

Doctrina

Escándalos económicos y reformas penales: Prevención y represión de las infracciones societarias en la era de la globalización*

Luigi Foffani

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Módena y Reggio Emilia

Revista Penal, n.º 23.—Enero 2009

RESUMEN: *El artículo analiza brevemente la oleada de graves escándalos económico-financieros desencadenados en todo el mundo en el curso de los últimos años (Enron, Parmalat, etc.), comparando las distintas reacciones de los legisladores de cada país, y deteniéndose en especial en las recientes reformas introducidas en la normativa penal económica en los Estados Unidos y en Italia, para concluir subrayando las exigencias de armonización de esta materia (con especial atención a los delitos societarios) en el ámbito de la Unión Europea.*

PALABRAS CLAVES: *Enron, Sarbanes-Oxley-Act, Parmalat, delitos societarios, armonización europea*

SUMMARY: *This essay shortly analyzes the wave of severe economical scandals of the last years all over the world (Enron, Parmalat, etc.), comparing the different reactions of the national legislators, focusing on the recent reforms of the economic criminal law in USA and in Italy. Finally the author emphasizes the need of an harmonization of the criminal law rules on corporate crimes inside the European Union.*

KEYWORDS: *Enron, Sarbanes-Oxley-Act, Parmalat, corporate crimes, european harmonization*

1. En la economía globalizada del nuevo milenio, la «*corporate criminality*» está viviendo un momento de especial actualidad: además, las extraordinarias oportunidades de la «*new economy*» han abierto nuevas posibilidades operativas a la criminalidad de guante blanco, acompañadas de márgenes de ganancias de una entidad y rapidez desconocidas en la economía tradicional. Solo en los Estados Unidos, según datos publicados por la revista *Fortune*, se calcula que excluyendo del estudio «las sociedades cuyas acciones han perdido al menos del 75% desde el 1 de enero de 1999 al 31 de mayo de 2002, los administradores de 1035 sociedades han “robado” más o menos 66.000 millones de dólares (con puntas máximas individuales que en algunos casos superan los 900 millones

de dólares)». Los han robado mientras los inversores perdían el 70%, el 90%, o *todos* sus ahorros: mientras las sociedades se hundían, ellos se hacían «inmensamente, extraordinariamente, obscuramente ricos»¹.

Efectivamente, el cambio de siglo, con el final de la optimista e ilimitada fe en el «dios mercado», ha ofrecido en pocos años un impresionante abanico de desviaciones patológicas y criminales: primero en los Estados Unidos y pocos meses después también al otro lado del Atlántico, en el corazón de la vieja Europa: Francia, España, Alemania e Italia han sido testigos de una proliferación de grandes escándalos financieros y clamorosos procesos penales económicos, en ocasiones con efectos desestabilizadores para las propias instituciones políticas (como ha ocurrido, en particular, en Italia, donde ya a lo largo de los años 90

* Este trabajo reproduce, añadiendo las notas, el texto de una conferencia que mantuve en la Universidad de Mar del Plata (Argentina) el 15 de septiembre de 2008. Traducción de la Dra. María José Pifarré de Moner.

1. GIMEIN, *You Bought They Sold*, en *Fortune*, n.º 16, 2 septiembre 2002, p. 38-44, cit. por F. STELLA, *Il mercato senza etica*, introducción a C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2002, p. II.

Revista Penal

Escándalos económicos y reformas penales: Prevención y represión de las infracciones societarias...

las investigaciones judiciales sobre las relaciones ilícitas entre el mundo de la empresa, la Administración Pública y el poder político provocaron un auténtico terremoto institucional del que aún hoy se sufren las consecuencias con la desaparición de los partidos tradicionales y una profunda transformación del sistema político-institucional²).

El final de la guerra fría y de la división del mundo en bloques no ha podido impedir —y quizá casi han contribuido a fomentar— el surgimiento de nuevas amenazas globales y nuevas formas de inseguridad colectiva: la gran criminalidad económica, con el gran desconcierto de los mercados que cada vez con más frecuencia la acompaña, actualmente forma parte de aquellas amenazas de nuestra era —del terrorismo al desastre nuclear, de la alteración del ecosistema a la difusión de nuevas enfermedades— que turban el sueño de la que se ha dado en llamar la «sociedad del riesgo»³: una sociedad del riesgo que se dirige siempre con mayor angustia hacia los poderes públicos y al sistema de la Justicia penal en busca de nuevas protecciones y nuevas seguridades. El sistema penal se encuentra sobrecargado, y por ello a su vez corre el riesgo de sufrir una verdadera convulsión por estas nuevas demandas, sin embargo no puede eludir la petición de tutela por parte de la sociedad.

2. En el campo de la criminalidad económica y societaria, la primera (cronológicamente) y más contundente respuesta por parte de los poderes públicos, dotada además de una carga simbólica fuertemente emotiva, ha llegado del propio corazón del imperio, es decir, de los Estados Unidos, cuyo optimismo y fe en las virtudes infinitas de la autoregulación del mercado y su capacidad de aislar y circunscribir los comportamientos patológicos se ha visto sacudida como nunca antes por los casos Enron, Worldcom, Arthur Andersen, Global Crossing, Tyco, solo por citar los más conocidos. Un hombre político de primera línea como el senador Edward Kennedy observaba que «las in-

fracciones societarias roban a la nación: roban a nuestros hijos el aire y el agua limpia, roban a los ciudadanos más ancianos en términos de paz mental, atrayéndoles hacia inversiones desconsideradas; [...] las infracciones societarias minan la confianza general en nuestro sistema de libre competencia»⁴. En efectos, la crisis ha convulsionado las raíces de todo el sistema estadounidense de la «*corporate governance*», que —a pesar de la difundida adopción de códigos éticos a lo largo de los años inmediatamente precedentes—, se ha revelado incapaz de contener y regular el temperamento egoísta de los *managers*.

El caso *Enron*, en particular, ha revelado cuanto devastadora para la estabilidad de los mercados puede ser la combinación de la búsqueda patológica de la maximización de las ganancias a toda costa con la constante y fantasiosa elaboración de nuevos instrumentos financieros, creadores de una riqueza virtual en constante movimiento y cada vez más desligada de la producción y distribución de bienes «reales». Ha sido el mayor escándalo financiero de la historia de los Estados Unidos. La *Enron*, un gigante en el sector de la energía, quiebra improvisamente el 2 de diciembre de 2001 a causa de pérdidas colosales que determinaron el hundimiento de las acciones en la bolsa, causando daño a innumerables accionistas. Tales pérdidas habían sido determinadas por los *top-managers* de *Enron*, quienes, con varias maniobras fraudulentas que habían llevado incluso a la creación de sociedades fantasma, y que servían a enmascarar las auténticas operaciones, se apropiaron de sumas que superan los 600 millones de dólares. Estas operaciones se habían disimulado falsificando las cuentas anuales de la sociedad. El hundimiento de *Enron* ha provocado una serie de reacciones en cadena: investigaciones penales por parte del F.B.I. sobre *Enron* y sobre la sociedad auditora Arthur Andersen, que era quien certificaba las cuentas anuales de *Enron* y que destruyó los documentos relativos a estas operaciones. Y en cualquier caso ha provocado un daño

2. Sobre la experiencia de «Tangentopoli», desde un punto de vista estrictamente penal, cfr. sobre todo G. FORTI, *L'insostenibile pesantezza della «tangente ambientale»: inattuallità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 476 ss.; Id., *Unicità o ripetibilità della corruzione sistemica? Il ruolo della sanzione penale in una prevenzione «sostenibile» dei crimini politico-amministrativi*, en *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996, p. 1069 ss.; Id., *Remarks on the role of criminal sanction in a sustainable prevention of crimes in the public administration. The Italian experience of systemic corruption*, en P. BERNASCONI (coord.), *Responding to corruption. Social defense, corruption and the protection of public administration and the independence of justice*, Napoli, 2000, p. 173 ss.; T. PADOVANI, *Il problema «Tangentopoli» tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 448 ss.; A. PAGLIARO, *La lotta contro la corruzione e la recente esperienza italiana di «Mani pulite»*, en *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, p. 1122 ss.; D. PULITANÒ, *La giustizia penale alla prova del fuoco*, en *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, p. 1 ss. Véase también el texto y la exposición de motivos del llamado «proyecto de Cernobbio»: *Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell'illecito finanziamento di partiti*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1025 ss. y en *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, p. 911 ss., con contribuciones de D. PULITANÒ, F. STELLA, G.M. FLICK, F. SGUBBI, L. FOFFANI; v. también C.F. GROSSO, *L'iniziativa di Di Pietro su Tangentopoli. Il progetto anticorruzione fra utopia punitiva e suggestione premiale*, en *Cass. pen.*, 1994, p. 2347 ss.; A. PAGLIARO, *Per una modifica delle norme in tema di corruzione e concussione*, en *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, p. 55 ss. En la vasta literatura de corte socio-criminológico, en especial, D. DELLA PORTA, *Lo scambio occulto. Casi di corruzione politica in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1992; D. DELLA PORTA/A. VANNUCCI, *Corruzione politica e amministrazione pubblica. Risorse, meccanismi, attori*, Bologna, Il Mulino, 1994; M. D'ALBERTI/A. FINOCCHI (coord.), *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994; D. NELKEN, *Tangentopoli*, in M. BARBAGLI/U. GATTI (coord.), *La criminalità in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 55 ss.; Id., *Il significato di Tangentopoli, la risposta giudiziaria alla corruzione e i suoi limiti*, in *Storia d'Italia. Annali*, vol. XIV, Torino, Einaudi, 1988, p. 597 ss.

3. U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1986.

4. Declaraciones citadas por F. STELLA, *op. cit.*, p. V.

imposible de resarcir a miles de inversores⁵. Como dijo Paul Krugman en un editorial en el *New York Times*, «el desastre Enron no es la simple historia de la quiebra de una sociedad, es la historia de la quiebra de un sistema», y precisamente por eso el caso Enron no ha sido un caso aislado: según datos de la *Enforcement Division* della *Securities Exchange Commission (SEC)*, solo en los primeros siete meses del 2002 se habían iniciado 122 expedientes de investigaciones federales por falsedad en las cuentas⁶.

La respuesta del Gobierno y del Parlamento fueron draconianas: el 30 de julio de 2002, el Presidente Bush firmó la «*Sarbanes-Oxley Act of 2002*», aprobada unos días antes por abrumadora mayoría en el Congreso y presentada a los mercados por el mismo Presidente de los Estados Unidos como «*the most far reaching reforms of American business practices since the time of Franklin Delano Roosevelt*»⁷. La ley, llamada también «*Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002*»⁸, es decir, ley de 2002 de reforma de la contabilidad de las compañías y de protección al inversor, prevé nuevas «medidas dirigidas a prevenir y castigar los comportamientos fraudulentos y los episodios de corrupción, a entregar los culpables a la Justicia y a proteger los intereses de los trabajadores y los accionistas». La reforma busca «la mejora de la calidad y la transparencia de las relaciones financieras, de los controles externos de las sociedades y de la contabilidad de las *public companies*». Los puntos más importantes de la reforma son:

1) la constitución del nuevo «*Public Company Accounting Oversight Board*»: se trata de un organismo de vigilancia y control con funciones de supervisión de la documentación y actividad de las *public companies* sujetas a las *securities law*. La Comisión puede decidir realizar inspecciones de la contabilidad de la sociedad, abrir investigaciones o procedimientos disciplinarios y, en caso de necesidad, puede aplicar sanciones adecuadas (de naturaleza administrativa, naturalmente).

Se refuerza la independencia de las sociedades de revisión responsables de controlar las *public companies*.

Se aumenta los recursos destinados a la SEC.

Por último —y éste es el aspecto más relevante desde nuestro punto de vista— prevé un significativo aumento de las penas previstas por los delitos cometidos por los administradores de las sociedades: para los casos más graves de fraude en la gestión de la sociedad, el máximo de la pena prevista se aumenta de 5 a 20 años de reclusión. Es cierto que se trata de incrementos de pena destinados en gran parte a quedarse en el terreno de lo simbólico, ya que el máximo de la pena se aplica muy raramente: sin embargo, el mensaje que se pretende transmitir a los jueces es claramente el de aplicar el mayor rigor en el tratamiento de los delitos societarios.

La *Sarbanes-Oxley-Act* completa, en el terreno de la responsabilidad penal de los administradores, una intervención político criminal que ya a lo largo de los años 90 había reforzado el sistema de la responsabilidad penal directa de las personal jurídicas, refiriéndose a los casos en las que los delitos infracciones penales societarias se cometan en el interés de la empresa. La U.S. *Sentencing Comisión* de hecho, había llevado a cabo una reforma basada en la política del «bastón y la zanahoria», previendo altísimas penas pecuniarias contra las sociedades (bastón) y al mismo tiempo otorgando reducciones de esta pena de hasta el 80% o más (zanahoria) a las sociedades que preventivamente se doten de programas de autorregulación (*compliance programs*) tendentes a dar vida a comportamientos empresariales con estándares rigurosos de ética *managerial*⁹.

3. Me he detenido en el ejemplo de los Estados Unidos por ser extremadamente significativo: por un lado, por que es en este país donde ha comenzado esta nueva modalidad de criminalidad societaria, con una dimensión y agresividad desconocidas en el pasado; por el otro lado, porque la respuesta del legislador ha sido, como hemos podido ver, de una dureza inusitada y difícil de imaginar en la mayor parte de los ordenamientos europeos, especialmente en lo atinente al exasperado aumento de los límites máximos de la pena.

En el otro lado del Atlántico, en Europa, las cosas han ido de manera muy diferente. Es paradigmático, como contraposición a la experiencia estadounidense, el caso del ordenamiento jurídico italiano, sobre el que me de-

5. Sobre el caso *Enron* cfr. especialmente R. HEFENDEHL, *Enron, Worldcom und die Folgen: das Wirtschaftsstrafrecht zwischen kriminalpolitischen Erwartungen und dogmatischen Erfordernisse*, en *JZ*, 2004, p. 18 ss.; KERSTING, *Auswirkungen des Sarbanes Oxley Gesetzes in Deutschland: Können deutsche Unternehmen das Gesetz befolgen?*, *ZIP* 2003, p. 233 ss.; SCHWARZ/HOLLAND, *Enron, WorldCom und die Corporate-Governance-Diskussion*, *ZIP* 2002, p. 1661 ss. En la doctrina italiana, en particular, S. CACCHI PESSANI, *Corporate governance, sistema dei controlli e intermediari reputazionali negli Stati Uniti d'America dopo il caso Enron*, en *Giur. comm.*, 2003, p. 746 ss.; COLCERA, *I sistemi di vigilanza delle società italiane quotate nei mercati regolamentati: il Sarbanes-Oxley Act, un modello per l'Italia?*, en *Le Società*, 2005, p. 791 ss.; M.V., *Critiche (e apprezzamenti) al Sarbanes-Oxley Act.*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1007 ss.; U. MATTEI/F. SARTORI, *Conflitto continuo. A un anno da Enron negli Stati Uniti e in Europa*, en *Politica del diritto*, 2003, n° 2, p. 177 ss.

6. Cfr. E. MONTANI, *L'esperienza degli Stati Uniti*, en A. ALESSANDRI (coord.), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, IPSOA, 2002, p. 457.

7. Discurso del Presidente Bush del 30 de julio de 2002, in www.whitehouse.gov/news/releases/2002.

8. Pub. L. 107-204, 116 Stat. 745 (2002). Sul *Sarbanes-Oxley-Act* cfr. ad es. M. LIPTON/L.A. MCINTOSH, *Corporate Governance in the Light of Sarbanes-Oxley and the NYSE Rules*, en *M&A Lawyer* (Sep. 2002), p. 8 ss.

9. F. STELLA, *op. cit.*, p. V.

Revista Penal

Escándalos económicos y reformas penales: Prevención y represión de las infracciones societarias...

tendré brevemente. En los últimos meses de 2003 y en el principio de 2004 en Italia ha tenido lugar una explosión prácticamente contemporánea de una serie de grandes escándalos financieros —los más importantes son aquellos en los que se han visto implicados dos de los mayores grupos industriales alimentarios del país, *Cirio* y *Parmalat*¹⁰— caracterizados por proporcionar un riquísimo abanico de comportamientos criminosos en la gestión de la empresa y de las operaciones de mercado (falsedad en la contabilidad y en las comunicaciones sociales, quiebra, manipulaciones bursátiles, obstaculización de las funciones de vigilancia, falsas comunicaciones de los auditores, etc.), con consecuencias ruinosas para una vastísima platea de inversores, afectados como accionistas y, sobre todo, como obligacionistas de las sociedades protagonistas.

Sobre todo el caso Parmalat puede definirse como el Enron italiano, y probablemente constituye el escándalo financiero más grave que jamás haya tenido lugar en Europa, también en este caso debido a colosales distracciones de fondos de la sociedad llevadas a cabo por los propios administradores de la sociedad en beneficio propio y de la familia Tanzi, que ostentaba el paquete de acciones mayoritario. En el momento del hundimiento definitivo, el grupo Parmalat tenía un «agujero» de 14.000 millones de euros, hasta ese momento ocultado a los órganos de control y a la opinión pública a través de una serie impresionante de falsificaciones contables. Estamos hablando de una cifra que representa más del 1% del PIB italiano: bajo este punto de vista, como se ha escrito en el *Financial Times*, el crack de Parmalat representa proporcionalmente para el Estado y para los ciudadanos italianos una carga muchísimo mayor que la provocada por el escándalo Enron en los Estados Unidos, a pesar de que el valor absoluto de la cifra de la quiebra de Enron fuera muy superior. Para dar una idea de los daños provocados a los inversores¹¹, contra los administradores y los propietarios del grupo Parmalat se han interpuesto 75.000 denuncias penales, y en los procesos penales actualmente en curso ante los Tribunales de Milán y Parma se han consti-

tuido más de 40.000 partes civiles en petición de resarcimiento de daños. De dimensiones poco inferiores se puede mencionar el caso Cirio, que ha afectado a 35.000 pequeños inversores, por un total de 1.125 millones de euros.

En realidad, la criminalidad económica en Italia nunca ha dejado de llenar las primeras páginas de los periódicos en estos últimos años: desde el *crack* Sindona y del Banco Ambrosiano hasta la «epopeya» de los procesos de Tangentopoli, la atención de la opinión pública se ha visto periódicamente atraída por la intervención de la Justicia penal en materia económica; en estos últimos sucesos, sin embargo, sea por las dimensiones y por lo difundido de los daños sufridos por los inversores, sea por la estridente contradicción con la línea político-criminal que se venía imponiendo a nivel legislativo, la presión ejercida por parte de la opinión pública sobre el legislador ha sido mucho más fuerte que en otras ocasiones.

4. Para comprender el porqué, hay que dar un pequeño paso atrás, y recorrer las últimas etapas de las intervenciones legislativas italianas en materia económica. En el año 2001, pocas semanas antes de las elecciones generales (bajo el gobierno Amato y una coalición de centro-izquierda), se introdujo por primera vez en Italia una forma de responsabilidad de las empresas por delitos cometidos por los directivos o por los empleados «en interés o beneficio» de la propia persona jurídica: una responsabilidad formalmente administrativa, pero sustancialmente de naturaleza penal, que vulneraba el tradicional principio *societas delinquere non potest*¹². Se trató, por lo tanto, de una reforma revolucionaria a nivel de los principios del Derecho, pero en realidad —sobre todo a causa de las fortísimas presiones y la gran resistencia ejercitadas por el mundo empresarial sobre el legislador— se trataba de una reforma inicialmente muy tímida en el plano de los contenidos concretos, ya que esta nueva responsabilidad de las personas jurídicas derivada de delito se preveía solo para un número restringidísimo de delitos (corrupción y fraude de subvenciones públicas)¹³. En cualquier caso, se trataba

10. Sobre el caso *Cirio* cfr. M. ONADO, *I risparmiatori e la Cirio: ovvero, pelati alla meta*, en *Mercato concorrenza regole*, 2003, p. 499 ss.; sobre el caso *Parmalat*, en especial, cfr. G. CAPOLINO/F. MASSARO/P. PANERAI, *Parmalat. La grande truffa*, Milano, 2004; CINGOLO, *Lo schema Tanzi*, Roma, 2004; P. DALCÒ/L. GALDABINI, *Parmalat. Il teatro dell'assurdo*, Parma-Milano, 2004; M.K. DI STASIO, *Il caso Parmalat*, Roma, 2004; G. FRANZINI, *Il crac Parmalat*, Roma, 2004; F. VELLA (coord.), *Parmalat: tre anni dopo*, en www.lavoce.info, 19 diciembre 2006 (con contribuciones de M. ONADO, F. VELLA, L. FOFFANI, F. MUCCIARELLI, L. STANGHELLINI, E. BARUCCI/M. MESSORI).

11. Se calculan unos 135.000 ahorradores afectados en el caso Parmalat.

12. Sobre la nueva normativa de la responsabilidad de las personas jurídicas derivada de delito, véase, en general, AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, IPSOA, 2002; AA.VV., *La responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, en *Cassazione penale*, 2003, suplemento al n° 6, Milano, Giuffrè, 2003; AA.VV., *L'ultima sfida della politica criminale: la responsabilità (penale?) degli enti collettivi*, en *LP*, 2003, p. 349 ss.; E. AMATI, *La responsabilità da reato degli enti. Casi e materiali*, Torino, UTET, 2007; G.A. DE FRANCESCO (coord.), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia «punitiva»*, Torino, Giappichelli, 2004; G. GARUTI (coord.), *La responsabilità amministrativa degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, CEDAM, 2002; G. LATTANZI (coord.), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, Giuffrè, 2005; F. MONESI (coord.), *I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001. Etica d'impresa e responsabilità degli enti*, Milano, Giuffrè, 2005; F.C. PALAZZO (coord.), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, CEDAM, 2003.

13. El ámbito de los delitos susceptibles de suscitar la responsabilidad de una persona jurídica ha sido de todos modos progresiva e inexorablemente aumentado en el curso de los últimos años, sobre todo bajo el impulso de las iniciativas político-criminales adoptadas en sede europea.

D o c t r i n a

de un pequeño pero significativo paso dirigido a una mayor responsabilización de las empresas en la prevención y represión de las infracciones de carácter societario.

Poco tiempo después, sin embargo, con la llegada al poder del nuevo Gobierno Berlusconi, este viento cambió rápidamente. La primera intervención legislativa adoptada por la nueva mayoría parlamentaria de centro-derecha recayó sobre la materia de los delitos societarios, con la ley de delegación de 3 de octubre del 2001, n° 366 y el decreto legislativo de 11 de abril del 2002, n° 61¹⁴. Una tal urgencia por parte del legislador, se ha visto inmediatamente como cualquier cosa menos casual, vista la significativa cantidad de causas penales pendientes por delitos societarios —en particular por el delito de falsas comunicaciones sociales— que afectaban al Presidente del Gobierno. De este modo, la reforma de los delitos societarios se convirtió en la primera de una larga serie de leyes *ad personam* que han caracterizado la XIV legislatura, dando vida a un fenómeno de abuso sistemático del instrumento legislativo sin igual en la Historia de la Italia republicana¹⁵.

Las modificaciones se realizaron sobre todo degradando la clase y la entidad de las sanciones (con importante reflejo en los plazos de prescripción), con el cambio del régimen de la procedibilidad y, por último (y sobre todo), con la introducción de límites cuantitativos para la punibilidad así como de causas de no punibilidad inexistentes en la normativa anteriormente vigente. El resultado de estas modificaciones fue el de un intento científico, por parte del legislador, de hacer que la reciente normativa fuera inefectiva desde el principio¹⁶: los delitos societarios —y sobre todo el más temido de ellos debido a sus potenciales destinatarios, que es la norma que castiga las falsas comunicaciones sociales— prácticamente venían neutralizados; el mensaje implícito lanzado a la opinión pública era que se había dejado «manos libres» en la gestión empresarial renunciando al control penal en el sector de la criminalidad económica: para estos tipos de autor (y solo para éstos) la política criminal se presentaba de este modo con el dulce rostro de la «tolerancia máxima» y de un «derecho penal del amigo».

El fundamento de las opciones político-criminales tomadas por ese legislador no fue la exigencia— que sin embargo se aduce en la exposición de motivos que acompaña el decreto —de afirmar los ideales garantistas que se hallan bajo el reconocimiento del principio que en materia penal requiere la lesión de un bien jurídico (principio de ofensividad), cuanto más bien la búsqueda indiscriminada de espacios de impunidad a conductas fraudulentas en la gestión de la empresa social, en la implícita convicción que el Derecho penal —cuando pretende hacer valer una exigencia de transparencia informativa hacia los socios y los terceros— representa un peso sofocante para la libertad de empresa¹⁷.

5. Los efectos de la reforma no tardaron en hacerse notar: decenas de procesos pendientes por falsedad en las cuentas se concluyeron rápidamente con sentencias absolutorias, o por haberse cumplido los plazos de prescripción (como consecuencia de la fuerte reducción de los límites penales establecidos por legislador), o por la imposibilidad de probar que los hechos superasen el umbral cuantitativo de punibilidad introducido por la reforma. Es inútil añadir que entre los muchos imputados que se beneficiaron de esta situación se encontraba el mismo Jefe del Gobierno, absuelto por prescripción el los juicios celebrados contra él.

La reforma de los delitos societarios llevada a cabo por el legislador italiano en 2002 desentonó desde el principio con la contraria línea de rigor frente a la criminalidad societaria que en esos mismos meses se venía afirmando en EE.UU.; y, sobre todo, era evidentemente incompatible con las exigencias de una seria protección del interés de los accionistas, de los acreedores y de los ahorradores en la transparencia de la información societaria y en la correcta administración por parte de los *manager*. Sin embargo, las críticas prácticamente unánimes de la doctrina nada pudieron frente a la omnipotencia de la mayoría parlamentaria.

Nada más aprobarse la ley, no tardaron en ponerse en marcha los mecanismos de comprobación de legitimidad constitucional y comunitaria, pero la *Corte costituzionale*, solicitada a valorar la cuestión, retuvo que la opción to-

14. Sobre los nuevos delitos societarios véase, en general, A. ALESSANDRI, (coord.), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, IPSOA, 2002; L. FOFFANI, *Art. 2621-2642 c.c.*, en C.E. PALIERO/F. PALAZZO (coord.), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, 2ª ed., Padova, CEDAM, 2007, p. 2443 ss.; A. GIARDA/S. SEMINARA (coord.), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, CEDAM, 2002; F. GIUNTA (coord.), *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, Torino, Giappichelli, 2002; A. LANZI/A. CADOPPI (coord.), *I reati societari. Commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005 n. 262 sulla tutela del risparmio*, Padova, CEDAM, 2006; C. LUNGHINI, *Art. 2621-2642 c.c.*, en E. DOLCINI/G. MARINUCCI (coord.), *Codice penale commentato*, 2ª ed., Milano, IPSOA, 2006; M. MASULLO/A. BIANCONI, en T. PADOVANI (coord.), *Leggi penali complementari*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1218 ss.; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 2007.

15. Cfr. sobre este fenómeno, en sentido netamente crítico, E. DOLCINI, *Leggi penali «ad personam», riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 50.

16. En estos términos, especialmente, C.E. PALIERO, *Nasce il sistema delle soglie quantitative: pronto l'argine alle incriminazioni*, en *Guida dir.*, 2002, n° 16, p. 37.

17. Para un análisis crítico más detallado de la reforma, y para los indispensables reenvíos al riquísimo debate que ha suscitado en la doctrina, se reenvía a un trabajo anterior ya aparecido en esta misma revista: L. FOFFANI, «Crónica de una muerte anunciada»: la reforma de los delitos societarios en Italia, en *Rev. pen.*, 15 (2005), p. 57 ss.

Revista Penal

Escándalos económicos y reformas penales: Prevención y represión de las infracciones societarias...

mada por el legislador, si bien criticable desde el punto de vista de la oportunidad, formaba parte de los espacios de discrecionalidad político-criminal que la Constitución garantiza al legislador¹⁸. Del mismo modo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, competente de juzgar la conformidad de las leyes nacionales con los principios del Derecho Comunitario, aun reconociendo que el interés de los accionistas y de terceros a la transparencia de la información societaria goza de protección en el ámbito del Derecho Comunitario, ha evitado juzgar el contenido de la decisión político-criminal tomada por el legislador italiano¹⁹.

Sin embargo, dos años después de la entrada en vigor de la reforma, fue la explosión de la serie de escándalos a los que antes me he referido —y en especial al caso Parmalat— lo que reveló la gravedad de la situación a la opinión pública, hasta ese momento más bien distraída y desinteresada en lo que respecta a los avatares de la reforma penal societaria. Exponentes del Gobierno (y el mismo Presidente del Gobierno) no tardaron en declarar públicamente que la reforma de los delitos societarios no tenía nada que ver con los escándalos que habían impresionado al público de los inversores y a la propia «comunidad de los negocios», ya que los comportamientos criminosos que había emergido de las investigaciones en curso se remontaban esencialmente a períodos anteriores a la reforma legislativa a la que aquí nos hemos referido. Pero la autodefensa del legislador, obviamente, no es suficiente: porque si es cierto —y nadie lo había puesto en duda— que no es posible reconstruir relación causa-efecto alguna entre la reforma de los delitos societarios y los fenómenos de patología de la gestión que se encuentran en el origen de estos escándalos, también era igualmente cierto e indiscutible que la reforma en cuestión hacía que su persecución penal fuera mucho más difícil que bajo la normativa anterior.

Obligado por la presión de la opinión pública a tomar medidas en el asunto, el Gobierno presentó, a principios de 2004, un proyecto de ley sobre la tutela del ahorro²⁰,

que preveía una reforma de las autoridades de vigilancia del mercado financiero y de las sociedades cotizadas en bolsa, pero que evitaba cuidadosamente intervenir sobre la normativa penal societaria. Tras un extenuante y tormentoso debate parlamentario, que duró casi dos años, y tras un número infinito de modificaciones del proyecto de ley original, el legislador orientó —con la ley de 28 de diciembre 2005, n.º 262²¹— a mantener sustancialmente inalterado el sentido de la reforma de 2002, limitándose a prever sanciones administrativas para las falsedades que no superen los umbrales cuantitativos de punibilidad, y un aumento de pena (de todos modos más bien contenido: reclusión de 2 a 6 años; nada que ver con la medida de las penas previstas por infracciones similares en la Sarbanes-Oxley Act norteamericana) para la falsedad en las cuentas que hayan provocado un daño de proporciones catastróficas al ahorro nacional (destrucción de valores de títulos de entidad en su conjunto superior al 0'1 por mil del PIB o daño a un número de ahorradores superior al 0'12 por mil de la población censada en Italia).

Al final de este *iter* parlamentario largo y conflictivo es bastante evidente que el interés fundamental que el legislador de la reforma de los delitos societarios persiguió fue aquél —perfectamente realizado y a estas alturas ya inmodificable— de dar vida a una especie de amnistía oculta en favor de algunos imputados excelentes, con referencia a los procesos pendientes en el momento de la intervención legislativa; una conclusión, ésta, que no puede más que dejarnos desconcertados sobre las actuales condiciones de salud del Estado de Derecho en Italia.

6. Más allá del caso italiano, que presenta aspectos muy peculiares, no cabe duda de que en toda Europa el tema de una reforma de la normativa penal societaria —tanto en materia de responsabilidad de las personas físicas de los administradores, como en cuanto a la responsabilidad de la propia sociedad como persona jurídica— sea de gran actualidad. Las exigencias de una economía globalizada, la perspectiva de la formación de

18. Corte cost. 2004/161, en *Guida dir.*, 25/2004, p. 73, con comentario de A. LANZI; en *Corr. giur.*, 2004, p. 1301, con comentario de G. CERQUA; en *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1497, con comentario de F. GIUNTA; en *Cass. pen.*, 2004, p. 3938, con comentario de GIZZI.

19. TJCE, gr. sez., 3-5-2005, en *Guida dir.*, 20/2005, p. 93, con nota de A. DI MARTINO; *Foro it.*, 2005, IV, c. 285 ss.; en *Cass. pen.*, 2005, p. 2764 ss., con notas de G. INSOLERA/V. MANES y RUGGIERI; en *Foro ambrosiano*, 2005, p. 96 ss., con nota de CAMERA; v. además, en doctrina, AA.VV., *Ai confini del «favor rei». Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, coord. por R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO y P. VERONESI, Torino, Giappichelli, 2005; A. BERNARDI, *Falso in bilancio e diritto comunitario*, en *Annali Univ. Ferrara*, 2003, p. 43 ss.; G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione*, Milano, Giuffrè, 2003; MANNONI, *Falso in bilancio e ordinamento comunitario*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 87 ss.; G.D. SALCUNI, *Il «canto del cigno» degli obblighi comunitari/costituzionali di tutela: il caso del falso in bilancio*, en *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, p. 93 ss.; C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 171 ss.

20. Sobre este proyecto inicial del gobierno cfr. E. MUSCO, «Maquillage» alla Consob e bacchettate nei casi limite, en *Dir. Giust.*, 2004, n. 6, p. 8 ss.; S. SEMINARA, *Considerazioni penalistiche sul disegno di legge in tema di tutela del risparmio*, en *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 503 ss.

21. Sobre el texto final de la ley cfr. especialmente S. SEMINARA, *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, en *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 549 ss.

D o c t r i n a

un mercado financiero unitario en el ámbito de la Unión Europea, junto al rápido avance del proceso de armonización europea de la normativa extrapenal en materia de sociedades mercantiles, hacen que cada vez se perciban como más estridentes y contradictorias las diferencias de normativa actualmente existentes en Europa, en este mismo sector, en materia penal. El Derecho penal, a falta de una seria estrategia de armonización, corre el riesgo de convertirse en un instrumento de alteración de la competencia, induciendo a los operadores menos honestos a trasladar sus actividades a los países que presentan legislaciones penales más débiles y complacientes, o bien, al contrario, disuadiendo a los operadores serios, en busca de seguridad y protección jurídica, de la idea de invertir en ese país.

La obra de armonización europea de la normativa penal económica, y específicamente de la normativa penal societaria, se ha hecho extremadamente difícil por la actual falta de una clara atribución de competencia penal de las instituciones de la Europa Comunitaria. El reciente Tratado de Lisboa²² —después del fracaso del proyecto de Constitución Europea— abre sin embargo nuevas e importantes perspectivas en esta dirección, en cuanto se prevé que «cuando la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, se podrá establecer mediante directivas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate» (art. 69B, párr. 2). No hay duda de que uno de los ámbitos en los que esta previsión del legislador europeo podría encontrar aplicación es precisamente el de los delitos societarios.

En lo que respecta al contenido concreto de los proyectos de armonización, hay que observar que las instituciones comunitarias se han preocupado hasta el presente sobre todo de la protección de los intereses específicamente comunitarios, con la redacción del proyecto denominado «Corpus Juris para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea»²³ y con el llamado «Libro Verde de la Comisión Europea». Tiene miras más amplias otro proyecto (el llamado pro-

yecto de los «Eurodelitos»²⁴), de redacción privada, sin un encargo institucional, llevado a cabo por parte de un grupo de estudiosos coordinados y dirigidos por el Prof. Tiedemann: el proyecto, al que también el autor de estas líneas ha tenido el honor de tomar parte, prevé un modelo de armonización del Derecho penal de la Economía en la Unión Europea que presenta una parte general y una parte especial y comprende la casi totalidad de los sectores más importantes de la materia penal económica.

En lo que atañe específicamente a la normativa de los delitos societarios, la propuesta de los Eurodelitos es la de una fuerte reducción y racionalización de la intervención penal, que hoy en día se presenta en muchos ordenamientos nacionales confusa, pletórica e ineficaz. Las directrices básicas de la intervención penal en materia societaria se han sintetizado en torno a tres bienes jurídicos: la veracidad e integridad de la información societaria de contenido económico, la protección del patrimonio social frente a los abusos de los administradores y la salvaguardia de la integridad del capital social. Sobre esta base el proyecto, en un esfuerzo de síntesis que supone la búsqueda de un «mínimo común denominador» entre los diferentes ordenamientos nacionales europeos, propone tres tipos penales: la administración desleal (art. 45), la lesión del capital social (art. 46) y la falsa información societaria (art. 47)²⁵.

Éstas son, por tanto, las líneas esenciales sugeridas en el proyecto Eurodelitos para la reforma de la normativa penal de las sociedades mercantiles a nivel europeo: una reforma, naturalmente, que —si alguna vez se realizase— podría aspirar a presentarse como un posible modelo general de normativa incluso más allá del continente europeo; p. ej. para aquellos países de la América Latina que también aspiran a una armonización de sus legislaciones penales en materia económica. El deseo es el de una intervención equilibrada y uniforme, respetuosa con los principios fundamentales de la materia penal y lejano, sea de los excesos rigoristas del modelo norteamericano, que del modelo que se ha impuesto en Italia en los últimos años, que equivale en la práctica a un abandono por parte del legislador de la idea de un control penal de la criminalidad económica.

22. *Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007* (DOUE, 2007/C306/01).

23. Cfr. M. DELMAS-MARTY/J.A.E. VERVAELE (coord.), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States/La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les États Membres*, vol. I-IV, Antwerpen-Gröningen-Oxford, Intersentia, 2000.

24. Cfr. K. TIEDEMANN (coord.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Rechtsdogmatik, Rechtsvergleich, Rechtspolitik. Freiburg-Symposium*, Köln-Berlin-Bonn-München, Heymanns, 2002. Una versión sintética del proyecto ha sido publicada también en España (*Eurodelitos. El Derecho Penal económico en la Unión Europea*, dir. por K. Tiedemann y coord. por A. Nieto Martín, Cuenca, UCLM, 2004) y en México (ed. coord. por L. Arroyo Zapatero, K. Tiedemann y A. Nieto Martín, Ciudad de México, INACIPE-UCLM, 2006) y es de próxima publicación en Italia (*L'armonizzazione del diritto penale dell'economia nell'Unione Europea: il progetto «Eurodelitti»*, coord. por L. Foffani y L. Picotti, Milano, Giuffrè).

25. Cfr. L. FOFFANI, *Handelsgesellschaft-und Insolvenzstrafrecht*, en *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union*, cit., p. 311 ss.; Id., *Delitos concursales y societarios*, en *Eurodelitos*, cit., p. 103-104.

Revista Penal

••• Escándalos económicos y reformas penales: Prevención y represión de las infracciones societarias...

Abreviaturas

Cass. pen.: Cassazione penale
Corr. giur.: Il Corriere giuridico
Dir. Giust.: Diritto&Giustizia
Dir. pen. proc.: Diritto penale e processo
Foro it.: Il Foro italiano
Giur. comm.: Giurisprudenza commerciale
Guida dir.: Guida al diritto

JZ: Juristenzeitung
LP: Legislazione penale
Riv. it. dir. proc. pen.: Rivista italiana di diritto e procedura penale
Riv. soc.: rivista delle società
Riv. trim. dir. pen. ec.: Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia
ZIP: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis