
DEL DERECHO PENAL A LA POLÍTICA CRIMINAL

Mireille Delmás-Marty

Profesora de la Universidad París I, miembro del Instituto Universitario de Francia.

Traducción de Alejandro E. Alvarez

El título de esta nota «Del Derecho Penal a la Política Criminal» expresa el surgimiento de la política criminal como una disciplina nueva. El derecho penal conserva todo su vigor pero se encuentra como envuelto por aquel concepto más amplio y más abierto de política criminal, que no deja de ser -a mi entender- una disciplina jurídica y no sociológica, pero que engloba las prácticas de control social. La aparición de esta nueva disciplina corresponde a una doble necesidad de ampliar su campo de estudio respecto del derecho penal en sentido estricto: por una parte, la necesidad de una perspectiva global que permita luchar mejor contra los distintos comportamientos delictivos o desviados, no solamente mediante sanciones penales, sino también mediante sanciones administrativas y civiles, procedimientos de mediación, medidas de seguridad y defensa social y, más ampliamente, políticas de prevención. Por otra parte, la necesidad de una comparación de los grandes sistemas, que permita contribuir a un mejor conocimiento recíproco entre tradiciones jurídicas diferentes, un conocimiento particularmente necesario a la hora en que el derecho se internacionaliza a escala europea pero también a escala mundial, bajo la doble influencia de la economía y de los derechos humanos.

I. LA NECESIDAD DE UNA PERSPECTIVA GLOBAL

La necesidad de tal perspectiva, llamada de «política criminal», se afirmó en Francia bajo la influencia del presidente Marc Ancel, fundador de la *Revue de Science Criminelle*, luego de los *Archives de Politique Criminelle*. Él describe la política criminal como una «ciencia de observación» y, a la vez, como una «estrategia metódica de la reacción anticriminal». Esta estrategia presenta -según Marc Ancel- dos elementos: se trata de una estrategia «diferencial», que no se encierra en la dogmática penal y utiliza todas las ramas del derecho de forma coherente y organizada, y de una estrategia «humanista» que toma en consideración el respeto de los derechos humanos y considera que el grado de eficacia de una medida de política criminal no puede ser su única justificación.

Para profundizar en esta línea precisaré que el título "Del Derecho Penal a la Política Criminal" también hace referencia a una doble diferencia: la política criminal es pluri-disciplinaria, ya que ella engloba otras ramas del derecho (administrativo y disciplinario, derecho civil, derecho constitucional e internacional) y "diacrónica" en el sentido de que ella incluye los movimientos que transcurren en el tiempo, como la despenalización (o, en sentido inverso, la criminalización), mientras que el derecho penal es "sincrónico", limitado al derecho en vigencia aquí y ahora.

Este cambio de objeto parece corresponder a una doble tendencia que puede observarse en la mayoría de los sistemas jurídicos: por una parte la diversificación y, por otra, la recomposición.

1.1. La diversificación de prácticas en respuesta al fenómeno criminal, tendencia centrífuga que marca ante todo una cierta fragmentación interna del derecho penal, aunque también externa debido a cierto desarrollo de categorías vecinas y convergentes.

- La fragmentación interna del derecho penal será presentada, a título de ejemplo, en derecho penal de fondo, pero un fenómeno análogo es observable en el proceso penal con el desarrollo de los procedimientos sumarios.

En el derecho penal de fondo, la fragmentación puede ser observada en tres ámbitos: el de la incriminación, el de la responsabilidad y el de las sanciones.

En cuanto al ámbito de la incriminación, ya sea que la clasificación sea bipartita o tripartita, todas las infracciones no son verdaderamente específicas al derecho penal. Sólo las más graves conservan una verdadera especificidad penal: en Francia, el crimen, que sólo puede ser doloso *-intentionnel-*, es la vidriera del derecho penal pero es, estadísticamente, una categoría reducida. En cambio, la mayor parte de las infracciones pertenecen a la categoría muy heterogénea de delitos: se distingue entre los delitos tradicionales (en el CP) y los delitos fuera del CP (CGI, CSP, C. Consommation, C.T., C. Urba, C. Environnement...¹). El desarrollo de delitos fuera del código penal va a la par, generalmente, con técnicas de incriminación muy simplificadas, por simple reenvío: la sanción penal es prevista pero la ley reenvía a la violación de leyes no penales para definir el comportamiento prohibido. Se los distingue en razón de términos reveladores: «derecho penal técnico», o bien «derecho penal administrativo». Se observa, en efecto, un acercamiento con las tres características principales del derecho administrativo: materialidad de la falta, tecnicidad del comportamiento criminal (no respeto de reglas técnicas) y circularidad de la represión (el no respeto de la sanción es un nuevo delito).

Por último, las infracciones menos graves (en Francia, las contravenciones) se encuentran en la frontera entre el derecho penal y el derecho administrativo. En

¹ NcT: Código general de impuestos, Código de salud pública, Código del consumo, Código de trabajo, Código urbano, Código del medio ambiente.

efecto, la mayor parte de ellas están tipificadas fuera del código; además, la sanción es, en general, aplicada automáticamente y la contravención sólo es juzgada mediante un debate contradictorio si el condenado plantea un recurso: primero se sanciona y, protesta mediante, se juzga después.

La *responsabilidad penal* es el segundo ejemplo. Por cierto, el principio es siempre el de la responsabilidad personal en materia penal (art. 121-1 CPF: «nadie es responsable penalmente sino de su propio acto»), pero esta especificidad de la responsabilidad penal está siendo debilitada por la evolución contemporánea del derecho penal de la empresa, ya sea que se trate del representante (*décideur*) o de la persona jurídica.

En cuanto a la responsabilidad del representante o del administrador de una persona jurídica (*décideur*), a quien se atribuye la responsabilidad aún cuando no haya cometido el acto material de la infracción, nuestros países lo admiten pero con modalidades distintas: en España como forma de comisión por omisión y en Francia como principio jurisprudencial puesto que el parlamento no ha sancionado ningún texto sobre este punto en el nuevo CPF de 1994. De esta forma, se opera una aproximación con la responsabilidad civil o administrativa, así como de la responsabilidad por el hecho de otro, tradicionalmente fuera del derecho penal. El derecho francés va aún más lejos, como ocurre en el Reino Unido o en los Países Bajos, donde el legislador ha introducido el principio de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo CPF de 1994. No obstante, en España el artículo 129 del CP de 1995 introduce sanciones específicas para las personas morales. Se trata de un debilitamiento de la responsabilidad penal ya que esta responsabilidad es admitida, desde hace tiempo, en otras ramas del derecho, sobre todo en derecho civil y en derecho administrativo.

Por último, en cuanto a las *sanciones penales*, la voluntad de diversificar las penas fue preconizada por la escuela positivista italiana (medidas adaptadas a la peligrosidad del delincuente) y por la corriente humanista (R. Saleilles, Marc Ancel, medidas adaptadas a la personalidad del delincuente) con el objeto de permitir una individualización judicial. Sin embargo, esta individualización supone poder contar con un amplio abanico de penas, hecho que en definitiva confunde aún más porque la pena de muerte, específica al campo penal, no se aplica en ninguno de los 15 países miembros de la UE, donde ha sido abolida de hecho o de derecho. Lo mismo ocurre respecto de los crímenes internacionales. Las penas privativas de libertad se convierten en la principal sanción, que caracteriza al derecho penal, junto con la nueva pena de trabajo de interés general.

En cambio, ni la multa, que existe en derecho administrativo y a veces en derecho civil, ni las privaciones de derechos, ni las penas complementarias son en verdad específicas del derecho penal. Además, ciertas modalidades de ejecución de las sanciones penales (ejecución condicional, suspensión condicional o bajo condición de reparar) privilegian las formas restitutorias antes que las formas represivas.

Quiero subrayar, entonces, que la idea de punición se debilita dentro del campo penal, mientras que, simultáneamente, esta idea comienza a aparecer fuera del campo penal, especialmente en el derecho civil y administrativo.

- El desarrollo de categorías vecinas y convergentes con el derecho penal

La sanción penal nunca ha sido la única respuesta a la infracción: desde hace tiempo existen las sanciones administrativas, así como también existen prácticas de mediación. Y en estos momentos hay una voluntad de sistematizar esas respuestas (*Nouvelles Stratégies Sociales et Système de Justice Pénale*, XIX Conferencia de Investigaciones Criminológicas, Consejo de Europa, 1990).

Quisiera evocar tres ejemplos: la mediación y fórmulas similares, la represión administrativa y la indemnización colectiva de las víctimas de la infracción.

La mediación penal y otras fórmulas que se le asemejan suponen que se haya cometido una infracción penal. Su objetivo es, en principio, el de reconciliar al autor y la víctima: en Francia, la ley de 1993 legalizó la mediación que puede ser aplicada por el Ministerio Público y la ley de 1999 agregó otras medidas alternativas como la composición penal, más cercana al *plea bargaining* de los países del *Common Law*.

Estas prácticas reposan sobre una paradoja: su finalidad es la de evitar la entrada del conflicto al sistema penal pero el sistema penal continúa siendo la referencia y el fracaso de la mediación produce el reingreso del caso al sistema penal. El riesgo es que el imputado vea su situación agravada si la mediación fracasa (efecto perverso).

Estos dispositivos no son de derecho penal, puesto que el objetivo es el de evitar el sistema penal, pero éstos convergen con el derecho penal ya que sus fuentes se encuentran en el código procesal penal y su fracaso conlleva el reingreso del caso al sistema penal.

La represión administrativa se relaciona, antes bien, con la regulación, aunque se trata de un fenómeno heterogéneo. La heterogeneidad se observa entre los Estados: ciertos países (Reino Unido) no conocen las sanciones administrativas; otros, como Alemania o Italia, tienen una ley marco con un régimen unificado de estas medidas, utilizadas como una herramienta de despenalización (*Revista Internacional de Derecho Penal*, 1988, N°2). Pero también hay heterogeneidad dentro de los Estados mismos: en Francia, tanto como en España, no hay ley marco, lo que provoca una fragmentación de las sanciones administrativas. A diferencia de la mediación, concebida como una vía para evitar el sistema penal, la represión administrativa no ha sido así concebida, a pesar de que en la práctica funciona, a veces, como una despenalización *de facto*. Además, la decisión no pertenece al fiscal, autoridad competente en materia penal, sino a las autoridades administrativas.

Si la vía administrativa sigue siendo autónoma, las reglas de la represión administrativa tienen tendencia a acercarse al derecho penal. Se observa un fortalecimiento de la legalidad administrativa y un acercamiento de las garantías procesales. No obstante, ciertas especificidades permanecen: por ejemplo, las sanciones privativas de libertad no son aplicables en materia administrativa (garantía judicial de la libertad individual, por lo que es necesaria una decisión de justicia para su privación); además, la confusión entre las funciones (de perseguir y de juzgar) son habituales en materia administrativa.

En suma, la represión administrativa es una categoría diferente del derecho penal pero se observa un acercamiento entre ambas disciplinas (misma idea de represión). No se trata ya más de una diferencia de naturaleza (puesto que se trata de represión en los dos casos) sino de una diferencia de grado.

La indemnización colectiva de las víctimas de infracciones penales no tiene como objetivo el de evitar la vía penal, sino el de promover una cierta responsabilidad colectiva respecto de las víctimas de infracciones penales.

La relación es ambigua con el sistema penal ya que los textos están en el código procesal penal (en Francia, art. 706-3 y ss. CPP y la ley de 1986 sobre el terrorismo). La idea viene de países del *Common Law* pero su aplicación es más amplia puesto que no se exige que la víctima se constituya como parte en el proceso ni que el imputado sea insolvente.

No obstante, la comisión que decide sobre las indemnizaciones tiene carácter civil, aun cuando ésta haya sido establecida por el CPP y el fondo de garantía sea alimentado por los contratos de seguro, lo que ha permitido evitar que se le haya puesto un tope a las indemnizaciones.

En resumen, este inventario podría dar una impresión de desorden pero, en realidad, el desorden aparente es signo de una recomposición del sistema de control social hacia una política criminal diversificada, mejor adaptada que el derecho penal como herramienta única frente a una realidad muy compleja.

1.2. La recomposición de estas prácticas se desarrolla alrededor de principios directores supra legislativos, que conducen a un cambio de método.

- Los principios supralegislativos: se trata de principios de carácter constitucional, con la creciente importancia del control de constitucionalidad al cual se agrega en España el recurso de amparo; pero también de carácter internacional, con la posibilidad de recursos individuales ante el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, TEDH, en caso de prácticas que no respetan los derechos fundamentales garantizados por la Convención Europea para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales, CEPDH.

Al revés de la primera, la segunda tendencia es «centrípeta» ya que acerca, alrededor de principios directores, categorías jurídicas antes encerradas en sí mismas (como por ejemplo el derecho penal y el derecho administrativo, sometidos ahora al mismo tipo de control por el Consejo Constitucional o por el TEDH).

A pesar de que el derecho penal no es más la única forma de lucha contra el fenómeno criminal, sigue siendo el núcleo duro, revelador pero también inspirador de las opciones que el legislador hace en esta materia: bajo la influencia de los principios supra legislativos, muchas reglas, procesales y de fondo, inicialmente concebidas por el derecho penal (como la legalidad o los derechos de la defensa), progresivamente se han extendido a los casos de sanciones administrativas o disciplinarias, o de medidas de prevención o de defensa social (por ejemplo en los casos de menores en situación de peligro, los vagabundos o los enfermos mentales).

Dos ejemplos, tomados de la CEPDH y de la jurisprudencia del TEDH, pueden ilustrar esta recomposición: por una parte el artículo 5 de la CEPDH que plantea el principio de respeto a la libertad y la seguridad, pero que legitima ciertas restricciones y que termina en una recomposición de las medidas privativas de libertad, pasando de una categoría puramente penal (pena de prisión) a una categoría mucho más amplia que engloba las distintas medidas privativas y restrictivas de la libertad. Por otra parte, el artículo 6 de la CEPDH que impone las garantías del debido proceso en «materia penal», la cual es definida por el Tribunal como una nueva categoría que engloba un conjunto de sanciones, penales y extrapenales.

De la prisión a los medios privativos de libertad: el artículo 5 de la CEPDH esboza una nueva categoría fijando una lista de medidas admitidas (ver la enumeración taxativa del artículo 5§1) y su régimen jurídico, régimen que reposa sobre la idea de extender las garantías habitualmente reservadas al derecho penal al conjunto de las medidas privativas de libertad.

Este régimen se desdobra: por una parte un régimen de base, común a todas las categorías enumeradas, que se caracteriza por una exigencia de legalidad y de regularidad de la medida cuya aplicación fuera del campo penal constituye un importante avance, así como por las garantías complementarias previstas en los artículos 5-2, 5-4 y 5-5 de la CEPDH. Por otra parte un régimen reforzado se aplica a la detención policial (*garde-à-vue*) y a la detención preventiva, permitiendo limitar la duración.

Partiendo de los derechos humanos, las garantías del Estado de Derecho se amplían para cubrir un objeto que ya no es más exclusivamente penal. Es lo que ocurre también con el segundo ejemplo.

Del derecho penal a la materia penal: la recomposición no procede directamente de la redacción de la convención sino de la jurisprudencia relativa al artículo 6 que abarca tanto toda reclamación concerniente a derechos y obligaciones de

carácter civil como toda acusación en materia penal, para lo que impone las garantías del debido proceso. En la práctica, el Tribunal Europeo ha querido dar un sentido autónomo al artículo 6 cubriendo a través del mismo las sanciones punitivas extrapenales, disciplinarias o administrativas. En consecuencia, el TEDH ha creado una nueva categoría, la «materia penal», que es más amplia que el derecho penal.

Las principales decisiones del TEDH se refieren a sanciones disciplinarias contra militares, a la materia penitenciaria o a sanciones administrativas en materia de circulación, o en materia fiscal y económica.

De esta forma, el TEDH ha construido progresivamente la categoría «materia penal» a partir de tres criterios bien consolidados:

- la calificación de la infracción conforme al derecho interno, lo que implica un examen de los textos, pero también del contexto histórico del derecho comparado de las prácticas judiciales (A);

- la naturaleza de la infracción, que conduce al análisis de las características de la norma transgredida respecto del bien jurídico protegido, los destinatarios de la norma y la gravedad de la infracción respecto de la reprobación moral (B);

- la severidad de la sanción, que supone un examen a la vez de la sanción prevista por la ley, de la determinada en la sentencia y de la finalmente ejecutada, a la luz de la finalidad de las sanciones (represivas o no), de su naturaleza (privativas de libertad o no) y de su medida (duración, monto, modalidad de la ejecución) (C).

Para aplicar estos criterios es preciso determinar el peso respectivo de cada uno, aunque su ponderación ha sido fluctuante: entre 1976 y 1984, el TEDH parece considerar como preponderante la severidad de la sanción (privación de libertad y duración); luego, de 1984 a 1994, el TEDH pone los criterios B y C en el mismo nivel y los considera como criterios alternativos; finalmente, desde 1994, el TEDH hace una aplicación acumulativa de estos criterios. Sostiene incluso que si «ninguno de los criterios, tomados individualmente, aparece como decisivo» es posible que combinados, éstos confieran un carácter penal a la imputación en litigio».

En definitiva, el surgimiento de categorías nuevas obliga a ampliar el derecho penal teniendo como referencia al derecho de los derechos humanos. Esta recomposición puede explicar el paso del derecho penal a las prácticas de política criminal. Este cambio de objeto no implica la desaparición del derecho penal, sino que en ese contexto (es necesario volver a decirlo) el derecho penal encuentra un rol nuevo, el de fuente de inspiración y de guía de interpretación para las otras técnicas jurídicas de control social. Este cambio tiene como consecuencia ampliar el campo de observación y de análisis. El objeto deviene tan amplio que invita a un cambio de método.

- El cambio de método

A partir del análisis de las distintas respuestas (penales y no penales) a los comportamientos delictivos o desviados, y a partir de los principios directores que los ordenan (en derecho constitucional y en derecho internacional), el método

propuesto consiste en una búsqueda de la estructura de conjunto de cada sistema nacional de política criminal.

Por esa razón es necesario organizar el análisis a partir de la construcción de modelos, como una suerte de tipología, repartidos en modelos con una dominante estatal (Estado autontario y Estado totalitario), societario (sociedad autogestiva y sociedad libertaria o anarco-comunitaria) o mixta (Estado-sociedad liberal).

En la medida en que se trata solamente de una representación teórica de la realidad, es claro que los sistemas nacionales pueden devenir simultáneamente de varios modelos. Por ejemplo, la política criminal francesa pertenece esencialmente al modelo liberal, pero también al modelo autoritario e incluso totalitario en ciertos sectores y a los modelos societarios en otros. En suma, los modelos permiten analizar mejor la diversidad de prácticas y de comprender la significación de los movimientos que pueden afectar cada política nacional, en términos de repartición de poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y de coerción sobre los individuos (principalmente en los casos de privación de la libertad, penal o extra penal). Los modelos también brindan un instrumento de comparación puesto que superan las categorías del derecho nacional, puesto que éstos están contruidos con base en invariantes, es decir, elementos observables en todos los sistemas (por una parte, la infracción y la desviación; por otra parte, respuestas estatales y societarias). En esa calidad se inscriben también en la segunda perspectiva, la de un estudio comparado.

2. La necesidad de una comparación entre los grandes sistemas de política criminal

La necesidad de una comparación se ha fortalecido en la medida en que se acelera el proceso de construcción europea, hecho que ocurre también a nivel mundial, con sus incertidumbres y sus contradicciones: globalización económica y riesgo de una uniformidad hegemónica con base en un modelo único, el del Estado más poderoso; universalización de los derechos humanos y riesgo de ignorar las particularidades nacionales o de enfrentamiento entre estas particularidades. Sólo un mejor conocimiento recíproco de los diferentes sistemas permitirá evitar esos dos riesgos en beneficio de un pluralismo auténtico en el sentido de respetar la diversidad de tradiciones jurídicas, pero también en beneficio de un pluralismo «ordenado» en el sentido de facilitar el acercamiento entre sistemas alrededor de principios.

La internacionalización del derecho supone siempre el desarrollo de estudios comparados, poco importa si se sitúa a nivel regional o mundial. Ahora bien, con cierta frecuencia las comparaciones se reducen a una yuxtaposición de sistemas diferentes sin que se pueda comprender verdaderamente, más allá de las convergencias y divergencias más evidentes, los elementos que permiten un acercamiento y los elementos incompatibles. La utilidad del método de los modelos que aquí se propone es precisamente el de permitir una caracterización, superando la

terminología jurídico-técnica de la estructura de cada sistema de política criminal y de su pertenencia, según los sectores relacionados a un modelo u otro.

De esta forma se puede afinar el estudio de las divergencias identificando con mayor precisión aquellas que son simples variantes dentro de un mismo modelo, y aquellas que pertenecen a modelos diferentes o incompatibles. Se tratará de modelos diferentes, por ejemplo, cuando existan leyes de defensa social que permitan imponer medidas coercitivas de larga duración sin proceso (contra los vagabundos o contra el terrorismo), lo que marcaría el paso del modelo liberal al modelo autoritario o totalitario. En cambio, la diversidad existente entre los países de Europa sobre la responsabilidad penal o administrativa de las personas morales, aparece como una simple variante del modelo Estado sociedad liberal, que no parece crear una incompatibilidad y permite, en cambio, la armonización o la unificación.

Ocurre que para luchar contra la internacionalización creciente de la criminalidad, la cooperación internacional ya no es suficiente. La eficacia de la represión también depende de la posibilidad de arribar a definiciones al menos armonizadas y, de ser posible, unificadas: la armonización, que resulta más dúctil puesto que reposa sobre la idea de un acercamiento alrededor de principios comunes, pero que no excluyen todas las diferencias ya que esos principios pueden ser aplicados con un «margen nacional de apreciación»; mientras que la unificación supone reglas comunes estrictamente idénticas. Una y otra precisan de los estudios comparativos, si se pretende evitar el riesgo de hegemonía de un sistema y si se pretende elaborar una verdadera síntesis.

2.1. La armonización

A pesar del riesgo de inseguridad jurídica, incluso de arbitrariedad, que puede resultar de las diferencias, la armonización será políticamente mejor aceptada por los Estados. Por cierto, el Consejo de Europa hace uso recurrente de la armonización, bajo la forma de recomendaciones del Comité de Ministros.

En el marco de la Unión Europea, la armonización es la técnica utilizada generalmente a través de las convenciones abiertas a ratificación. Por ejemplo, la Convención PIF de 1995 (sancionada en el marco del tercer pilar) tiene justamente por objeto principal el de proponer definiciones comunes para la defraudación en los ingresos como para la defraudación en los gastos de la Unión y para la determinación de la responsabilidad penal y de las sanciones, mientras que el Reglamento PIF de 1995 se ha fijado el mismo objetivo respecto de las sanciones administrativas.

La debilidad de las convenciones no es sólo el hecho de que éstas dependen de la buena voluntad de los Estados (ninguna de ellas ha entrado en vigor hasta el momento), sino también el hecho de dejar un margen a veces excesivo a los Estados, sobre todo en cuanto a las penas aplicables. Por ejemplo, la Convención PIF se conforma con reenviar al derecho interno las cuestiones relativas a la

responsabilidad y luego de una fórmula muy general respecto de sanciones penales «efectivas, proporcionales y disuasivas», se contenta con exigir «al menos en los casos de defraudación grave, penas privativas de la libertad susceptibles de permitir la extradición».

A partir de la vigencia del Tratado de Amsterdam ha aparecido también la decisión marco (por ejemplo contra la criminalidad organizada, la falsificación del euro o el terrorismo). Pero la fórmula plantea problemas (en el caso de la falsificación del euro, el artículo 2 de la decisión marco adoptada en mayo del 2000 se limita a establecer un límite mínimo de 8 años, pero no máximo, lo que puede hacer más atractivo cometer ese delito en Suecia o en Finlandia, donde la pena sería siempre menos elevada que en el resto de los países).

La armonización es un arte difícil que no sólo supone el acercamiento entre los sistemas sino también el hacerlos compatibles unos con otros, hecho que da la idea de armonía (cuando existe una distancia como la que hay entre la prisión perpetua y una pena de 8 años es difícil hablar de armonía). En todos los ejemplos mencionados, el recurso a los modelos de política criminal hubiera permitido identificar de forma más precisa las diferencias compatibles e incompatibles, y de guiar la búsqueda de principios directores comunes.

No obstante, la utilidad del método propuesto es también el de favorecer la búsqueda de una síntesis y de una hibridación entre diferentes tradiciones jurídicas cuando se propone adoptar definiciones unificadas.

2.2. La unificación

Haré mención aquí del proyecto llamado *Corpus Juris*, que pretende unificar las definiciones penales de fondo alrededor de ocho delitos relativos a la protección de los intereses financieros de la Unión Europea: por una parte las defraudaciones propiamente dichas y los delitos asimilados, cometidos por cualquier persona; por otra parte, los delitos de corrupción y otras malversaciones cometidas por funcionarios públicos, europeos o nacionales. Luego se precisan las reglas de atribución de la responsabilidad penal (responsabilidad individual, responsabilidad del órgano de dirección o del representante -*décideur*- y responsabilidad de las personas jurídicas) y las reglas para la determinación de la pena (principales y complementarias), con la obligación para el juez de motivar la sentencia conforme criterios precisos (enumerados en el art. 15).

En cuanto a las reglas de procedimiento y de prueba, éstas son objeto de unificación, principalmente durante la etapa preparatoria, lo que es esencial puesto que ésta determina muchas veces la decisión que se toma en la sentencia. La idea rectora es formulada en los siguientes términos: «respecto de las necesidades de la búsqueda de personas, de la persecución penal, del juzgamiento y de la ejecución de las condenas pronunciadas por la comisión de las infracciones tipificadas...el

conjunto del territorio de los Estados miembros de la Unión constituye un espacio judicial único» [traducción no oficial]. Se trata, en efecto, de un espacio «judicial» y no policial ya que incluye la propuesta de crear un «Ministerio Público europeo», es decir, un cuerpo de fiscales independientes que ejercerían la función de investigar y ejercer la acción penal sobre todo el territorio de la Comunidad. La propuesta es la expresión de una síntesis entre las dos variantes del modelo Estado sociedad liberal: la variante inquisitiva (con juez de instrucción) y la variante acusatoria (sin juez de instrucción ni fiscal). La síntesis se ha hecho posible gracias al acercamiento espontáneo de las prácticas nacionales evocadas más arriba (marginación y a veces desaparición del juez de instrucción sobre el continente y aparición de servicios de persecución penal pública en Inglaterra).

En cuanto a los jueces, el proyecto sugiere, en su nueva versión, la creación de una cámara europea preliminar² que controlaría la regularidad de la fase preparatoria y autorizaría la realización de la audiencia de juicio (inspirada en la cámara instituida para la corte penal internacional por la Convención de Roma del 18 de julio de 1998), pero no instituye una jurisdicción penal europea de juicio. El *Corpus Juris* se contenta con incitar a la armonización de las jurisdicciones nacionales, quienes quedan encargadas de juzgar las «eurodefraudaciones». El grado de esta armonización varía según que las medidas preconizadas por el texto son más o menos precisas: armonización fuerte en el caso de los derechos de la defensa o de las reglas de prueba, ya que éstos han sido ya el objeto de una jurisprudencia constante de las cortes europeas; armonización débil respecto de la composición de los jurisdicciones encargadas de la audiencia de juicio y la organización de los recursos, ya que en estos ámbitos las divergencias y las resistencias nacionales siguen siendo importantes. En cualquier hipótesis, las diferencias admitidas entre los países serían limitadas. Por un lado, todos los Estados estarán obligados a respetar principios fundamentales comunes, recogidos en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos (como el principio de doble grado de la jurisdicción o el de la independencia e imparcialidad de los jueces) o introducidos directamente por el *Corpus Juris* (como el principio de territorialidad europea o el principio del juicio contradictorio). Por otro lado, la unidad de la interpretación será asegurada por la CJCE, también competente en caso de conflicto entre la Comisión (o el Ministerio Público europeo) y las autoridades nacionales.

La primera redacción del texto fue analizada por el estudio «La puesta en marcha del *Corpus Juris*», que llamó la atención sobre ciertas resistencias nacionales. El grupo de estudio hizo un esfuerzo por evitar imponer una opción jurídica que pudiera ser sentida como una decisión en beneficio de un sistema dominante o hegemónico. La solución que se ha encontrado para evitar eso fue, en algunos casos, la de hacer más flexible la regla en cuestión (por ejemplo la exigencia de jueces profesionales, que se convirtió en facultativa) y en otros la de suprimir la institución (por ejemplo, la supresión de la parte civil).

² Ver Ch. Van den Wyngaert, *Corpus Juris, Parquet Européen et Juge National Vers une Chambre Préliminaire Européenne?* Agon N° 23, 1999.

En suma, el estudio demostró que la posibilidad de contar con un derecho penal común, o más ampliamente de una política criminal común, supone privilegiar el estudio comparativo con el objeto de no imponer la uniformidad allí donde ésta no es necesaria: por ejemplo, en materia de responsabilidad de las personas jurídicas es posible conformarse ya sea con la responsabilidad administrativa como con la penal, como lo hace la convención de la OCDE sobre la corrupción de los funcionarios públicos extranjeros.

La elaboración de una política criminal común debe ser pluralista y también evolutiva. La idea del fiscal europeo acaba de ser relanzada por el Libro Verde de la Comisión en diciembre del 2001, en principio solamente para la protección de los intereses financieros supranacionales de la Unión. Pero de aquí a 2004 la competencia del fiscal europeo y, en su caso, de la cámara preliminar europea, podría ampliarse, como lo proponía el informe Wiebenga³, a la lucha contra el terrorismo y la criminalidad organizada, que conciernen intereses internacionales, europeos por vocación. Esto parece indispensable con el objeto de asegurar un verdadero encuadre judicial de Europol, conforme a las exigencias del modelo de política criminal Estado sociedad liberal.

Más allá de Europa, las mismas consideraciones son pertinentes en otros ámbitos, ya sea que se trate de la convención de la OCDE sobre la corrupción de funcionarios públicos extranjeros⁴ o de crímenes internacionales cuya competencia releva de la futura corte penal internacional⁵.

En conclusión, quisiera destacar que a la hora de la internacionalización del derecho, los estudios comparados son de ahora en más indispensables para llevar adelante el trabajo de hibridación que supone la búsqueda de un derecho común pluralista y no hegemónico. La comparación incita a superar el derecho penal por una perspectiva global de política criminal que permite precisar el sentido de los conceptos de armonización y de unificación.

3 Informe sobre los procesos penales en la Unión Europea (Corpus Juris), Comisión de Libertades Públicas y de Asuntos Internos, Parlamento Europeo, 8 de marzo de 1999.

4 Gemma Aiolfi y Mark Pieth, *How to make a convention work: the OECD Recommendation and Convention on Bribery in Corruption, Integrity and Law enforcement*, Kluwer international, 2002, pp 349-360.

5 A. Cassese y M. Delmás-Marty, *Crimes Internationaux et Juridictions Internationales et Juridictions Nationales et Crimes Internationaux*, en prensa, PUF, 2002.
