

Eficacia de las directivas en los procesos penales, principio *in favor rei*, y comunitariedad y constitucionalidad de las leyes (al hilo del "asunto Berlusconi" y la falsedad contable)*

di Ricardo Alonso García**

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. ANTECEDENTES DEL ASUNTO BERLUSCONI e.a.
- III. LAS DUDAS DE CONSTITUCIONALIDAD SUSCITADAS ANTE LA CORTE COSTITUZIONALE.
- IV. LAS CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL, EN LÍNEA CON EL ASUNTO NISELLI.
- V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA.
- VI. NUEVA INTERVENCIÓN DE LA CORTE COSTITUZIONALE?

Nota del autor: este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación BJU 2003-06542, del Ministerio de Educación y Ciencia.

I. INTRODUCCIÓN.

En su *Sentencia Berlusconi e.a.*, de 3 de mayo de 2005 (asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02), el Tribunal de Justicia (Gran Sala)[1], en línea con su consolidada doctrina y apartándose de las Conclusiones de la Abogado General J. Kokott, y de la *Sentencia Niselli*, dictada por la Sala Segunda apenas unos meses antes (el 11 de noviembre de 2004, C-457/02), sostuvo que

"en el contexto específico de una situación en la que las autoridades de un Estado miembro invocan una directiva contra un particular en el marco de un procedimiento penal, el Tribunal de Justicia ha precisado que una directiva no puede, por sí sola y con independencia de una ley interna adoptada por un Estado miembro para su aplicación, crear o agravar la responsabilidad penal de quienes infrinjan sus disposiciones"[2];

Tal consecuencia, "contraria a los límites resultantes de la propia naturaleza de cualquier directiva", tendría precisamente lugar

"en el caso de autos, [en el que] invocar el artículo 6 de la Primera Directiva sobre sociedades con el fin de que se controle la compatibilidad con esta disposición de los nuevos artículos 2621 y 2622 del Código Civil italiano, podría provocar la inaplicación del régimen de penas más leves previsto por dichos artículos"[3].

Expondré en primer lugar los antecedentes del asunto, incluida la intervención de la *Corte Costituzionale* (que se pronunció antes que el Tribunal de Justicia respecto a la posible inconstitucionalidad del nuevo régimen penal italiano), para abordar después las Conclusiones y la Sentencia de Luxemburgo, finalizando con unas reflexiones acerca de una posible nueva intervención de la *Corte Costituzionale* al respecto[4].

II. ANTECEDENTES DEL ASUNTO BERLUSCONI e.a.

La Sentencia del Tribunal de Justicia tiene su origen en una serie de cuestiones prejudiciales planteadas ex artículo 234 TCE, suscitadas en el marco de procedimientos penales incoados en Italia contra los Sres. Berlusconi (C 387/02), Adelchi (C 391/02) y Dell'Utri y otros (C 403/02), por presunta infracción de disposiciones del Código Civil italiano concernientes a la falsedad en la información societaria (concretamente, a la falsedad en documentos contables)[5].

La normativa comunitaria en materia de sociedades, plasmada en Directivas, establece que los Estados miembros deben prever "sanciones apropiadas en caso de falta de publicidad del balance de pérdidas y ganancias"[6].

En el momento de comisión de los hechos supuestamente delictivos (entre 1986 y 1993), la normativa italiana vigente giraba en torno al artículo 2621 del Código Civil; tal precepto, sin embargo, resultó modificado durante el procesamiento (en el año 2002), en el sentido último de despenalizar los hechos supuestamente delictivos conforme a la legislación

anterior.

En concreto, y transcribiendo la Sentencia del Tribunal de Justicia,

"26. Se desprende de las resoluciones de remisión que las infracciones imputadas a los inculpados en los tres procedimientos penales principales se cometieron cuando era aplicable el antiguo artículo 2621 del Código Civil italiano[7], es decir, antes de la entrada en vigor del Decreto Legislativo nº 61/2002 y de los nuevos artículos 2621 y 2622 del citado Código.

27. En el asunto C 387/02, el giudice per le indagini preliminari (juez de instrucción) del Tribunale di Milano, mediante resolución de 26 de noviembre de 1999, remitió a la Sala Primera de lo penal de dicho órgano jurisdiccional el sumario abierto contra el Sr. Berlusconi. Se imputa al inculpado la comisión, entre 1986 y 1989, de falsedad en las cuentas anuales de la sociedad Fininvest SpA y de otras sociedades del grupo del mismo nombre, en su calidad de presidente de la citada sociedad y de accionista de referencia de las sociedades del grupo. Según se afirma, estas falsedades permitieron alimentar reservas ocultas destinadas a financiar determinadas operaciones consideradas ilegales.

28. En el asunto C 403/02, resulta de la resolución de remisión que los Sres. Dell'Utri, Luzi y Comincioli están procesados por la Sala Cuarta de lo penal del Tribunale di Milano por elaboración de balances falsos hasta 1993.

29. El asunto C 391/02 tiene origen en el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Adelchi contra la sentencia del Tribunale di Lecce de 9 de enero de 2001 por la que se le declaró culpable de falsedad en relación con las sociedades La Nuova Adelchi Srl y Calzaturificio Adelchi Srl, de las que era administrador único. Estos hechos, que se cometieron en 1992 y 1993, se refieren a operaciones aduaneras de exportación e importación consideradas ficticias y a la emisión, por estas sociedades, de facturas consideradas falsas. Según la resolución de remisión, estos hechos daban inevitablemente lugar a que los balances de las citadas sociedades reflejasen costes superiores a los reales e ingresos puramente aparentes y, en consecuencia, un volumen de negocios distinto del verdadero.

30. A raíz de la entrada en vigor del Decreto Legislativo nº 61/2002, los inculpados en estos tres procedimientos alegaron que debían aplicárseles los nuevos artículos 2621 y 2622 del Código Civil italiano.

31. Los órganos jurisdiccionales remitentes señalan que la aplicación de estas nuevas disposiciones tendría como consecuencia que los hechos perseguidos inicialmente en concepto del delito previsto en el antiguo artículo 2621 del Código Civil italiano ya no pudiesen perseguirse penalmente por los siguientes motivos.

32. En primer lugar, si bien los hechos pueden, en principio, ser perseguidos de oficio, es decir, sin que exista querella, por el Ministerio Fiscal sobre la base del nuevo artículo 2621 del Código Civil italiano[8], esta infracción ya no constituye el delito previsto en el antiguo artículo 2621 del Código Civil italiano, con un plazo de prescripción de siete años y medio como máximo, sino una falta, que, en consecuencia, está sujeta a un plazo de prescripción máximo de cuatro años y medio. De este modo, en los asuntos objeto de los procedimientos principales, la infracción prevista en el nuevo artículo 2621 del Código Civil italiano habría prescrito inexorablemente.

33. En segundo lugar, según los citados órganos jurisdiccionales, esta modificación de la calificación de la infracción implica asimismo que no puedan perseguirse penalmente las infracciones accesorias, tales como la asociación de malhechores, el delito de blanqueo de dinero o la receptación, ya que estas infracciones sólo pueden ser consecuencia de la existencia previa de un delito y no de una falta.

34. En tercer lugar, en el caso de que para los hechos objeto de los procedimientos principales no haya transcurrido todavía el plazo de prescripción habida cuenta de la regulación del delito prevista en el nuevo artículo 2622 del Código Civil italiano[9], estos hechos no podrían perseguirse sobre la base de dicho artículo a menos que existiese una querella de un socio o de un acreedor que se considere perjudicado por la falsedad, ya que, en efecto, la presentación de una querella es un requisito necesario para iniciar actuaciones en virtud de esta disposición, habida cuenta de que las falsedades se referían a sociedades no cotizadas en Bolsa, como se señaló en los procedimientos penales principales.

35. Por último, los órganos jurisdiccionales remitentes indican que la persecución de los hechos podría verse impedida por los límites previstos en términos idénticos en los nuevos artículos 2621, párrafos tercero y cuarto, y 2622, párrafos quinto y sexto, del Código Civil italiano, que excluyen el castigo de las falsedades sin efectos significativos o de menor

importancia, a saber, en particular, las que impliquen una variación del resultado bruto del ejercicio no superior al 5 % o bien una variación del patrimonio neto no superior al 1 %."

A la luz de tales consideraciones, los órganos jurisdiccionales remitentes, al igual que el Ministerio Fiscal, estimaron que los procedimientos principales suscitaban cuestiones relativas al carácter apropiado o no de las sanciones previstas en los nuevos artículos 2621 y 2622 del Código Civil italiano con arreglo al artículo 6 de la Primera Directiva sobre sociedades, y con el artículo 10 TCE (principio de cooperación leal), conforme al cual, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, las sanciones por infracción de disposiciones del Derecho comunitario deberían tener carácter efectivo, proporcionado y disuasorio.

Se trataba, en definitiva, de dilucidar *si la nueva normativa, aplicable sobre la base del principio de preferencia de la ley más favorable para el inculpado, resultaría desplazada, sobre la base de su incompatibilidad con el Derecho Comunitario, en favor de la legislación anterior (desfavorable para el inculpado)*

III. LAS DUDAS DE CONSTITUCIONALIDAD SUSCITADAS ANTE LA CORTE COSTITUZIONALE.

Paralelamente al planteamiento de las cuestiones prejudiciales por los Tribunales de Milán (C-387/02 y C-403/02) y de Lecce (C-391/02), recibidas en el Tribunal de Justicia entre octubre y noviembre de 2002, varios tribunales italianos, incluido el Tribunal de Milán, plantearon a la *Corte Costituzionale*, entre septiembre de 2002 y marzo de 2003, una serie de cuestiones de inconstitucionalidad concernientes, también, a la reforma de los artículos 2621 y 2622 del Código Civil.

La mayor parte de ellas resultaron acumuladas y resueltas por Sentencia (de inadmisión) de la *Corte Costituzionale* nº 161/2004, de 26 mayo - 21 junio; otras, sin embargo y como veremos, quedaron en suspenso en espera de la respuesta del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales activadas por los Tribunales de Milán y Lecce (Auto nº 165/2004, 26 mayo - 21 junio).

Por lo que respecta al primer bloque de cuestiones, planteadas por los Tribunales de Forlì, Melfi y Milán y abordadas en la Sentencia nº 161/2004, pueden en esencia reagruparse, dejando a un lado las consideradas por el Tribunal Constitucional como manifiestamente inadmisibles por falta de motivación acerca de su relevancia constitucional en los litigios principales, en las siguientes consideraciones:

1) Vulneración del artículo 3 de la Constitución (principios de igualdad y razonabilidad), en la medida en que la brevedad del plazo de prescripción de la *falta* establecido en el nuevo art. 2621 (tres años, ampliable hasta un máximo de cuatro años y medio en caso de interrupción, frente a los diez años de prescripción del *delito* que preveía la legislación anterior, ampliable hasta quince en caso de interrupción), impediría en la mayor parte de los casos dictar sentencia respetando dicho plazo (habida cuenta de la complejidad de los procesos, sobre todo en o concerniente a la prueba, y tres los tres niveles de apelación del sistema italiano). También resultaría vulnerado el artículo 3 en la medida en que, frente a la finalidad de protección de la confianza en la veracidad de los balances e informes societarios asignada por el propio legislador a la norma sancionadora, ésta habría dejado exentos de sanción hechos idóneos para perjudicar gravemente la capacidad informativa de las comunicaciones societarias, haciendo depender la responsabilidad penal, por otro lado, no de la intensidad de la falsedad en relación con las pretensiones informativas del destinatario (objeto de la tutela), sino de factores ajenos a éstas.

2) Vulneración de los artículos 76 (delegación legislativa y ejercicio de la delegación) y 25 (tipicidad del Derecho penal) de la Constitución, que conllevaría abrir las puertas a la arbitrariedad judicial. Concretamente, los jueces remitentes subrayaban cómo la delegación legislativa otorgaba al gobierno el mandato de precisar, con relación a las falsedades en la información societaria, que tanto éstas como la omisión de información debían ser relevantes al punto de alterar de modo sustancial la imagen de la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo al que ésta perteneciera, recurriendo al efecto a previsiones de umbrales cuantitativos y a parámetros idóneos para el caso de valoraciones estimativas. Sobre la base de tales directrices, el gobierno habría excluido de castigo tanto las falsedades u omisiones en la información societaria que no modificaran de modo sustancial la imagen de la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo (excluidas en todo caso las que implicaran una variación del resultado del ejercicio, antes de impuestos, no superior al 5 %, o una variación del patrimonio neto no superior al 1 %), como las falsedades u omisiones resultantes de valoraciones estimativas que, consideradas individualmente, no difirieran en más del 10 % de la correcta.

Según los jueces remitentes, la previsión consistente en subordinar el tipo sancionador a una modificación "sustancial" de la realidad, sería contraria, dada su indeterminación, a los principios constitucionales de taxatividad (art. 25) e igualdad (art.3); hasta tal punto resultaría "abstracta" dicha previsión, que resultaría imposible atribuirle un contenido "objetivo, coherente y racional", capaz alejar las sombras de la posible (e incluso probable) arbitrariedad judicial. En cuanto a los umbrales porcentuales, la delegación habría sido tan genérica que escondería una delegación "en blanco" contraria al artículo 76 de la Constitución, cuya determinación por el gobierno, por otro lado, violaría la reserva absoluta de ley consagrada por el recién citado precepto y el artículo 25.

3) Vulneración, finalmente, del artículo 117 de la Constitución, puesto en relación con el artículo 8 del Convenio OSCE (Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa) de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, que impone a las Partes Contratantes (caso de Italia) establecer sanciones adecuadas por infracciones contables, con el fin de impedir la creación de "fondos negros" destinados a la corrupción; finalidad ésta que resultaría truncada al no considerarse punibles, sobre la base de umbrales porcentuales, falsedades de mucha relevancia.

Estas consideraciones van a ser rebatidas por la *Corte Costituzionale* con los siguientes argumentos:

1) En lo concerniente a la brevedad del plazo de prescripción, el juez remitente perseguiría un pronunciamiento "creativo" al margen, por exceso, de la competencia del juez constitucional. Según el Tribunal Constitucional, la reducción del plazo de prescripción sería consecuencia directa de la elección del legislador en favor de una consideración del comportamiento en cuestión como falta de carácter técnico, y ello pese a que se trataría de un comportamiento ilegal que, debido sus trazos objetivos y subjetivos, no encajaría en el modelo ordinario de faltas técnicas propio de sistema jurídico italiano; excepción, pues, al modelo general de faltas que, en cuanto decisión legítima del legislador, no podría verse neutralizada por el Tribunal Constitucional a través -pretensión última del juez remitente- de la aplicación a una falta de un plazo de prescripción previsto para un delito derogado.

2) En cuanto a los umbrales porcentuales, el Tribunal Constitucional consideró que las cuestiones planteadas perseguían, en última instancia, un pronunciamiento consistente en su remoción, extendiendo así el ámbito de aplicación de la norma sancionadora a actos no incluidos en el mismo y por tanto no punibles. Ello implicaría, a juicio del Tribunal Constitucional, no anular una norma penal más favorable (operación permitida por cuanto la anulación se limitaría a reconducir el hecho o acto objeto del, por hipótesis, injustificado trato derogatorio, a la norma de carácter general dictada también por el legislador[10]), sino introducir por adición nuevas contravenciones, operación ésta reservada por el artículo 25 de la Constitución exclusivamente a la discrecionalidad del legislador[11]. Por otro lado, en relación con la vulneración del artículo 76 de la Constitución (referida tanto a la norma de delegación como a la delegada, ante la alegada ausencia o insuficiencia de especificación de los principios o directrices relativas a la configuración de los umbrales en cuestión), el Tribunal Constitucional, asumida según acabamos de ver la imposibilidad de introducir una norma incriminatoria diversa y más amplia que la prefigurada por el legislador delegante, considera que, de estimarse, traería como consecuencia remover por completo la norma (delegante y delegada), alcanzándose en tal caso un resultado diametralmente opuesto al perseguido por el juez *a quo*, esto es, no la dilatación del ámbito de relevancia penal de las falsas comunicaciones societarias, sino la exclusión total de la relevancia misma.

3) La inadmisión de las cuestiones de inconstitucionalidad vinculadas a los umbrales porcentuales provocaría, según el Tribunal Constitucional, la inadmisión, por falta de relevancia y al margen de la posible exclusión de un pronunciamiento de inconstitucionalidad *in mala parte*, de las cuestiones relacionadas, sobre la base de la indeterminación del ilícito penal, con la alteración sustancial de la imagen de la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo societario. Ello asumido, como hizo el Tribunal Constitucional haciendo eco de la opinión dominante, que el criterio de la "alteración sustancial" resultaría inoperante respecto de las falsedades que estuvieran por debajo de los umbrales porcentuales, al constituir éstos presunciones *iuris et de iure* de la "insignificancia" de la alteración (lo que, unido a la circunstancia expresamente admitida por el juez *a quo* de que los imputados en las causas principales no superaban los umbrales porcentuales legalmente establecidos, convertiría en irrelevante la referida cuestión relativa al requisito de la alteración sustancial).

4) No consideró el Tribunal Constitucional necesario, a la luz de su argumentación, detenerse concretamente en el análisis de la vulneración del artículo 117 de la Constitución, como consecuencia de la vulneración del artículo 8 del antes mencionado Convenio OSCE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, limitándose a inadmitir, en la parte dispositiva de la Sentencia, la cuestión

de inconstitucionalidad suscitada al respecto.

Sucede, no obstante y como adelanté, que, de manera casi simultánea al planteamiento de todas estas inadmitidas cuestiones de inconstitucionalidad (entre septiembre de 2002 y febrero de 2003), el Tribunal de Palermo planteó (entre noviembre de 2002 y marzo de 2003) otra serie de cuestiones de inconstitucionalidad concernientes, igualmente, a los artículos 2621 y 2622 del Código Civil, confrontados con los artículos 10[12], 11[13] y 117[14] de la Constitución, en relación a su vez con la Directiva 68/151, en la medida en que aquellos no habrían previsto, frente a lo que ésta impone, "sanciones apropiadas" en caso de "falta de publicidad del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias tal como se ordena en la [propia Directiva]".

Pues bien, en el escrito de defensa depositado ante el Tribunal Constitucional con ocasión de la audiencia pública, la Abogacía del Estado, trayendo a colación las "análogas" cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia por los Tribunales de Milán y de Lecce, consideró oportuno, habida cuenta de la absoluta coincidencia en cuanto al objeto entre el juicio de constitucionalidad y el de comunitariedad, y pese a la "bien conocida... independencia... y separación" de ambos juicios, "dar precedencia temporal al Tribunal comunitario", solicitando por ello, y obteniendo del Tribunal Constitucional (mediante Auto nº 165/2004), el reenvío de las cuestiones de inconstitucionalidad para nuevo examen[15].

IV. LAS CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL, EN LÍNEA CON EL ASUNTO NISELLI.

Tras abordar la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales, el análisis de la A.G. Kokott se concentró, en primer lugar, en examinar si el nuevo régimen instaurado por la reforma de 2002 constituía, conforme exige el artículo 6 de la Primera Directiva, un régimen sancionador "apropiado", esto es, y a la luz del artículo 10 del Tratado[16], un régimen que confiriera a la sanción un carácter efectivo[17], disuasorio[18] y proporcionado[19].

Tal examen, realizado tendiendo en cuenta el lugar que ocuparía la sanción "dentro del sistema jurídico en su conjunto, incluido el desarrollo del procedimiento y sus peculiaridades ante las diversas instancias nacionales", llevó a la A.G. a la conclusión de que:

1) Con relación a los límites de tolerancia, las Directivas societarias (Primera, Cuarta y Séptima) no se opondrían "a una norma nacional que no castigue la falsedad en la información societaria cuando los hechos no modifiquen sustancialmente la imagen de la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo de sociedades, a no ser que los hechos se hayan cometido dolosamente, así como con intención de engaño y ánimo de lucro". No obstante lo cual, las mismas disposiciones se opondrían "a una norma nacional que -sin apreciar globalmente todas las circunstancias del caso concreto- no castiga en ningún caso la falsedad en la información societaria cuando los datos falsos o las omisiones produzcan una variación no superior a un determinado porcentaje en relación con el valor correcto"[20].

2) Con relación a los plazos de prescripción de las infracciones, las referidas Directivas se opondrían "a una norma sobre la prescripción conforme a la cual, en la práctica, no quepa esperar, o sólo en raras ocasiones, que se impongan efectivamente las sanciones previstas"[21].

3) Con relación a la exigencia de querrela, las Directivas no se opondrían "a una disposición nacional con arreglo a la cual normalmente sólo puedan imponerse sanciones, para proteger los intereses patrimoniales de determinadas personas, tras la presentación de una querrela por el perjudicado". Sin embargo, sería "necesario que, junto con esta posibilidad, exista una disposición general que prevea sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para proteger los intereses de los terceros, con independencia de que se les cause un daño patrimonial, y que pueda imponerse de oficio"[22].

Sentado lo cual, la A.G., tras recordar que "los tribunales remitentes están obligados, en virtud del Derecho comunitario [...] a hacer cumplir lo dispuesto en las directivas sobre sociedades en los procedimientos penales pendientes ante ellos"[23], estimó que, "en la medida en que las disposiciones nacionales sean incompatibles con el Derecho comunitario, los tribunales remitentes siguen teniendo la obligación de garantizar la efectiva aplicación de las normas previstas en las directivas sobre sociedades, dejando sin aplicar dichas disposiciones nacionales aunque sean leyes penales más favorables"[24].

Ahora bien, ¿qué decir con relación a la consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, recordada por la A.G.[25],

según la cual "una directiva no puede, por sí sola y con independencia de una ley interna adoptada por un Estado miembro para su aplicación, crear o agravar la responsabilidad penal de quienes infrinjan sus disposiciones"?

Según la A.G., "la responsabilidad penal de los procesados en los procedimientos principales no se deriva en modo alguno de las directivas sobre sociedades y, por tanto, con independencia de una ley interna adoptada para su aplicación", habida cuenta de que el respeto de las exigencias de las directivas sobre sociedades "sólo entraña que las modificaciones legales que atenúan las penas y dificultan o excluyen la incoación de acciones penales, introducidas por el Decreto legislativo n° 61/02 tras la comisión de los hechos, deben quedar inaplicadas en su caso"; de ahí que "sigue siendo aplicable la ley nacional vigente en el momento de los hechos", por lo que "la culpabilidad de los procesados se determina con arreglo al Derecho nacional vigente en el momento de los hechos, es decir, el antiguo artículo 2621 del Codice Civile"[26].

Aun asumiendo con la A.G. que la inaplicación de la legislación penalmente insuficiente conllevara la aplicación de la ley anterior derogada[27], lo cierto es que su lectura de la doctrina del Tribunal de Justicia acerca de los límites aplicativos de las directivas, al margen -como veremos a continuación- del *asunto Niselli*, parte de la distinción entre la eficacia directa de las directivas entendida en sentido estricto, y su eficacia puramente reaccional[28]. Y, a partir de tal distinción, Kokott asume que los límites propios de la eficacia vertical inversa de las directivas[29], alcanzarían solamente a la primera de las variantes recién mencionadas (eficacia directa), y no a la segunda (eficacia reaccional).

En favor de tal tesis podrían traerse a colación las modulaciones que, de la mano del Tribunal de Justicia, han venido progresivamente estrechando los límites tradicionales de las directivas a la hora de agravar la posición de los particulares no en sus conflictos con el Estado, sino con otros particulares; modulaciones que parecen dirigirse a circunscribir dichos límites a la imposibilidad de agravar la posición de los particulares como consecuencia de una directa aplicación de la directiva (i.e., negación de la eficacia directa entendida en sentido estricto), pero no de una pura inaplicación de la norma interna con ella contradictoria (i.e., afirmación de su eficacia reaccional)[30], y que serían predicables, a la luz de las consideraciones de la A.G., con carácter general (esto es, con independencia de la naturaleza horizontal -*inter privados*- o vertical -entre Estado y particulares- del litigio).

Es más, precisamente porque la tesis de la A.G. consistiría en partir de la premisa de que la directiva está destinada a desplegar el máximo posible de su eficacia, aplicativa e interpretativa, con la única salvedad, vinculada a su propia naturaleza, de no poder ser directamente aplicada en contra de los particulares (que no sería el caso en *Berlusconi e.a.*), entró la A.G. a continuación en el análisis de otros posibles límites a dicha eficacia (admitida en su vertiente puramente reaccional, que sí sería el caso en *Berlusconi e.a.*), vinculados no ya a la específica naturaleza jurídica de las directivas, sino a la entrada en juego de principios generales del derecho, concretamente del principio de "la aplicación retroactiva de la pena más favorable"; opción que resultaría descartada en los siguientes términos:

"En la medida en que las disposiciones nacionales sean incompatibles con el Derecho comunitario, los tribunales remitentes siguen teniendo la obligación de garantizar la efectiva aplicación de las normas previstas en las directivas sobre sociedades dejando sin aplicar dichas disposiciones nacionales, aunque sean leyes penales más favorables. Sintetizando se podría afirmar que una ley penal adoptada posteriormente y contraria al Derecho comunitario no constituye una ley penal más favorable *aplicable*"[31].

Volviendo sobre la admisión de la eficacia vertical inversa de las directivas a efectos puramente reaccionales, la A.G. apoyó la misma tanto en la *Sentencia Tombesi e.a.*, de 25 de junio de 1997 (C-304, 330 y 342/94, y 224/95) como en sus propias Conclusiones en el *asunto Niselli* (presentadas el 10 de junio de 2004), las cuales serían en esencia asumidas por la Sala Segunda del Tribunal (en su Sentencia de 11 de noviembre de 2004) apenas unas semanas después de emitir Kokott su opinión en el *asunto Berlusconi e.a.* (el 14 de octubre de 2004):

"El asunto Tombesi, como, por lo demás, el asunto Niselli, presenta los mismos aspectos sustanciales que los presentes asuntos [Berlusconi e.a.]. Ni en aquellos asuntos ni en estos se cuestiona *en esencia* la responsabilidad penal por las infracciones cometidas contra las disposiciones aplicables (disposiciones sobre residuos y Derecho de balances). En los presentes asuntos, como en aquéllos, se trata más bien de una modificación de elementos del supuesto de hecho que fundamentan la pena. Aquí como allí la modificación de las disposiciones nacionales tuvo como consecuencia que *determinados actos no recibieron ninguna sanción cuando anteriormente estaban castigados*. Mientras que en los presentes asuntos se introdujeron por primera vez determinados límites de tolerancia (umbrales), por debajo de los cuales no se castiga la falsedad en la información societaria, en los asuntos Tombesi y Niselli se definió de nuevo (y de modo más restrictivo) el concepto de residuos y, en consecuencia, la responsabilidad penal por

determinadas infracciones. Lo decisivo es que tanto en los presentes asuntos como en aquéllos *los hechos estaban castigados con arreglo al Derecho nacional en el momento en que se cometieron*"[32].

El Tribunal de Justicia, al resolver *Niselli* y como adelanté, haría suya, en esencia, la opinión de la A.G., y aunque en su fallo se limitó a interpretar el concepto de residuo (como había hecho unos años antes en el *asunto Tombesi e.a.*)[33], lo cierto es que en su fundamentación abordó expresamente[34] la alegación de la Comisión conforme a la cual "el órgano jurisdiccional nacional no podrá referirse a la Directiva 75/442 para determinar o para agravar la responsabilidad penal del Sr. Niselli en el supuesto de que el Tribunal de Justicia declare que el artículo 14 del Decreto-ley nº 138/02, que [...] exime de responsabilidad penal al interesado, no es conforme con la Directiva"; alegación que fue descartada por el Tribunal, tras recordar su tradicional doctrina en torno a los límites de las directivas para crear por sí mismas obligaciones a cargo de los particulares, o para determinar o agravar la responsabilidad penal de éstos, sobre la base de que "en el momento en que se produjeron los hechos que dieron lugar al proceso penal contra el Sr. Niselli, éstos podían constituir, en su caso, infracciones sancionadas penalmente", por lo que, "en tales circunstancias, no procede examinar las consecuencias que podrían derivarse del principio de legalidad de las penas respecto a la aplicación de la Directiva 75/442"[35].

V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA.

No siguió el Tribunal de Justicia la propuesta de la A.G. en el *asunto Berlusconi e.a.*, según la cual "los tribunales de los Estados miembros están obligados a hacer cumplir las exigencias de una directiva, sin que sea necesario dirigirse previamente al Tribunal Constitucional nacional, dejando sin aplicar una ley penal más favorable, adoptada después de los hechos, en la medida en que dicha ley sea incompatible con la directiva"

Por el contrario, el Tribunal argumentó en los siguientes términos[36]:

1) asunción del "principio de aplicación retroactiva de la pena más leve", por cuanto reflejo de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, como "parte de los principios generales del Derecho comunitario que el juez nacional debe respetar al aplicar el Derecho nacional adoptado para la ejecución del Derecho comunitario"[37];

2) advertencia del interrogante acerca de "si se aplica el principio de aplicación retroactiva de la pena más leve cuando ésta es contraria a otras normas de Derecho comunitario";

3) innecesariedad de resolver dicho interrogante, "dado que la norma comunitaria de que se trata está contenida en una Directiva invocada contra un particular por las autoridades judiciales en el marco de un procedimiento penal".

Concretamente, en relación con este último punto, el Tribunal sostuvo:

"72. Es cierto que, en el supuesto de que los órganos jurisdiccionales remitentes, en función de las respuestas que les proporcione el Tribunal de Justicia, llegasen a la conclusión de que los nuevos artículos 2621 y 2622 del Código Civil italiano, debido a algunas de las disposiciones que contienen, no cumplen la exigencia del Derecho comunitario de que las sanciones sean apropiadas, resultaría de ello, según jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia, que los órganos jurisdiccionales remitentes tendrían la obligación de dejar de aplicar los citados nuevos artículos, por su propia autoridad, sin tener que solicitar o que esperar la previa supresión de éstos por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional (véanse, en particular, las sentencias de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, 106/77, Rec. p. 629, apartados 21 y 24; de 4 de junio de 1992, *Debus*, asuntos acumulados C 13/91 y C 113/91, Rec. p. I 3617, apartado 32, y de 22 de octubre de 1998, *IN. CO. GE'90* y otros, asuntos acumulados C 10/97 a C 22/97, Rec. p. I 6307, apartado 20).

73. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha declarado asimismo, de modo reiterado, que una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que, por consiguiente, no puede ser invocada como tal contra dicha persona (véase, en particular, la sentencia de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer y otros*, asuntos acumulados C 397/01 a C 403/01, Rec. p. I 0000, apartado 108 y jurisprudencia citada).

74. En el contexto específico de una situación en la que las autoridades de un Estado miembro invocan una directiva contra un particular en el marco de un procedimiento penal, el Tribunal de Justicia ha precisado que una directiva no puede, por sí sola y con independencia de una ley interna adoptada por un Estado miembro para su aplicación, crear o

agrar la responsabilidad penal de quienes infrinjan sus disposiciones (véanse, en especial, las sentencias de 8 de octubre de 1987, Kolpinghuis Nijmegen, 80/86, Rec. p. 3969, apartado 13, y de 7 de enero de 2004, X, C 60/02, Rec. p. I 0000, apartado 61 y jurisprudencia citada).

75. En el caso de autos, invocar el artículo 6 de la Primera Directiva sobre sociedades con el fin de que se controle la compatibilidad con esta disposición de los nuevos artículos 2621 y 2622 del Código Civil italiano podría provocar la inaplicación del régimen de penas más leves previsto por dichos artículos.

76. En efecto, de las resoluciones de remisión se desprende que, si los nuevos artículos 2621 y 2622 del Código Civil italiano quedasen sin aplicación por su incompatibilidad con el citado artículo 6 de la Primera Directiva sobre sociedades, podría derivarse de ello la aplicación de una sanción penal manifiestamente más grave, como la prevista en el antiguo artículo 2621 de dicho Código, bajo cuya vigencia se cometieron los hechos que dieron lugar al inicio de actuaciones en los procedimientos principales.

77. Tal consecuencia sería contraria a los límites resultantes de la propia naturaleza de cualquier directiva, que prohíben, según se desprende de la jurisprudencia recordada en los apartados 73 y 74 de la presente sentencia, que una directiva cree o agrave la responsabilidad penal de los inculpaos".

Conclusión de todo ello, el Tribunal falló declarando que "en una situación como la que es objeto de los procedimientos principales, las autoridades de un Estado miembro no pueden invocar la Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, Primera Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, como tal, contra los inculpaos en el marco de un procedimiento penal, dado que una directiva no puede, por sí sola y sin que exista una ley interna de un Estado miembro adoptada para su aplicación, crear o agravar la responsabilidad penal de los inculpaos".

Lo primero a destacar es que el Tribunal no fundamentó su decisión sobre la base del principio de legalidad penal y sus posibles excepciones a través de reglas como la de la operatividad de la ley penal más favorable[38], sino de los límites aplicativos propios de esa particular fuente normativa comunitaria que es la directiva[39].

En efecto, un recorrido por la tortuosa doctrina del Tribunal de Justicia al respecto, que el *asunto Berlusconi e.a.* parece venir a precisar, nos lleva a diferenciar entre los límites aplicativos y los límites interpretativos en el manejo de las directivas por los operadores jurídicos, en última instancia por los jueces nacionales.

Con relación a los límites aplicativos, el Tribunal de Justicia ha venido descartando, con carácter general y alguna que otra salvedad (caso precisamente de los *asuntos Tombesi e.a.* y *Niselli*[40]), la posibilidad de la eficacia aplicativa vertical inversa de las directivas, basándose implícitamente en la tesis de que el Estado, generador de la patología a su vez determinante de la entrada en juego del remedio en que consiste precisamente la aplicación de aquéllas frente a la ausencia interna de ejecución o a la ejecución incorrecta, no podría beneficiarse de dicho remedio; antes al contrario, debería poner fin inmediato a la patología a través de la correcta ejecución normativa interna de la directiva, permitiendo así a través de dicha ejecución la plena consecución del objetivo perseguido por ésta[41].

En cuanto a los límites interpretativos de las directivas, el punto de partida se sitúa en la *doctrina Marleasing*[42], en virtud de la cual "al aplicar el Derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 [actual 249] del Tratado"[43].

Con otras palabras, obligación de forzar la interpretación del Derecho interno para alcanzar una lectura del mismo conforme con la directiva, llevando dicha obligación en su caso al límite representado por la interpretación *contra legem*, salvo entrada en juego de principios generales del Derecho que atenúen o incluso descarten tal fuerza interpretativa (caso, por ejemplo, del principio de legalidad, que impide interpretaciones extensivas de las leyes penales).

Así las cosas, el *asunto Berlusconi e.a.* vendría a precisar esta doctrina del Tribunal de Justicia someramente expuesta, descartando la posibilidad de que una directiva pueda provocar el desplazamiento, por incompatible con la misma, de un régimen sancionador interno más favorable para el individuo, por la sencilla razón de que lo contrario

implicaría admitir sus efectos aplicativos (siquiera de naturaleza, y aquí estaría la precisión aportada por *Berlusconi e.a.*[44], puramente reaccional) en contra del individuo y en favor del Estado infractor[45].

A partir de tal precisión, el Tribunal no considerará necesario entrar en la cuestión de si el principio de aplicación de la norma más favorable se mantiene incluso en caso de contradicción con el Derecho comunitario, porque la contradicción, si es con un directiva y se produce en el contexto de un proceso penal, no puede en ningún caso conllevar, como acabamos de ver, la aplicación de la directiva en contra del procesado con efectos ya directos, ya reaccionales[46].

VI. NUEVA INTERVENCIÓN DE LA CORTE COSTITUZIONALE?

No se pronuncia el Tribunal de Justicia, abierta y explícitamente, acerca de si la normativa italiana en cuestión resultaba o no compatible con la obligación de imponer sanciones apropiadas en el sentido de efectivas, proporcionadas y disuasorias[47].

Podría pensarse que al actuar así, el Tribunal no hizo más que mantenerse en el marco de sus competencias *ex* artículo 234 TCE, en la medida en que, asumido que el nuevo régimen sancionador italiano resultaría más favorable que el anterior, nada aportaría, supuestamente, un pronunciamiento del Tribunal concerniente a la compatibilidad de aquél con las exigencias derivadas de las directivas societarias, por cuanto: 1) la conformidad con dichas exigencias, traería como consecuencia la aplicación al litigio interno del nuevo régimen sancionador; 2) la disconformidad con la mismas, traería como consecuencia, igualmente, la aplicación al litigio interno del nuevo régimen sancionador (al no poder resultar desplazado *in malam partem* en virtud de las propias directivas).

De hecho, los inculpados en los procedimientos principales no dudaron en sostener que "la respuesta solicitada al Tribunal de Justicia carece de pertinencia para la resolución de los litigios pendientes ante los órganos jurisdiccionales nacionales remitentes puesto que, en cualquier caso, en los asuntos objeto de dichos litigios no puede aplicarse el antiguo artículo 2621 del Código Civil italiano" [48].

Sucede, no obstante, que ello no tendría por qué ser necesariamente así si se considerara que la conformidad o no con las directivas societarias del régimen sancionador interno, indiferente a efectos exclusivamente comunitarios en los términos recién expuestos[49] (pues se reitera, cualquiera que fuera la respuesta, conllevaría imposibilidad de desplazar el nuevo régimen nacional en perjuicio del particular en un contexto procesal penal), pudiera no serlo a efectos comunitarios combinados con efectos nacionales.

Me explico. La "anticomunitariedad", sin más y en el contexto que venimos analizando, implicaría, según hemos visto, imposibilidad de aplicación (también en términos reaccionales) de las directivas societarias en contra de los particulares. Ahora bien, dicha "anticomunitariedad", de llegar a constatarse, podría, desde una perspectiva interna, ser constitutiva de inconstitucionalidad por vulneración de las obligaciones derivadas de la cláusula constitucional de integración[50].

La cuestión no pasó por alto a los inculpados, que también defendieron la falta de pertinencia de las cuestiones prejudiciales a los efectos de una posible utilización posterior de la respuesta del Tribunal de Justicia en un procedimiento ante la *Corte Costituzionale*[51]; alegación esta sobre la que tampoco se pronunció expresamente el Tribunal, pero sí la A.G. en los siguientes términos:

"Incluso si *admitimos* que los tribunales remitentes *sólo* plantean las cuestiones prejudiciales para preparar una posterior cuestión de constitucionalidad ante la Corte Costituzionale, con arreglo a jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, debe permitirse, en primer lugar, que los tres tribunales nacionales remitentes aprecien la pertinencia de sus cuestiones, porque, con arreglo a dicha jurisprudencia, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, al que compete adoptar la resolución judicial, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieran a la interpretación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse. La negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación o la apreciación de la validez de una norma comunitaria que haya solicitado el órgano jurisdiccional nacional no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho

necesarios para responder de manera útil a las cuestiones que se le han planteado"[52].

Asumiendo la opinión de la A.G., y reconocida así a los jueces nacionales la competencia para decidir acerca de la pertinencia de la prejudicialidad a los efectos de activar internamente la cuestión de inconstitucionalidad, el problema a dilucidar es el de si, efectivamente, se cumpliría a su vez la pertinencia de esta última a la luz de la respuesta del Tribunal de Justicia.

En principio, parece difícilmente concebible que un pronunciamiento al respecto por parte de la *Corte Costituzionale* sea necesario para que el juez *a quo* pueda emitir su fallo, habida cuenta de que una declaración de inconstitucionalidad con efectos sobre el proceso principal implicaría, en última instancia, una admisión "por la puerta de atrás" de la aplicación vertical inversa de la directiva con efectos reaccionales, contraria a la naturaleza jurídica de una norma comunitaria tal y como ha sido delimitada por su intérprete supremo, que no es otro que el Tribunal de Justicia.

La doctrina italiana se ha mostrado, sin embargo, prácticamente unánime[53] a la hora de admitir la procedencia de la cuestión de inconstitucionalidad (por vulneración de los artículos 11 y 117 de la Constitución, asumida la incompatibilidad del nuevo régimen sancionador con las directivas comunitarias[54]), aduciendo la necesidad de hacer efectivo el debido respeto de las obligaciones contraídas en el marco de la integración europea y de apuntalar al mismo tiempo el principio de seguridad jurídica a través de una depuración normativa con efectos *erga omnes*[55].

Sin desconocer el particular trasfondo de tales justificaciones[56], y sin perjuicio de su solidez para respaldar la búsqueda de mecanismos, también dentro del marco de la jurisdicción constitucional interna, a través de los cuales hacer cumplir las exigencias derivadas de la integración, considero difícilmente sostenible, no obstante y por el motivo ya expuesto, que, en el concreto contexto de los procesos penales que están en el origen del cuestionamiento del nuevo régimen sancionador más favorable, se den las condiciones de una "relevancia" para el juez *a quo* imprescindible para activar la cuestión de inconstitucionalidad por el sólo motivo (ex artículos 11 y 117 de la Constitución) de su incompatibilidad con el Derecho comunitario[57]; sería, pues, necesario profundizar en la búsqueda de otros motivos de inconstitucionalidad[58], al margen de los en su momento defendidos ante la *Corte Costituzionale* y por ella rechazados en su Sentencia nº 161/2004[59].

En todo caso, y a modo de conclusión, el asunto *Berlusconi e.a.* no ha hecho sino poner sobre la mesa de debate cuestiones aún abiertas sobre tradicionales problemas vinculados con el alcance de ese *sui generis* instrumento de armonización europea que es la directiva comunitaria[60] (problemas que heredarán, si alguna vez llega a entrar en vigor, el hoy por hoy incierto Tratado por el que se establece una Constitución para Europa[61]), y con el rol a desempeñar por las cláusulas nacionales de integración y sus respectivos intérpretes supremos[62].

[1] Según el artículo 16 del Estatuto del Tribunal de Justicia, "la Gran Sala estará compuesta por trece jueces. Estará presidida por el Presidente del Tribunal de Justicia. También formarán parte de la Gran Sala los Presidentes de las Salas de cinco jueces y otros jueces designados en las condiciones establecidas en el reglamento de procedimiento". Y añade: "el Tribunal de Justicia actuará en Gran Sala cuando lo solicite un Estado miembro o una institución de las Comunidades que sea parte en el proceso".

[2] FJ 74.

[3] FJ 75.

[4] El asunto fue objeto de profundo debate, recién dictada la Sentencia del Tribunal de Justicia, en un Seminario celebrado en la Universidad de Ferrara el 6 de mayo siguiente, cuyas Actas, con cerca de cincuenta intervenciones de profesionales del mundo del Derecho, han sido publicadas bajo el título *Ai confini del "favor rei". Il falso bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, a cura di Roberto Bin [a quien agradezco su amable envío], Giuditta Brunelli, Andrea Piugotto, Paolo Veronesi, Editorial G. Giappichelli, Turín, 2005.

[5] Las particularidades del asunto afloran ya en la ponencia de presentación del Seminario recién citado, a cargo de Marilisa D'Amico, en la que llega a afirmarse que las cuestiones planteadas por la judicatura italiana "nacieron de una <rebelión> de los jueces en ausencia de remedios frente a leyes <medida>, de carácter penal, inconstitucionales" (*Ai*

[6] Concretamente, la Primera Directiva sobre sociedades, de 1968, obliga a los Estados miembros a garantizar la publicidad del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias, y se refiere a la futura aprobación de otra Directiva destinada a desarrollar lo concerniente al contenido de los mencionados documentos contables, previendo en su artículo 6 la referida obligación de los Estados miembros de prever sanciones adecuadas en caso de falta de publicidad del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias conforme a lo establecido en la misma. La Cuarta Directiva, de 1978, desarrolla la Primera en cuanto al contenido, estructura y publicidad de las cuentas anuales. La Séptima Directiva, en fin, coordina las legislaciones nacionales con relación a las cuentas consolidadas, disponiendo que están sujetas a las mismas medidas de publicidad que las cuentas anuales.

[7] Conforme al cual: "Salvo que el hecho constituya una infracción más grave, serán castigados con pena de prisión de uno a cinco años y con multa de dos a veinte millones de liras: 1. los promotores, socios fundadores, administradores, directores generales, auditores de cuentas y liquidadores que, en sus informes, balances u otras comunicaciones societarias, presenten fraudulentamente hechos falsos sobre la constitución o la situación económica de la sociedad u oculten total o parcialmente hechos relativos a dicha situación [...]". Según puntualiza la A.G. (cdos. 17-19), la infracción así prevista era un delito que se perseguía de oficio y al que se aplicaba un plazo de prescripción de diez años (en caso de interrupción, el plazo se ampliaba en cinco años). Por otro lado, y según la jurisprudencia italiana, el artículo 2621, en su redacción original, no sólo protegía los intereses específicos de los socios y los acreedores, sino también el interés general en el buen funcionamiento de las sociedades, castigando todas las acciones destinadas a modificar la situación objetiva de una sociedad.

[8] Que, bajo la rúbrica *Falsedad en la información societaria*, venía a establecer:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2622, los administradores, directores generales, auditores de cuentas y liquidadores que, con la intención de engañar a los socios o al público y con la finalidad de obtener un enriquecimiento injusto para sí o para otros, presenten, en los balances, informes u otras comunicaciones societarias previstas por la ley y dirigidas a los socios o al público, hechos materiales falsos, aunque sean objeto de apreciación, u omitan información que deba ser comunicada con arreglo a la ley, en relación con la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo de empresas al que pertenezca, de modo que pueda inducir a error a los destinatarios respecto de dicha situación, serán castigados con pena de prisión de un año y seis meses.

Se aplicará la misma pena cuando la información se refiera a bienes patrimoniales que la sociedad posea o administre por cuenta de terceros.

No se castigarán en ningún caso las falsedades o las omisiones que no alteren de manera sustancial la imagen de la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo de sociedades al que pertenezca. Tampoco se castigarán las falsedades o las omisiones que impliquen una variación del resultado del ejercicio, antes de impuestos, no superior al 5 % o una variación del patrimonio neto no superior al 1 %.

En todo caso, los hechos no serán castigados si se deben a valoraciones estimativas que, consideradas individualmente, no difieran en más del 10 % de la correcta".

[9] Que, bajo la rúbrica *Falsedad en la información societaria en perjuicio de los socios o acreedores*, venía a establecer:

"Los administradores, directores generales, auditores de cuentas y liquidadores que, con la intención de engañar a los socios o al público y con la finalidad de obtener un enriquecimiento injusto para sí o para otros, presenten, en los balances, informes u otras comunicaciones societarias previstas por la ley y dirigidas a los socios o al público, hechos materiales falsos, aunque sean objeto de apreciación, u omitan información que deba ser comunicada con arreglo a la ley, en relación con la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo de empresas al que pertenezca, de modo que pueda inducir a error a los destinatarios respecto de dicha situación, causando un perjuicio patrimonial a los socios o a los acreedores, serán castigados, previa querella de la persona perjudicada, con pena de prisión de seis meses a tres años.

También se incoará el procedimiento previa querella cuando los hechos constituyan otro delito, incluso más grave, contra el patrimonio de personas distintas de los socios y los acreedores, salvo que se cometa en perjuicio del Estado,

de otras entidades públicas o de las Comunidades Europeas.

Si se trata de sociedades sujetas a las disposiciones de la parte IV, título III, capítulo II, del Decreto Legislativo n° 58, de 24 de febrero de 1998, la pena correspondiente a los hechos previstos en el párrafo primero será de uno a cuatro años de prisión y el delito se perseguirá de oficio.

Se aplicará la misma pena a los hechos contemplados en los párrafos primero y tercero cuando la información se refiera a bienes patrimoniales que la sociedad posea o administre por cuenta de terceros.

No se castigarán los hechos contemplados en los párrafos primero y tercero si las falsedades o las omisiones no alteran de manera sustancial la imagen de la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo de sociedades al que pertenezca. No se castigarán en ningún caso las falsedades o las omisiones que impliquen una variación del resultado del ejercicio, antes de impuestos, no superior al 5 % o una variación del patrimonio neto no superior al 1 %.

En todo caso, los hechos no serán castigados si se deben a valoraciones estimativas que, consideradas individualmente, no difieran en más del 10 % de la correcta".

[10] Descartada en todo caso la aplicación del régimen más severo a los hechos cometidos durante la vigencia de la norma más favorable ulteriormente anulada.

[11] Los umbrales de castigo serían, pues, "no ya un elemento que <sustraer> determinados actos del ámbito de aplicación de otra norma más general, sino un elemento que <delimita> el ámbito mismo de la sanción prevista en la norma incriminadora: un elemento, en definitiva, que expresa una valoración legislativa en términos de <merecimiento> o <necesidad> de la pena, idónea para plasmar una determinada elección de política criminal". "Tal elección", concluye el Tribunal Constitucional, "puede presentar un mayor o menor margen a los efectos de debate, habida cuenta de la naturaleza de los intereses implicados y de los efectos inducidos de la concreta arquitectura de los umbrales de castigo de carácter porcentual. Pero se trata en todo caso de una elección excluida del control de este Tribunal, el cual no podría, sin sobrepasar sus competencias e invadir el campo reservado por el art. 25. 2 de la Constitución al legislador, superponer a la misma una estrategia de política criminal diferente, traducida en ampliar el ámbito de operatividad de la sanción prevista en la norma incriminadora".

[12] Que establece: "El ordenamiento jurídico italiano se ajustara a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas. La situación jurídica de los extranjeros se regulara por la ley de conformidad a las normas y los tratados internacionales. Todo extranjero al que se impida en su país el ejercicio efectivo de las libertades democráticas garantizadas por la Constitución italiana tendrá derecho de asilo en el territorio de la Republica, con arreglo a las condiciones establecidas por la ley. No se admitirá la extradición de extranjeros por delitos políticos".

[13] Según el cual, "Italia repudia la guerra como instrumento de ataque a la libertad de los demás pueblos, y como medio de solución de las controversias internacionales accede, en condiciones de igualdad con los demás Estados, a las limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las nacionales, y promoverá y favorecerá las organizaciones internacionales encaminadas a este fin".

[14] Cuyo primer párrafo establece: "El poder legislativo será ejercido por el Estado y por las Regiones dentro de los términos de la Constitución, así como de las obligaciones que deriven del ordenamiento comunitario y de los compromisos internacionales".

[15] En opinión de M. D'Amico, "a través de tal elección técnica, la Corte parecería admitir un eventual juicio de inconstitucionalidad de la norma derogatoria más favorable en caso de incompatibilidad, declarada por el Tribunal de Justicia, entre ésta y la normativa comunitaria: de otro modo, la Corte tendría que haberse desembarazado de la cuestión con el argumento de la inadmisibilidad de un pronunciamiento de inconstitucionalidad sobre la norma derogatoria favorable" (cit., p. 26). A esta lectura del Auto n° 165/2004, añade A. Cossiri otra igualmente posible, inspirada en la activación de la doctrina de los "controlimiti" (cfr. por todos M. Cartabba, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Ed. Giuffrè, Milán 1995), a saber, que la Corte hubiese decidido "retener bajo su propio control la decisión sobre una cuestión que habría podido producir un debilitamiento del sistema, hasta el punto, potencialmente, de colisionar con un principio fundamental del ordenamiento, el de *in favor rei*", sirviendo tal actitud de la Corte "también para <comunicar> al Tribunal de Justicia que el asunto habría pasado a la criba del juez constitucional

nacional, ante lo cual el propio Tribunal de Justicia no podría haberse mostrado indiferente" (*La doppia pregiudizialità come occasione di dialogo tra Corti?*, en *Ai confini del "favor rei"*, cit., p. 159; en esta línea, asimismo, cfr. F. Benelli, *Il rapporto tra Corte costituzionale e di giustizia: una riflessione gattopardesca*, pp. 99-100).

[16] Según el cual: "Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las Instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión. Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado".

[17] Cdo. 88: "Una normativa sancionadora es *efectiva* cuando la imposición de la sanción prevista (y, en consecuencia, la realización de los objetivos exigidos por el Derecho comunitario) no sea imposible en la práctica o excesivamente difícil. Esto se deriva del *principio de efectividad*, que, según reiterada jurisprudencia, se aplica en todos los casos en los que los hechos presenten una relación con el Derecho comunitario, pero no exista una normativa comunitaria específica -por ejemplo, respecto al procedimiento que deba aplicarse-, de modo que los Estados miembros deben aplicar las disposiciones nacionales. En este contexto, el principio de efectividad no sólo se aplica cuando el particular invoca frente a un Estado miembro los derechos que le confiere el ordenamiento comunitario, sino también en el supuesto inverso, cuando un Estado miembro aplica las normas de Derecho comunitario a un particular".

[18] Cdo. 89: "Una sanción es *disuasoria* cuando impide al particular infringir las disposiciones y finalidades perseguidas por el Derecho comunitario. En este contexto, no sólo son determinantes la naturaleza y el grado de la sanción, sino también la probabilidad de que ésta se imponga. Quien incurre en una infracción debe temer que se le imponga de hecho la sanción. En este aspecto, los criterios del carácter disuasorio y de la efectividad coinciden".

[19] Cdo. 90: "Una sanción es *proporcionada* cuando es apropiada (es decir, en particular, *efectiva y disuasoria*) y además necesaria para lograr los objetivos legítimamente perseguidos. Cuando se ofrezca una elección entre varias medidas (igualmente) adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa. Además, los efectos de la sanción sobre el afectado deben ser proporcionados con respecto a los objetivos perseguidos".

[20] Cdo. 105.

[21] Cdo. 112.

[22] Cdo. 119.

[23] Cdo. 136.

[24] Cdo. 165.

[25] Cdo. 140.

[26] Cdo. 145.

[27] Pues "no [se] excluye en modo alguno que se siga aplicando dicho tipo penal [derogado] a los hechos cometidos antes de su derogación" (cdo. 147; las cursivas, de la A.G.). En la misma dirección se mueven, según aprecia el Tribunal de Justicia, las resoluciones de remisión prejudicial (cfr. FJ 76, reproducido *infra* en nuestro texto).

[28] Sobre dicha distinción, me remito a mi estudio *El juez español y el Derecho comunitario*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 158 y ss.

[29] Esto es, de la posibilidad del Estado de invocar directivas frente a particulares.

[30] Permítaseme remitir de nuevo a mi estudio recién citado, pp. 167 y ss.

[31] Cdo. 165. Las cursivas, de la A.G.

[32] Cdo. 149. Las cursivas, de la A.G.

[33] A diferencia de la A.G. Kokott, que añadió a su propuesta de interpretación del concepto de residuo la de la obligación del órgano jurisdiccional nacional de "dar cumplimiento a la Directiva 75/442 dejando sin aplicar una ley penal menos rigurosa adoptada con posterioridad a los hechos en la medida en que dicha ley sea incompatible con la Directiva".

[34] FJ 28.

[35] FJ 30.

[36] FFJJ 68-71.

[37] R. Mastroianni (*Vecchi principi e nuove interpretazione nella sentenza della Corte di Giustizia sul "falso bilancio"*, en *Ai confini del "favor rei"*, cit., p. 262) echa en falta no ya la más mínima cita de algún precepto constitucional nacional, sino de "indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido", conforme a la fórmula que el Tribunal se limita a recordar en el FJ 67 sin extraer la más mínima consecuencia al respecto, cuando lo cierto es que el principio de aplicación retroactiva de la pena más leve se recoge, como recuerda la A.G. (cdo. 156), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 15.1 *in fine*), sin olvidar la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 49.1 *in fine* ha hecho suyo el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (artículo II-109.1 *in fine*).

[38] Según la A.G. Kokott, "es más coherente con el principio de legalidad penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) calificar un acto según la ley penal aplicable en el momento de su comisión. Por ejemplo, nadie dudaría seriamente de la aplicabilidad de una ley penal anterior, más favorable, en caso de que el legislador, entre tanto, hubiera *agravado* la responsabilidad penal. En el fondo, cuando en el presente asunto [Berlusconi e.a.], en circunstancias inversas, se niega la aplicabilidad de la antigua ley penal, no se plantea tanto la cuestión de si se respeta el principio de legalidad penal, sino más bien, por el contrario, la cuestión de si se puede hacer una *excepción* a dicho principio en favor de una aplicación *retroactiva* de la ley penal posterior, más favorable" (cdo. 147).

En la misma línea se pronuncia, por que al Derecho español respecta, J.A. Lascuráin Sánchez, que considera "poco convincente la jurisprudencia constitucional que afirma, no que la prohibición de retroactividad penal desfavorable no se opone a la retroactividad penal favorable [que vendría en ciertos casos avalada por el principio de proporcionalidad], sino que esta segunda se infiere, *sensu contrario*, de la proscripción constitucional de la primera", pues "es precisamente la seguridad jurídica entendida como certeza la que termina imponiendo algún tipo de límite a la retroactividad penal favorable" (si bien considera que "desde la perspectiva de las garantías constitucionales, la solución natural de la ubicación constitucional del postulado de la retroactividad penal favorable en el derecho afectado por la pena, que quedaría desproporcionadamente tratado, y no el derecho a la legalidad penal, [puede resultar] una solución en exceso restrictiva" en los siguientes términos: "La primera restricción vendría de la mano de la limitación del acceso al recurso de amparo a aquellas resoluciones judiciales que inaplicaran leyes penales favorables posteriores que prevean penas privativas o restrictivas de derechos y libertades susceptibles de amparo. La segunda restricción es de índole cuantitativa, pues con loable prudencia el Tribunal Constitucional sólo estima como inconstitucionales las desproporciones groseras"). Cfr. su estudio *Sobre la retroactividad penal favorable*, Ed. Civitas, Madrid, 2000 (las citas, de pp. 27 y 61).

[39] Así lo entiende también R. Bin (*Un ostacolo che la Corte non può aggirare*, en *Ai confini del "favor rei"*, cit., pp. 108-109), quien critica la "*vulgata* giornalistica" de la decisión del Tribunal de Justicia, según la cual ésta habría venido a consagrar el principio *in favor rei* como límite a la aplicación de la directiva, cuando lo cierto es que el alcance de dicho principio habría quedado en el aire, al basar el Tribunal el referido límite, como se acaba de subrayar, en la naturaleza jurídica de la propia directiva (en la misma línea, cfr. G. Brunelli, *Sui limiti del "favor rei"*. *L'ultima parola è della Corte costituzionale*, pp. 126-127, y A. Pugiotto, *Vite parallele? "Rifiuti" e "falso in bilancio" davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, pp. 328-329).

[40] S. Beltrame hace un esfuerzo por apreciar diferencias entre los *asuntos Niselli y Tombesi*, de un lado, y *Berlusconi e.a.*, de otro, haciendo hincapié en que, en aquéllos, el concepto de "residuo", amén de vincularse también a un reglamento comunitario (n. 259/93), había ya sido en gran medida aclarado por una jurisprudencia interna constante (*Il*

destino delle norme sui "rifiuti" e sul "falso in bilancio" censurate per violazione del Diritto comunitario, en *Ai confini del "favor rei"*, cit., pp. 88 y ss.). S. Riondato, por su parte, considera oportuno matizar que en *Niselli*, a diferencia de *Berlusconi*, la legislación penal nacional anterior habría sido dictada con la pretensión de ejecutar el Derecho comunitario (*Falso in bilancio e Corte di giustizia (causa Berlusconi): non è un rigetto*, pp. 337-338).

[41] Estaríamos, pues, ante una suerte de técnica sancionadora frente al Estado incumplidor: me remito a mi *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pp. 267 y ss.; en la misma línea, cfr. G. Tesaurò, *Diritto Comunitario*, Ed. CEDAM, Padua, 2003, pp. 169 y ss.

[42] STJCE de 13 de noviembre de 1990 (C-106/89).

[43] FJ 8.

[44] En esta línea, cfr. R. Mastroianni, *Vecchi principi e nuove interpretazione...*, cit., pp. 259-260, y F. Viganò, *"Illegittimità comunitaria" e illegittimità costituzionale: spunti di riflessione*, también en *Ai confini del "favor rei"*, p. 368 (criticando el primero duramente al Tribunal de Justicia en los siguientes términos: "No resulta difícil entrever el *vulnus* así provocado al principio mismo de primacía del Derecho comunitario, y el camino despejado a los Estados miembros para evitar la aplicación de las directivas comunitarias, siempre que entren en juego sanciones penales [...] Con la ulterior consecuencia de que no sólo resultan impunes algunas conductas, sino que viene sacrificada, sobre el altar de un malentendido principio de protección de los particulares, la aplicación uniforme de las reglas del mercado interior en materia de obligaciones a cargo de las empresas concernientes a la presentación de las cuentas").

[45] También con otras palabras, el Tribunal de Justicia habría venido a descartar, en el terreno de las relaciones verticales inversas, las modulaciones progresivamente introducidas en el terreno de las relaciones horizontales; modulaciones que, como vimos, parecen dirigirse a imposibilitar el empeoramiento de la posición de los particulares como consecuencia de una directa aplicación de la directiva (i.e., negación de la eficacia directa entendida en sentido estricto), pero no de una pura inaplicación de la norma interna con ella contradictoria (i.e., afirmación de su eficacia reaccional, negada, sin embargo -y aquí estaría, se reitera, la precisión aportada por *Berlusconi e.a.*-, en las relaciones verticales inversas).

[46] Reitérese, pues, la diferencia en el *iter* argumental entre la A.G. y el Tribunal de Justicia: mientras que la A.G. partió de la admisión de la eficacia reaccional de la directiva, lo que le situó a continuación en el análisis de los posibles límites a la misma derivados del principio *in favor rei*, el Tribunal negó la premisa de la A.G., descartando por ello el subsiguiente análisis del alcance de dicho principio y quedando así en el aire la referida cuestión de si el principio *in favor rei* se mantiene incluso en caso de contradicción con el Derecho comunitario traducido en instrumentos normativos distintos de las directivas, así como, en su caso, el alcance absoluto o relativo del mismo.

[47] Lo que no implica que la Sentencia no permita atisbar la incompatibilidad. Así, frente a la consideración por los procesados de que "la obligación de prever sanciones apropiadas sólo constituye una armonización mínima y no se extiende a los casos de publicación de cuentas anuales *falsas*" (cfr. cdo. 69 de las Conclusiones), el Tribunal afirmó que "procede tener en cuenta especialmente, como ha señalado la Abogado General en los puntos 72 a 75 de sus conclusiones, el papel primordial que desempeña la publicidad de las cuentas anuales de las sociedades de capital y *a fortiori* de las cuentas anuales elaboradas de conformidad con las normas armonizadas relativas a su contenido para la protección de los intereses de terceros, objetivo puesto de manifiesto claramente en la exposición de motivos tanto de la Primera como de la Cuarta Directiva sobre sociedades" (FJ 62). Más claro aún resulta el cdo. 75 de las Conclusiones, asumido como acabamos de ver por el Tribunal y según el cual: "la necesidad de proteger a los terceros es especialmente grande cuando sí se publican las cuentas anuales, pero éstas dan una imagen falsa del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad. Mientras que la no publicación de las cuentas anuales ya supone una advertencia para los terceros, que, en ese caso, no tienen ninguna posibilidad de confiar en una determinada situación patrimonial, financiera y de resultados de la sociedad de que se trate, por el contrario, a los terceros les resultaría extremadamente difícil, cuando no imposible, si no conocen más a fondo la empresa, detectar falsedades en unas cuentas anuales publicadas. Por tanto, no es convincente la alegación del Gobierno italiano según la cual cualquier persona puede comprobar la exactitud de los datos de unas cuentas anuales publicadas. Todo lo contrario, normalmente los terceros confían en la exactitud de los datos de unas cuentas anuales publicadas. Por este motivo resulta aún más importante proteger dicha confianza -y, en suma, la confianza del público y de los mercados-".

En cuanto a las limitaciones a la hora de incoar de oficio el proceso sancionador, M. Fabio advierte en la Sentencia del Tribunal de Justicia *Daihatsu Deutschland*, 4 de diciembre de 1997 (C-97/96), una suerte de *humus* en favor de "la máxima tutela de los terceros a través del mecanismo del procedimiento de oficio"; máxima tutela que, al no haber sido respetada por la nueva legislación italiana, convertiría ésta en "inapropiada" a los efectos de establecer el correspondiente régimen sancionador (*Incostituzionalità del "mezzo processuale": "vero bilanciamento" per il "falso in bilancio"*, en *Ai confini del "favor rei"*, cit., pp. 174-175). En la misma línea se había ya manifestado la Comisión en sus observaciones presentadas al Tribunal el 31 de marzo de 2003, JURM (03) 2050, puntos 90-96. Sin embargo, en contra y por su propia autoridad (i.e., sin activar la cuestión prejudicial) se ha pronunciado la *Corte di Cassazione* en su sentencia de 11 de octubre de 2005 (n. 38967).

[48] FJ 45.

[49] No así a efectos de reforzar una posible acción por incumplimiento ex artículo 226 TCE o de responsabilidad de los poderes públicos internos por infracción del Derecho comunitario (doctrina *Francovich*).

[50] Recordemos que el Tribunal de Palermo planteó entre noviembre de 2002 y marzo de 2003 una serie de cuestiones de inconstitucionalidad concernientes a los artículos 2621 y 2622 del Código Civil, confrontados con los artículos 10, 11 y 117 de la Constitución italiana, en relación a su vez con la Directiva 68/151, en la medida en que aquellos no habrían previsto, frente a lo que ésta impone, "sanciones apropiadas" en caso de "falta de publicidad del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias tal como se ordena en la [propia Directiva]", y que la Abogacía del Estado consideró oportuno, habida cuenta de la absoluta coincidencia en cuanto al objeto entre el juicio de constitucionalidad y el de comunitariedad, solicitar el reenvío de las cuestiones de inconstitucionalidad para nuevo examen, lo que efectivamente obtuvo de la *Corte Costituzionale* por Auto nº 165/2004.

[51] Cfr. cdo. 58 de las Conclusiones.

[52] Cdo. 62; las cursivas, de la A.G. que hizo eco a continuación de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal de Palermo, cuyo examen, como acabamos de recordar, quedó pospuesto en espera del pronunciamiento del Tribunal de Justicia en *Berlusconi e.a.*

[53] Valga por todas la opinión de F. Viganò, "*Illegittimità comunitaria*" e *illegittimità costituzionale*..., cit., pp. 369 y ss.

[54] Y aun asumiendo implícitamente la ausencia de relevancia a los efectos de activar la cuestión de inconstitucionalidad, al limitar "para el futuro" la posibilidad de adecuar la legislación italiana a las prescripciones comunitarias: cfr., por ejemplo, G. Brunelli, *Sui limiti del "favor rei"*..., cit., p.128.

La mayor parte de los autores traen a colación la doctrina de la *Corte Costituzionale* sentada en el *asunto Granital* (Sentencia nº 170/1984, de 8 de junio), conforme a la cual el juez constitucional se habría reservado la competencia sobre los "controlimiti" y sobre las leyes contrarias a Derecho comunitario *desprovisto de eficacia directa*. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que en el *asunto Berlusconi e.a.* no estamos ante una ausencia de eficacia directa en el sentido entendido por la *Corte Costituzionale* en *Granital*, esto es, por falta de precisión e incondicionalidad en el contenido de la norma comunitaria implicada, sino, lo que es bien distinto, ante la negación de dicha eficacia como consecuencia de la propia naturaleza jurídica de la norma en cuestión.

Por lo demás, debe tenerse también en cuenta el contexto en el que fue sentada la *doctrina Granital*.

Por un lado, se trató de una acomodación de la *Corte Costituzionale* a la *doctrina Simmenthal* (Sentencia de 9 de marzo de 1978, 106/77), en virtud de la cual el juez ordinario quedaba obligado a inaplicar por su propia autoridad toda norma nacional, incluidas leyes, contraria a Derecho comunitario, sin activar la cuestión de inconstitucionalidad; ello obligó a la *Corte* a revisar su doctrina anterior en sentido contrario (Sentencia Industria Chimice Italia Centrale, nº 232/1975, de 30 de octubre), lo que efectivamente hizo buscando, no obstante, un fundamento en el propio sistema interno, consistente en recurrir a una suerte de regla hermenéutica al margen de juicios de compatibilidad internormativa (aplicación directa de la norma comunitaria sin necesidad de emitir juicio alguno sobre la validez de la ley interna con ella contradictoria, regla esta similar a la explícitamente bautizada por nuestro Tribunal Constitucional, en su Sentencia 28/1991, de 14 de febrero, como "selección del Derecho aplicable al caso concreto").

Por otro lado, la *doctrina Simmenthal* fue establecida por el Tribunal de Justicia en un momento en el que el discurso

acerca de la eficacia directa de las directivas se había efectivamente concentrado en la precisión e incondicionalidad de su contenido. No obstante, ya un año antes, en el *asunto VNO, 1 de febrero de 1977 (51/76)*, el Tribunal había declarado que la posibilidad de invocación por un particular de "la disposición de una directiva ante el tribunal nacional en orden a que éste determine si las autoridades nacionales competentes, al ejercitar la elección que les corresponde en cuanto a las formas y medios de ejecutar la directiva, se han mantenido dentro de los límites de la discrecionalidad establecidos por la directiva"; ello suponía admitir la eficacia de las directivas a efectos puramente reaccionales, como confirmaría años después, sentando una doctrina hoy consolidada en Luxemburgo, el *asunto Kraaijeveld, 24 de octubre de 1996 (C-72/95)* (lo que obliga, dicho sea de paso, a una revisión de la regla de "selección de la norma aplicable", insuficiente para explicar el rol del juez ordinario frente a contradicciones entre Derecho comunitario y Derecho interno -como intento demostrar en *El juez español y el Derecho comunitario*, cit., nota 43, y en *Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía*, Revista Española de Derecho Constitucional, 2004, nº 73, pp. 359 y ss.).

Aclarado lo cual, es evidente que el juez ordinario también está obligado a inaplicar sin más las leyes nacionales que sobrepasen el margen de apreciación permitido por las directivas comunitarias (permitiendo así a éstas desplegar efectos puramente reaccionales), y a hacerlo por su propia autoridad, esto es, y como el Tribunal de Justicia insiste en recalcar precisamente en *Berlusconi e.a.* (en el que, como hemos venido viendo, la eficacia de las directivas implicadas se planteaba en términos puramente reaccionales), sin necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad (FJ 72: "Es cierto que, en el supuesto de que los órganos jurisdiccionales remitentes, en función de las respuestas que les proporcione el Tribunal de Justicia, llegasen a la conclusión de que los nuevos artículos 2621 y 2622 del Código Civil italiano, debido a algunas de las disposiciones que contienen, no cumplen la exigencia del Derecho comunitario de que las sanciones sean apropiadas, resultaría de ello, según jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia, que los órganos jurisdiccionales remitentes *tendrían la obligación de dejar de aplicar los citados nuevos artículos, por su propia autoridad, sin tener que solicitar o que esperar la previa supresión de éstos por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional*").

[55] Adviértase que el Tribunal de Terni, que planteó la cuestión prejudicial en el *asunto Niselli*, decidió en febrero de 2005 plantear ante la *Corte Costituzionale* cuestión de inconstitucionalidad (pendiente de resolución) con relación a una nueva ley dictada apenas un mes después de la Sentencia del Tribunal de Justicia (*Legge delega per l'ambiente* de 15 de diciembre de 2004, n. 308), por considerar que ésta contradecía abiertamente la Directiva sobre residuos tal y como acababa de ser interpretada en Luxemburgo (cfr. en línea similar la cuestión planteada por el Tribunal del Riesame de Venecia el 14 de marzo siguiente, así como la del propio Tribunal de Terni el 29 de junio, también de 2005).

No desconocía el Tribunal de Terni, ni mucho menos, que el referido problema de contradicción entre el Derecho comunitario, tal y como interpretado por el Tribunal de Justicia, y la legislación italiana, podría considerarse ya resuelto "a través de la obligación de funcionarios y jueces italianos de inaplicar las nuevas disposiciones" (i.e la ley de diciembre de 2004).

A tal argumentación, no obstante, opuso el propio Tribunal de Terni una serie de motivos que avalarían el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, a saber: 1) incertidumbre derivada de pronunciamientos contradictorios en el seno de la *Corte di Cassazione* acerca del alcance de la normativa comunitaria en materia de residuos, con significativa doctrina restrictiva de dicho alcance sobre la base, según algunos pronunciamientos, de los limitados efectos jurídicos de las directivas y de la incompetencia del Tribunal de Justicia para interpretar vía prejudicial Derecho nacional; 2) incertidumbre derivada "del límite que jueces y funcionarios italianos encuentran en la obligación de no agravar, sobre todo en el ámbito penal, obligaciones y responsabilidades de los ciudadanos como consecuencia de la aplicación de normas comunitarias"; y 3) incertidumbre derivada del alcance del novedoso artículo 117 de la Constitución italiana, concretamente acerca de la posible intervención de la Corte Costituzionale para garantizar su respeto frente a violaciones "groseras" de las obligaciones derivadas del ordenamiento comunitario (y por ello mismo, violaciones "groseras" del propio artículo 117).

Sobre la problemática que el *asunto Niselli* ha suscitado en la administración y en la judicatura italianas, cfr. P. Giampietro, *I materiali ferrosi fra sovranità nazionale e giudice comunitario*, www.AmbienteDiritto.it, 6/10/2005; en cuanto a las particularidades que rodean la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal de Terni y su posible extrapolación al *asunto Berlusconi e.a.*, cfr. A. Pugiotto, *Vite parallele?...*, cit., pp. 331 y ss.).

[56] Baste como ejemplo las palabras de G. Casaroli en el tan aquí citado seminario de Ferrara: "Estamos todos de acuerdo en censurar el ejercicio <personalizado> del poder legislativo, expresión de una suerte de <democracia de

Agilulfo> (el *Cavaliere* inexistente de Calvino). Ahora bien, para no ponerse en el mismo nivel del que dicta leyes *ad personam* para sí mismo o para el amigo, no se debe cultivar del mismo modo un terco <encarnizamiento judicial> contra <el enemigo>. Si censuramos un poder legislativo que dispensa favores a los socios, no podemos nunca complacernos con un poder judicial <a la caza> de los adversarios" ("*Amicus Ilibertatis, etiam pro hosti*", p. 143). Casaroli se pregunta, por otro lado, si "habida cuenta de la <decisión a medida vía> del Tribunal de Justicia, podría la *Corte Costituzionale* <osar> ir más allá de donde aquél se ha retraído", considerando el autor "posible la elección jurídica, ardua la voluntad <política>" (p. 144).

[57] En esta línea, cfr. R. Mastroianni, *Vecchi principi e nuove interpretazione...*, cit., p. 263.

[58] Cfr. al respecto, por ejemplo, la tesis de M. Fabio (*Inconstitutionalità del "mezzo processuale"*..., cit., pp. 175-176), en el sentido de que "la *vis* reforzada de las obligaciones comunitarias, consagrada con la reforma del artículo 117 de la Constitución, impone un límite a la discrecionalidad del legislador siempre que, después de haber aceptado libremente adaptarse a la disciplina europea, se encuentra frente a vínculos predeterminados, expresión de principios supremos como el derecho de defensa"; derecho que la autora, como ya vimos, conecta, con la obligación comunitaria de "garantizar la máxima tutela de los terceros a través del mecanismo del procedimiento de oficio" (o de la apertura de la querrela a los terceros en general, y no sólo a los socios y acreedores: cfr. L. Foffani, *La trasparenza dell'informazione societaria come bene giuridico comunitario*, también en *Ai confini del "favor rei"*, cit., 192).

[59] En cuyo caso podría entrar en juego, a modo a su vez de contrabalanza, el discurso, dejado en el aire por el Tribunal de Justicia, acerca del alcance del principio *in favor rei* y de las posibles excepciones al mismo (cfr. al respecto las consideraciones de V. Onida en el seminario de Ferrara, *Retroattività e controllo di costituzionalità della legge penale sopravvenuta più favorevole*, pp. 285 y ss). Ello, además, en un contexto en el que podría plantearse la obligación de la propia *Corte* de entablar un diálogo con Luxemburgo, siquiera a los efectos de clarificar la efectiva existencia de contradicción de la legislación italiana con la comunitaria, reabriendo así el debate acerca de la consideración de la *Corte* como "órgano jurisdiccional" nacional vinculado por la prescripciones del artículo 234 TCE (cfr. A. Cossiri, *La doppia pregiudizialità come occasione dialogo tra Corti?*, cit., pp. 156 y ss.).

[60] En el momento de escribir estas líneas, está pendiente de sentencia la cuestión de "si está obligado el órgano jurisdiccional nacional a interpretar el Derecho nacional, en la medida de lo posible, con arreglo a una Directiva a la que se ha adaptado tardíamente el ordenamiento jurídico interno: a) desde el momento en que entró en vigor la Directiva, o bien b) desde el momento en que expiró sin resultado el plazo señalado para la adaptación del Derecho interno a la misma, o incluso c) desde el momento en que entró en vigor la disposición nacional de aplicación" (*asunto Adeneler e.a.*, C-212/04, que también ha correspondido a la A.G. Kokott, quien en sus Conclusiones presentadas el 27 de octubre de 2005 se pronunció en los siguientes términos: "El hecho de que se conceda a los Estados miembros un *plazo de adaptación* del Derecho interno a la directiva y que, por ese motivo, no estén obligados a adoptar antes de que expire ese plazo las *disposiciones legales, reglamentarias o administrativas* necesarias para proceder a dicha adaptación no impide afirmar la existencia de una obligación de interpretar el Derecho nacional de manera conforme con la directiva a partir de la entrada en vigor de ésta. En efecto, el hecho de que una directiva conceda un plazo al legislador nacional no significa en absoluto que el poder jurisdiccional tenga derecho a acogerse al mismo plazo. El plazo de adaptación está más bien destinado a tener en cuenta las dificultades técnicas de la adopción de leyes, como las que pueden producirse en el procedimiento legislativo parlamentario o en las negociaciones entre los interlocutores sociales".)

[61] Cuya definición de las "leyes marco", en su artículo I-33.1, viene a reproducir, en cuanto a su alcance, la definición de las directivas recogida en el artículo 249 TCE.

[62] A ello me referido últimamente en *Los tribunales constitucionales y el control del Derecho interno conectado con el comunitario*, Foro: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid), 2005, volumen 2.