si bien las sociedades irregulares no son sociedades en formación, no por ello estarán excluidas del art. 297 CP, porque serán de análoga naturaleza, ya sea a las sociedades colectivas mercantiles o a las civiles. Lo fundamental está en que la LSC es meridiana en relación a la

sociedad irregular. Lejos de dejarla sin personalidad jurídica la convierte y la homologa a la colectiva mercantil o a la civil, dependiendo de la sociedad. Sin embargo, sí surgirán problemas con las sociedades irregulares que lo sean desde el inicio, las cuales, estas sí, quedarán fuera del ámbito del art. 297 CP.

Capítulo 2

1. La regulación de las falsedades en las cuentas anuales de las sociedades en Italia y Alemania es totalmente diferente a la regulación Española. En sí misma, la evolución de ambos preceptos ha sido distinta, así como su relevancia en la práctica de cada uno de los países. Diferente es también el bien jurídico tutelado y la técnica de tutela empleada. Mientras que en Alemania los bienes jurídicos protegidos son la veracidad y la transparencia de las comunicaciones sociales, en la legislación Italiana, después de toda una sucesión de reformas, el bien jurídico protegido se restringe exclusivamente al patrimonio. Por otro lado, mientras que en la legislación alemana se utiliza la técnica de tutela del peligro abstracto, la estructura de peligro concreto o de resultado es la que se utiliza en la italiana.

CONCLUSIONES SEGUNDA PARTE.

Capítulo 3

1. Se sostiene un concepto de bien jurídico integrador, sea de una perspectiva social como individual del mismo, desde el convencimiento de que ambos ámbitos son importantes para el ser humano, para su libre desarrollo y por tanto objeto deseable de protección.

2. Por bien jurídico se entenderán, con LUZÓN PEÑA, son “aquellas condiciones básicas para el funcionamiento del sistema social y para el desarrollo y participación del individuo en el sistema social”.

3. Se adopta un concepto material y no formal de bien jurídico y por tanto una de las funciones fundamentales y más significativas de éste será la función limitadora del *ius puniendi*.

4. Se ha sostenido la legitimidad tanto de bienes jurídicos de carácter individual como colectivo. En este sentido, mantengo una posición monista-personalista, concibiendo el bien jurídico siempre en relación a la persona y existiendo entre los bienes jurídicos individuales y los colectivos una dependencia recíproca.

5. Pero la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos no será automática y *per se*. Ésta vendrá dada cuando se cumplan tres requisitos. El primero, que para su definición y concreción no se utilicen fórmulas vagas e imprecisas ajenas al Derecho penal. El segundo, que el bien jurídico colectivo tenga un auténtico contenido material tendente a la promoción o favorecimiento de la participación de los individuos en el sistema. Y por último, en tercer lugar, que la protección de bienes jurídicos colectivos no implique renunciar a las garantías y principios jurídico-penales clásicos del Derecho penal.

6. Se ha descartado en el trabajo la utilización de la terminología de bienes jurídicos de protección mediata o inmediateamente protegidos; tampoco se utilizará el concepto de bien jurídico intermedio de referente individual, y todo por el vaciamiento que estas figuras suponen al concepto de bien jurídico, especialmente en su vertiente de limitador del *ius puniendi*.

7. En el art. 290 CP se protegen dos bienes jurídicos: uno individual “patrimonio” y otro colectivo “funcionalidad del documento”, siendo que los dos están inmediateamente protegidos y entre ellos existe una especial conexión. La razón de la creación de un delito societario de falsedad documental no está sólo en la protección de la funcionalidad del documento sino también en la protección del patrimonio, considerándose que en todo caso la falsedad no será un mero instrumento de la comisión del delito, el tipo exige que se afecten ambos bienes jurídicos y no alternativamente sólo a uno de ellos.

8. En el art. 290 CP nos encontramos ante un delito especial, primera de las técnicas de tutela de los bienes jurídicos protegidos, y se ha considerado que para el análisis de estos delitos debe buscarse algo que explique o fundamente su especialidad, en lugar de limitar el análisis a un mero criterio formal como es la calificación del sujeto activo, que sin embargo es el primer indicio esencial

para su identificación: pues materialmente sólo estarán en capacidad de realizar actos de falseamiento idóneos para afectar la funcionalidad de los documentos sociales y el patrimonio de la sociedad quienes estén reconocidos por el ordenamiento como administradores de hecho o derecho de una sociedad constituida o en formación. Se trata de un delito especial propio.

9. La justificación concreta de la creación de este delito societario falsario deviene de un fundamento doble. El primero es el de castigar con mayor severidad el falseamiento de unos documentos de especial trascendencia, y el segundo, el de cumplir mejor los fines sistemáticos y de prevención al tratarse de un delito especial enmarcado en un contexto especial: el societario.

10. En cuanto al patrimonio se mantiene un concepto económico-jurídico de patrimonio y para calcular el perjuicio económico se utilizará el criterio del saldo global.

11. La funcionalidad del documento se protege a través de un delito de lesión, y el patrimonio mediante la fórmula de los delitos de peligro hipotético, siendo los dos especiales (propios) por utilizarse la técnica que restringe el posible círculo de autores, fuera de los cuales la misma conducta no constituye delito alguno.

12. Respecto de la protección de la funcionalidad del documento a través de un delito de lesión se considerará que ésta ha sido lesionada cuando la falsedad sea lo suficientemente relevante como para afectar las funciones de garantía, prueba y perpetuación e inducir a error además de que se introduzca en el tráfico jurídico.

13. Respecto a la protección del patrimonio a través del peligro hipotético se deberá hacer la consiguiente valoración *ex ante* y *ex post* que exige esta tipología, en cuanto a la efectiva lesión o puesta en peligro del patrimonio.

14. Los indicios que van a permitir entender en qué supuestos *ex ante* podríamos estar ante una falsedad idónea para causar un perjuicio económico serán dos. En primer lugar el cumplimiento o incumplimiento de los deberes

fiduciarios de los administradores. Estos permitirán determinar cuándo podremos estar ante una situación que *ex ante* tendencialmente pudiera poner en peligro al patrimonio, sin perjuicio de la subsiguiente valoración *ex post*. Estos deberes generales de los administradores los he reconducido al concepto valorativo de “correcto funcionamiento de la sociedad”.

15. En la valoración *ex ante* sobre el correcto funcionamiento de las sociedades se determinará que una sociedad cumple con las exigencias para poder funcionar correctamente cuando, en primer lugar, la sociedad tome las decisiones conforme a toda la información posible a su alcance; en segundo lugar, cuando las decisiones que guíen la sociedad se tomen en interés de la sociedad y no de alguno(s) de sus socios o en interés de otras sociedades; y, en tercer lugar, cuando quede excluida cualquier actuación que no vaya en interés de toda la sociedad, sino de alguno(s) de sus socios o de terceros, o incluso en interés del propio administrador.

16. Se considera por tanto que un análisis de las obligaciones de los administradores puede ofrecer pautas para considerar si *ex ante* se ha podido poner en peligro o no el patrimonio. Si un administrador de hecho o de derecho de una sociedad cumple con sus obligaciones societarias, tanto aquellas generales como las específicas en relación a las cuentas anuales, se debería entender que, *ex ante*, en la redacción de las cuentas anuales u otros documentos que representen la realidad jurídica o económica de la sociedad, es muy difícil que se presente un peligro para el patrimonio.

17. Si se entiende que el administrador ha cumplido con los deberes de lealtad a la empresa y también de diligencia, así como aquellos societarios relacionados con la realización y depósito de cuentas, tal vez, aún con esto, se podría estar lesionando el bien jurídico funcionalidad del documento, pero no sería esta funcionalidad idónea para poner en peligro el patrimonio de sociedad, socios o terceros. La buena gestión de los administradores, por tanto, indica un correcto funcionamiento de la sociedad y es un indicio de que, *ex ante*, no se esté poniendo en peligro el patrimonio de la sociedad, socios o terceros.

18. Además, considerar el cumplimiento de las obligaciones del administrador al menos en el pronóstico *ex ante* de la determinación de la inidoneidad de la conducta para poner en peligro alguno de los patrimonios de los sujetos pasivos del tipo, es coherente con la legislación extrapenal que también tiene en consideración el eventual incumplimiento de las obligaciones para establecer la mayor de las consecuencias jurídicas que contempla el ordenamiento mercantil para un administrador en todo el desarrollo de su vida como sociedad: la declaración del concurso como culposo. También es coherente esta exigencia con el contenido de las acciones de responsabilidad social e individual frente a los administradores por el daño causado por las acciones u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.

19. El segundo criterio o indicio de probabilidad *ex ante* será el de que la falsedad pueda inducir a error al hombre medio en relación con el patrimonio para lo cual debe ser creíble por los sujetos a los que puede ir dirigida la declaración documental falsa. El grado de idoneidad para determinar la relevancia típica debe concretarse en base a los criterios de la imputación objetiva. La entidad suficiente se determinará conforme a la idoneidad *ex ante*, de tal manera que sólo aquellas falsedades que puedan inducir a error podrán ser idóneas teniendo como parámetro al hombre medianamente prudente.

20. Posteriormente es necesario comprobar también la idoneidad de la conducta para poner en peligro el bien jurídico protegido en el análisis *ex post*, lo que sirve de criterio selectivo del merecimiento de pena de la falsedad societaria que se hará conforme a las reglas de la imputación objetiva, porque el principio de ofensividad exige que la falsedad que contempla el art. 290 CP sea idónea para llevar a engaño a su destinatario. Los criterios que he concluido deberán ser atendidos en la valoración *ex post* son la concreción de la capacidad lesiva de la falsedad en relación con el patrimonio y el destino en el tráfico jurídico del documento.

CONCLUSIONES TERCERA PARTE.

Capítulo 4

1. La conducta típica del delito de falsedad en documentos sociales es la de “falsear”.

2. Los documentos a los que se refiere el art. 290 CP tienen una función de prueba, garantía y perpetuación para los usuarios de dicha información.

3. El art. 290 CP no especifica las modalidades de acción con las que se puede falsear, por lo que es necesario acudir a las conductas del art. 390 CP para dar contenido a este extremo.

4. Las cuatro modalidades falsarias son: alterar el documento en algunos de sus elementos o requisitos de carácter esencial, simular un documento en todo o en parte de manera que induzca a error respecto de su autenticidad, suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho y faltando a la verdad en la narración de los hechos. Las tres primeras son falsedades materiales y la última es la denominada falsedad ideológica.

5. Se ha prestado especial atención al posible encaje de la denominada «contabilidad creativa» en el art. 290 CP por las específicas problemáticas que suscita y por el debate al respecto. En este trabajo se ha considerado que la contabilidad creativa en un conjunto de posibilidades que la normativa contable, concretamente el PGC, permite elegir así como a la utilización de las omisiones que este haga, siempre que se emplee como herramienta para una mejor representación, que más refleje la realidad de la empresa, que los hechos contables de esta. Desde este concepto se han descartado como posibles instrumentos de «contabilidad creativa» prácticas tales como creación de facturas, representación de impagos a la seguridad social etc, y también a la que se ha llamado «aparente contabilidad creativa». Es decir, prácticas que utilizando las mencionadas opciones del PGC, o sus omisiones, se hace faltando a la

verdad en la narración de los hechos. La propuesta que se ha hecho es la de considerar que efectivamente se podrá determinar que los hechos expresados en unas cuentas anuales no responden a la verdad en la narración de los hechos cuando habiendo utilizado determinadas técnicas contables y expresando en el Informe de gestión y en la Memoria el por qué del criterio de la selección de estas técnicas, la motivación no corresponda con la realidad por su inadecuación conforme a lo razonable. Esta valoración se realizará conforme al criterio de aceptación social o, como he preferido llamarlo, el criterio de lo aceptado en el ámbito concreto de la correcta administración o correcta gestión que permitirá revelar una falsedad ideológica o no. Pero además sea ante las técnicas aparentes de contabilidad creativa o aquellas mencionadas que nunca tendrá esta consideración -ni siquiera de apariencia- ante falsedades normales, es decir, con conductas falsarias del art. 290 en relación con el art. 390, el tipo exige que exista, al menos una puesta en peligro del patrimonio de sociedad, socios o terceros, por lo que se deberá hacer con consiguiente análisis *ex ante* y *ex post*

6. Las omisiones en la información societaria no son auténticas omisiones porque estas constituirán siempre una conducta activa: se documenta (conducta activa) con una omisión de datos u ocultación de datos.

7. Respecto de la consumación, la consumación total, global o absoluta, analizados los momentos parciales de consumación frente a cada uno de los bienes jurídicos tutelados a través del art. 290 CP, sólo habrá que verificar que se presenta una consumación tanto frente a la lesión de la funcionalidad del documento como frente al patrimonio, para poder hablar de la verdadera consumación de este delito, con los criterios ahora expuestos.

8. Para la consumación parcial del delito, respecto a la funcionalidad del documento será necesario el uso de éste, por lo que resulta equivocado hablar de la consumación de una falsedad sin que el documento se desprenda del autor. El momento de consumación parcial será diferente según el tipo de documento que se haya falseado

9. Una vez verificado lo anterior se deberá valorar de manera inexcusable la idoneidad lesiva o la lesión para el patrimonio de la mentada falsedad (consumación parcial respecto de la afectación del patrimonio) y ello requiere de un análisis *ex ante* y *ex post*, haciendo uso de la herramienta analítica de la imputación objetiva.

11. Cuando estemos ante el supuesto del art. 290.1 CP, comprobada una falsedad, será necesario verificar el peligro hipotético del patrimonio respecto del juicio de idoneidad *ex ante* se estableció dos criterios que permiten hacer una valoración de éste. El primero de ellos responde al análisis de los deberes de lealtad y diligencia hacia la empresa. En segundo lugar, también como criterio *ex ante* y en relación directa con el elemento de error inmerso en la conducta falsaria es necesario valorar la idoneidad de que la falsedad induzca a error, de modo que pueda poner en peligro al patrimonio, lo cual se deberá comprobar conforme a criterios de imputación objetiva y atender a si ésta podría inducir a error al hombre medio ideal.

12. Por último, será necesario un análisis *ex post* y se tendrá que verificar que ese peligro para el patrimonio de socios, sociedad o terceros, observado *ex ante* desde la perspectiva previa a la actuación del sujeto, se materializa bien sea en la efectiva aptitud de ponerlo en peligro o directamente en su lesión. Como se dijo el destino del documento y la capacidad de inducir a error en relación con el patrimonio de la falsedad serán los criterios que permitirán el análisis. Si para la determinación de la afectación parcial frente a la funcionalidad era relevante el tipo de documento, ahora será determinante para hablar de consumación parcial frente al patrimonio y después de consumación total frente a qué sujeto pasivo se afecta el patrimonio, si sociedad, socios o terceros, pues la consumación se dará antes o después dependiendo de esta circunstancia.

13. En el supuesto del art. 290.2 CP, de resultado de lesión del patrimonio, se exige ya una lesión en el patrimonio, por lo que nos encontramos ante un delito de lesión que deberá ser analizado conforme a las normas de la imputación objetiva que en este caso no presentan mayores dificultades, para comprobar que el riesgo generado *ex post* resulta en una efectiva lesión del patrimonio.

14. Sin perjuicio de lo anterior, en términos generales he considerado que el momento en el que normalmente se dará la consumación parcial a la afectación de la funcionalidad del documento, será el momento en el que se presente el documento a la Junta General.

15. Sin embargo, el momento de consumación total o global no se dará hasta que, con un análisis *ex ante* y *ex post*, se verifique la puesta en peligro hipotético del patrimonio y, en este sentido, también en términos generales, considero que para que cumpla los requisitos desgranados en el análisis de ambos momentos, el recorrido que tenga el documento será de especial relevancia y además diferente dependiendo de quién sea el sujeto pasivo. En este sentido parece que *ex ante* esa idoneidad será tal en el caso de que ponga en peligro el patrimonio de terceros, cuando el o los documentos se hagan públicos y se inscriban en el Registro Mercantil. Por el contrario, cuando la idoneidad para poner en peligro el patrimonio sea para la sociedad o para terceros, parece que el momento consumativo coincidiría con la aprobación del documento en la Junta General, pero siempre y cuando según el juicio de idoneidad ésta efectivamente se verifique.

16. No se encuentran castigadas las conductas preparatorias que se pueden presentar para la realización del art. 290 CP, ni tampoco se considera punible su tentativa. El delito de peligro hipotético configurado en el art. 290.1 CP, por su estructura y contenido parece recoger lo que sería la posible tentativa respecto al delito del art. 290.2 CP. Si efectivamente el legislador, al establecer esta modalidad delictiva lo que hace es recoger el desvalor de la tentativa del delito del segundo inciso, estaríamos ante una tentativa elevada a delito autónomo, frente a la cual no sería conveniente aplicar la sanción penal, pues se llegaría a la punición de una tentativa de la tentativa, contrariando las razones de política criminal que invocan la construcción de un Derecho penal mínimo en el que un dispositivo amplificador como es la tentativa, no pueda ampliarse aún más. Ahora bien, respecto al art. 290.2 CP, aunque en principio puede caber perfectamente la tentativa, como entendemos es ésta la que se recoge en el inciso 1, esto es en el art. 290.1 CP, no tiene ya ningún sentido hablar de

tentativa en este delito de falsedad en documentos, pues ésta fue elevada a un tipo autónomo en el primer inciso de la norma en mención

Capítulo 5

1. Se entenderá que son documentos las cuentas anuales y otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad, siempre y cuando existan en un soporte material; el soporte a falsear donde estén las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación de la empresa es indiferente que sea en un soporte de papel o informático, por tanto siempre que se dé el requisito de la materialidad del documento no importará el soporte concreto.

2. El CP diferencia los documentos privados de los públicos, los oficiales o los mercantiles y, en concreto, consagra la diferencia entre los primeros y los últimos. Este criterio de clasificación de los documentos conforme a la tipología es, además, el que estructura sistemáticamente el capítulo de las falsedades. La diferencia es de una importancia exquisita no sólo a efectos de la pena que lleva aparejada la falsificación de uno y otro supuesto, sino también a efectos de la coherencia del propio Código, la diferente regulación en relación a las falsedades ideológicas y materiales, y las soluciones que se podrían ofrecer de manera subsidiaria frente a la no aplicación del art. 290 CP (por no concurrir en los hechos todos los elementos del tipo), o incluso para castigar al *extraneus*.

3. A mi entender, considero que si el legislador penal lleva a cabo una clara equiparación entre documentos públicos, oficiales y mercantiles, desde una perspectiva material será necesario que estos últimos tengan una relevancia jurídica análoga a la que manifiestan los primeros, es decir, que para ser considerados como tales tengan algo que de alguna manera los caracterice de manera semejante al documento público y al oficial.

4. Desde mi punto de vista es correcto optar por un concepto restrictivo de documento mercantil. La interpretación que hace el TS me parece insuficiente. Por tanto, deberá acudir a los otros criterios (ejecutividad, posibilidad de

endoso, solemnidad, obligatoriedad, etc.) expuestos por la doctrina. De la consideración de que la diferencia fundamental entre los documentos públicos y los documentos privados es la eficacia que los primeros tienen respecto a terceros, se desprende una doble consecuencia: la posibilidad que tiene un documento público falso de perjudicar a un tercero ajeno al propio documento y la especial relevancia que tiene este tipo de documento en el tráfico jurídico.

5. Sólo serán considerados documentos mercantiles aquellos que, teniendo específica consideración dentro del marco del comercio, tengan especiales características de solemnidad y publicidad. Sólo serán documentos mercantiles aquellos respecto de los cuales el CCom, la LSC, Ley de Mercado de Valores (u otras específicas como podrían ser la Ley de Fundaciones, asociaciones, dado que el CP recoge un concepto amplio de sociedad) recojan especiales deberes de publicidad y solemnidad. Con esto se ha de tener presente que también en las sociedades hay documentos privados, cuya falsedad, en su caso, será castigada como falsedad en documento privado, si se dan todos los requisitos del tipo penal del art. 395 CP.

6. Hay que tener en cuenta que la introducción de este art. 11 de la LSC tiene una evidente importancia porque, según el tenor de la ley, parece que las empresas que tengan obligación de tener página web de la sociedad, y las que no teniendo obligación hagan uso de esta posibilidad, verán tener efectos jurídicos a las publicaciones que en ese espacio se publiquen, una vez que se tenga la aprobación en el BORM, lo que hace que se entienda que todo aquello que sea publicado en el sitio web tendrá efectos de publicidad: los mismos que genera la publicación en el BORM, en aquellos documentos que deban ser inscritos obligatoriamente en éste. Igualmente, la página web de la sociedad se convierte en un importante instrumento para realizar las comunicaciones entre la sociedad y los socios, siempre y cuando estos últimos hubiesen aceptado tal medio. El contexto comunicativo entre la sociedad y el público, y entre la primera y los socios cambia considerablemente, y también tiene relevancia a efectos de la publicidad de la información, pasando a ser la página web un medio de publicidad tan válido como la inscripción en el Registro Mercantil y posterior publicación en el BORM.

7. Las cuentas anuales son claro objeto material del delito del art. 290 CP. El Real Decreto 1514/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad constituye, tal y como dice la misma norma, el desarrollo reglamentario en materia de cuentas anuales individuales de la legislación mercantil.

8. El nuevo Plan General de Contabilidad está dividido en cinco partes: Marco conceptual, Normas de Registro y Valoración, Cuentas anuales, Cuadro de cuentas y Definiciones y relaciones contables.

9. La contabilidad tiene por tanto como objeto material la realidad económica social, y el método contable es la forma de transformación de esa información. El método contable es un conjunto de principios y de acuerdos, tanto conceptuales como instrumentales, cuyo objetivo es el análisis y la selección de los hechos de carácter económico con significación patrimonial, la interpretación, medición y valoración de tales hechos, así como la transmisión de éstos a los diferentes usuarios de la información a través de los estados contables de síntesis.

10. Históricamente la información contable ha sido utilizada para diferentes fines pero, a día de hoy, el objetivo de mayor aceptación es, como se ha dicho, el de información, que está destinado a facilitar el proceso de toma de decisiones de sus usuarios.

11. Las cuentas anuales son el instrumento mediante el cual se manifiesta el patrimonio o la situación económica así como los resultados económicos de “la empresa en funcionamiento” en cada ejercicio de explotación. Por su importancia, el CCom, en la sección II del Tít. III se refiere a la Contabilidad de los empresarios y en concreto a las cuentas anuales, y a su vez la LSC, en el art. 253, detalla minuciosamente la regulación referida a éstas.

12. El CCom, en su art. 28, dispone dos Libros societarios obligatorios: El Libro de Inventarios y Cuentas anuales y el Libro Diario. Este segundo libro obligatorio, el libro Diario, será el que registrará día a día todas las operaciones relativas a la actividad de la empresa.

13. Pero hay además un tercer libro obligatorio para las sociedades que es el que dispone el art. 26.1 CCom: el Libro de Actas, en el que constarán, al menos, todos los acuerdos tomados por las juntas generales y especiales y los demás órganos colegiados de la sociedad, con expresión de los datos relativos a la convocatoria y a la constitución del órgano, un resumen de los asuntos debatidos, las intervenciones de las que se haya solicitado constancia, los acuerdos adoptados y los resultados de las votaciones.

14. Por tanto, lo primero que ha de advertirse es que si bien el art. 290 CP hace referencia tan sólo al libro de cuentas anuales, son otros dos los libros que deben llevarse obligatoriamente por parte de una sociedad; obligación legal que nace, justamente, por el hecho de que son los que reflejan, especialmente, la situación jurídica y económica de la sociedad.

15. Es el art. 34 CCom el que concreta la obligación de que al cierre del ejercicio el empresario deberá formular las cuentas anuales de su empresa, que comprenderán: el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria. Se advierte que estos documentos forman una unidad y que deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. La información contenida en las cuentas anuales debe cumplir determinados requisitos con el fin de garantizar la eficacia que dicha información suministra a sus usuarios; estos son: identificación, oportunidad, claridad, razonabilidad, economicidad, imparcialidad, objetividad, verificabilidad. La relevancia es la capacidad que tiene la información contable de proporcionar datos adecuados para tomar decisiones, lo que implica la capacidad de mostrar y predecir las consecuencias de hechos pasados, presentes y futuros, y de confirmar o corregir las expectativas previas.

16. Las cuentas anuales están compuestas por el balance, la memoria, la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado de cambios en el patrimonio neto, los estados de flujos de efectivos, el Informe de gestión y el Libro diario. Las cuentas

anuales serán aprobadas en la Junta General y una vez aprobadas deberán ser presentadas en el Registro Mercantil para su posterior publicidad.

17. El balance es el instrumento destinado a exponer los aspectos tanto estáticos como dinámicos del patrimonio, a partir de la apreciación del hecho patrimonial. La misión del balance es la de determinar el resultado económico del negocio y la situación del patrimonio social de la empresa y, por tanto, es el elemento contable fundamental de la sociedad.

18. La memoria tiene como objeto, completar, ampliar y comentar la información existente entre el Balance y la Cuenta de Pérdidas y Ganancias dada la insuficiencia informativa derivada de las limitaciones técnicas del balance. Pero su contenido no tiene un valor residual, sino que tiene una importancia sustantiva que justifica una nueva denominación del epígrafe dentro de la LSC: la memoria. Tratará con palabras y no ya de forma numérica la información recogida en el resto de elementos contables.

19. La cuenta de pérdidas y ganancias es el elemento contable que refleja, dividido por partidas, los beneficios o pérdidas de cada ejercicio social. Al igual que sucede con el balance, la complejidad de las partidas hace que haya modelos diferenciados para cada tipo de sociedad y por tanto existirá lo que la LSC denomina Cuenta de pérdidas y ganancias plena y Cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

20. El estado de cambios del patrimonio neto tiene dos partes. La primera refleja exclusivamente los ingresos y gastos generados por la actividad de la empresa durante el ejercicio, distinguiendo entre los reconocidos en la cuenta de pérdidas y ganancias y los registrados directamente en el patrimonio neto. La segunda contiene todos los movimientos habidos en el patrimonio neto, incluidos los procedentes de transacciones realizadas con los socios o propietarios de la empresa cuando actúen como tales. También se informará de los ajustes al patrimonio neto debidos a cambios en criterios contables y correcciones de errores.

21. El art. 35.4 CCom determina cómo el estado de flujos de efectivo pondrá de manifiesto, debidamente ordenados y agrupados por categorías o tipos de actividades, los cobros y los pagos realizados por la empresa, con el fin de informar acerca de los movimientos de efectivo producidos en el ejercicio.

22. El informe de gestión habrá de contener una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación de la sociedad, junto con una descripción de los principales riesgos e incertidumbres a los que se enfrenta.

23. La cláusula “y otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad” configura una tipología en blanco que tiene vocación omnicomprendensiva, y que deberá concretarse, en cada caso, con ayuda de la normativa extrapenal.

24. En primer lugar, el documento habrá de reflejar circunstancias que por su finalidad, contenido y naturaleza deban reflejar la situación jurídica o económica de la empresa. Por situación jurídica he considerado han de entenderse todas aquellas circunstancias que resulten necesarias para representar una situación o estatus jurídico concreto de la sociedad, y por situación económica deberán entenderse todas aquellas circunstancias que puedan contener la información necesaria para tener un conocimiento cabal o racional de cuál es el estado patrimonial de la sociedad. Se excluyen por tanto los documentos emitidos voluntariamente, es decir no obligatorios por la ley ni que tampoco de ellos se exija reflejar la imagen jurídica o económica.

25. En segundo lugar, se excluyen también por los motivos expuestos aquellos documentos que no sean emanados de la sociedad.

26. En tercer lugar la información falsificable debe estar contenida en un documento mercantil. Y siendo así, éste tendrá que tener los caracteres propios de publicidad y/o solemnidad exigidos para éste.

27. En cuarto lugar, los documentos tendrán que estar dentro de la esfera del administrador, precisamente por la posición que ocupa y que la ley recoge en la calidad especial que exige el tipo.

28. Por tanto, serán objeto material el Libro de Inventario y Cuentas Anuales (incluidas las cuentas trimestrales y las extraordinarias) que expresamente está recogido en el tipo y que ya se ha analizado en profundidad. Pero también el Informe de Gestión (art. 262 LSC), el Libro Diario (art. 28 CCom) al cual ya se ha hecho referencia anteriormente, así como el Libro de Registro de Socios del art. 104 LSC, el Libro de Actas que trae el art. 26 CCom y el Libro de Registro de las Acciones Normativas del art. 116 LSC.

29. También lo serán documentos de carácter mercantil, que entran en la esfera del administrador de la sociedad y que recogen la situación jurídica con un componente económico de la sociedad como: la inscripción de la operación de aumento de capital (art. 296 y 297 LSC), el acuerdo de reducción de capital (art. 318s LSC), la escritura de reducción de capital (art. 359 LSC), la escritura de emisión de las obligaciones (art. 407 y s LSC), el acuerdo de fusión (art. 470 LSC), el acuerdo de disolución (art. 364 LSC), o la constitución de sociedad por Holding (art. 471 LSC).

30. La expresión incluirá también a todos aquellos “documentos exigidos por normativa específica o sectorial (banca, seguros, mercado de valores) o por las autoridades administrativas encargadas de su control, como lo es el Banco de España para el sector del crédito, la Dirección General de Seguros para el seguro y, en fin, la exigida por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en función de supervisión e inspección de los mercados de valores”, siempre y cuando sean de obligatoria inscripción en el Registro Mercantil.

31. Estrictamente relacionado con las cuestiones relativas a la situación jurídica de la sociedad, se considerarán incluidos: la escritura de constitución de la sociedad conforme al art. 21 LSC; el informe sustitutivo de los administradores en relación a las aportaciones no dinerarias de la LSA del que habla el art. 70 LSC; la inscripción de nombramiento de los administradores según el art. 215

LSC; el acuerdo de modificación de los estatutos sociales como lo consagran los arts. 285 ss. LSC; el acuerdo de disolución de la Junta General del art. 368 LSC; la escritura pública de extinción de la sociedad que se contempla en el art. 395 LSC, que se llevará por parte de los liquidadores, que asumirán el rol de administrador de Derecho; el acuerdo de separación de socios del art. 349 LSC; y en las sociedades anónimas cotizadas: el reglamento de la Junta General del que trata el art. 513 LSC y los documentos que recojan los pactos parasociales del art. 531 LSC en el caso de que sea el administrador quien haga la inscripción en el Registro Mercantil.

32. No serán objeto material todos aquellos documentos que no sean obligatorios para las leyes mercantiles generales y sectoriales y que realice el administrador independientemente de cuál sea su destino, la convocatoria a las Juntas indicada por el art. 166 LSC tampoco podrá ser considerado uno de los documentos que constituyan el objeto material del art. 290 CP, en este caso por tratarse de documentos que no representan una situación jurídica o económica de la sociedad en el sentido expresado anteriormente y por tanto no están englobados en la esfera de la cláusula utilizada por el legislador. Así también, la lista de asistentes en la constitución de la Junta del art. 192 LSC, la convocatoria de sindicato de obligacionistas del art. 422 LSC; y la convocatoria de la Junta General en el sistema dual que consagra el art. 492 LSC; la propuesta de distribución de beneficios, los documentos relativos a las participaciones recíprocas (art. 155 LSC); el acta de la Junta (art. 202 LSC); el acta del Consejo de Administración (art. 250 LSC); todos aquellos que no sean redactados o elevados a escritura pública e inscritos por el administrador. Algunos de estos casos serán aquellos en los que es el Secretario del órgano colegiado quien inscribe el documento en el Registro Mercantil.

Capítulo 6

1. Se parte de un concepto restrictivo o diferenciador de autor, según el cual no todo aporte causal configura autoría, sino que existen otras formas de intervención como serían las comprendidas en la participación: inducción y complicidad. Dentro de esta concepción la autoría se plantea de una manera

restrictiva, por considerar que es la más adecuada a una idea de Derecho penal mínimo y garantista, de suerte que para abarcar en la descripción típica a algunos de los intervinientes, ésta tenga que verse ensanchada por dispositivos amplificadores como el de la participación

2. La principal consecuencia que se derivará de asumir esta postura, será que nos regiremos en materia de participación por el principio de accesoriedad. Además, de acuerdo con la doctrina mayoritaria será una accesoriedad que, en lo cualitativo será limitada por requerir de una conducta del autor que sea típica y antijurídica, y en lo cuantitativo exige que el autor haya alcanzado, al menos, el inicio de los actos de ejecución de la conducta típica, es decir, la tentativa, que como en el delito examinado no se puede presentar, no será aquí de relevancia.

3. Dado que se mantiene que los delitos especiales caben dentro de lo que se ha llamado “delitos de dominio”, será la determinación positiva y objetiva del hecho (tesis desarrollada por LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO a partir del dominio del hecho propuesto por ROXIN) el criterio que allí se emplee para determinar la autoría, como ocurre en todos los delitos y, de acuerdo a la tesis aquí asumida. Sin embargo, por las particularidades de los delitos especiales, esa determinación tendrá algunas características adicionales frente al delito del art. 290 CP.

4. Estudiando el criterio para la determinación de la autoría y la participación en el art. 290 CP, se llega a la conclusión de que el dominio o la determinación del hecho tiene validez como criterio de identificación de la autoría también en los delitos especiales, entendiendo que en éstos se trata de un dominio o determinación que tiene una característica adicional, como lo desarrolla –aunque con modificaciones (por lo que se la llamará también, en lugar de “social”, “en ámbitos restringidos”). Es decir, se trata un dominio que implica la existencia de una relación de poder del autor respecto a un determinado ámbito social, que podría decirse genera en él ciertos deberes, al darse una vulnerabilidad especial del bien jurídico protegido (derivada de la valoración jurídica que realiza el Derecho penal, de acuerdo a su carácter fragmentario), que será la que permita que se pueda dar, también, la determinación objetiva y positiva del hecho típico

(que sin referirse a lo empírico sino a lo jurídico, sólo puede darse con el cumplimiento de todas las exigencias típicas), que será lo que en última instancia se tenga que verificar para imputar la responsabilidad penal a título de autoría.

5. Si lo que determina la autoría es el dominio social o la determinación objetiva y positiva del hecho en ámbitos restringidos, la cual puede entenderse como una determinación que para configurarse implica el requisito adicional de la calidad especial del sujeto activo, la manifestación de que éste se encuentra en una especial situación de poder o acceso frente al bien jurídico tutelado.

6. Los sujetos activos del delito son los administradores de hecho o de derecho de una sociedad.

7. La protección penal está limitada a aquella lesión de los bienes jurídicos que provenga de los *intrañei* o sujetos calificados, independientemente de que también, en algunos casos, un *extraneus* pudiera lesionar directamente ese bien, pero de una manera irrelevante a efectos de los tipos penales estudiados. Es decir, lo anterior se sostiene sin perjuicio de que los bienes jurídicos «funcionalidad del documento» (bien jurídico colectivo) y «patrimonio» (bien jurídico individual) puedan, eventualmente, ser materialmente vulnerados también por un *extraneus* (sujeto sin la calidad especial indicada en el tipo), pero el ordenamiento quiere limitar el círculo de lesiones sancionadas penalmente a las producidas por un grupo determinado de personas; lo que responde de manera adecuada, como ya se indicó, al principio de intervención mínima.

8. La equiparación del administrador de hecho al de derecho responde a razones claramente político-criminales, porque eran abundantes y evidentes los problemas que suscitaba la anterior regulación desprovista de esta figura reclamada entre la doctrina.

9. Se deberá concretar el ámbito de responsabilidad o de competencia propio del sujeto en cuestión, especialmente cualificado, que hace que se configure para ciertas personas el dominio que materialmente deberá darse sobre la lesión de

los bienes jurídicos tutelados, porque sólo entonces se comprueba que el sujeto tiene acceso real, y no sólo teórico, a la lesión de los bienes jurídicos. Tan sólo podrá afirmarse la autoría de un sujeto en la medida en que además de tener formalmente el estatus requerido por el tipo cumpla los criterios de acceso al bien jurídico en el ejercicio de una función esencial en el ámbito de responsabilidad o competencia del sujeto.

10. En sede penal se acoge la noción mantenida de administrador de Derecho en Derecho mercantil. Es administrador de Derecho de una sociedad mercantil quien tiene aceptado, inscrito y publicado su nombramiento.

11. Se parte de la idea de que no existe un único concepto de administrador de hecho. Sólo a partir de un detallado análisis de la conducta típica (extrayendo de ella las indicaciones en cuanto a la posición privilegiada de lesión de los bienes jurídicos tutelados) se podrá estar en condiciones de delimitar el ámbito de sujetos activos idóneos para los delitos societarios, sin perjuicio de que deba elaborarse con carácter general un concepto genérico de administrador de hecho.

12. En este sentido es fundamental determinar el concepto de administrar que tampoco será unitario para todos los casos. La función de administrar en relación a los documentos sociales a los que se refiere el art. 290 CP está recogida de manera clara por la ley, la cual se puede concretar en tres funciones básicas: 1) La de redacción de las cuentas anuales conforme al criterio de imagen fiel; 2) La de la firma que garantiza que la funcionalidad de los documentos se respete, y no sólo de las cuentas anuales, sino también de todos aquellos documentos que deban ser firmados por ellos y certificados por ellos para ser publicados en el Registro Mercantil; 3) La de ser garantes de la publicidad de los documentos que así lo exijan que, en última instancia, es lo que califica al documento de mercantil.

13. Entiendo que tanto el concepto de administrar como los de administrador de hecho o de derecho han de tener un contenido mínimo común para todas las figuras delictivas que prevean como sujeto activo del delito a uno de ellos, por lo

que su ámbito de actuación y control será el de administrar, y se configurará por tanto como un delito especial propio, el que sólo puede realizar el administrador de hecho o de derecho. Pero posteriormente, en atención al tipo y sobre todo al bien jurídico protegido, se deberán determinar las peculiaridades específicas propias de la figura del administrador para ese tipo. Se configuran entonces como delitos especiales, en tanto en cuanto se entiende que esas conductas societarias puede llevarlas a cabo quien ostenta el poder societario conforme al tipo. Este poder reside de manera fundamental en la capacidad de decisión o de disposición autónoma en un ámbito previamente acotado por la normativa legal o por el contrato de sociedad, es decir, tendrá que tener algún tipo de legitimación jurídica.

14. Las claras funciones que el ámbito mercantil otorga a los administradores en relación a los documentos sociales, que son objeto material del art. 290 CP, no se pueden desatender, porque es legalmente un ámbito cerrado y acotado a los administradores de derecho, así que se debe dar necesariamente una interpretación restrictiva de los administradores de hecho en este tipo.

15. Acepto por tanto, conforme lo anterior, aunque sólo en parte, la tesis mercantilista. Considero que los supuestos de administrador de hecho quedan reducidos a los supuestos de: nombramiento de administrador sin publicidad, administradores sobre los que pesa una causa de prohibición o incompatibilidad, y administradores con cargo caducado que a pesar de esa circunstancia continúan ejerciendo la administración.

16. No son supuestos de administrador de hecho: la administración judicial que considero a efectos penales configura un administrador de derecho, así como lo son también los liquidadores; tampoco lo son los auditores de cuentas, el presidente de la Junta General, ni el letrado asesor.

17. El art. 31 CP referido al actuar en lugar de otro y la delegación voluntaria de funciones es de imposible aplicación al art. 290 CP. La primera parte del artículo es irrelevante frente al art. 290 CP porque allí ya se recoge la calidad del sujeto activo de ser administrador de hecho o de derecho del ámbito específico del que

se trata, que son las sociedades, y la figura del administrador de hecho se deberá interpretar en el sentido ya explicado.

La delegación de funciones está prohibida en relación a las cuentas anuales conforme al art. 249 LSC. Pero tampoco son delegables el resto de documentos objeto material de este delito, que justamente se han determinado por quedar en la esfera del administrador y que, por su importancia, el órgano de administración de la empresa -sea unipersonal o colegiado- no podrá delegar. En relación a la delegación voluntaria de funciones considero que esta posibilidad también es imposible, en el sentido de que en este delito resulta clara la incapacidad del administrador de facto de realizar el tipo previsto, por lo que sin ánimo de ser repetitiva me remito a esa parte.

18. El hecho de que una persona ostente el cargo de administrador será al máximo un indicio de la autoría de ese sujeto pero no una condición suficiente, ya que habrán de darse el resto de condiciones, es decir, su material y real acceso al bien jurídico y el dominio positivo y objetivo de la conducta típica en concreto, es decir: que determine el sí y el cómo de la ejecución, haciéndola avanzar.

19. Además, al ser el delito del art. 290 CP un delito especial propio, deberá tenerse en cuenta, ante todo, que regirán las reglas de autoría y participación previstas específicamente para esta clase de delitos. Aquí se parte de entender que nunca un *extraneus* podrá ser autor sino tan sólo –si cumple con los requisitos- partícipe, precisamente porque lo contrario llevaría a negar toda la lógica de la restricción que plantean los delitos especiales, tal y como aquí se ha abordado.

20. Los supuestos de autoría directa no presentan mayores complicaciones, pues se trata del más sencillo supuesto en el que el sujeto activo realiza por sí mismo la conducta descrita en el tipo.

21. La coautoría, de acuerdo al criterio aquí asumido de la determinación objetiva y positiva en ámbitos restringidos, se rige por el criterio de imputaciones

recíprocas, e implica que varias personas determinen el sí y el cómo del hecho. No surgen por tanto mayores problemas.

22. Sobre la responsabilidad en órganos colegiados, esta responsabilidad se deberá determinar conforme a las reglas generales de la autoría y la participación. En concreto, la cuestión que se debe responder en relación a la responsabilidad en órganos colegiados es cuál es la responsabilidad individual por la participación en la adopción de una decisión en el seno un órgano colegiado, es decir, el ¿Cuándo y cómo? La respuesta es: en el momento que se especificó de la consumación y a través de la coautoría.

23. La adopción del acuerdo por el Consejo de Administración no será más que un paso para la consumación del tipo, Se tratará por tanto de un mero acto preparatorio, que no se castiga, y en su caso, si siguen avanzando los hechos, en un paso más tendente a esa consumación. En cuanto a las votaciones que en su caso, si siguen avanzando los hechos serán de relevancia para la toma en consideración de una eventual autoría, se ha considerado que solo el consejero que vote a favor del acuerdo podrá ser posteriormente responsable.

24. Respecto de la autoría mediata puede concluirse que es posible realizar el delito del art. 290 CP a título de autoría mediata, siempre y cuando tanto el autor mediato como el instrumento tengan la calidad de *intraanei*. Considero que fuera de estos casos la conducta del *extraneus* quedará irremediabilmente impune, porque siendo éste un delito especial propio no habrá un delito común paralelo, aunque podrá analizarse si parte de su conducta constituye otro delito: estafa, amenazas, coacciones.

Capítulo 7

1. El ordenamiento jurídico penal español asume un concepto diferenciado de la autoría y la participación. Adicionalmente adopta una postura restringida de la autoría, en el sentido de que se entiende que los tipos de la Parte especial, y entre ellos claramente el del art. 290 CP, sólo abarcan la conducta del autor y, por ello, para poder castigar a los partícipes –en sus diferentes modalidades- se

requiere de la cláusula amplificadora de los arts. 28 y 29 CP que consagran las formas de participación.

2. Se requiere que la inducción se dirija a hacer que el otro cometa la conducta específica recogida por el art. 290 CP. El inductor también debe actuar con dolo, no se acepta la punición de la participación imprudente. Tampoco se acepta la inducción si el autor ya estaba determinado a la comisión del delito. El medio para realizar la inducción puede ser cualquiera idóneo.

3. No encuentro ninguna dificultad particular frente al art. 290 CP para que pueda concurrir la cooperación necesaria, aceptando que desde que se introdujo la cláusula del art. 65.3 CP, por la cual se podía castigar al *extraneus* se hará con una atenuación de la pena. Sin embargo, es reseñable la dificultad de que se presente una participación de carácter necesario frente al art. 290 CP. Así, por ejemplo, se deberá analizar conforme el criterio de la escasez, el que se ha adoptado en este trabajo, la posible calidad de necesaria de la participación del contable y del secretario.

4. En la mayoría de los casos será en la cooperación necesaria donde quepa la conducta del “coautor en sentido material”, pero no jurídico, esto es de quien interviene como lo haría un coautor pero sin tener las calidades exigidas en el tipo penal.

5. Respecto a la complicidad considero que si al cooperador necesario e inductor *extraneus* se les puede poner una pena inferior en grado con motivo de no reunir las condiciones que requiere el tipo, aun siendo partícipes, me parece acertado que se interprete que también el cómplice, y con más razón, debería poder beneficiarse de esa rebaja, además de la establecida expresamente en el art. 63 CP por una analogía *in bonam partem*.

Capítulo 8

1. El legislador ha optado por no castigar a título de imprudencia ninguno de los delitos societarios existentes en el CP de 1995 y esta opción ha sido bien valorada por la doctrina.

2. Siguiendo a LUZÓN PEÑA parto de un concepto por el que el dolo es el “conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos objetivos del tipo total de injusto, tanto los de su parte positiva o tipo indiciario, como los de la parte negativa del tipo, es decir, la ausencia de los elementos de causas de atipicidad o de exclusión de la tipicidad y de causas de justificación; unos y otros son los presupuestos de la antijuridicidad o prohibición penal”.

3. Se parte en este trabajo de un dolo subjetivamente malo porque el sujeto conoce todos los elementos del tipo, positivos y negativos, independientemente de que el sujeto conozca la prohibición

4. En el art. 290 CP se deberá determinar en la parte subjetiva el dolo de peligro, el cual podrá ser de primero, o segundo grado, o también dolo de peligro eventual.

5. En el art. 290 CP no concurre ningún elemento subjetivo diferente del dolo ni tampoco hay razones que justifiquen la conveniencia de tal elemento.

6. Con todo esto y conforme al concepto de dolo ofrecido anteriormente, éste debe englobar todos los elementos constitutivos del tipo objetivo, tanto de la parte positiva como negativa. Descomponiendo el art. 290 CP se tiene que sus elementos constitutivos, y por tanto los que deben ser abarcados por el dolo, son: a) calidad del sujeto activo: que sea administrador de hecho o de derecho de una sociedad constituida o en formación. De esta calidad así como de la naturaleza societaria de la empresa tendrá que ser consciente el sujeto activo para que se pueda predicar su actuación dolosa; b) conducta típica: falsear. El sujeto deberá conocer que está falseando y deberá quererlo; c) objeto material: el falseamiento anterior debe recaer en las cuentas anuales o en los otros

documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad a los que se refiere el tipo; d) la idoneidad para causar perjuicio y en este sentido, en el inciso 1 del art. 290 CP, se exige idoneidad de la conducta para poner en peligro el patrimonio: que la anterior conducta sea idónea para causar perjuicio económico a la sociedad, los socios o los terceros; y en el inciso 2 la idoneidad de la conducta para lesionar el patrimonio.

7. La cuestión más compleja es la de determinar el dolo de peligro en relación a la idoneidad de la conducta y las diferentes formas en que se puede realizar: dolo directo de primer grado, segundo grado y dolo eventual, porque considero que, efectivamente, la conducta se puede cometer por dolo eventual que se dará todas las veces que el sujeto, aun no queriendo con su conducta causar perjuicio al patrimonio de la sociedad, socios o terceros, acepta que pueda ponerlo en perjuicio con su actuación y por ello no deja de hacerla. Sin embargo, si el sujeto confía con un mínimo fundamento, atendiendo a las posibilidades objetivas de que no concurrirá esa puesta en peligro o que pueda evitarlo, entonces no estaremos ante un caso de dolo eventual en el sentido expuesto al inicio de este capítulo, sino ante una imprudencia consciente la cual es impune.

8. Concurrirá un error de tipo (y por ende se deducirá la inexistencia del dolo) cuando haya una ausencia del elemento intelectual o conocimiento de los elementos del tipo, y el error sobre cualquier elemento del tipo, excluye en todo caso el dolo.

9. Cuando hay un error en la calidad del sujeto. Éste sería muy probablemente de tipo vencible porque las posibilidades de comprobación estarían plenamente a su alcance. Como este delito no está contemplado a título de imprudencia, la conducta quedaría impune conforme al art. 290 CP. Sin embargo, si cumple el resto de requisitos, podría incurrir en una falsedad en documento privado del art. 395 CP o en su caso en una falsedad en documento mercantil del art. 390 CP.

10. Cuando hay un error en la acción de falsear, es decir, si el sujeto no sabe que con su acción está cometiendo una falsedad relevante que pudiera inducir a error en la esfera del tráfico jurídico en que se mueva dicho documento, se

estará ante un error de tipo. Como en el supuesto anterior, lo más probable es que sea de tipo vencible, pero no existiendo el falseamiento de documentos sociales imprudente la conducta quedaría impune; consecuencia que, en estos términos y atendiendo al principio de *ultima ratio* del Derecho penal, no valoro de manera negativa.

11. Respecto del error en el objeto material, pueden acontecer dos variantes. La primera, que el sujeto activo crea que el objeto sobre el que realiza la acción falsaria no es un documento que pueda incluirse en las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad. La segunda, que el sujeto crea que sí se trata de un documento perteneciente a las categorías típicas, pero en realidad no sea así. En el primer caso habría que admitir un error de tipo sobre un elemento normativo que excluiría la responsabilidad penal en caso de ser invencible, mientras que si fuera vencible sería impune, al no preverse la modalidad imprudente de la conducta. En el segundo de los supuestos el sujeto actúa sobre un objeto material inidóneo con error inverso, de forma que no da lugar a exigir responsabilidad penal.

12. Con respecto al objeto material estaremos por tanto, en estos supuestos, ante un error de tipo.

13. El error en la idoneidad para causar perjuicio se dará cuando el sujeto no supiese que con su conducta se pudiese poner en peligro de manera idónea el patrimonio de los sujetos pasivos y causarles un perjuicio patrimonial. Nuevamente habrá que valorar si el error es de tipo vencible o invencible, siendo que si es del primer tipo la conducta quedará igualmente impune debiendo atender a si la conducta del sujeto podría encajar en otros tipos de falsedad, nuevamente en el art. 392 o 395 CP. Y aquí lo que a mi entender se deberán analizar son las circunstancias que rodeaban al sujeto y si éste las conocía o no, datos sin los cuales el sujeto no hubiera podido conocer si su comportamiento falsario se ajustaba o no a la forma idónea exigida por el tipo.

14. Pensar un supuesto de error de prohibición en este delito se torna realmente complicado pero si llegado el caso se produjera, este sería vencible (aunque se

debe comprobar en cada caso) porque lo normal es que hubiera habido motivos (ámbito específicamente regulado) para informarse, o en todo caso, como se dijo en este trabajo, el administrador para tomar decisiones hubiera debido de conocer todas las posibilidades a su alcance para tomar una decisión.

Capítulo 9

1. El art. 290 CP se encuentra en relación de especialidad con el art. 392 CP.
2. La relación entre el art. 290 CP y el art. 248 CP será por lo general la de concurso medial siendo que la falsedad será medio para cometer la estafa.
3. En principio existirán tantas falsedades como documentos falsificados a excepción de que ésta se dé en aquellos documentos que tengan una unidad, es decir, las cuentas anuales, o que sean necesarias todas las falsedades para lograr el peligro hipotético que exige el tipo porque de manera independiente cada una de ellas no tengan la suficiente capacidad para afectar de manera hipotética al patrimonio.
4. La relación entre el art. 291 y 290 se resolverá en favor del art. 290.1 o 2 (dependiendo de la lesión o no del patrimonio precepto que absorbería todo el injusto del art. 291 CP). Es de aplicación por tanto en todo caso el art. 290 CP conforme al principio de consunción.
5. Los supuestos entre los art. 290 y 292 CP se resolverán por aplicación del principio de consunción en favor del art. 290 CP.
6. Para determinar la relación entre el art. 290 y 295 he considerado necesario diferenciar dos supuestos: el primero cuando se comete en primer lugar una administración desleal y para ocultarla se realiza un falseamiento típico del art. 290 CP. El segundo aquel en el que se produce un falseamiento de las cuentas de la sociedad, art. 290 CP, y aprovechando este medio se comete una administración desleal, art. 295 CP. En el primero de los casos estaremos ante

un concurso real y en el segundo un concurso de leyes entre ambos preceptos siempre que no se cause perjuicio a patrimonios diferentes.

7. Entre el art. 290 y 310 CP existe un concurso ideal de delitos.

8. En la relación entre el art. 290 y 261 CP se aplicará en todos los supuestos planteados el art. 290 CP por aplicación del principio de consunción.

9. Con el art. 282 bis CP éste debe prevalece por ser ley especial frente al art. 290 CP por tener mayor pena y por el contexto en el que se produce el tipo, el mercado de valores.

CONCLUSIONI DEL LAVORO DI RICERCA

1. L'impronta generale dei reati societari si trova nel fatto che si tratti di condotte che si pongono in essere nell'ambito di una società, da parte delle persone che in qualche modo compiono funzioni in relazione alle decisioni della società. Situazione, questa, che permette loro una maggiore facilità al momento di ledere l'ente, i soci o i terzi.

Sono due, in conseguenza, i pilastri della nozione di reato societario: il concetto di società e il potere all'interno di essa.

2. Sul rapporto tra il diritto penale societario e il diritto penale dell'economia è stato considerato che il primo fa parte del secondo, indipendentemente dal fatto che nella materializzazione delle fattispecie di reati societari il bene giuridico tutelato sia (almeno nell'art. 290 CP) di titolarità privata.

3. La giustificazione della creazione di fattispecie proprie dei c.d. reati societari è dovuta alla tutela di beni giuridici. Dunque, i reati societari si legittimano soltanto quando abbiano come fondamento il bisogno di proteggere beni giuridici di rilievo dalle aggressioni più gravi e a condizione che non esistano altri strumenti adatti alla loro protezione.

4. La particolare giustificazione della creazione di questo reato societario di falsità parte da due fondamenti. Il primo è punire con maggiore severità la falsificazione di alcuni documenti che hanno un significato speciale e, il secondo, è portare a compimento nel modo migliore, i fini sistematici e di prevenzione, in quanto si tratta di un reato proprio inquadrato in un contesto particolare: quello societario.

5. Nell'art. 290 CP vengono tutelati due beni giuridici: uno di natura individuale: il "patrimonio"; e altro di natura collettiva: la "funzionalità" dei documenti". Essi vengono protetti in modo immediato e fra loro esiste una connessione speciale.

6. Nell'art. 290 CP si è davanti ad un reato proprio esclusivo.

7. La funzionalità del documento si tutela con la tecnica del reato di lesione, e il patrimonio con quella dei reati di pericolo ipotetico, essendo entrambe di carattere proprio (esclusivo) giacché la tutela viene limitata anche a uno specifico cerchio di autori, fuori dai quali la stessa condotta non costituisce reato alcuno.

Riguardo la protezione del patrimonio attraverso il pericolo ipotetico si dovrà fare una valutazione *ex ante* e un'altra *ex post*, sull'effettiva lesione o messa in pericolo del patrimonio in concreto.

8. Un'analisi degli obblighi degli amministratori potrà offrire spunti per determinare se da una prospettiva *ex ante* si è potuto mettere in pericolo o meno il bene - patrimonio. Se un amministratore di fatto o di diritto di una società compie in pieno i suoi obblighi davanti alla società, tanto quelli generali come quelli specifici con riferimento al bilancio annuale, si dovrà capire che, *ex ante*, nella redazione del bilancio annuale o di altri documenti che rappresentino la realtà giuridica o economica della società, è molto difficile che vi sia un pericolo per il patrimonio. Anche come criterio *ex ante*, e direttamente relazionato con il componente dell'errore della condotta di falso. Da ultimo, bisognerà fare una analisi *ex post* in cui venga verificato che quel pericolo per il patrimonio dei soci, della società o dei terzi, previamente accertato *ex ante*, si materializza nell'effettiva messa in pericolo o direttamente nella sua lesione.

9. Per l'accertamento del reato compiuto, con una consumazione totale, globale o assoluta, una volta analizzati i momenti parziali di consumazione rispetto ad ognuno dei beni giuridici tutelati con l'art. 290 CP, si dovrà solo accertare che vi è stata una lesione o messa in pericolo tanto del bene- funzionalità del documento come del bene- patrimonio.

10. La fattispecie del reato di falso in documenti sociali comprende la condotta di "falsificare". L'art. 290 CP non richiede una specifica modalità di azione con cui possa realizzarsi tale falsità, per cui è necessario rinviare alle condotte descritte dall'art. 390 CP per dare senso e contenuto alla condotta di cui parla la norma menzionata.

Riguardo la contabilidad creativa come modalità speciale di commissione del falso, invece, si conclude che si dovrà esaminare in modo uguale a tutte le altre condotte di falso.

11. Come atti si terranno i bilanci annuali e altri documenti che devono riflettere la situazione giuridica o economica della società. Quest'ultima richiesta viene concretata esigendo dagli atti: la loro obbligatorietà, la loro emanazione dalla società, la loro determinazione come documenti mercantili e la loro corrispondenza a una sfera di dominio dell'amministratore.

12. Non potendo essere disconosciute le funzioni che, nell'ambito commerciale, hanno gli amministratori davanti ai documenti sociali che costituiscono l'oggetto materiale dell'art. 290 CP, perché legalmente si tratta di uno spazio riservato agli amministratori di diritto, l'interpretazione di chi possa essere un amministratore di fatto per questa fattispecie dovrà essere estremamente restrittiva. Dunque, in questo lavoro si segue una tesi commerciale su chi siano gli amministratori.

13. Prendendo le mosse dall'idea che i reati propri si trovino dentro la più ampia categoria dei "reati di dominio", la determinazione positiva e oggettiva del fatto, in questi ambiti di restrizione della cerchia di possibili autori, è la tesi che deve guidare le decisioni in materia di concorso di persone, per distinguere tra l'essere fiancheggiatori e la partecipazione.

14. È richiesto il dolo di pericolo e dentro di esso si può accettare anche il dolo eventuale. Le situazioni di errore di diritto, e la concorrenza di esso, saranno poco frequenti in questi tipologie di reato.

15. L'art. 290 CP si trova in un rapporto di specialità rispetto all'art. 392 CP. La relazione tra l'art. 290 CP e l'art. 248 CP è quella di un concorso di reati di mezzi. Il rapporto tra l'art. 290 CP e l'art. 295 CP dipenderà dalle situazioni concrete e sarà un concorso materiale o di leggi a seconda del caso in oggetto. Tra l'art. 290 CP e l'art. 310 CP vi è un concorso ideale di reati. L'art. 282 bis sarà preferibilmente applicato invece dell'art. 290 CP.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VASQUEZ, Manuel: El llamado "derecho penal" del enemigo. Especial referencia al derecho penal económico, en: RPCP 18 (2006), 17-66.

ABRIANI, Niccolò: **Gli amministratori di fatto** delle società di capitali, Giuffrè Editore, Milano, 1998.

ACALE SÁNCHEZ, María/ GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria: Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, en: TERRADILLOS BASOCO, J. (Coord.), **Lecciones y materiales** para el estudio del Derecho penal, Iustel, Madrid, 2012, 177-240.

ACOCELLA, Giuseppe: **Etica, economia, lavoro**: riflessioni sulla democrazia economica, Edizioni Lavoro, Roma, 2007.

AFTALION, Enrique: El bien jurídico tutelado por el Derecho penal económico, en: RCP 2 (1966), 79-91.

ALBRECHT, Hans-Jörg, Investigaciones sobre criminalidad económica en Europa: conceptos y comprobaciones empíricas, en: **Modernas tendencias** en la ciencia del Derecho penal y en la criminología, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, 259-281.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael: **¿Lesión del bien jurídico** o lesión del deber? Apuntes sobre el concepto material de delito, Atelier, Barcelona, 2003.

- Tentativa, consumación y anticipación de la protección penal: iter criminis y Derecho penal económico, en: SILVA SÁNCHEZ, J.M./MIRÓ LINARES, F.(Dir), La teoría del delito en la **práctica penal económica**, La Ley, Madrid, 2013, 549- 577.

ALEGRE SAZ, Luis/BERNE MANERO, Carmen/GALVE GORRIZ, Carmen: **Fundamentos** de economía de la empresa, Ariel, Barcelona, 1995.

ALESSANDRI, Alberto: I reati societari: prospettive di rafforzamento e di riformulazione della tutela penale, en: Riv. It. Dir. Proc. Pen. 2 (1992), 483-509.

- La legge delega n. 366 del 2001: un congedo dal diritto penale societario, en: Corr. Giur. 12 (2001), 1548-1553.
- **Il nuovo diritto penale** delle società, IPSOA, Milano, 2002, 176-200.
- Simbolico e reale nella riforma del diritto penale societario in: Mer. Conc. Reg. 1 (2002), 146-131.
- Il ruolo del danno patrimoniale nei nuovi reati societari, en: Società 7 (2002), 797-814.

ALLEGRA, Giuliano: Posizione e qualificazione del soggetto attivo del reato, en: RP 1949, 161-172.

ALONSO UREBA, Alberto: **La empresa pública**. Aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho Económico, Editorial Montecorvo, Madrid, 1985.

ALZAGA VILLAAMIL, Oscar: **Derecho político español** según la Constitución de 1978, Editoriales de Derecho reunidas, EDERSA, Madrid, 1996.

ANASTASOPOULOU, Ioanna: Deliktstypen zum Schutz **Kollektiver Rechtsgüter**, Verlag C.H Beck, München, 2005.

AMADOR FERNÁNDEZ, Sotero: Contabilidad creativa, en: Gestión 162 (2012), 39-54.

AMAT I SALAS, José Oriol: Problemas de fiabilidad en la información contable y detección de maquillajes, en: Gestión 35 (2005), 5-13.

AMAT I SALAS, Oriol/MOYA, Soledad/BLAKE, John: La contabilidad creativa, en: PD 97 (1977), 24-32.

AMBROSETTI, Enrico Mario/MEZZETTI, Enrico /RONCO, Mauro: *Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli, Bologna, 2008.

AMELUNG, Knut: **Rechtsgüterschutz** und Schutz der Gesellschaft, Athenäum Verlag, 1992.

- El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos, en: Hefendehl, R. (coord.), **La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?**, Marcial Pons, Madrid, 2007, 227-264.

ANDERSEN, Arthur: **Cómo leer las cuentas** de una empresa, Inversor Editores, Madrid, 1998.

ANGIONI, Francesco: **Contenuto e funzioni** del concetto di bene giuridico, Giuffrè Editore, Milano, 1983.

ANTOLISEI, Francesco: *Manuale di Diritto penale, Parte Generale*, 9ª ed. Giuffrè, Milano, 1982.

- **I reati societari**, bancari, di lavoro e previdenza, 12ª ed., Giuffrè, Milano, 2002.

ANTÓN ONECA, José: **Derecho penal, Parte General**, 2ª ed. Akal, Madrid, 1986.

ARGUEDAS SANZ, Raquel: *Contabilidad creativa y estabilidad presupuestarios: ¿un medio inducido por el objetivo?*, en: *RAECA* 63 (2003), 31-33.

ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia: *Bienes jurídicos colectivos*, (en prensa).

ARNEDO AJONA, Laura: **Manipulación contable** y comportamiento del auditor. Un análisis empírico del auditor. Un análisis empírico de las empresas en proceso

de fracaso en España, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2009. (Tesis doctoral inédita).

ARQUERO MONTALO, José Luis/JIMÉNEZ CARDOSO, Sergio Manuel/RUIZ ALBERT, Ignacio: Introducción a la **contabilidad financiera**, Pirámide, Madrid, 2008.

ARROYO DE LAS ERAS, Alfonso: Los delitos de estafa y **falsedad documental**, Bosch, Barcelona, 2005.

ARROYO ZAPATERO, Luis: Fundamento y función del sistema penal: El programa penal de la Constitución, en: RJCM 1 (1987), 97-110.

- Los delitos societarios en el Proyecto de 1992, en: ARROYO ZAPATERO, L. / TIEDEMANN, K. (ed.), **Estudios** de Derecho penal económico, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1994, 57-60.
- Actualidad político criminal de Derecho penal económico en España, en: ARROYO ZAPATERO, L. / TIEDEMANN, K. (ed.), **Estudios** de Derecho penal económico, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1994, 15-24.

ARROYO, Antonio M^a: Así se hace la contabilidad creativa: Artificios e imaginación para bordear (no vulnerar) la ley, en: Consejeros 3 (2006), 52-56.

BACIGALUPO SAGESSE, Silvina: Insolvencia y Derecho penal, en: RDC 13 (2010), 123-138.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: La reforma de las falsedades documentales, en: LL 1996-1, 1668-1672.

- El delito de **falsedad documental**, Dykinson, Madrid, 1999.
- Los delitos societarios en el nuevo Código penal, en: AAMN 37 (1999), 10-29.
- La problemática constitucional de las leyes penales en blanco y su repercusión en el Derecho penal económico, en: **Curso** de Derecho

Penal económico, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Barcelona-Madrid, 2005, 193-206.

- El Derecho penal económico en la Europa Constitucional, en: BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.)/BACIGALUPO SAGGESE, S./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coords.), **Constitución europea** y Derecho penal económico, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, 15-28.

- El nuevo Derecho mercantil contable y el Derecho penal (art. 290 CP), en: BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.)/BACIGALUPO SAGGESE, S./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coords.), **Gobierno corporativo y derecho penal: Mesas Redondas, Derecho y Economía**, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008, 161-172.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: **Derecho penal económico** aplicado a la actividad empresarial, Civitas, Madrid, 1978.

- Oportunidad e inoportunidad de los nuevos delitos económicos, en: PEE 10 (1982), 247-259.

- Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales, en: VV.AA., **Hacia un Derecho penal económico europeo**, Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 de octubre de 1992, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, 63-80.

- El error de prohibición en el Derecho penal económico, en: LH-Sánchez Calero, Vol. 5, 2002, 5489-5496.

- Constitución económica y bien jurídico en: **Diccionario de Derecho penal económico**, BOIX REIG, J. (Dir.)/LLORIA GARCÍA, P. (Coord.), Iustel, Madrid, 2008, 246-250.

- Los delitos económicos como manifestación característica de la expansión del Derecho Penal, en: LH- R. Ramos, 2013, 407-416.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/BACIGALUPO SAGGESE, Silvina: **Derecho penal económico**, 2ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos: Derecho penal económico concepto, contenido y cuestiones comunes, en: BAJO FERNÁNDEZ, M./ PÉREZ MANZANO, M./ SUÁREZ GONZÁLEZ, D. (Aut.), **Manual** de Derecho penal, **Parte Especial**, Delitos patrimoniales y económicos, 2ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, 561-597.

BALCARCE, Fabian: Breve relato sobre la ineficacia de la función político-criminal del bien jurídico penal. En:

http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20081006_02.pdf

BALLESTRINO, Ubaldo: **I problemi generali** dei reati societari, Giuffrè, Milano, 1978.

BARBERO SANTOS, Marino: Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto, en: ADPCP 1973, 484-500.

BARTOLO, Pasquale: I reati di **false comunicazione sociali**, G. Giappichelli editore, Torino, 2004.

BARTULLI, Armando: **Tre Studi sulla falsità in bilancio**. E altre scritti di Diritto penal societario, Giuffrè Editore, Milano, 1980.

BASSOLS COMA, Martín: La constitución como marco de la legislación económica en: EI 349 (2003), 17-28.

BAUMANN, Jüngen: Strafrecht und Wirtschaftskriminalität, en: JZ 1983, 935-939.

BELCREDI, Massimo: À rebours, ovvero: la riforma del “Falso in bilancio”, en: Merc. Conc. Reg. 1 (2002), 132-145.

BERNAL GARCÍA, Juan Jesús/GARCÍA PÉREZ DE LEMA, Domingo: Análisis económico-financiero a partir del nuevo PGC. Ratios financieros, en: EF 261 (2009), 28-37.

BERRUEZO, Rafael: Delitos de dominio y de **infracción de deber**, BdeF, Montevideo, Buenos Aires, 2009.

BIANCO, Giovanni: **Costituzione economica** e ordine pubblico economico, UTET Giuridica, Torino, 2008.

BILETZKI, Georg: Aufsätze – Strafrechtlicher Gläubigerschutz bei fehlerhafter Buchführung durch den GmbH.Geschäftsführer, en: NSTZ 1999, 537-540.

BINDING, Karl: **Handbuch** des Strafrechts, 1. (einziger) Band, Scientia Verlag Aalen, Amsterdam, 1991.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz: Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens, mit besondere Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung, en: AdCrim XV (1834), 149-194.

BLANCO CORDERO, Isidoro: Límites a la **participación delictiva**. Las acciones naturales y la cooperación en el delito, Comares, Granada, 2001.

- **El delito de blanqueo** de capitales, 2ª ed., Aranzadi, Elcano, 2002.

BLASCO LANG, José Juan: De la contabilidad creativa al delito contable, en: PD 85 (1998), 33-39.

BOGNETTI, Giovanni: **La costituzione economica** italiana, Giuffrè, Milano, 1995.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel: **Estudio del bien jurídico** protegido en las falsedades documentales, Comares, Granada, 2000.

BOTTKE, Wilfried: Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland. Lösungen und Defizite, en: Wistra 1991, 1-91.

- Sobre la legitimidad del Derecho penal económico en sentido estricto y de sus descripciones típicas específicas, en: VV.AA, **Hacia un Derecho penal económico europeo**, Jornadas en honor del profesor

Klaus Tiedemann, Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 de octubre de 1992, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, 637-654.

BRAUNECK, Anna-Eva: *Allemeine Kriminologie*, Reinbek b. Hamburg, Rowohlt, 1974.

BRAVO, Fabio: **Criminalità economica** e controllo sociale. *Impresa etica e responsabilità ex d.lgs. 231/01*, Clueb, Milano, 2010.

BRICCHETTI, Renato/PISTORELLI, Luca: Comunicazioni sociali-punibili solo le "notizie" verso il pubblico, en: *Guida 16* (2002), 46-57.

BRICOLA, Franco: voce *Teoría general del reato*, en: *Noviss. Dig. It. XIX*, UTET, Torino, 1973, 750-804.

- *Techiche di tutela penale e tecniche alternative di tutela* en: DE ACUTIS, M./ PALOMBARINI, G. (a cura di), **Funzioni e limiti** del diritto penale, Cedam, Padova, 1984, 3-84.
- **Teoría general** del delito, Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2012.

BROSETA PONT, Manuel/MARTÍNEZ SANZ, Fernando: **Manual** de Derecho mercantil, I, Tecnos, Madrid, 2011.

BUSTAMANTE, Miguel /OPAZO, Pablo: *Hacia un concepto de complejidad: sistema, organización y empresa*, en: *Serie 3* (2004), 1-19.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan: **Control social** y sistema penal, PPU, Barcelona, 1987.

- *Perspectivas actuales del Derecho penal económico*, en: *LH-Del Rosal*, 1993, 213-224.

CABANAS TREJO, Ricardo/ BONARDELL LENZANO, Rafael: **Sociedad irregular** y sociedad en formación. *Una aproximación a su régimen jurídico*, Cisspraxis, Madrid, 1997.

CABRERA SUÁREZ, María Katiuska/ DE LA CRUZ DÉNIZ DÉNIZ, María/SANTANA MARTIN, Domingo Javier: Responsabilidad social corporativa y empresa familiar, en: REDEE 4 (2005), 43-58.

CALDERÓN CEREZO, Ángel/CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: **Manual** de Derecho Penal, **Parte Especial**, t. II, Ediciones Deusto, Barcelona, 2005.

CANCIO MELIÁ, Manuel/FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo: ¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar, en: **La pena estatal**: Significado y finalidad, CANCIO MELIÁ, M.L/FEIJOÓ SÁNCHEZ, B. (Trads.), Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

CANESTRARI, Stefano/CORNACCHIA, Luigi/DE SIMONE, Giulio: **Manuale** di Diritto penale, **Parte Generale**, Il Mulino, Bologna, 2007.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos: Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos, en: CDJ 1994-36, 9-22.

- **Derecho penal**, concepto y principios constitucionales, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

CARREÑO AGUADO, Julen: Caso ENRON, en: Casos que hicieron historia en Derecho penal, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, P. (Coord.), La Ley, Madrid, 2011, 969-987.

- CARREÑO AGUADO, Julen: El tratamiento jurídico-penal de **la inveracidad en la información social**, La Ley, Madrid, 2013.
- CARREÑO AGUADO, Julen: Falsedades cometidas sobre actas societarias: un estudio "de campo" sobre el estado de la jurisprudencia, en: RDPP 30 (2013), 31-110.

CASARES MARCOS, Ana Belén: **Cajas de Ahorro**: naturaleza jurídica e intervención pública, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

CASSESE, Sabino (Dir.): **La nuova costituzione economica**, Editori Laterza, Bari-Roma, 2000.

CASTRO MORENO, Abraham: Delito societario de **administración desleal**, Marcial Pons, Madrid, 1998.

- El concepto penal de sociedad en los delitos societarios, en: JpD 21 (1998), 46-58.

CEREZO MIR, José: Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo, en: RDPCr 10 (2002), 47-72.

CERVINI, Raúl/ ADRIASOLA, Gabriel: **El derecho penal de la empresa** desde una visión garantista, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2005.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: La atenuación de la pena del partícipe en delito especial propio en: AP 1-1995, 95-104.

- Información societaria y protección penal del inversor, en: LL 2002-7, 1642-1654.

CINGARI, Francesco: Tipizzazione e individuazione del soggetto attivo nei reati propri: tra legalità ed effettività delle norme penali, en: L'indice, 1 (2006), 275-308.

COBO DEL ROSAL, Manuel: Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad, en: CPC 56 (1995), 429-446.

- Societas delinquere non potest, en: AD 30 (2012), 1-14.

COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel A.: **Presupuestos** del error sobre la prohibición, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Edersa, Madrid, 1987.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido: Las falsedades documentales. Perspectiva jurisprudencial, en: MFC 1999-4, 415-506.

- Art. 290, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir), **Código Penal comentado**: con concordancias y jurisprudencia, t. II, 2ª ed., Bosch, Madrid, 2004, 879-883.

CONTI, Luigi: **Diritto penale commerciale**, t. I, Utet, Torino, 1980.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: Responsabilidad penal derivada del producto. En particular la regulación legal en el Código penal Español: delitos de peligro, en: MIR PUIG, S./ LUZÓN PEÑA, D.M. (coords.), **Responsabilidad penal de las empresas** y sus órganos y responsabilidad por el producto, Bosch, Barcelona, 1996, 247-261.

- **Delitos de peligro** y protección de bienes jurídico penales-supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- El **delito imprudente**: criterios de imputación del resultado, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2005.

CÓRDOBA RODA, Juan: **El conocimiento de la antijuricidad** en la teoría del delito, Bosch, Barcelona, 1962.

- De las falsedades, en: CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), **Comentarios** al Código penal, Parte Especial, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004, 1787-1862.

CORDOBÉS MADUEÑO, Magdalena/MOLINÉ SÁNCHEZ/Horacio: Algunas reflexiones sobre la contabilidad creativa, en: Téc. Cont. 614 (2000), 89-110.

CORTÉS GARCÍA, Francisco Joaquin: Ética empresarial y responsabilidad social corporativa, en: ICE 2936 (2008), 33-47.

CORTINA ORTS, Adela: *Ética de empresa*, Trotta, Madrid, 1994.

CRESPI, Ambrogio: *Le false comunicazioni sociali: una riforma faceta*. Riv. Soc. 2001, 1345-1368.

CRESPO SOLER, Cristina/GINER FILLOL, Arturo/RIPOLL FELIU, Vicente: *La información medioambiental en las cuentas anuales: la experiencia de la Autoridad Portuaria de Valencia*, en: EF 258 (2009), 40-47.

CUGAT MAURI, Miriam: *Los delitos societarios*, en: CÓRDOBA RODA, J./ GARCÍA ARÁN, M. (Dir.), **Comentarios** al Código penal, Parte Especial, t. I, Marcial Pons, Madrid, 2004, 1089-1133.

DE CARLOS BELTRÁN, José Manuel: *Análisis jurisprudencial sobre el derecho de información del socio en relación a la aprobación de cuentas* en: LL 2012-1, 1365-1368.

DE JUAN ASENJO, Oscar: **La constitución económica** española, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1984.

DE LA CUESTA GONZÁLEZ, Marta: *El porqué de la responsabilidad social corporativa*, en: ICE 2813 (2004), 45-58.

DE LA CUESTA RUTE, José María: *Teoría general de sociedades mercantiles*, en: VALPUESTA GASTAMINZA, E./ TORRUBIA CHALMETA, B./ LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C. (Coords.), *Derecho mercantil*, t. I, Marcial Pons, Madrid, 2011, 223-231.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier: *Tutela penal de la propiedad y delitos de **apropiación**: (el dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida)*, Barcelona, PPU, 1994.

- La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo, en: LLpen 87 (2011), 5-19.

DE LA ROSA CORTINA, José Miguel: El nuevo tratamiento penal de la participación del extraneus en delitos especiales, en: LL 2005-4, 1321-1330.

DE LA TORRE, Ignacio: Contabilidad creativa de entidades públicas, en: Observatorio 8 (2007), 16-21.

DE TORRES ZAPATERA, Mariano: **Valores ocultos** en las cuentas anuales. La fiabilidad de la información contable, Civitas, Madrid, 2002.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo: **Los delitos societarios** en el Código Penal de 1995, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1998.

DEMATTE, Claudio: Il caso Enron: una lezione per tutti en: EaM 2 (2002), 3-14.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo: **Responsabilidad penal** por omisión del empresario, Iustel, Madrid, 2009.

DEMURO, Gian Paolo: Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività restretta, en: Riv. It. Dir. Proc. Pen. 1998, 845-891.

DI SABATO, Franco: Manuale delle società, UTET, Torino, 1995.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: Los delitos societarios en la reforma penal, en: **Hacia un Derecho penal económico europeo**, Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 de octubre de 1992, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, 151-165.

- Sobre el objetivo material y la conducta típica en el delito societario de falsedad en documentos sociales, en: LH- R. Mourullo, 2005, 1302-1334.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio/POLO VEREDA, Javier: **Problemas generales** de aplicación de los delitos societarios, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.

DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel: El administrador de hecho como eventual sujeto responsable de la calificación culpable del concurso, en: RDM 273 (2009) 1013-1039.

DÍAZ MONTES, Pedro/ PEREDES ANTOLIN, Francisco: El **desorden** neoliberal, Trotta, Madrid, 1999.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: La **autoría** en Derecho penal, PPU, Madrid, 1991.

- El error de prohibición pasado, presente y futuro, en: LH-Torío, 1999, 335-368.
- Autoría, en: LUZÓN PEÑA, D.M (Dir.), **Enciclopedia Penal Básica**, Comares, Granada, 2002, 128-153.
- Falsificación de documentos, en: LUZÓN PEÑA, D.M (Dir.), **Enciclopedia Penal Básica**, Comares, Granada, 2002, 721-745.
- Inducción, en: LUZÓN PEÑA, D.M (Dir.), **Enciclopedia Penal Básica**, Comares, Granada, 2002, 826-831.
- Participación, en: LUZÓN PEÑA, D.M (Dir.), **Enciclopedia Penal Básica**, Comares, Granada, 2002, 918-1022.
- La autoría en Derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano, en: DPC 76 (2004).
- Delincuencia organizada y organizaciones. Problemas de autoría y participación en: Lusíada 4/5 (2007), 1-34.
- Autoría y participación, en: REJ 10 (2008), 13-61.
- El error sobre los **elementos normativos**, LA LEY, Madrid, 2008.
- El error en el derecho penal económico, en: SERRANO-PIEDRECASAS, J.R./ DEMETRIO CRESPO, E. (Dirs.), **Cuestiones actuales** de derecho penal empresarial, Colex, Madrid, 2010, 39-62.

- De las falsedades documentales. Introducción, en: COBO DEL ROSAL, M./ MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), **Comentarios** al Código Penal, Segunda Época, Dykinson, Madrid, 2011, 153-186.
- Art. 390, en: COBO DEL ROSAL, M./ MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), **Comentarios** al Código Penal, Segunda Época, Dykinson, Madrid, 2011, 191-201.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena, en: BMDC 103 (2002), 63-97.

- **Derecho penal español, Parte General** en esquemas, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

DONINI, Massimo: voce Teoria del reato, En: Dig. Disc. Pen. 1999, 221-298.

- DONINI, Massimo: voce Teoria del reato, en: Dig. Disc. Pen. XIV, UTET, TORINO, 1999, 221-298.
- Abolito criminis e nuovo falso in bilancio. Struttura e offensività delle false comunicazioni sociali dopo il d. lg. 11 aprile 2002, en: Cass. Pen. 42 (2002), 1240-1281.
- Prospettive europee del principio di offensività, en: CADOPPI, V. (Coord.), Offensività e colpevolezza, Cedam, Bologna, 2002, 109-141.
- -¿Una nueva edad media penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del Derecho Penal económico, en: TERRADILLOS BASOCO, J./ ACALE SÁNCHEZ, M. (Coord.), **Temas** de Derecho penal económico, III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho penal económico, Trotta, Madrid, 2004, 197-216.
- **Imputazione oggettiva** dell'evento. «Nesso di rischio» e responsabilità per fatto proprio, Giappichelli, Milán, 2006, X-175.
- VOCE Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale), en: **Enciclopedia del Diritto**. Annali, III, Giuffrè, Milano, 2010, 635-713.
- Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma, en: IUS 17 (2010), 417-430.

- Principios constitucionales y sistema penal. Modelo y programa, en: LH-Mir, 2010, 85-98.

DOVAL PAIS, Antonio: Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios en: CDJ, 1994-36, 25-71.

DUBOLINO, Pietro/DUBOLINO, Chiara: art. 1261, en: Codice delle **leggi civili complementari**. (I codici commentati), 13ª ed., CELT - La Tribuna, Piacenza, 2009.

DUQUE, Justino: Iniciativa privada y empresa, en: SÁNCHEZ AGESTA, L. (Ed.), **Constitución y economía**. La ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales, Centro de estudios de comunicación económica, Madrid, 1977, 49-79.

DURÁN ROMERO, Gemma: Empresas y gestión ambiental en el marco de la responsabilidad social corporativa, en: EI 371 (2009), 129-138.

DURIGATO, Laretta: Rilievi sul **reato plurioffensivo**, Cedam, Padova, 1972.

ECHANO BASALDUA, Juan: Falsedades, en: BAJO FERNÁNDEZ, M./ PÉREZ MANZANO, M. (Dir.)/ SUÁREZ GONZÁLEZ, C. (Coord.), **Manual** de Derecho penal, **Parte Especial**, t. II, 1998, 765-807.

- La falsedad en documentos sociales del art. 290 CP: ¿delito de falsedad documental?, en: RVAP 87-88 (2010), 389-430.

EHMKE, Horst: Wirtschaft und verfassung, Karlsruhe, Stuttgart, 1961.

ESCOBAR VÉLEZ, Susana: El “actuar en lugar de otro” en el Código Penal colombiano. Aproximación al fundamento, ámbito de aplicación y problemas más relevantes de la fórmula del art. 29 inciso, en: Cdl 44 (2006), 1-41.

ESCRIVÀ GARDORI, José María: La **puesta en peligro** de bienes jurídicos en derecho penal, Bosch, Barcelona, 1976.

GRAUL, Eva: **Abstrakte Gefährungsdelikte** und Gefährungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht, Duncker & Humblot, Berlin, 1991.

FAKHOURI GÓMEZ, Yamila: El error sobre los elementos normativos del tipo penal en: LLpen 80 (2001), 403-414.

FARALDO CABANA, Patricia: Los delitos societarios, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

- Derecho comunitario de sociedades y derecho penal, en: RXG 6 (1994), 11-22.
- **El delito societario de falsedad** en documentos sociales, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- Artículos 257 a 261 bis, en: GÓMEZ TOMILLO (Dir.), **Comentarios** al Código Penal, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, 990-1010.
- FARALDO CABANA, PATRICIA: Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa en: SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, J.R./ DEMETRIO CREPO, E. (Coords.), Cuestiones actuales de **derecho penal económico**, 2008, Colex, Madrid, 89-130.

FARRANDO MIGUEL, Ignacio: La página web de la sociedad y las comunicaciones electrónicas a los socios, en: RODRÍGUEZ ARTIGAS, F./FARRANDO MIGUEL, I./ GONZÁLEZ CASTILLA, F. (Dirs.), Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto-Ley 13/2010, Ley 2/2011, Ley 25/2011 y Real Decreto-Ley 9/2012), Aranzadi, Pamplona, 2012, 49-80.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo: Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstracto y concreto en relación con el tránsito, en: RICP 1 (2000), 150-181.

- Límites de la participación criminal, Comares, Granada, 2001.
- Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro, en: LH-R. Mourullo, 2005, 309-342.

- **Derecho penal de la empresa** e imputación objetiva, Editorial Reus, Madrid, 2007.
- Sociedades mercantiles en crisis y Derecho penal. Sobre la función social y fundamento del injusto del delito concursal (art. 260 CP), en: ADC 16 (2009), 25-80.
- **Cuestiones actuales** en Derecho penal económico, B de f, Montevideo, Buenos Aires, 2009.

FELIP I SABORIT, David: **Error iuris**: el conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del Código penal, Atelier, Barcelona, 2000.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: **Derecho penal fundamental**. Ensayos y documentos, Grupo Editorial Ibáñez Ltda., Bogotá, 1998.

FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín: Estudios sobre **criminalidad económica**, Bosch, Barcelona, 1978.

FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín/MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos: **Delincuencia y economía**, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1983.

FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia: **El administrador** de hecho y de derecho. Aproximación a los delitos con restricciones con sede de autoría, Tirant monografías, Valencia, 2007.

FERNANDEZ DE GATTA SANCHEZ, Dionisio : La responsabilidad social corporativa en materia ambiental. Estado de la cuestión, en : ICE 2824 (2004), 27-43.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis: Los Delitos societarios: reflexiones preliminares sobre la imposición de acuerdos sociales abusivos (art. 291 del Código Penal), en: AJA 238 (1996), 1-6.

FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar: **Delito de falsedad** en documento público, oficial y mercantil, Marcial Pons, Madrid, 1996.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier: **Los delitos societarios** en el Código penal español, Dykinson, Madrid, 1998.

- El caso del banco Español de crédito: un «banco de pruebas» para la determinación del sentido de los delitos societarios, en: LL 2002-5, 1675-1684.
- **Estudios** de Derecho Penal Económico, Dykinson, Madrid, 2003.

FERRAJOLI, Luigi: Diritto e Ragione. Teoría del garantismo penale, 10ª ed., Laterza, Roma, 2009.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos: Las falsedades en la información social: art. 290 del Código Penal, en: AP 44 (1998), 877-887.

- Sujetos responsables en los delitos societarios, en: RP 1 (1998), 21-29.
- Contabilidad creativa y sistema penal, en: SAIZ ARNAIZ, A. (Coord.), Responsa iurisperitorum digesta, vol. IV, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, 201-214.

FIANDACA, Giovanni: La tipificazione del pericolo en: DeP, 1984, 441-442.

- Il bene giuridico come problema teorico e como criterio de política criminal en: Riv. It. Dir. Proc. Pen. 1982, 42-81.

FIGUEROA ORTEGA, Yván: Delitos de infracción de deber, Dykinson, Madrid, 2008.

FLICK, Giovanni Maria: Gli obiettivi della commissione per la riforma del diritto en: Riv. Soc. 45 (2000), 1-13.

FOFFANI, Luigi: Artt. 2029-2246, Titolo XI. Disposizioni penale in materia di società e di consorzi, in: CENDON, P. (a cura di), **Commentario** al codice civile, vol. V, 1991, 1629-1689.

- La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622), en: GIARDA, A./SEMINARA, S. (a cura di), **I nuovi reati societari: diritto e processo**, CEDAM, Padova, 2002, 231-323.
- Delitos concursales y societarios, en: **Eurodelitos**. El Derecho Penal económico en la Unión Europea, TIEDEMANN, K. (Dir.), NIETO MARTÍN, A. (Coord.), Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, Cuenca, 2005, 381-392.
- Verso una europeizzazione del Diritto penale dell'economia: la sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee sul falso in bilancio (caso Berlusconi), en: AFDUC 12 (2008), 333-346.

FOFFANI, Luigi/ VELLA, Francesco: Nuovo falso in bilancio: Un passo indietro nel cammino verso l'Europa, en: Mer. Con. Reg. 1 (2002), 125-131.

FONT GALÁN, Juan Ignacio: **Constitución económica** y Derecho de la competencia, Tecnos, Madrid, 1987.

FRIEDMAN, Milton: **Capitalism** and Freedom, University of Chicago, Chicago, 1962.

FUENTES GANZO, Eduardo: Las responsabilidades social corporativa. Su dimensión normativa: implicaciones para las empresas españolas, en: PECVNIA 3 (2006), 1-20.

GALGANO, Francesco: **Le istituzioni** dell'economia capitalista, Zanichelli, Bologna, 1974.

- **Diritto** civile e **commerciale**, Vol.III: L'impresa e la società - t.II: Le società di capitale. Le cooperative, Cedam, Padova, 2004.

GALLAS, Wilhelm: Abstrakte und Konkrete Gefährdung, en: FS-Heinitz, 1972, 171-184.

GALLEGO DÍAZ, Manuel: Los delitos societarios y las fundaciones, en: RDPP 14 (2005), 11-54.

GALLEGO SOLER, José Ignacio: **Responsabilidad penal** y perjuicio patrimonial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

- El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en derecho penal, en: CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.)/LARA GONZÁLEZ, R. (Coord.), Derecho penal de la empresa, Pamplona, Universidad Pública de Navarra, 2002, 149-175.
- Criterios de imputación de la autoría en las organizaciones empresariales en: Derecho penal económico, nº 72, 2006 Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 51-134.
- Política criminal en materia de delitos societarios, en: MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M. (DIRS.)/ GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.), **Nuevas tendencias** en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2006, 209-289.
- art. 261 CP, en: CORCOY BIDASOLO, M./ MIR PUIG, S. (Dirs.), **Comentarios** al Código penal. Reforma LO 5/2010, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, 581-582.
- art. 290 CP, en: CORCOY BIDASOLO, M./ MIR PUIG, S. (Dirs.), **Comentarios** al Código penal. Reforma LO 5/2010, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, 643-646.
- art. 310 CP, en: CORCOY BIDASOLO, M./ MIR PUIG, S. (Dirs.), **Comentarios** al Código penal. Reforma LO 5/2010, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, 689-692.

GALLINO, Luciano: **L'impresa irresponsabile**, Giulio Einaudi, Milano, 2005.

GALLO, Ettore: Forma dei reati e funzione del danno in talune norme penali societarie en: L'indice 3 (1971), 381-425.

GALLO,Marcello: voce DOLO, Encicl. Dir. XIII, Giuffre, Milano, 1964, 750-804.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio: ¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal, en: *Doxa* 23 (2000), 233-264.

GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: *Falsedades documentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

GARCÍA CAVERO, Percy: *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa*, Bosch Editor, Barcelona, 1999.

- **El actuar en lugar de otro** en el Derecho penal peruano, ARA Editores E.I.R.L, Lima, 2003.
- Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular, en: *Indret* 3 (2006).

GARCÍA-CRUCES, José Antonio: *Administradores sociales y administradores de hecho*, en: EM-Sánchez Andrés, 2010, 527-561.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier: **Los delitos societarios**: Un enfoque mercantil, Civitas, Madrid, 1996.

- **La constitución** como norma y el Tribunal Constitucional, 4ª ed. Civitas, Madrid, 2006.

GARCÍA OSMA, Beatriz/GIL DE ALBORNOZ NOGUER, Belén/GISBERT CLEMENTE, Ana: *La investigación sobre Earnings Managements*, en: *REFC*, 2005, 101-133.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. “Criminalidad económica-financiera y delito de cuello blanco”, en: *Problemas actuales de la criminología*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1984, 153-202.

GARCÍA Pelayo, Manuel: Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución en: **Estudios** sobre la Constitución Española de 1978, RAMÍREZ, M. (Dir.), Facultad de Derecho Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1979, 29-53.

GAY SALUDAS, José María: El perfil fiscal de la contabilidad creativa: ¿magia financiera o brujería contable?, en: PD 98 (1999), 98-107.

GEERDS, Detlev: **Wirtschaftsstrafrecht** und Vermögensschutz, Schmidt-Römhild, Lübeck, 1990.

GIL DEL CAMPO, Miguel: **Fiscalidad** de fundaciones, asociaciones y del mecenazgo, 2ª ed., Cisspraxis, Valencia, 2005.

GIMÉNEZ BARRIOCANAL, Fernando: ¿Qué información esconden las Cuentas anuales de nuestra empresa?, en: EF 109 (1995), 7-13.

GINER INCHAUSTI, Begoña: La contabilidad creativa, en: PD 21 (1992), 4-12.

GIRÓN TENA, José: **Derecho de sociedades**, Parte General. Sociedades colectivas, t. I, Madrid, 1976.

- **Apuntes** de Derecho Mercantil. La Empresa, Tecnos, Madrid, 1978.

GIULIANI-BALESTRINO, Ubaldo: **I problemi generali** dei reati societari, Giuffrè Editori, Milano, 1978.

GÓMEZ BENITEZ, José Manuel: Curso de **Derecho Penal de los negocios** a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal, Cóllex, Madrid, 2001.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos: Modelos del sistema europeo de Derecho penal: ¿unificación *versus* armonización?, en: BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.)/BACIGALUPO SAGGESE, S./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coords.), **Constitución europea** y Derecho penal económico, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, 273-288.

- **Modelos de autorresponsabilidad** penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

- Fundamentos modernos de la **culpabilidad empresarial**. Esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Ara Editores, Lima, 2010.
- Caso "Argentia Trust", en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, P. (Coord.), **Casos que hicieron doctrina** en Derecho penal, 2011, La Ley, Madrid, 633-646.

GÓMEZ MARTÍN, Fernando: Insolvencias punibles y ley concursal, en: EdD 53 (2005), 45-110.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor: La "actuación en lugar de otro" y la participación de extranei en delitos especiales. Un estudio sistemático de los arts. 31.3 y 65.3 CP en: LH-Cobo del Rosal, 2005, 421-463.

- Los delitos especiales, Madrid, Edisofer, 2006.
- La actuación por otro y la participación de "extranei" en delitos especiales: un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3 CP, en: MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.)/ GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.), **Nuevas tendencias** en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2006, 49-108.
- Delitos especiales y moderna dogmática del derecho penal económico: ¿un matrimonio bien avenido?, en: SILVA SÁNCHEZ, J. M/MIRÓ LINARES, F. (Dir.), La teoría del delito en la **práctica penal económica**, La Ley, Madrid, 2013, 395-438.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen: La inducción a cometer el delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen/NUÑEZ CASTAÑO, Elena/MARTÍNEZ GONZÁLEZ, María Isabel: **Nociones fundamentales** de Derecho penal. Parte General, Tecnos, Madrid, 2010.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel: Contribución a la teoría de los delitos de peligro hipotético-aptitud abstracta. Los delitos de tenencia como paradigma de peligro abstracto puro, en: LH- Cobo del Rosal, 2005, 465-482.

GONDRA ROMERO, José M^a: Significado y función del principio de "Imagen fiel" ("True and fair view") en el sistema del nuevo Derecho de Balances, en: EH-Girón Tena, 1991, 555 -599.

GONZÁLEZ CABRERA, Inmaculada: La responsabilidad concursal del administrador de hecho (A propósito del auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada de 30 de Septiembre de 2011), en: RDC 16 (2012), 249-264.

VIVES ANTON, Tomas/ORTS BERENGER, Enrique/CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: **Derecho penal, Parte Especial**, 3^a ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis/MATALLÍN EVANGELIO, Ángela/ORTS BERENGUER, Enrique/ ROIG TORRES, Margarita: **Esquemas de Derecho penal. Parte Especial**, 2^a Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, 515-522.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Gonzalo: **Bien jurídico** y sistema del delito: un ensayo de fundamentación dogmática, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2004.

GONZÁLEZ RUS, Juan José: **Bien jurídico** y Constitución (Bases para una teoría), Fundación Juan March, Madrid, 1980.

- La reforma de los delitos económicos y contra el patrimonio. Consideraciones críticas", en: EPC (1994), 127-190.
- Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal de 1992, en: VV.AA, **Hacia un Derecho penal económico europeo**, Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 de octubre de 1992, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, 167-186.

- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, en: COBO DEL ROSAL, M. (Coord.), **Derecho penal** español. Parte Especial, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2005, 609-628.

GÖSSWEINER, Theodor: Wesen und Probleme der **Bilanzdelikte**, Luchterhand Verlag, Neuwied und Berlin, 1970.

GOYENA HUERTA, Jaime: Las **Falsedades documentales**. Jurisprudencia comentada, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.

GRACIA MARTÍN, Luis: **El actuar en lugar de otro** en Derecho penal, I, Teoría general, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1985.

- **Prolegómenos** para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

GRIFFITHS, Ian: **Contabilidad creativa**. Como hacer que los beneficios aparezcan del modo más favorable, Deusto, Bilbao, 1990.

GUERRA MARTÍN, Guillermo: La responsabilidad de los administradores de **sociedades de capital**, La Ley, Madrid, 2011.

GULLO, Antonio: **Il reato proprio**. Dai problemi “tradizionali” alle nuove dinamiche d’impresa, Giuffrè, Milano, 2005.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María: La responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles, en: ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A./BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (Dirs.)/ CAMPUZANO LAGUILLO, A.B. (Coord.), **La responsabilidad de los administradores** de las sociedades mercantiles, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, 369-420.

GUZMÁN CUEVAS, Joaquín: Ética y economía, en: ICE 823 (2005), 11-27.

HABERMAS, Jürgen: La lógica de las ciencias sociales, Jiménez Rondo, M. (Trd.), 3ª, 1996, Tecnos, Madrid.

HASSEMER, Winfried: Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale, en: DeP 2 (1984), 104-113.

- Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico, en: DP 12 (1989), 275-285.

- Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno, en: ADPCP 1992, 235-249.

- ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?, en: HEFFENDEHL, R. (Coord.), **La teoría del bien jurídico** ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, Madrid, 2007, 95-104.

HASSEMER, Winfried/ MUÑOZ CONDE, Francisco: **La responsabilidad por el producto** en Derecho penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

HEFFENDEHL, Ronald: **Kollektive Rechtsgüter** im Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 2002.

- **§§ 399-400** en: Kommentar zum aktiengesetz, SPINDLER, G./STILZ, E. (Hrsg.), Band 2, Verlag C.H. Beck, München, 2007, 1195-1279.

HERNANDO MOLINER, Gemma: La valoración del coste de producción como una opción de práctica contable creativa, en: CEE 9 (1999), 73-86.

HERNANDO MORÓN, Mª Teresa: Puede el marco conceptual contener el avance de la contabilidad creativa, en: TE 177 (2009), 22-32.

HERRERO HERRERO, César: **Los delitos económicos**. Perspectiva jurídica y criminológica. Ministerio del Interior-Secretaría General Técnica, Madrid, 1992.

HIRSCH, Hans Joachim: Gefahr und Gefährlichkeit , en: FS- Kaufmann, 1993, 545-563.

-Peligro y peligrosidad, en: ADPCP 1996, 509-527.

HORMAZABAL MALARÉE, Hernán: Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español, en: VV.AA, **Hacia un Derecho penal económico europeo**, Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 de octubre de 1992, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, 187-202.

HORTAL IBARRA, Juan Carlos: Comentarios a la jurisprudencia del tribunal supremo. El concepto de dolo: su incidencia en la determinación del tipo subjetivo en los delitos de peligro en general y en el delito contra la seguridad en particular, en: ADPCP 2004, 509-558.

HOYER, Andreas: Die Eignungsdelikte, Duncker & Humblot, Berlin, 1987.

HUERTA DE SAN DAMASO, Bárbara: El impacto de la contabilidad creativa en la valoración de empresas, en: Harvard 86 (2008), 64-80.

HUERTA TOLCIDO, Susana: Protección penal del **patrimonio inmobiliario**, Civitas, Madrid, 1980.

- Los delitos patrimoniales en el Proyecto de Código penal de 1980, en: CPC 15 (1981), 473-510.

IGLESIAS RÍOS, Miguel Ángel: Caso de "Los Albertos", en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. (Coord.), **Casos que hicieron doctrina** en Derecho penal, La Ley, Madrid, 2011, 781-822.

IGLESIAS PRADA, Juan Luis/ GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier: Los órganos sociales de las sociedades de capital, en: MENÉNDEZ, A./ROJO, A. (Dir.) **Lecciones de Derecho mercantil**, t. I, 2011, Thomson Aranzadi, Pamplona, 485-511.

IRIBARREN BLANCO, Miguel: **Responsabilidad civil por la información** divulgada por las sociedades cotizadas. Su aplicación en los mercados secundarios de valores, La Ley, Madrid, 2008.

JAKOBS, Günther: **Derecho penal. Parte General.** Fundamentos y teoría de la imputación, Joaquín Cuello Contreras y José Serrano Gonzáles de Murillo, (Trads.), Marcial Pons, Madrid, 1995.

- **Sociedad, norma y persona** en una teoría de un derecho penal funcional, Civitas, Madrid, 1996.
- ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, en: JAKOBS, G/ CANCIO MELIÁ, M. (Coords.), **El sistema funcionalista del Derecho penal.** Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho, Grijley, Lima, 2000, 43-60.
La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación, en: **Modernas tendencias** en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología: congreso internacional, Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000, UNED, Madrid, 2001, 619-642.
- **Dogmática de Derecho penal** y la configuración normativa de la sociedad, Thomson Civitas, Madrid, 2004.
- **La pena estatal:** Significado y Finalidad, Cancio Meliá, M./Feijoo Sánchez (Trads.), Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

JERICÓ OJER, Leticia: Art. 396 CP, en: COBO DEL ROSAL, M./ MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), **Comentarios** al Código Penal, t. XII, Segunda Época, Dykinson, Madrid, 2011,425-444.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: El Derecho penal totalitario en Alemania y el Derecho voluntarista, en: El criminalista 1947-VII, 61-186.

JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos: De los delitos societarios y contra los consumidores, en: BICAM 1 (1996), 9-31.

JORDÁ GARCÍA, Rafael: La Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea en: AD 25 (2007), 453-472.

KAISER, Günter: La lucha contra la criminalidad económica. Análisis de la situación en la República Federal de Alemania, en: BARBERO SANTOS, M. (Coord.), Los delitos socio-económicos, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1985, 169-220.

KINDHÄUSER, Urs: **Gefährdung als Straftat**. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, Vittorio Klostermann, Frankfurt, 1989.

-Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico, en: VV.AA, **Hacia un Derecho penal económico europeo**, Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 de octubre de 1992, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, 441-452.

KÜHL, Kristian: **Strafgesetzbuch** kommentar, 26. Auflage, Verlag C.H. Beck München, 2007.

LACKNER, Karl: **Das konkrete gefahrdungsdelikt** im Verkehrsstrafrecht, Walter de Gruyter, Berlin, 1967.

LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena: **La complicidad** delictiva en la vida laboral cotidiana: contribución al límite mínimo de la participación frente a los actos neutros, Comares, Granada, 2002.

LANDECHO VELASCO, Carlos María/MOLINA BLÁZQUES, María Concepción: **Derecho penal** español, Parte Especial, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1996.

LANZI, Alessio/CADOPPI, Alberto: **I nuovi reati societari**, Cedam, Padova, 2007.

LARA GONZÁLEZ, Rafael: **El informe de gestión** de los administradores, Aranzadi, Pamplona, 1999.

- El falseamiento de la información social a través del informe de gestión, en: CORCOY BIDASOLO, M. (DIR)/ LARA GONZÁLEZ, R. (Coord.), Derecho penal de la empresa, Pamplona, Universidad Pública de Navarra, 2002, 61-106.
- La reforma de la legislación mercantil en materia contable: reflexiones en torno al «informe de gestión», en: DdN 207 (2007), 19-32.

LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio: arts. 390 a 395 en: RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (Dir.)/JORGE BARREIRO, Agustín (coord.), **Comentarios** al Código penal, Civitas Madrid, 1997, 1061-1064.

- Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal, en: RChD 22 (1995), 251-264.

LÓPEZ COMBARROS, José Luis: Reforma contable e imagen fiel de empresa, en: APD 184 (2002), 20-24.

LÓPEZ PEREGRÍN, María Carmen: **La complicidad** en el delito, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

LÓPEZ REY Y ARROJO, Manuel: La criminalidad económico social en la política criminal de la Naciones Unidas, en: BARBERO SANTOS, M. (Coord.), Los delitos socio-económicos, Universidad Complutense, Madrid, 1985, 31-52.

LOSSAPIO, Giuseppe: “False” valutazioni, “falso” qualitativo e false comunicazioni nel diritto penale societario, en: RDBF 2008.

LUZÓN CUESTA, José María: Las falsedades en documentos mercantiles, de identidad y certificados, en: LH- R. Vadillo, 1994, 121-160.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: **Curso** de Derecho Penal: Parte general, t. I, Madrid, Universitas, 1996.

- Error de tipo y error de prohibición, en: LUZÓN PEÑA, D.M. (Dir.), **Enciclopedia Penal Básica**, Comares, Granada, 2002, 655-664.
- **Lecciones** de Derecho penal, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría, en: RDPCr 2 (2003), 89-128.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel/ROSO CAÑADILLAS, Raquel: La administración desleal societaria en el derecho penal español, en: Indret 7 (2010).

- Administración desleal, en: **Diccionario de Derecho penal económico**, BOIX REIG, J. (Dir.)/LLORIA GARCÍA, P. (Coord.), Iustel, Madrid, 2008, 26-68.

MANES, Vittorio: **Il principio di offensività** nel Diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005.

MANTOVANI, Ferrando: **Diritto penale, Parte Generale**, 5ª ed., Cedam, Padova, 2007.

MAQUEDA ABREU, Mª Luisa: La idea de peligro en el moderno Derecho penal. Algunas reflexiones a propósito del Proyecto de Código Penal de 1992, en: AP 26/27 (1994), 481-498.

- La relación "Dolo de peligro"- "Dolo (eventual) de lesión": A propósito de la STS de 23 de abril de 1992 "sobre el aceite de colza", en: ADPCP 1995, 419-440.

MARAVÉR GÓMEZ, Mario: El principio de confianza en Derecho penal, Civitas, Madrid, 2009.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena: **Criminalidad de empresa**. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas, Tirant Monografías, Valencia, 2002.

MARÍN RIVES, Longinos/RUBIO BAÑÓN, Alicia: ¿Moda o factor competitivo? Un estudio empírico de responsabilidad social corporativa en PYME, en: ICE 842 (2004), 177-193.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: **La imputación objetiva** del resultado, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1992.

MARINUCCI, Giorgio: Gestione d'impresa e pubblica Amministrazione: nuovi e Vecchi, en: Riv. It. Dir. Proc. Pen. 1988, 424-447.

- Depenalizzazione del falso in bilancio con l'avallo della SEC: ma è proprio così? en: Riv. It. Dir. Pen e Proc. 2 (2002), 137-140.
- Falso in bilancio: con la nuova delega avviata una depenalizzazione di fatto, en: Guida 45 (2001), 10-11.

MARKER, Hanns Friedhelm: **Bilanzfälschung und Bilanverschleierung**, Verlagsbuchhandlung des Instituts der Wirtschaftsprüfer GmbH, Düsseldorf, 1970.

MARTÍN PALLÍN, José Antonio: Los Delitos Societarios, en: CDJ 1996-XX, 289-330.

- Los delitos societarios, en: SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (Coord.), Código penal de 1995, (**Comentarios** y jurisprudencia), Comares, Granada, 1999, 1388-1408.
- La represión penal de las actividades económicas irregulares (Especial referencia a las falsedades contables y la administración desleal), en: CDJ 2003-II, 129-168.

MARTÍNEZ ARIAS, Antonio/GARCÍA ÁLVAREZ, Emilio: Contabilidad y fiscalidad desde una perspectiva creativa, en: EFCT 5 (2002), 177-205.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: **Derecho penal económico** y de la Empresa. **Parte Especial**, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

- Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial, en: SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, J.R./ DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.), **El derecho penal económico y empresarial** ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo, Colex, Madrid, 2010, 87-111.
- **Derecho penal económico**, **Parte General**, 3ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
- **Estafa de inversores** y de crédito (art. 282 bis del Código Penal), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- **Derecho penal económico** y de la Empresa. **Parte Especial**, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- **Derecho penal económico** y de la empresa, **Parte General**, 4ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel: Los delitos societarios en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, en: PJ 28 (1992), 171-206.

- Los delitos societarios, en: VV.AA, **El nuevo código penal** y su aplicación a empresas y profesionales. Manual teórico práctico III, Front Cover. Recoletos, 1996.

MARTUCCI, Pierpaolo: **La criminalità economica**. Una guida per capire, Editori Laterza, Bari-Roma, 2006.

MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio: El principio de intervención penal mínima, en: ADPCP 1987, 99-134.

MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel: Los delitos societarios en el Código penal de 1995, en: RdS 1995-V, 164-178.

- **Bienes jurídicos intermedios** y delitos de peligro, Comares, Granada, 1997.

MATUS, Jean Pierre: La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente, en: *Ius et Praxis* 2 (2000), 295-371.

MAYO CALDERÓN, Belén: La tutela de un **bien jurídico colectivo** por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del art. 295 del Código Penal Español y propuesta de *Lege Ferenda*, Comares, Granada, 2005.

MAYO RODRÍGUEZ, Carlos/PULIDO ÁLVAREZ, Antonio: **Contabilidad financiera**. Un enfoque actual, Paraninfo, Madrid, 2008.

MAZZACUVA, Nicola: Bene giuridico e tecniche di tutela nel diritto penale societario, en: NEPPI MODONA, G., **Materiali** per una riforma del sistema penale, Milano, Francesco Angeli, 1984, 199-230.

- **Problemi attuali** di diritto penale societario. La tutela penale dell'informazione societaria, Giuffrè Editore, Milano, 1985.
- La tutela penale dell'informazione societaria, en: MAZZACUVA N., (a cura di), **I reati societari** e la tutela penale del mercato mobiliare, Utet, Milano, 1990, 1-113.
- Lo straordinario sviluppo delle false comunicazioni sociali nel diritto penale giurisprudenziale, en: *Crit. Dir.* 1995, 283-295.
- **Il falso in bilancio**. Profili penali: casi e problemi, Cedam, Padova, 1996.

MAZZACUVA, Nicola/AMATI, Enrico: Diritto penale dell'economia, Cedam, Padova, 2010.

MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio: **Responsabilidad penal del empresario** por los hechos cometidos por sus subordinados, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

MELOSSI, Dario: **Stato, controllo sociale, devianza**. Teorie criminologiche e società tra Europa e Stati Uniti, Bruno Mondatori, Milano, 2002.

MÉNDEZ PICAZO, M^a Teresa: Ética y responsabilidad social corporativa ,en: ICE 823 (2005), 141-150.

MENDOZA BUERGO, Blanca: Límites dogmáticos y político-criminales de los **delitos de peligro abstracto**, Comares, Granada, 2001.

- El Derecho penal en la **sociedad del riesgo**, Civitas, Madrid, 2001.
- La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto, en: RDPCr 9 (2002), 39-82.

MERKT, Hanno: §§ 331-332, en: HOPT, K./MERKT, H. (Hrsg.), *Handelsgesetzbuch, Beck'sche Kurz kommentar*, Band 9, Verlag C.H. Beck, München, 2008, 1199-1201.

MEYER, Andreas: **Die Gefährlichkeitsdelikte**: Ein Beitrag zur Dogmatik der "abstrakten Gefährdungsdelikte" unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts, Lit Verlag, Münster-Hamburg, 1992.

MEZGER, Edmund: **Tratado de derecho penal**, I, Rodríguez Muñoz (Trad.), 2^a alemana, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935.

MIR PUIG, Santiago: **Introducción** a las bases del Derecho penal. Concepto y método, Catapulta, Buenos Aires, 1976.

- Bien Jurídico y Bien Jurídico-Penal como Límites del Ius Puniendi, en: EPC 1991, 205-215.
- Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal, en: 5 (2003).
- Constitución, derecho penal y globalización, en: MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.)/ GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.), **Nuevas tendencias** en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2006, 115-126.

- **Derecho penal. Parte General**, 9ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011.

MOCCIA, Sergio: Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: Tra illusioni postmoderno e riflussi illiberali, en: Riv. Ita. Dir. Proc. Pen. 2 (1995), 343-374.

MORA ALARCÓN, José Antonio: Comunidad de bienes, sociedades civiles **fundaciones y asociaciones**, Edisofer, Madrid, 1996.

MORALES PRATS, Fermín: Técnicas de tutela penal de los intereses difusos en: CDJ 1994- 36, 75-91.

- La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: La ley penal en blanco y concepto de peligro, en: EH-Casabó Ruiz, Vol. 2, 1997, 475-501.
- Los delitos societarios, en: QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/ MORALES PRATS, F. (Coord.), **Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal**, 9ª ed., Thomson Reuters, Cizur Mayor, 2011, 954-1004.

MORCK, Winfried: §§ 331, 332, en: KOLLER, I./ROTH, WH./MORCK, W. (Hrsg) **Handelsgesetzbuch Kommentar**, 6. Auflage, C.H.BECK, 2007, 913-915.

MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa: Las falsedades documentales en el código penal de 1995. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1997 (caso Filesa) y 26 de febrero de 1998 (caso Argetaria Trust), en: AP 1999-46, 864-880.

MUÑOZ CONDE, Francisco: La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, en: CPC 16 (1982), 107-132.

- La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico, en: RJC 81 (1982), 143-174.
- Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma, en: VV.AA, **Hacia un Derecho penal económico europeo**, Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, Universidad Autónoma de Madrid,

14-17 de octubre de 1992, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, 265-283.

- ¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?, en: **Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología: congreso internacional**, Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000, UNED, Madrid, 2001, 501-532.
- Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?, en CDJ 2001-14, 181-260.
- **Derecho penal, Parte Especial**, 19ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARAN, Mercedes: **Derecho penal, Parte General**, 7ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.

MUSCO, Enzo: **Bene giuridico e tutela dell'onore**, Giuffrè, Milano, 1974.

- Diritto penale societario, Giuffrè, Milano, 1999.
- I nuovi reati societari, 3ª ed., Giuffrè editore, Milano, 2007.

NAPOLEONI, Valerio: Valutazioni di bilancio e **false comunicazioni sociali**: Lineamenti d'una indagine dopo l'attuazione della quarta direttiva CEE, en: Cass. Pen. 1994, 418-434.

- I reati societari. III- **Falsità nelle comunicazioni sociali** e agiotaggio societario, Giuffrè Editore, Milano, 1996.
- Genesi e lineamenti del nuovo diritto penale societario. I profili generali del sistema, en: D'ALLESANDRO, F. (Dir.)/ NAPOLEONI, V. (Coord.), **Commentario Romano** al nuovo Diritto delle Società, I reati e gli illeciti amministrativi societari, vol. III, Piccin Nuova Libreria, Padova, 2010, 1-62.

NIETO MARTIN, Adan: Autorregulación, compliance y Justicia Restaurativa, en: ARROYO JIMÉNEZ, L./ NIETO MARTÍN, A. (Dir.), Autorregulación y sanciones, Lex Nova, Madrid, 2008, 81-116.

NORDIO, Carlo: Novella necessaria e doverosa per riportare certezza nel diritto ,en: Guida 45 (2001), 12-13.

NÚÑEZ CASTAÑO, Elena: La estafa de crédito, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

- Responsabilidad penal en la empresa, 2000, Tirant Lo Blanch, Valencia.

NUVOLONE, Pietro: **L'infedeltà patrimoniale** nel Diritto penale, Dot. A. Giuffrè, Milano,1941.

OLAIZOLA NOGALES, Inés: El delito de **cohecho**, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

- **El error** de prohibición, La Ley, Madrid, 2007.
- Art. 391, en: COBO DEL ROSAL, M./ MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), **Comentarios** al Código Penal, Segunda Época, Dykinson, Madrid, 2011, 211-230.
- Art. 392, en: COBO DEL ROSAL, M./ MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), **Comentarios** al Código Penal, Segunda Época, Dykinson, Madrid, 2011, 231-262.
- Caso de la construcción de Burgos, en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ (Coord.), Casos que hicieron doctrina, La Ley, Madrid, 2011, 441-457.

OLIVA GARCÍA, Horacio: Sobre el llamado delito financiero. Notas a una sentencia del Tribunal Supremo, en: RFDUC 16 (1972), 7-45.

OLIVERAS SOBREVIAS, Ester/AMAT Y SALAS, José Oriol: Propuestas para combatir la contabilidad creativa, en: Universia 1 (2004), 10-17.

ORDUNA DÍEZ, Luis: La empresa y el problema de su gobierno, en: CEE 13 (2003), 215-287.

ORIO LLEBOT, José: Los deberes y la responsabilidad de los administradores, en: BELTRÁN SÁNCHEZ, E./ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (Dir.)/ CAMPUZANO LAGUILLO, A.B. (Coord.), **La responsabilidad de los administradores** de las sociedades mercantiles, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 25-56.

ORTS BERENQUER, Enrique/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: **Compendio** de Derecho penal (Parte General y Parte Especial), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

OSSADÓN, M^a Magdalena: Delitos especiales y de infracción de deber en el Anteproyecto de Código Penal, en: PC 1 (2006), 1-22.

OTTO, Harro: Rechtsgutsbegriff und deliktatbestand, en: MÜLLER-DIETZ, H. (Hrsg), Strafrechtsdogmatik und kriminalpolitik, Köln, Carl Heymanns, 1971, 1-20.

- Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz), en: ZstW 96 (1984), 339-375.
- Die Tatbestände gegen Wirtschaftskriminalität im Strafgesetzbuch. Kriminalpolitische und damit verbundene rechtsdogmatische Probleme von Wirtschaftsdelikten, en: Jura 1989, 24-35.
- **Aktienstrafrecht**. Erläuterungen zu den §§ 399-410 AktG, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1997.

PADOVANI, Tullio: La problemática del bene giuridico e la scelta delle sanzioni, en: DeP 1 (1984), 114-131.

- Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo, en: Cass. Pen. 1987, 670-678.

PAGLIARO, Antonio: **Principi** di Diritto Penale, Parte Generale, 8ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2003.

PALAZZO, Francesco: **Corso** di diritto penale: parte generale, Giappichelli Editore, Torino, 2008.

PALIERO, Enrico: La sanción administrativa como medida moderna en la lucha contra la criminalidad económica, en: VV.AA, **Hacia un Derecho penal económico europeo**, Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 de octubre de 1992, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, 469-491.

- Via libera al nuovo falso in bilancio: meno spazi. Nace il sistema delle soglie quantitative: pronto l'argine alle incriminazioni, en: Guida 16 (2002), 37-45.

PANIAGUA ZURERA, Manuel: **Tratado de Derecho mercantil**, t. XII: La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas y las entidades mutuales. Las sociedades laborales. La sociedad de garantía recíproca; Vol. 1: La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas de seguros y las mutualidades, Marcial Pons, Madrid, 2005.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: Lesión del bien jurídico y consumación en el delito de apropiación indebida, en: PJ 46 (1997), 217-258.

- Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: Bases político-criminales, en: RDPCr 11 (2003), 95-164.

PARODI, Manfredi: **I reati di pericolo** tra dogmatica e politica criminale (Studi di diritto penale), Dott. A. Giuffrè, Milano, 1990.

PASTOR MUÑOZ, Nuria: La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?, en: Indret 4 (2006).

- La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del derecho penal patrimonial y económico, en: La teoría del delito en la **práctica penal económica**, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/MIRÓ LINARES, Fernando (Dirs), La Ley, Madrid, 2013, 85-114.

PATALANO, Vincenzo: Beni costituzionali e tutela penale degli interessi economici, en: Studi -Vassalli, Giuffrè, Milano, 1991,632-648.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido: Arts. 1665-1708. La sociedad civil, en: PAZ-ARES RODRÍGUEZ C./ DÍEZ-PICAZO, L./ BERCOVITZ, R./ SALVADOR, P.(Dirs.), **Comentario** del Código Civil, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, 1299-1523.

PEDRAZZI, Cesare: Società commerciali (Disciplina Penale), en: Digesto 1997-XIII, 37-425.

- In memoria del “falso in bilancio”, en: Riv. Soc. 6 (2001), 1369 ss.

PELISSERO, Marco: Il concorso nel **reato proprio**, Milano, Giuffrè, 2004.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique: **La participación** en el delito y el principio de accesoriedad, Tecnos, Madrid, 1990.

- Sobre el alcance del art. 65.3 del Código Penal. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber, en: LH-Gimbernat, II, 2008, 1419-1452.

PERDICES HUETOS, Antonio: El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho mercantil, en: CORCOY BIDASOLO, M.

(Dir)/ LARA GONZÁLEZ, R. (Coord.), Derecho penal de la empresa, Pamplona, Universidad Pública de Navarra, 2002, 133-146.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel: **La responsabilidad** de los Administradores de Sociedades: criterios de atribución, CEDESC, Barcelona, 1997.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos: Introducción al Derecho penal económico, en: Bacigalupo ZAPATER, E. (Dir.), **Curso** de Derecho penal económico, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, 19-38.

PÉREZ GOROSTEGUI, Eduardo: **Economía de la empresa**: (Introducción), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989.

PÉREZ MANZANO, Mercedes: **Autoría y participación imprudente** en el Código penal de 1995, Civitas, Madrid, 1999.

PÉREZ VALERO, Ignacio: **El delito societario de falsedad** en las cuentas anuales (art. 290 CP), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

PERINI, Andrea: Art. 1621- False comunicazioni sociali, en: D'ALLESANDRO, F. (Dir.)/ NAPOLEONI, V. (Coord.), **Commentario Romano** al nuovo Diritto delle Società, I reati e gli illeciti amministrativi societari, vol. III, Piccin Nuova Libreria, Padova, 2010, 63-102.

- Art. 1622- False comunicazioni sociali in danno delle società, dei soci o dei creditori, en: D'ALLESANDRO, F. (Dir.)/ NAPOLEONI, V. (Coord.), **Commentario Romano** al nuovo Diritto delle Società, I reati e gli illeciti amministrativi societari, vol. III, Piccin Nuova Libreria, Padova, 2010, 103-115.

- Il delitto di **false comunicazioni sociali**, CEDAM, Padova, 2002.

PIANA, Giannino: **Efficienza e solidarietà**. L'etica economica nel contesto della globalizzazione, Effatà Editrice, Torino, 2009.

PICÓ ROMERO, Jesús: Opacidad en las cuentas anuales del sector público. En el remanente de tesorería y en general. Reflexiones críticas y propuestas, en: AudP 47 (2009), 91-100.

POLAINO NAVARRETE, Miguel: El **Bien jurídico** en el Derecho penal, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974.

POLO VEREDA, Javier: Delitos societarios: reflexiones para una selección de aspectos polémicos, en: LL 1998-2, 2044-2056.

PRADES CUTILLAS, Daniel: Administradores de hecho: Tipologías no tan encubiertas, en: LL 2009-2, 1691-1700.

PRATS ALBENTOSA, Lorenzo/PONS GARCÍA, Gemma: Prevención de conflictos empresa/sociedad: la responsabilidad civil corporativa, en: VINYAMATA, E. (Coord.), **La responsabilidad social corporativa**. Guerra y Paz en el trabajo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, 81-100.

PULITANÒ, Domenico: Falso in bilancio: arretrare sui principi non contribuisce al libero mercato, en: Guida 39 (2001), 9-10.

- False comunicazioni sociali, en: ALESSANDRI, A. (Dir.), Il nuovo diritto penale delle società, IPSOA, Milano, 2002, 142-145.

- **Diritto penale**, Parte Generale, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2007.

QUEDENFELD, Dietrich: §§331-332 en: EBKE, W. (Red.), Münchener **kommentar**. Handels-gesetzbuch, Band 4, , Verlag C.H. Beck, München, 2001, 1400-1422.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan: **Derecho Penal** Español. Parte Especial, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: Los **delitos especiales** y la teoría de la participación en el derecho penal español, Barcelona, CYMYS, 1974.

- Sobre los presupuestos y limitaciones de la legislación penal económica en: EH-P. Vitoria, t. III, 1983, 779-792.
- Derecho penal: parte general, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1992.
- Sobre los delitos societarios en el nuevo código penal (cuestiones generales), en: **Jornadas** sobre el nuevo Código penal de 1995, celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996, UPV, Bilbao, 1998, 165-184.
- Los escándalos financieros por falsedad en la contabilidad y la función del Derecho penal económico, en: GARCÍA RIVAS, N. (Coord.), **Protección penal del consumidor** en la Unión Europea, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2005, 173-204.
- Sobre los delitos económicos como subsistema penal, en: SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J.R./ DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.), **El derecho penal económico y empresarial** ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo, Colex, Madrid, 2010, 113-128.
- Art. 390 a 395, en: QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/ MORALES PRATS, F. (Coord.), **Comentarios a la Parte Especial** del Derecho Penal, 9ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, 1622-1650.
- Art. 261, en: QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/ MORALES PRATS, F. (Coord.), **Comentarios a la Parte Especial** del Derecho Penal, 9ª ed., Thomson Reuters, Cizur Mayor, 2011, 747-749.

RADTKE, Henning: §§ 283-283d en: JOECKS, W./MIEBACH, K.(Hrsg.), Münchener **Kommentar** zum Strafgesetzbuch, Band. 4, Verlag C.H. Beck, München, 2006, 813-845.

REBOLLO VARGAS, Rafael: Algunas consideraciones sobre autoría y participación en los delitos especiales. Particular referencia al delito de tortura, en: ADPCP 2003, 133-168.

- Función real y función simbólica de los delitos societarios, en: EPC 26 (2006), 213-242.

REDONDO ILLESCAS, Santiago/GARRIDO GENOVÉS, Vicente: **Principios** de criminología, 4ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

REGUÉS I VALLÈS, Ramón: La doctrina de la ignorancia deliberada y su aplicación al derecho penal económico-empresarial, en: La teoría del delito en la **práctica penal económica**, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/MIRÓ LINARES, Fernando (Dir.), La Ley, Madrid, 2013, 289-324.

RENDE, Domenico: Disposizioni penale in materia di società e di consorzi, en: SCIALOJA, A./BRANCA, G. (a cura di.) **Commentario** al Codice civil, Zanichelli, Bologna, 1947.

RESTREPO RODRÍGUEZ, Diana: **I reati propri** alla luce del bene giuridico, Tesis doctoral leida en la Università degli Studi di Modena, 2010, (inédita).

REYES ALVARADO, Yesid: Intervención delictiva e imputación objetiva, en: DPC 21 (2007).

RÍOS CORBACHO, José Manuel: Delitos Societarios, en: TERRADILLOS BASOCO, J. (Coord.), **Lecciones y materiales** para el estudio del Derecho penal, Iustel, Madrid, 2012, 121-145.

RIVERO TORRE, Pedro: El concepto de Imagen fiel y el Plan General de Contabilidad en: VV.AA., **Comentarios** sobre el nuevo Plan General de Contabilidad, Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, Madrid, 1993.

ROBLES PLANAS, Ricardo: **La participación** en el delito. Fundamento y límites, Marcial Pons, Madrid, 2003.

- **Garantes y cómplices.** La intervención por omisión y en los delitos especiales, Atelier, Madrid, 2007.
- Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP, en: LL 2011-4, 1565-1576.

ROCAFORT NICOLAU, Alfredo: El depósito de las cuentas anuales de las sociedades de capital en el Registro Mercantil, en: RdS 35 (2010), 233-254.

ROCCO, Alfredo: Il dolo nella falsità dei bilanci delle società, en: Riv. Pen. 1941, 1-7.

RODRÍGUEZ ARIZA, Lázaro/LÓPEZ PÉREZ, María Victoria: **Contabilidad general: Teoría y práctica**, Pirámide, Madrid, 2008.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: **Delitos de peligro**, dolo e imprudencia, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994.

- Algunas reflexiones acerca de los delitos societarios y las conductas de administración desleal, en: ADPCP 1996, 425-473.
- La responsabilidad penal del **administrador desleal** y los nuevos delitos societarios, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados, en: AFDUA 8 (1998), 187-212.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios, en: ADPCP 1981, 677-691.

- Estudios de **Derecho penal económico**, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: Reflexiones sobre el delito de falsedad en documento mercantil, en: PJ 11 (1988), 105-114.

- Los nuevos delitos pseudo societarios, en: BICAM 1 (1996), 46-57.
- Aspectos generales de los delitos societarios, en: **Jornadas** sobre el nuevo Código penal de 1995, celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996, UPV, Bilbao, 1998, 185-194.
- **Secundariedad** del Derecho penal Económico. Reflexiones sustantivas y procesales, Cóllex, Madrid, 2001.

ROJO, Ángel: La contabilidad, en: MÉNENDEZ. A./ ROJO, A. (Dirs.), **Lecciones** de Derecho mercantil, Vol. I, Thomsom Aranzadi, Pamplona, 2011, 153-185.

ROSO CAÑADILLAS, Raquel: Derecho penal, prevención y responsabilidad social corporativa, en: LH-Mir Puig, 2010, 241-296.

ROXIN, Claus: **Derecho Penal, Parte General, I**, Fundamentos: La estructura de la teoría del delito, Luzón Peña, D.M./ Díaz y García Conlledo, M./ De vicente Remensal, J. (Trads.), Civitas, Madrid, 1997.

- **Autoría y dominio del hecho** en Derecho penal, Cuello Contreas, J. (Trad), Marcial Pons, Madrid, 2000.
- **Derecho penal, Parte General, I**, Fundamentos: La estructura de la teoría del delito, Luzón Peña, D.M./ Díaz y García Conlledo, M./ De vicente Remensal, J. (Trads.), Civitas, Madrid, 2003 (reimp.).
- **La evolución de la política criminal**, el derecho penal y el proceso penal, Gómez Rivero, C. / García Cantizano, M.C. (Trads.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

RUDOLPHI, Hans Joachim: Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico, en: NPP 4 (1975), 329-347.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles: **Delitos especiales de dominio** y su relación con el art. 65.3 del Código Penal, Editorial Comares, Granada, 2010.

- Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública en el Código Penal español, en: DPC 7 (2004), 129-171.

RUIZ VADILLO, Enrique: Los delitos contra el orden socio-económico, en: AEJ 13 (1980), 201-254.

RUB, Werner: §§331-332, en: GLANEGGER, G./KIRNBERGER, K. /KUSTERER, S./RUß, W./SELDER, S./STUHLFELNER, S. (Aut.), **Handels-gesetzbuch**, Handelsrecht-Bilanzrecht-Steuerrecht, 7. ed., neu bearbeitete Auflage, C.F. Müller, Heidelberg/Müncher/Landsberg/Berlin, 2007, 848-851.

SÁEZ OCEJO, José Luis: Contabilidad creativa y factores determinantes, en: Téc. Cont. 596 (1998), 329-636.

SALAS FUMÁS, Vicente: Los deberes de los administradores en el Buen Gobierno, en: Análisis financiero 90 (2003), 11-20.

SALAS HERRERA, Juan José: Elaboración y contenido de las cuentas anuales, en: EF 258 (2009), 55-61.

SÁEZ, M^a Isabel: La sociedad devenida irregular, en: ROJO. A./ BELTRÁN, E. (Dirs.), Comentario de la Ley de sociedades de capital, t. I, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2011, 352-457.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel María: La fundación de la sociedad anónima, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

- Los delitos societarios, Aranzadi, Pamplona, 1996.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: Instituciones de Derecho mercantil, t. I, 34^a ed., Thomson Aranzadi, Pamplona, 2011.

SÁNCHEZ DOMINGO, Belén: **Las actuaciones en nombre de otro** en Derecho Penal, Universidad de Burgos, Burgos, 2003.

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, José Luis: Teoría y práctica de la contabilidad, Pirámide, Madrid, 2005.

- Contabilidad, transparencia y gobierno corporativo, en: Análisis Financiero 9 (2003), 21-30.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M^a Isabel: **El moderno Derecho penal** y la anticipación de la tutela penal, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999.

- Art. 282, en: GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.) Comentarios al Código penal, 2^a ed., 2011, 1076-1085.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier: Delito de **infracción de deber** y participación delictiva, Marcial Pons, Madrid, 2002.

SÁEZ LACAVE, María Isabel: **La sociedad mercantil** en formación, Civitas, Madrid, 2001.

SANCHÍS MIR, José Ricardo/GARRIDO GENOVÉS, Vicente: Delincuencia de «cuello blanco», Dirección General de Policía, Madrid, 1987.

SANTANA VEGA, Dulce María: La protección penal de los **bienes jurídicos colectivos**, Dykinson, Madrid, 2000.

SATORRAS FIORETTI, María Rosa: **Responsabilidad social corporativa**. La nueva "conciencia" de las empresas y entidades, Bosch, Madrid, 2008.

SCARLATO, Guglielmo: **Reati societari** tecniche di tutela e prospettive di riforma, Cedam, Milano, 1997.

SCHNEIDER, Hendrik: Über die Bedeutung personaler und situativer Risikofaktoren bei wirtschaftskriminellem Handeln, en: LÖHR, A./BURKATZKI, E. (Hrsg.), Wirtschaftskriminalität und Ethik, Rainer Hampp Verlag, München und Mering, 2008, 135-153.

SCHRÖDER, Horst: Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, en: ZStW 81 (1969), 7-28.

- Aktienhandel und Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1994.

SCHÜNEMANN, Bernd: Strafrechtsdogmatische und Kriminalpolitische Grundfragen der Uternehmenskriminalität, en: Wistra 1982, 41-50.

- Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa, en: ADPCP 1988, 529-558.
- La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea, en: VV.AA, **Hacia un Derecho penal económico europeo**, Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 de octubre de 1992, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, 565-600.
- **Temas actuales** y permanentes del Derecho penal después del milenio, Tecnos, Madrid, 2002.
- El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico objetiva común para todas las formas de autoría, en: DPCrim 75 (2004), 13-70.

SCHÜPPEN, Matthias: **Systematik und Auslegung** des Bilanzstrafrechts, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 1992.

SCIUMBATA, Gabriele: I reati societari, 2ª ed., Giuffrè editore, Milano, 2008.

SEGOVIA SAN JUAN, Ana Isabel: El delito societario desde la perspectiva de la agencia y su relación con **la contabilidad creativa**, Instituto de contabilidad, Madrid, 2001.

SEMINARA, Sergio: Tecniche normative e **concorso di persone nel reato**, Giuffrè, Milano, 1987.

- Riforma del Diritto penale societario: Attuata la legge delega, en: Riv. It. Dirit. Proc. Pen. 2 (2002), 671-688.

SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando: Los difusos contornos de los delitos societarios y su imprecisa frontera con otras conductas afines, en: AP 2002-1, 349-399.

- **Delitos societarios** y conductas afines: la responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores, La Ley, Madrid, 2003.
- **Delitos societarios** y conductas afines: la responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores, 2ª ed., La Ley, Madrid, 2006.

SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio Jesús: Los delitos societarios en el anteproyecto del nuevo Código Penal, en: AJA 48 (1992), 1-2.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso/SERRANO MAILLO, Alfonso: Delitos societarios, en: Serrano Gómez, A. /Serrano Maíllo, A., **Derecho penal. Parte Especial**, 16ª ed. Dykinson, Madrid, 2011, 533-552.

- Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, en: SERRANO GÓMEZ, A. /SERRANO MAÍLLO, A., **Derecho penal. Parte Especial**, 16ª ed. Dykinson, Madrid, 2011, 583-586.
- Insolvencias punibles, en: SERRANO GÓMEZ, A. /SERRANO MAÍLLO, A., **Derecho penal. Parte Especial**, 16ª ed. Dykinson, Madrid, 2011, 463-464.

SGUBBI, Francesco: Tutela Penale di interessi diffusi, en: LQc 3 (1975), 439-481.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: **Aproximación** al Derecho Penal Contemporáneo, Bosch, Barcelona, 1992.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: La **Expansión** del Derecho Penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales, Civitas, Madrid, 1999.
- Constitución Europea, legalidad y Derecho penal económico, en: BAJO FERNÁNDEZ, M.(Dir.)/BACIGALUPO SAGGESE, S./ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coords.), **Constitución europea** y Derecho penal económico, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, 251-269.

- Las falsedades documentales en: **Lecciones** de Derecho penal. **Parte Especial**, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.), 2009, Atelier, Barcelona, 293-308.
- Las falsedades documentales, en: SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), **Lecciones** de Derecho penal. **Parte Especial**, Atelier, Barcelona, 2009, 293-308.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: Teoría del delito y Derecho penal económico empresarial en: La teoría del delito en la **práctica penal económica**, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/MIRÓ LINARES, Fernando (Dir.), La Ley, Madrid, 2013, 33-66.

SOLA RECHE, Esteban: La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal, en: ADPCP 1994, 167-185.

SOTO NAVARRO, Susana: **La protección penal** de los bienes colectivos en la sociedad moderna, Comares, Granada, 2003.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto/GALLEGO GARCÍA, Gloria: El dolo eventual en el código penal colombiano: entre limitaciones dogmáticas y exigencias político-criminales, en: NFP 60 (1999), 7-30.

STAMPA BRAUN, José María/BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: La reforma del Derecho penal económico, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980.

STRATENWERTH, Günter: **Derecho penal Parte General**, t. I: El hecho punible, Civitas, Madrid, 1999.

STREE, Walter/HEINE, Walter, §283 en: SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H. (Hrsg.), Strafgesetzbuch **Kommentar**, 27. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2006, 2413-2435.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos: Art. 290, en: RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.)/JORGE BARREIRO, A. (Coord.), **Comentarios** al Código Penal, Civitas, Madrid, 1997, 834-837.

- Art. 292, en: RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.)/ JORGE BARREIRO, A. (Coord.), **Comentarios** al Código Penal, Civitas, Madrid, 1997, 840-842.
- Art. 297, en: RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.)/ JORGE BARREIRO, A. (Coord.), **Comentarios** al Código Penal, Civitas, Madrid, 1997, 850-851.
- Derecho penal económico y constitución Europea ¿armonización o integración?, en: BAJO FERNÁNDEZ, M.(Dir.)/BACIGALUPO SAGGESE, S./ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coords.), **Constitución europea** y Derecho penal económico, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, 213-220.

SUÁREZ SUÁREZ, Andrés Santiago: **Curso** de introducción a la economía de empresa, Piramide, Madrid, 1991.

SUTHERLAND, Edwin: Il crimine dei colletti bianchi, Gabrio Forti, B., (a cura di), Giuffrè, Milano, 1987.

TERRADILLOS BASOCO, Juan: **Derecho penal de la empresa**, Trotta, Madrid, 1995.

- Los delitos societarios, en: DEL ROSAL BLASCO, B. (Coord.), **Estudios** sobre el nuevo Código Penal de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, 259- 287.
- Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico, en: TERRADILLOS BASOCO, J./ ACALE SÁNCHEZ, M. (Coord.), **Temas** de Derecho penal económico, III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho penal económico, Trotta, Madrid, 2004, 197-216.
- Delitos contra el orden socio-económico, en: TERRADILLOS BASOCO, J. (Coord.), **Lecciones y materiales** para el estudio del Derecho penal, Iustel, Madrid, 2012, 17-54.

TIEDEMANN, Klaus: **Poder económico** y delito, Ariel, Barcelona, 1985.

- El concepto de derecho económico, de Derecho penal económico y de delito económico, en: CPC 28 (1986), 65-74.
- Protección penal de la competencia, en: TIEDEMANN, K. (Dir.)/ NIETO MARTÍN, A. (Coord.), **Eurodelitos**. El Derecho Penal económico en la Unión Europea, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, Cuenca, 2005, 83-92.
- Derecho penal económico en el Tratado de la Constitución Europea, en: BAJO FERNÁNDEZ, M.(Dir.)/BACIGALUPO SAGGESE, S./ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coords.), **Constitución europea** y Derecho penal económico, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, 173-188.
- **§§283** en: LK, 11ª. Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2006, 106-184.
- **Manual** de Derecho penal económico. Parte General y especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

TORÍO LÓPEZ, Ángel: Los delitos de peligro hipotético. Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto, en: ADPCP 1981, 825-847.

- Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma, en: EPC 10 (1985), 381-401.

TORO, Daniela: El enfoque estratégico de la responsabilidad social corporativa: revisión de la literatura académica, en: Intangible 14 (2006), 338-358.

TRÖNDLE, Herbert /FISCHER, Thomas: **Strangesetzbuch** und Nebengesetze, Beck'sche Kurz Kommentare, 54. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007, 1963-1977.

TRUJILLO FERRERAS, David: Las cuentas anuales bajo la óptica del nuevo PGC, en: Tec. Econ. 177 (2009), 51-56.

UNCETA SATRUSTEGUI, Alfonso: Empresas socialmente responsables en el escenario económico global. Aproximación a la noción de responsabilidad social corporativa, en: *Politika* 1 (2005), 121-128.

VALLE MUÑIZ, José Manuel/QUINTERO OLIVARES, Fermín/MORALES PRATS, Fermín: art. 290 en: *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/MORALES PRATS, F. (Coord.), 5ª Ed., Aranzadi, Pamplona, 2008, 970-988.

VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo: *El concurso de la sociedad irregular*. La Ley, Madrid, 2004.

- La «sociedad anónima irregular» («sociedad devenida irregular») en la Ley de Sociedades de Capital, en: EH-M. Planas, 2011, 839-855.
- VARGAS PINTO, Tatiana: **Delitos de peligro abstracto** y resultado, Aranzadi, Pamplona, 2007.

VELA BARGUES, José Manuel: **El concepto de imagen fiel** en el nuevo marco normativo de la contabilidad pública española, Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, Madrid, 1996.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy: Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales, en: *LL* 2012-3, 1433-1437.

VELASCO OSMA, José Ramón: **Fundamentos de la Responsabilidad social corporativa** y su aplicación ambiental, Dykinson, Madrid, 2006.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: **La falsedad documental**: análisis jurídico penal, Cedecs, Barcelona, 1999.

- Las falsedades contables en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal de 2007, en: ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la*

Unión Europea. **La política criminal Europea**, Tirant Lo Blanch, 2009, 427-467.

-Delitos societarios, en: QUINTERO OLIVARES, G./CARBONELL MATEU, J.C/ MORALES PRATS, F./GARCÍA RIVAS, N./ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), **Esquemas** de la parte especial del Derecho penal (I), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, 423-450.

VINCIGUERRA, Sergio/CONSO, Giovanni: Dottrina e attualità giuridiche, en: Giur. Ita. 2010, 990-992.

VOGEL, Joachim: Licht und Schatten im Alternativ-Entwurf Euräische Strafverfolgung, en: ZStW 116 (2004), 400-423.

VON LISZT, Franz: Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Enzyklopädie der Rechtsmillendchaft, en: ZStW 8 (1888), 133-156.

- Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche, en: Von Listz, **Strafrechtliche Aufsätze** und Vorträge, b. I, Walter de Gruyter, Berlin, 1970, 212-251.

- **Tratado** de Derecho penal, Tomo II, 4ª, Traducido de la 20ª alemana, JIMENEZ DE ASUA, Luis (Trad.), Reus, Madrid, 1999. Mir lo de las traducciones.

WANDENBERGHE, José Luis: **Contabilidad financiera**. Nuevo Plan General de Contabilidad y de PYMES, Pirámide, Madrid, 2008.

WELZEL, Hans: **Abhandlungen** zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1975.

WITTIG, Petra: **La teoría del bien jurídico**, en: HEFENDEHL, R. (ed.), ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons, Madrid, 2007, 341-348.

ZANNOTTI, Roberto: False comunicazioni sociale reato uno e trino a valenza patrimoniale, en: Dir. e Giust. 37 (2001), 21-23.

- Il nuevo diritto penale dell'economia. **Reati societari** in materia di mercato finanziario, 2ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2008.

ZIERCKE, Jörg: Wirtschaftskriminalität in der Bundesrepublik Deutschland: Fallbeispiele, Entwicklungstrends, Folgeschäden, en: LÖHR, A./BURKATZKI, E. (Hrsg.), Wirtschaftskriminalität und Ethik, Rainer Hampp Verlag, München und Mering, 2008, 25-42.

BURKATZKI, Eckhard/FÖHR, Albert: Wirtschaftskriminalität und Ethik-einführende Anmerkungen en: **Wirtschaftskriminalität und Ethik**, Rainer Hampp Verlag, München und Mering, 2008, 11-21.

ZIRPINS, Walter/TERSTEGEN, Otto: **Wirtschaftskriminalität**. Erscheinungsformen und ihre Bekämpfung, Verlag Max Schmidt-Römhild, Lübeck, 1963.

ZUCCALA, Giuseppe: Il delitto di **False comunicazioni sociali**, CEDAM, Padova, 1954.

- Precisazioni e rilievi sul delitto di false comunicazioni social, en: Riv. Soc. 3 (1964), 293-326.
- Le fase comunicazioni sociali, en: RDPE 1989, 717-762.

ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel: La punición del partícipe no cualificado en los delitos especiales propios e improprios (análisis del art. 65.3 del Código Penal), en: EH-Cobo del Rosal, 2005, 965-972.

INDICE DE SENTENCIAS CITADAS

STC nº 48/1988, de 22 de marzo de 1988, Ponente Doña Gloria Bequé Cantón, RTC 1988/48.

STS Nº 932/2000, de 29 de mayo de 2000, Ponente Andrés Martínez Arrieta, JUR 200/5230.

SAP Barcelona nº 330/2000, de 2 de noviembre de 2000, Ponente Sra. M^a José Magaldi Paternostro, JUR 2001\60128.

SAP de Valencia nº 212/2001, de 16 de mayo de 2001, Ponente Susana Catalán Muedra, JUR 2001/199017.

STS nº 1659/2001, de 26 de septiembre de 2001, Ponente Gregorio García Ancos, RJ 2001/7867.

SAP Madrid nº 370/2001, de 6 de junio, Ponente Jesús Eduardo Gutiérrez Gómez, ARP 2001\632

SAP Pontevedra nº 29/2001, de 1 de diciembre, Ponente Sra. Angela Domínguez-Viguera Fernández, ARP/2002/295.

SAP Madrid nº 370/2001, de 1 de diciembre de 2001, Ponente Jesús Eduardo Gutierrez Gómez, ARP (2001/632).

SAP de Álava nº 8/2002, de 12 de enero de 2002, Potente Jesús Alfonso Poncela García, JUR 2002/218053.

SAP de Madrid nº 130/2002, de 23 de diciembre, Ponente Juan Francisco Martel Rivero, EDJ 2002/82923.

STS nº 554/2003, de 14 de abril, Ponente José Manuel Maza Martín, RJ 2003/4659.

SAP de Jaen nº43/2003, de 2 de mayo, Ponente Jesús Passolas Morales, EDJ 2003/110151.

SAP de Asturias, nº 157/2003 de 29 de mayo, Ponente Covadonga Vázquez Llorens, EDJ 2003/38854.

SAP de Burgos, nº 135/2004 de 7 de febrero, Ponente Juan Miguel Carreras Maraña, JUR 2005\19817.

STS nº 743/2004, de 12 de junio, Ponente José Antonio Martín Pallín, RJ 2004/259931.

SAP de Vizcaya, nº 692/2004 de 2 de diciembre, Ponente José Ignacio Arévalo Lasa. EDJ 2004/254506.

SAP Barcelona nº 298/2005, de 15 de enero de 2007, Ponente D. José María Pijuán Canadell, EDJ 2007/70893.

STS nº 552/2005, de 9 de mayo, Ponente Diego Antonio Ramos Gancedo, EDJ 2005/83585.

STS nº 865/2005, de 24 de junio, Ponente Julián Sánchez Melgar, RJ 2005\6896.

SAP de Cádiz nº 114/2007, de 30 de abril, Ponente Francisco Javier Gracia Sanz, EDJ 2007/71799.

SAP de Alicante nº 788/2007, de 27 de julio, Ponente Julio Ubeda de los Cobos, JUR 2007\336099.

SAP de Salamanca, nº60/2008, de 11 de junio Ponente Ildfonso García del Pozo, EDJ 2008/201357.

SAP Guipúzcoa, 155/2008, de 16 de junio, Ponente Augusto Maeso Ventureira, EDJ 2008/242207.

STS nº 791/2008, de 20 de noviembre, Ponente Enrique Bacigalupo Zapater, EDJ 2008/253396.

SAP de Baleares, nº 50/2008 de 31 de julio, Ponente Don Diego Jesús Gómez Reina Delgado, EDJ 2008/305515

SAP Palencia, nº 27/2009 de 5 de marzo, Ponente Javier Álvarez Fernández. JUR 2009/250177.

SAP Madrid, nº 51/2009 de 30 de marzo de 2009, Ponente M^a del Carmen Compaired Plo, JUR 2009/221783.

SAP Barcelona, nº 382/2009 de 3 de junio de 2009, Ponente Pedro Martín García ARP (2009/1085).

SAP Zaragoza nº 195/2010, de 11 de junio de 2010, Ponente Alfonso Bellentin Miguel, ARP 2010/1307.

SAP Santa Cruz de Tenerife, nº 685/2009 de 4 de noviembre de 2009, Ponente Francisca Soriano Vela, ARP 2010/363.

SAP de León, nº 29/2011 de 19 de diciembre, Ponente, Jesús Ángel Santos Fernández, EDJ 2011/319105.