

XV SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

DERECHO PENAL GENERAL Y DERECHO PENAL DE LA EMPRESA

Jueves 7- viernes 8/06/2012

ÁREA DE DERECHO PENAL UNIV. DE ALCALÁ / FUNDACIÓN INTERNACIONAL DE CIENCIAS PENALES

**RELACIÓN DEBATE DE LA PONENCIA: “EL BIEN JURÍDICO EN EL DELITO DE
FALSEAMIENTO DE LAS CUENTAS ANUALES DE LAS SOCIEDADES, ART. 290 CP”, DE LA
PROF. D.ª PAZ FRANCÉS LECUMBERRI.**

Viernes 8 de junio de 2012, 13,30-14,45 h.

Ponente: Prof. D.ª Paz Francés Lecumberri.

Moderadora: Prof. Dr. D.ª Inés Olaizola Nogales

Relatora: Natalia Torres Cadavid.



**Fundación
Internacional
de Ciencias
Penales**

EL BIEN JURÍDICO EN EL DELITO DE FALSEAMIENTO DE LAS CUENTAS

ANUALES DE LAS SOCIEDADES, ART. 290 CP

Prof. D.^a Paz Francés Lecumberri. Ayudante de Derecho Penal. Universidad Pública de Navarra, Pamplona

Moderadora: Prof. Dra. D.^a Inés Olaizola Nogales. Catedrática de Derecho Penal. Universidad Pública de Navarra

Intervinientes en el debate: Prof. Francés Lecumberri, Profs. Dres. Olaizola Nogales, Luzón Peña (Alcalá), del Rosal Blasco (Alicante), Vega Gutiérrez (Alcalá), Paredes Castañón (Oviedo), de Vicente Remesal (Vigo), Díaz y García Conlledo (León).

Relatora: D.^a Natalia Torres Cadavid. Becaria FPI. Universidad de León.

I.

La **Prof. D.^a Paz Francés Lecumberri** intervino en la mañana del viernes 8 de junio de 2012 con la ponencia titulada “El bien jurídico protegido en el art. 290 CP”, es decir, en el delito societario de falsedad del administrador de una sociedad en cuentas o documentos acreditativos de la situación jurídica o económica de ésta con capacidad de perjuicio a la sociedad. Su exposición principalmente se centró en la explicación de los tres bienes jurídicos que considera protegidos en el artículo 290 CP: a) la funcionalidad del documento, b) el patrimonio y c) el correcto funcionamiento de las sociedades. Cada uno de los cuales, opina, debe ser lesionado en la dimensión en que recibe la tutela penal, para considerar que se ha cometido el ilícito penal. No obstante, con especial interés realizó un detallado análisis del bien jurídico “correcto funcionamiento de las sociedades”, que propone debe ser interpretado en el sentido de correcta gestión, la cual 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.

II. Debate correspondiente a la ponencia de la Prof. FRANCÉS

LECUMBERRI

La Prof. Olaizola Nogales abre el debate y le concede la palabra al **Prof. Luzón Peña**, quien, tras felicitar a la Prof. Francés Lecumberri por su ponencia y resaltar la intensidad con que está elaborando su tesis doctoral, le sugiere tener en cuenta en su

análisis la comparación entre el delito del art. 290 CP y el delito de falsedades del art. 392 CP, relación respecto de la cual hace 3 reflexiones principales.

En primer lugar el Prof. Luzón Peña puntualiza que el art. 290 CP amplía la punición respecto del art. 392 CP. Señala que el art. 392 CP castiga al particular que cometiere en documento mercantil alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado primero del art. 390 CP, es decir las falsedades materiales y alguna específica falsedad ideal (generalmente llamada “ideológica”), pero la conducta prevista en el número cuarto del art. 390 CP, la falsedad ideal (ideológica) genérica, no es punible. Sin embargo, el art. 290 CP no limita la conducta típica a las falsedades materiales y, por tanto los administradores, que son los sujetos activos en este delito societario, pueden cometer también falsedades ideales (ideológicas) de cualquier clase.

En segundo lugar el Prof. Luzón hace el siguiente planteamiento: si es cierto que el delito del art. del 290 CP no sólo protege los bienes jurídicos propios de todas las falsedades, la fe pública o la seguridad jurídica, sino que también, conforme a la exposición de la Prof. Francés, protege bienes jurídicos adicionales como el patrimonio o el correcto funcionamiento de las sociedades, ¿por qué las penas son prácticamente iguales si habría más bienes jurídicos afectados o puestos en riesgo en el art. 290 CP que en el art. 392 CP? Al respecto indica el Prof. Luzón que en relación a la pena de prisión en el límite inferior hay una ligera diferencia, seis meses en el art. 392 CP y un año en el art. 290 CP, pero en el límite superior la pena es igual, tres años en ambos delitos, y, en el caso de la multa, la pena es idéntica en los dos artículos, de seis a doce meses. No obstante, pone de manifiesto el Prof. Luzón que las falsedades ideales (ideológicas) del número cuarto del art. 390. 1 CP se castigan en el art. 290 CP con una pena que no les correspondería conforme a los tipos genéricos de falsedades, por ser un hecho atípico puesto que no se está ante un funcionario público. Pero cuando son las otras tres falsedades, continúa, de los números primero, segundo y tercero del art. 390.1 CP ¿qué diferencia hay si las penas son prácticamente iguales?

La existencia de bienes jurídicos adicionales en el art. 290 CP, opina el Prof. Luzón, lleva a una tercera cuestión, a un complicado tema concursal. Como es sabido, hay concursos de leyes y concursos de delitos; entonces, si los bienes jurídicos fueran los mismos y no hubiera un desvalor adicional en unos de los tipos, sin la menor duda en principio habría entre los artículos 290 CP y 392 CP un concurso de leyes, pero si se

entiende que no son iguales, cuestiona el Prof. Luzón, ¿se puede plantear un concurso ideal de delitos? A lo que contesta que suena un poco raro porque se haría responder a la persona de dos delitos de falsedades.

Finalmente concluye el Prof. Luzón que esta discusión no sólo tiene que ver con el tipo y el tema concursal, sino con el análisis del bien jurídico, el cual debe hacerse siempre con base en la regulación positiva. En este caso sugiere la necesidad de realizar la comparación entre los tipos penales de falsedades genéricas y de falsedades societarias, previstas en los artículos 392 CP y 290 CP respectivamente.

La **Prof. Francés** le responde al Prof. Luzón que coincide con él en que las conductas de falsedades del art. 290 CP serían todas las del 390 CP, incluidas las ideológicas, debido a la posición especial del sujeto activo, que en este delito sólo es el administrador de hecho y de Derecho de una sociedad. Acerca del tema de las penas, dice que la doctrina de manera casi unánime critica la similitud de las penas entre los artículos 290 CP y 392 CP cuando se reconoce la existencia de bienes jurídicos adicionales en el art. 290 CP, que adelanta las barreras de protección al patrimonio. Finalmente acerca del tema concursal entre estos dos delitos y ante todo teniendo en cuenta el tercer bien jurídico que propone, comenta que tiene que pensarlo mejor.

La Prof. Olaizola le concede la palabra en segundo lugar al **Prof. del Rosal Blasco**. El Prof. del Rosal para empezar resalta la valentía de la Prof. Francés en dedicarse a la universidad y la claridad de su exposición, para luego señalar que considera que, con el uso de los términos funcionalidad de los documentos y correcto funcionamiento de las sociedades para definir bienes jurídicos, lo que se hace es no dotarlos de contenido.

Acerca de la funcionalidad de los documentos, el Prof. del Rosal precisa que no es que se proteja la funcionalidad del documento, sino que se protege la veracidad de la información que contiene, que debe ser reflejo o imagen fiel, y no tanto la veracidad en sí, sino el derecho a que la gente sea informada de forma veraz.

No obstante manifiesta que, si bien el planteamiento del bien jurídico funcionalidad de los documentos no le disgusta tanto, sí lo hace el bien jurídico correcto funcionamiento de las sociedades. Esto porque la corrección en relación a una gestión societaria es un atributo que se puede predicar desde muchos puntos de vista, pero el Derecho penal sólo

requiere la corrección desde el punto de vista jurídico, lo único que puede decir al respecto es que la gestión es correcta porque es legal, por lo que en este caso lo que en el fondo se está castigando entonces es la infracción de unas normas de seguridad.

El Prof. del Rosal considera que con el correcto funcionamiento de la sociedad tal y como lo propone la ponente, de igual manera que en el delito ecológico, lo que se castiga no es el daño que se comete sino la infracción de unas normas de seguridad, porque no se puede esperar la realización del daño. Opina que, si con esta particular manera de definir el bien jurídico lo que se están protegiendo son las normas de seguridad que hacen que las sociedades entren en el mundo jurídico y económico de forma fiable, en el fondo lo que se está haciendo es proteger normas jurídicas, y si se están protegiendo normas jurídicas, supone que entonces tenía razón Jakobs cuando decía que el bien jurídico es una ficción y lo que se hace es establecer unos mandatos para que las cosas funcionen de una determinada manera. Es decir, concluye, se está utilizando una terminología inadecuada para decidir unas instituciones que pretenden precisamente dotar de contenido material para limitar el *ius puniendi*, y por el contrario lo que se hace es disolver su contenido material.

La **Prof. Francés** interviene de nuevo y manifiesta que tendrá en cuenta lo que ha dicho el Prof. Del Rosal en la medida en que quizás por su intención de dotar de contenido al correcto funcionamiento de las de las sociedades esté provocando justamente lo que estaba tratando de evitar: no ser respetuosa con los bienes jurídicos y con el concepto de bien jurídico en sentido estricto. Enfatiza que en la exposición ha intentado ser bastante clara con que, al dotar de contenido material el bien jurídico protegido, no está considerando que el Derecho penal esté castigando los deberes de los administradores, sino que una sociedad no funcionaría bien cuando no hay una correcta gestión. Sin embargo, concluye, revisará bien la terminología utilizada para evitar este tipo de críticas.

Acto seguido, la Prof. Olaizola le da la palabra al **Prof. Vega Gutiérrez**, quien se une también a las felicitaciones por la exposición y advierte que realizará una reflexión y una pregunta a la ponente y a los profesores asistentes.

La primera de ellas se refiere al contenido del concepto de bien jurídico mediato. Considera que dicho concepto puede inducir a confusión en cuanto a que no existen

unos bienes jurídicos inmediatos y unos bienes jurídicos mediatos; sin embargo, opina que hay dos maneras de entender el contenido de éste último. En primer lugar, como *ratio legis*, es decir, coincidente con los motivos que llevaron a la criminalización del delito, en cuyo caso tal concepto no tendría ninguna repercusión en la labor de interpretación del tipo, sino que se reduciría a una mera cuestión terminológica. En cambio, sí que tendría repercusiones si –como sugieren algunos– dicho concepto se utiliza como un criterio de determinación y medición de la pena, de manera que, si por ejemplo se afecta de forma inmediata el patrimonio, pero de forma indirecta al sistema económico, habría que tomar en consideración esa proyección mediata a los efectos de imponer la pena concreta, que rayaría el límite máximo de la pena tipo.

A continuación el Prof. Vega plantea las siguientes preguntas: ¿pueden los bienes jurídicos colectivos seguir las mismas técnicas de tipificación, las estructuras típicas que los bienes jurídicos individuales? ¿Podemos estructurar un tipo como delito de peligro concreto, abstracto y de lesión cuando estamos frente a bienes jurídicos colectivos como sí se hace normalmente con delitos que protegen bienes jurídicos individuales?

Finalmente, el Prof. Vega pone de manifiesto su acuerdo con la Prof. Francés en que es necesario dotar de contenido los bienes jurídicos que se refieren al correcto funcionamiento de algo. Concreción del bien jurídico que puede conseguirse y cita al Prof. Paredes Castañón, siguiendo unas ciertas pautas de conducta, las cuales pueden buscarse en la normativa de las sociedades en el caso particular de la Prof. Francés. No obstante y termina, en caso de no resultar esto suficiente, se pregunta ¿cuál debe ser la vía correcta para lograrlo?

La **Prof. Francés** interviene para manifestar su acuerdo con la reflexión acerca de los bienes jurídicos mediatos y opina también que las preguntas planteadas son muy interesantes, pero que no se encuentra todavía en condiciones de responderlas. Finalmente, aduce que se encuentra realizando la tarea de buscar los criterios correctos y oportunos que ayuden a concretar efectivamente el contenido material de los bienes jurídicos protegidos en el art. 290 CP.

A continuación interviene el **Prof. Paredes Castañón**, quien comienza su intervención proponiendo aclarar el concepto de bien jurídico, que define como aquello cuyo daño o lesión llamado *x* va a ser impuesto como condición necesaria para que la protección

penal exista y sea legítima; todo lo demás dice, son razones. En segundo lugar, advierte de la necesidad de clarificar también la diferencia entre lo que protege la ley y lo que debe proteger la ley, puesto que hay ocasiones en que ambas cosas no coinciden. Y entonces insiste en la pertinencia de aclarar cuando alguien habla de estas cosas a qué se refiere específicamente. Explica que, si se está hablando de lo que la ley protege, hay que plantearse qué casos quedan dentro si se interpreta el tipo penal lealmente, por decirlo de alguna manera. Ahora bien, en los casos en que dicha interpretación no resulta satisfactoria desde el punto de vista político criminal, el Prof. Paredes aduce que entonces se entra en el razonamiento de qué debería proteger el tipo penal, y así se reinterpreta el tipo dentro de los límites que permiten las técnicas interpretativas, para decir otra cosa o proteger cosas distintas a las que protege. Pero entonces, precisa, es debido dejar claro en qué sentido se habla.

En tercer lugar, y en sentido en que lo mencionaba el Prof. Luzón, se refiere a la conexión entre los delitos de los artículos 290 CP y 392 CP. Al respecto dice que, si bien la opinión doctrinaria mayoritaria entiende que las cuentas anuales son un documento mercantil, él considera que quizás no lo sean, puesto que ha interpretado que tienen el carácter de documento mercantil básicamente los títulos valores, que tienen una eficacia probatoria mucho mayor. De esta manera considera que se explicaría la diferencia de pena.

Luego cuestiona la necesidad de añadir al delito del art. 290 CP un tercer bien jurídico, debido a que considera que de la lectura del texto legal no se desprende su protección; sin embargo, aclara que se refiere a la necesidad de considerar ese tercer bien jurídico, no a la posibilidad de hacerlo al menos por razones de política criminal. El Prof. Paredes precisa que él no ve la inclusión del tercer bien jurídico como necesario porque leyendo el art. 290 CP diría que es una falsedad documental, eso sí, ampliada a las falsedades ideológicas con perjuicio económico y un delito especial. Pero entonces, en caso de que se decida incluirlo, se deberá justificar.

Por último, comenta que no tiene claro si ese bien jurídico, que entiende no es necesario introducirlo por razones político criminales, tiene que ser un bien supraindividual. A pesar de que entiende que en este caso la ponente no se refiere a que tenga un impacto colectivo global, sino a un bien jurídico que no es disponible por el titular, como sería el patrimonio. Así pues, pregunta para terminar, ¿incluso en los casos en que todos los

afectados por una falsedad ideológica estén de acuerdo con ella, aún sería delito? Porque si la respuesta es no, opina, entonces habría que preguntarse si sería un bien jurídico supraindividual.

La **Prof. Francés** interviene para decir que, si a ella le preguntaran qué es lo que protege o qué es lo que debería o incluso qué es lo que le gustaría que protegiese el art. 290 CP, diría: sólo el patrimonio. No obstante opina que, si el legislador ha adelantado las barreras de protección para el patrimonio, es por alguna razón, no sólo por el lugar en donde lo ha introducido, sino también por las diferencias con el art. 395 CP y por tratarse de una protección especial que da coherencia al hecho de que se restrinjan los sujetos activos, la relación entre sujeto activo y el bien jurídico protegido, no sólo con el patrimonio sino con un segundo bien jurídico protegido de acceso limitado a un bien jurídico especial. Aunque reconoce que en todo caso aún tiene dudas acerca de si realmente existe o no un bien jurídico colectivo. De todas maneras afirma que cree en la propuesta que hace porque es una manera novedosa de dotar de contenido el correcto funcionamiento de las sociedades, razón por la cual se ha arriesgado a hacerlo de esta forma, entendiéndolo como buena y correcta gestión.

A continuación, la Prof. Olaizola le concede la palabra al **Prof. de Vicente Remesal**, que dice que interviene especialmente para felicitar a la Prof. Francés por su exposición y plantear una duda a todos los asistentes: ¿tiene o debe tener alguna repercusión en cuanto bien jurídico protegido la diferencia que existe entre delitos especiales y delitos comunes? Porque considera que a lo mejor eso ayudaría no sólo a dotar de contenido material el bien jurídico, sino también a la posible diferenciación en cuanto a los problemas que se suscitaban de tipos comunes y tipos especiales.

De manera bastante breve interviene la **Prof. Francés** para manifestar que comparte la opinión del Prof. de Vicente, en cuanto a que su intervención contribuye a explicar que el delito del art. 290 CP es un delito especial y que, precisamente por ser un delito especial, la cualidad del bien jurídico es así mismo especial.

Finalmente interviene el **Prof. Díaz y García Conlledo**, en calidad de maestro y director de la tesis doctoral de la Prof. Francés, para agradecer a todos los asistentes las sugerencias realizadas y precisar que el intento de la Prof. Francés por buscar un tercer bien jurídico, que no está claro, pretende servir como restricción y no como ampliación

del *ius puniendi*. En todo caso, afirma, y con esto termina, la Prof. Francés debe seguir dándole vueltas al asunto.