

SOCIETAS DELINQUERE POTEST SINE CRIMEN ET POENA PRAEVIA? COMPLIANCE SIN RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS?¹

*Aproximación desde el margen-provincia en los tiempos de la generalización-(re)
centralización del derecho penal y procesal penal.*

ALEJANDRO GONZÁLEZ GÓMEZ
Magistrado, Poder Judicial Michoacán

CRISIS Y TRANSFORMACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Aún y cuando hemos sido convocados a este importante congreso internacional para reflexionar sobre el “derecho penal del futuro”, estoy seguro que no a pocos de los asistentes, la temática propuesta no sólo parece del futuro, sino de otra galaxia: ¿de qué se trata eso del compliance? ¿cómo qué responsabilidad penal de las personas jurídicas? ¿ya existe o se reconoce aquí, en nuestro querido y (de nuevo) sacudido México? ¿qué fue de aquel aforismo, casi dogma, de *societas delinquere non potest*?

Una de las características actuales del derecho, en buena parte del mundo, es la transformación vertiginosa de la realidad que está llamado a regular y la ingente producción normativa que, con ritmo por igual frenético, producen prácticamente día con día órganos legislativos - locales, estatales y nacionales - para tratar de acotar una brecha que, también día con día, incorpora, por una parte, nuevas realidades y, por otra, descarta otras.

Producto de esta vertiginosa transformación del binomio realidad-normatividad, los penalistas mexicanos -lato sensu- hemos pasado, en menos de una década, de tener como materia prima para nuestro trabajo cotidiano: un código penal y un código procesal penal, a operar con una serie de normas generales anti todo (anti secuestro, anti trata, anti narcomenudeo, anti desaparición forzada, anti tortura) y para todo (medidas alternativas de solución de controversias, de ejecución de sanciones penales, justicia integral penal para

¹ Comentários à legislação Mexicana.

adolescentes); con la joya de la corona por encima de todo y todos, el -por ahora- único código nacional de procedimientos penales.

Si a todo ello, sumamos, también el impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, otro (nuevo) paradigma que, con todo y bloque de constitucionalidad regateado, ha supuesto - también y por fin - el reconocimiento del control difuso de la constitucionalidad a los órganos jurisdiccionales estatales y su competencia para el control de la convencionalidad.

Por si todo lo anterior no fuese suficiente para perder la cordura, tenemos, además la coexistencia del llamado sistema tradicional, con todos los problemas que de suyo acarrea el derecho transitorio, empujados e impulsados por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia y los tribunales federales -edulcorada con un sin número de manuales o recetarios para juzgar con tal o cual perspectiva- han generado en la praxis, en forma paulatina, una preocupante, inestable y disfuncional cohabitación entre el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo.

Así, en medio de este mare magnum legislativo-jurisprudencial -sin desconocer, no podemos hacerlo por momento alguno, que la terrible realidad, la terrible violencia que afuera está, sigue imparable y este año cerrará con el mayor número de homicidios violentos registrados desde 2011- el código nacional de procedimientos penales, en la víspera de su entrada en vigor, fue reformado para incorporar, de lleno y en principio, la responsabilidad penal de la personas jurídicas, con la pretensión de tener alcance nacional.

Los delitos y las penas están comprendidos, por lo general, en los ordenamientos penales sustantivos; y, por mor del principio de legalidad, debe estar previamente establecidos en una ley exactamente aplicable al caso concreto. *Nullum crimen, nulla poena sine lege* (certa, stricta y scripta)

Si bien, nada obsta para que en una norma especial, como sucede por ejemplo en las numerosas leyes generales (i.e. ley general de salud, anti-suestro, anti-trata, etc) y otras especiales, establezcan delitos y penas, es presupuesto indispensable, lógico y necesario que el emisor, el legislador, esté facultado para emitir la ley particular correspondiente. No cabe duda alguna que, tras la reforma constitucional (art. 73-XXI, c]) el Congreso de la Unión tiene la facultad exclusiva, cedida -por renuncia de los estados expresa de los estados que la aprobaron- para expedir la legislación única en “materia procedimental”. Es decir, para legislar todo lo relativo al procedimiento penal: cuándo y cómo juzgar (que abarcan, Ferrajoli

dixit, los axiomas: *nullum culpa sine iudicio, nullum iudicium sine accusatione, nulla accusatio sine probatione, nulla probatio sine defensione*). No más, pero tampoco menos.

Los estados de la federación, conservan aún y previsiblemente no por mucho tiempo más, la facultad exclusiva para determinar tanto el cuándo y cómo sancionar, como el cuándo y cómo prohibir (*nulla poena sine crimine, nullum crimen sine lege, nulla lex [poenalis] sine necessitate / nulla necessitas sine iniuria, nulla iniuria sine actione*).

Las normas previstas, en título y capítulo *ad hoc* para el procedimiento especial para personas jurídicas, debería dar respuesta, en exclusiva, cuándo y cómo juzgarlas; y, por su parte, los códigos penales estatales hacer lo propio con el cuándo y cómo prohibir, cuándo y cómo sancionar (reglas generales de imputación, delitos y penas).

Esta concepción y separación legislativa sustantiva-adjetiva, si bien técnicamente deseable, no resulta indispensable salvo que, como para el caso de la legislación acusatoria, el legislador nacional sólo tenga, como la tiene, competencia constitucional para definir las normas del procedimiento, el cómo y cuándo juzgar, mas no (todo) lo relativo a definir qué prohibir (delito) y cómo sancionar (pena). El legislador nacional no tiene, de origen, competencia constitucional para definir delito o pena alguna para comportamiento u omisión alguna, de persona física o jurídica.

Este pequeño déficit constitucional bien puede tener, como consecuencia, la inhabilitación de todo el sistema de responsabilidad penal; incluso, para los estados que en forma expresa ya han legislado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, establecido las reglas generales de imputación, los delitos específicos que pueden cometer y las sanciones respectivas; particularmente y en forma pionera, el código penal de *df/cdmx*, tras su reforma de 2014 y, seguido, hasta la fecha, sólo por cuatro estados (Durango Estado de México, Jalisco y Tabasco).

El panorama legislativo penal en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el resto del país, se divide entre los estados que, en forma expresa consignan -aun- el *añejo societas delinquere non potest* -nueve entidades-, pero que admiten, al igual que las 18 estados restantes, la tradicional responsabilidad subsidiaria o administrativa.

En este escenario, diverso y anclado en el paradigma anterior, el impulso o, si se quiere, empujón legislativo, a través de la incorporación -con efectos de armonización- de reglas sustantivas y adjetivas de y para responsabilidad penal de las personas jurídicas en el advenimiento nacional del sistema acusatorio y con pretendidos efectos, también, en todo el

territorio nacional, es una esfuerzo pausable, mas por estar viciado de origen, destinado -tarde que temprano- al fracaso constitucional. Entonces ¿en qué quedamos? Societas delinquere potest en cinco estados, incluyendo CDMX. Societas delinquere non potest en el resto de los estados.

Dos preguntas finales:

1. ¿el procedimiento stricto sensu previsto en el código nacional afecta la vigencia, la actualización, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los estados que han legislado ya en forma expresa sobre la materia? No, no necesariamente, mas puede ocasionar tensiones entre normas sustantivas de uno y otro ordenamiento.

2. ¿puede extenderse, con la normas sustantivas previstas en la legislación nacional, la responsabilidad penal de las personas jurídicas a los estados que aún no legislan en la materia? No, violación del nullum crimen nulla poena sine lege y, en última instancia, aplicación análogica de la ley.