

ESTADO ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO EN LA ARMONIZACIÓN DEL
DERECHO PENAL MATERIAL

Carlos Sotis

Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales

Instituto de Derecho Penal Europeo Internacional

Universidad de Castilla – La Mancha, 2006

<http://www.cienciaspenales.net>

Estado actual y perspectivas de futuro en la armonización del derecho penal material*

Carlo SOTIS

Introducción.

I. LOS COSTOS Y LOS BENEFICIOS TÁCTICOS LIGADOS A LA CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO PENAL COMUNITARIO

A. Costos de política criminal

1. *La tendencia a “socializar Europa a través del derecho penal”*
2. *La ‘ley de la hipertrofia’ de los sistemas penales*

B. Costos jurídicos

1. *Obligaciones comunitarias de tutela y valor relativo de la pena*
2. *El contenido del “margen nacional de apreciación” como motor principal de la evolución del derecho europeo.*

C. Beneficios.

1. *Simbólicas.*
2. *Prácticas*
3. *Jurídicas.*

II - LAS ESTRATEGIAS DE ARMONIZACIÓN DE LOS DELITOS

A. Análisis de costos / beneficios

1. *Armonización de los delitos funcional a la actividad normativa de la Unión Europea*
2. *Armonización de los delitos funcional a la cooperación judicial en el espacio de libertad, seguridad y justicia*
3. *Cooperación judicial en el espacio de libertad, seguridad y justicia sin armonización sustancial: el estado actual del reconocimiento mutuo*
4. *Unificación de los delitos ligada a la cooperación judicial vertical e institucional en el espacio de libertad, seguridad y justicia*

B. Balance

1. *Primera reconstrucción*
2. *Proposiciones para minimizar los costos: algunas posibles soluciones*

* Traducción de Ezequiel MALARINO

Introducción: objeto y estructura del estudio

Intentar describir el Estado actual y presentar las perspectivas futuras de la armonización del derecho penal material no es fácil dada la extrema complejidad del marco normativo, de su constante evolución y de tantos otros problemas relacionados con esta temática. Por ello, esta ponencia no pretenderá ofrecer un cuadro detallado de los distintos proyectos de armonización actualmente existentes, sino que simplemente se contentará con ofrecer algunos puntos de apoyo para orientarse en este marco.

A tal fin se presentará una reflexión teórica sobre los costos y los beneficios ligados a la asunción del derecho penal por la Unión Europea. Los instrumentos teóricos así obtenidos nos permitirá desarrollar luego un análisis en términos de un balance de costos / beneficios de las diferentes estrategias de armonización del derecho penal material presentes y/o futuras de la Unión Europea; este análisis tendrá por objetivo proporcionar un cierto número de pistas que permitan tener debidamente en cuenta los diversos obstáculos vinculados a la construcción de un derecho penal europeo

I. LOS COSTOS Y LOS BENEFICIOS TÁCTICOS LIGADOS A LA CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO PENAL COMUNITARIO

En cuanto concierne a los costos tácticos ligados a la existencia y al ejercicio de una competencia penal de la Unión es posible distinguir entre los costos de política criminal (**A.**) y los costos propiamente jurídicos (**B.**).

A. LOS COSTOS DE POLÍTICA CRIMINAL

1. La tendencia a “socializar Europa a través del derecho penal”

Ante todo, conviene recordar que la criminalización de comportamientos por una comunidad responde a tres funciones. En primer lugar, la función *teleológica* que se puede definir como la protección de los intereses que son lesionados por los comportamientos prohibidos. En segundo lugar, la función *pedagógica* que corresponde a la afirmación de la importancia de tales intereses por el cuerpo social de referencia. En fin, en tercer lugar, la función *simbólica* que se refiere a la construcción de una identidad colectiva común en torno de la protección penal de esos intereses.

El primer costo, vinculado con estas funciones, se visualiza con el siguiente silogismo:

La *premisa mayor* del silogismo reside en la tercera función: la criminalización es siempre un potente factor de construcción de una identidad común.¹

La *premisa menor* se funda en una constatación: la construcción europea se encuentra actualmente en busca de identidad.

¹ Al respecto, fundamental la investigación de C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1992, p. 849 s.

La *conclusión* del silogismo aparece entonces evidente: para una comunidad en busca de identidad, como la Unión Europea, la tentación de cimentar esta identidad a través de la construcción de un derecho penal europeo es muy fuerte. Es así que, parafraseando a Wanda Capper (“socializar el derecho europeo”²), se teme que surja el riesgo de “socializar Europa a través del derecho penal”³.

Esto representa un riesgo por tres razones.

Primeramente, en razón de que ya la observación de los movimientos de criminalización a nivel nacional muestra que el predominio, entre las tres funciones ligadas a la criminalización, de la función *simbólica* (“construcción de una identidad colectiva común a través de la protección penal de los intereses respecto de los cuales existe un fuerte consenso en cuanto a la necesidad de pena”) conduce a un retroceso de las exigencias de legalidad y de racionalidad de la norma penal (precisión, coherencia, selectividad del campo penal, verificación de resultados). En suma, función simbólica y función teleológica se oponen: Cuanto más se pone el acento en una, menos se tiene en consideración la otra, y esto produce un cierto número de efectos en cuanto a la necesidad de evaluación de la racionalidad de las técnicas de represión y de legalidad.⁴

En *segundo* lugar, porque cuando un proceso de criminalización persigue tales funciones simbólicas, sus objetivos privilegiados devienen las violaciones que, por un lado, suscitan un alto nivel de ‘alarma social’ y, por el otro, son percibidas como ataques ‘exógenos’ de parte del ‘otro’ (extranjeros, marginales, alienados); además, se trata de violaciones respecto de las cuales existe un fuerte consenso (por ejemplo, pornografía infantil, terrorismo, estupefacientes, criminalidad ligada a la inmigración) y respecto de las cuales, en fin, las exigencias en términos de legalidad y de racionalidad de la represión se hacen –por definición– menos urgentes.⁵

Al respecto, el recientísimo libro verde sobre “Aproximación, reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea” de abril de 2004⁶ se muestra singularmente explícito. Allí se indican al inicio los objetivos de la aproximación:

“En un primer lugar, al establecer tipificaciones y penas comunes respecto de determinadas formas de delincuencia, la Unión estaría lanzando un *mensaje simbólico*. La aproximación de penas contribuiría a dar a los ciudadanos un sentimiento común de justicia, una de las condiciones de la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Además, significaría claramente que ciertos comportamientos son inaceptables y se sancionan de una

² CAPPELLER (W.), *Criminalité du risque et harmonisation pénale, un regard sociologique*, en DELMAS-MARTY (M.) – GIUDICELLI-DELAGE (G.) – LAMBERT-ABDELGAWALD (E.), *L’harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Société de Législation comparée, Paris, 2003, p. 489 s., especialmente p. 529.

³ Por otro lado, se recuerda que la atribución de tal función al derecho penal es sintomática de la finalidad propia del paradigma del “derecho penal moderno”, como explica PALIERO, *L’autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1994, p. 1228, éste “persigue como *finalidad* específica la prevención generalizada: a cualquier costo y ‘a todo el campo’ (...) deviniendo instrumento de socialización (...) para inducir *ex novo* con el arma de la pena ‘procesos de civilización’ de la costumbre social...” (cursivo en el original).

⁴ Sobre la relación (proporcionalmente inversa) entre funciones simbólicas y respeto de la legalidad y de la racionalidad de la protección penal, ver C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, p. 430 s.

⁵ Confirmaciones indirectas de este esquema se encuentran en J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica*. en *Revista penal*, enero 2004, p. 142 s., que señala agudamente cómo la legislación penal europea, desequilibrada sobre el frente de la víctima, tiende a hipervalorizar las razones de la protección sobre aquellas de las garantías.

⁶ “Libro Verde sobre la aproximación, reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea” / COM/2004/0334 def. */ en “www.europa.eu.int”.

manera equivalente. Pensemos, por ejemplo, en la represión de la explotación sexual de los niños. La aproximación tanto en la tipificación de la conducta como en la gravedad de la pena que lleve aparejada conduce a una protección efectiva y equivalente de los ciudadanos en todo el territorio de la Unión frente a un fenómeno que se opone a los principios y valores comunes de los Estados miembros.”⁷

En *tercer* lugar, porque a diferencia de procesos análogos de criminalización que operan a nivel nacional, el proceso de integración europea en materia penal sigue estando inscrito en un contexto –el contexto europeo–, donde la legislación es y resta en el fondo desprovista de legitimación democrática; ésta obtiene, pues, su legitimación de su perfil técnico y una legislación técnica se caracteriza por carecer de elecciones de valor y ser el reflejo de un trabajo de recomposición técnica. Ahora bien, la obra de la criminalización europea, cuya finalidad es la construcción de una identidad común, tiene como objeto intereses que *ya* están protegidos penalmente a nivel nacional (participación en una organización criminal, terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual de niños, pornografía infantil, tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, tráfico ilícito de armas, etc.). En consecuencia, esta actividad de criminalización es en realidad una sobre-criminalización secundaria que, por un lado, busca construir a nivel europeo una identidad común por medio de una penalización por definición simbólica y por tanto cada vez más propensa ‘a hacerse portadora de un mensaje que a proteger intereses’, y, por el otro lado, se esconde detrás de un aparente tecnicismo de recomposición del campo penal construido a nivel nacional (donde las exigencias en términos de legalidad tienden ya a debilitarse en esos sectores).

La “socialización de la Unión Europea a través del derecho penal” representa así un peligro, porque ella constituye la suma de un *método* técnico, el cual persigue *finalidades* de identidad en los *ámbitos criminológicos* que suscitan un alto nivel de alarma social; y en el plano del *contenido*, esta adición se traduce en una sobre-criminalización del campo penal que conoce, entonces, una expansión a partir del ‘denominador común máximo’⁸ de las diferentes elecciones (no técnicas) que han sido tomadas a nivel nacional en el momento de la criminalización ‘primaria’.

2. La ‘ley de la hipertrofia’ de los sistemas penales

El segundo costo resulta de la observación de un fenómeno de política criminal prácticamente ‘universal’. En todos los sistemas penales parece verificarse un fenómeno que se puede nombrar como ‘la ley de la hipertrofia penal’, según el cual desde que se construye un sistema de justicia penal, ese sistema tiende a extender progresivamente sus competencias.

Las causas de la hipertrofia penal son numerosas y muy complejas. Sin embargo, para las necesidades de nuestro análisis será suficiente recordar la primera ola de hipertrofia penal, esto es, aquella que se vincula con las codificaciones del siglo XIX: los códigos que pretendían ser simples, completos y coherentes han comenzado a sufrir, *a partir del momento de su*

⁷ cursivo agregado.

⁸ También aquí cfr. el análisis de J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica* cit., p. 145 que con terminología diferente señala el mismo problema: la pérdida del carácter fragmentario del derecho penal europeo.

nacimiento, una hipertrofia. La primera razón está ligada directamente a una exigencia de garantía: con el advenimiento del Estado de derecho, la penalización representa en el fondo una transferencia de competencias en beneficio del juez penal y paralelamente a costa del poder ejecutivo. Los costos de esta operación han sido sin embargo elevados: en efecto, la codificación penal ha comportado un endurecimiento general de la respuesta estatal.⁹

Ahora, ciertos factores nos convencen de que la construcción de un verdadero derecho penal europeo no será la excepción a la 'la ley de la hipertrofia penal'.

La analogía es evidente:

(a) existe un 'núcleo duro'¹⁰ de bienes jurídicos ligados directamente a la existencia misma de la Unión Europea –los intereses financieros de la Comunidad Europea– respecto de los cuales se asiste a una multiplicación de la tutela y por tanto también a una fuerte complejidad del marco normativo (coexisten: una tutela administrativa basada en el reglamento CE 2988/95; la tutela por asimilación en virtud del apartado 1 del art. 280 TCE; la acción de coordinación y las acciones de tutela fundadas en los apartados 1, 2 y 4 del mismo artículo; la tutela erigida por el tercer pilar, Convención PIF y sus protocolos). Respecto de este núcleo duro existen excelentes proyectos de unificación tendentes a acrecentar las garantías, la eficacia y la simplicidad del marco normativo (*in primis* el *Corpus Juris* el cual tiende a construir un verdadero derecho penal europeo comprendiendo normas de derecho penal material y de procedimiento);

(b) en torno a este núcleo duro existe un segundo círculo de bienes jurídicos ligados a la existencia de la Unión Europea que tienden a ser incluidos en el derecho penal europeo (protección del euro);

(c) además, vinculado a las exigencias en términos de garantías y por razones de coherencia del sistema, muy probablemente las modalidades de lesión a un bien jurídico perteneciente al núcleo duro sean extendidas a las modalidades análogas de lesión a bienes jurídicos diferentes a través de la inserción de estos delitos, como tales, dentro de la competencia del derecho penal europeo.

Tal es el caso, por ejemplo, de las normas sobre la asociación criminal y sobre el blanqueo de capitales previstas en el *Corpus Juris* como delitos-obstáculo *para la protección de los intereses financieros* de la Unión Europea. Ahora, es muy probable que una vez que esos delitos sean incorporados en el ámbito de competencia del derecho penal europeo unificado, los comportamientos por ellos sancionados sean reprimidos *en cuanto tales*: es decir, tanto en la hipótesis en que estos delitos sean cometidos en perjuicio de intereses financieros de la Unión Europea, como en el caso en que ellos sean cometidos como obstáculo a la libre circulación de capitales o al orden público europeo.¹¹ Esto corresponde a un fenómeno que se ha podido observar claramente en la evolución de la producción normativa en materia de

⁹ Para un análisis de la hipertrofia penal, C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrafia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985; en particular sobre la primera ola de hipertrofia penal, p 12 s.

¹⁰ Cfr. S. MANACORDA, *Le droit pénal et l'Union européenne : esquisse d'un système*, en RSC 2000, p. 101.

¹¹ Sobre la función de la asociación criminal y del blanqueo de capitales como delitos "pasarela" en el nivel europeo de la criminalidad económica a la economía criminal, cfr. C.E.PALIERO, *La Fabbrica del Golem, Progettualità e metodologia per la parte generale di un codice penale dell'Unione europea*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2000, p. 491 s., especialmente p. 490 (existe versión castellana, *La fábrica del Golem. Proyectos y metodología para la "Parte General" de un Código Penal de la Unión Europea*, en Nueva Doctrina Penal 2005-A, traducción de Ezequiel Malarino).

blanqueo de capitales (en el marco del primer y tercer pilar), de la organización criminal¹² y de la corrupción.¹³

(d) A este punto, siempre en razón de exigencias en términos de garantías y por razones de coherencia se crea el riesgo de que se verifique el movimiento inverso.

En efecto, este nuevo círculo de bienes (los bienes jurídicos ligados a la actividad normativa de la Unión) podría ser protegido a través de la penalización a nivel europeo de los diferentes comportamientos que los lesionan lo cual conduce, en definitiva, a una asunción por la Unión Europea de ciertos ámbitos criminológicos.

Para quedarse en el ejemplo de la asociación criminal y del blanqueo de capitales: una vez que estos delitos sean incorporados en el seno de la criminalidad organizada y que un sistema penal sea competente para reprimirlos, aparece evidente entonces que convendrá conferir a este sistema también la competencia respecto de los otros delitos típicos de la criminalidad organizada.

En suma: si los contenidos son invertidos¹⁴ (el núcleo duro del derecho penal europeo se compone de aquello que es periférico en el derecho penal nacional y viceversa), la dinámica de expansión que se puede esperar en el nivel europeo es similar a aquella que se puede observar en el nivel nacional.

La construcción de un derecho penal europeo plantea, por tanto, un problema de hipertrofia penal. Ahora, esta constatación no es *en sí* necesariamente un límite o un peligro de política criminal (como ya se ha dicho, penalizar significa también coherencia y garantías). Las perplejidades resultan del contexto en el cual se sitúa esta hipertrofia: no solamente porque esta extensión podría conducir a incluir en el derecho penal europeo delitos definidos por medio del amplio sistema pseudo-técnico, sino sobre todo en razón de los límites jurídicos a los cuales se expone la construcción de un derecho penal europeo.

B. COSTOS JURÍDICOS

En cuanto concierne a esta clase de costos conviene distinguir entre los costos relevantes desde una perspectiva más propiamente basada en los principios penales (1) y los costos resultantes de una perspectiva cada vez más centrada en los principios de derecho de la Unión Europea (2).

1. Obligaciones comunitarias de tutela y valor relativo de la pena

¹² Cfr. S. MANACORDA, *La riposte contre la criminalité organisée dans le droit de l'Union européenne*, en S. MANACORDA (sous la coordination de), *L'infraction d'organisation criminelle en Europe*, Paris, 2002, p. 231 s., especialmente p. 241 s.

¹³ Cfr. S. MANACORDA, *La corruzione internazionale del pubblico agente*, Napoli, 1999 en particular p. 12 ss. y 206 ss.

¹⁴ Cfr. C.E. PALIERO, *La Fabbrica del Golem*. cit. en *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2000, p. 491 s. (existe versión castellana, ver nota 11); cfr. también C. SOTIS, *Teoria e pratica del sistema penale europeo*, en M. PAPA (a cura di), *Orizzonti della penalistica italiana nei programmi di ricerca dei più giovani studiosi*, Firenze, 2003, p. 19 s.

La “mala conciencia” que debe acompañar a todo legislador penal, de la cual habla Giorgio Marinucci¹⁵, se puede descomponer, en nuestra opinión, en *dos* malas conciencias: aquella – la más evidente – que debe guiar al legislador *antes* mismo de que decida recurrir a la sanción penal y que sirve para garantizar que ésta sea realmente la última elección del legislador; pero también aquella – menos evidente pero también fundamental – que debe acompañar al legislador *después* de recurrir a la sanción penal. En efecto, a fin de asegurar que la pena tenga valor relativo y no absoluto basta únicamente garantizar la posibilidad de que el legislador pueda poner nuevamente en discusión sus elecciones de penalización y esto en todo momento. En otros términos: para mantener el valor relativo de la pena un sistema penal debe ser concebido como un *circuito* en el cual los delitos puedan entrar, pero también salir.

Ahora, un derecho penal europeo no estará en condiciones de garantizar este flujo de entradas / salidas.

Ello por lo siguiente:

La armonización de los delitos podría ser realizada, actualmente, a través de una *estratificación normativa* resultante de un acto comunitario (directiva) que *demande* una penalización y una ley nacional que *ofrezca* esta penalización. A primera vista, esto no plantea problemas de compatibilidad con el principio de legalidad en materia penal dado que la introducción de normas penales es filtrada por el acto legislativo nacional que garantiza el respeto de este principio. Sin embargo, con esta técnica (obligación de tutela penal establecida por una directiva) resta abierto un problema central. ¿Qué pasa si el legislador nacional una vez que ha satisfecho la penalización exigida por la Comunidad desea volver sobre sus pasos porque estima que los intereses en juego pueden ser protegidos de manera eficaz, por ejemplo, mediante un dispositivo extra-penal? (por ejemplo, a través de sanciones administrativas, civiles, disciplinarias, etc.).

El principio de legalidad en materia penal en tanto que instrumento de garantía del valor relativo de la pena siempre debería garantizar la posibilidad de volver a considerar las elecciones de penalización. Ahora, si “se toma el derecho en serio”¹⁶ -y nosotros pensamos que conviene hacerlo-, el principio de fidelidad comunitaria impediría, en este caso, cuestionar a nivel nacional una elección de penalización hecha a nivel europeo.

Además, actualmente nos parece poco concebible que el legislador comunitario sea capaz de cuestionar sus elecciones de penalización en la medida en que la vocación técnica del derecho comunitario funciona por acumulación progresiva de competencias.¹⁷

Con la armonización / unificación de los delitos a nivel europeo se corre el riesgo de constituir un sistema penal *en sentido único*, en el cual sería posible introducir nuevos delitos, pero, paralelamente, sería mucho más difícil, incluso imposible, reconsiderar las elecciones de penalización.

Esta observación deviene inquietante, por una parte, si se la relaciona con las consideraciones expuestas en los puntos precedentes (socialización a través del derecho penal y criminalización de segundo grado; hipertrofia) dado que ella evidencia un espacio penal

¹⁵ La conocidísima imagen de G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, en G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, p. 65 s., es una paráfrasis (y sobre todo un cambio de significado) –como nos explica el ilustre autor- de la célebre frase de Gustav Radbruch sobre la ‘pérdida de buena conciencia del legislador’

¹⁶ La frase es, como es conocido, de R. DWORKIN, *Taking Right seriously*, London, 1978, traducido al italiano *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982.

¹⁷ El conocido fenómeno de la ampliación de las competencias es descrito muy claramente desde un punto de vista jurídico, político y de la sociología de la administración por J. H. WEILER, *The transformation of Europe*, en *Yale Law Journal*, 100 (1991), 2, 403 reeditado en J. H. WEILER, *The Constitution of Europe*, 1999, y traducido al italiano J. H. WEILER, *La costituzione dell’Europa*, Bologna, 2003 en particular p. 77 et s. ù

europé en expansion continue qui intervient sur les secteurs critiques¹⁸ en donde el recurso a la pena 'no es natural' (definición de organización criminal, fraude no intencional, encubrimiento, represión penal del negacionismo, corrupción privada) y en el cual las elecciones de penalización no pueden ser reconsideradas; por otra parte -y sobre todo- ella también resulta inquietante si se la relaciona con la cuestión que se dispone a abordar relativa al contenido que debe ser garantizado al margen nacional de apreciación.

2. El contenido del "margen nacional de apreciación" como motor principal de la evolución del derecho europeo.

La dialéctica de la elaboración de normas que a nivel nacional se articula entre poder judicial, poder legislativo y cuerpo social, a nivel europeo se articula, como es sabido, entre poder normativo europeo, poder normativo nacional y poder judicial; en particular los jueces, que tienen la doble tarea de juez nacional y de juez europeo, representan de alguna manera los reguladores de esta dialéctica y los portavoces de las instancias del cuerpo social.

En esta perspectiva, el objetivo metodológico de Mireille Delmas-Marty de "ordenar lo múltiple" (y por tanto ordenar sin negarlo) y la idea de una Europa plural adquiere todo su significado: esta dialéctica entre planos nacionales y plano europeo produce una síntesis de las mejores experiencias nacionales en el nivel europeo. Este proceso describe un movimiento circular y continuo : las experiencias nacionales representan la base sobre la cual se han de formar las normas europeas; luego, las normas europeas imponen obligaciones y principios directores comunes a los Estados miembros, pero dejándoles siempre un margen nacional de apreciación¹⁹; posteriormente hay un regreso al plano europeo donde se produce un segundo círculo de obligaciones también sobre la base de la observación de las experiencias nacionales (esta dinámica se puede observar, por ejemplo, en materia de protección de la persona en derecho penal del trabajo, de responsabilidad penal de la persona jurídica, de protección de la víctima, de blanqueo de capitales).

La evolución normativa europea se desarrolla por tanto en torno a una tensión entre dos exigencias paralelas: por un lado, la búsqueda de uniformidad y síntesis de las diferentes experiencias nacionales; por otra parte, la necesidad de que esta síntesis deje a los Estados miembros el margen de apreciación necesario a fin de que el sistema pueda desarrollarse en busca de nuevas soluciones. En definitiva, es necesario garantizar cierto nivel de inestabilidad para permitir que el sistema se desarrolle. Aunque pueda parecer paradójico, la búsqueda de este punto de equilibrio entre síntesis e inestabilidad es exactamente el camino seguido hasta ahora por Europa en materia de sanciones: para garantizar la uniformidad dejando un margen, la Unión Europea ha elegido armonizar los principios: los *estándares* y no las *reglas* (según la distinción de Ronald Dworkin²⁰).

¹⁸ Las mismas críticas han sido avanzadas por E. DEMETRIO CRESPO, *Acerca de la oportunidad de la armonización de las sanciones en la Unión Europea*, ponencia al segundo encuentro de estudios de la investigación actualmente en curso "Les chemins de l'harmonisation" llevado a cabo en Toledo el 2 de abril de 2005, p. 6 del escrito dactilográfico.

¹⁹ Sobre la noción y la función del margen nacional de apreciación, cfr. M. DELMAS-MARTY, M.L. IZORCHE, *Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun en gestation*, en AAVV, *Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires*, Paris, 2001, p. 73 s.; cfr. además síntesis propuesta nuevamente por M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel*, cit., p. 64 ss, en donde se realiza una reconstrucción del concepto según su dimensión originaria (elaborada por el TEDH).

²⁰ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 90 ss.

Es aquí que aparece el punto que interesa:

- si las normas europeas armonizan / unifican las sanciones penales (la naturaleza penal de las sanciones; en otras palabras, la *regla*) para proteger un bien jurídico particular, la elección entre sanción penal y otros tipos de sanción está *fuera* del margen nacional de apreciación.

- al contrario, si el derecho comunitario exige a los Estados miembros que ellos protejan un interés determinado con sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas (los *estándares*), la elección entre sanción penal y sanción no penal corresponde al margen nacional de apreciación concedido a los Estados miembros; al mismo tiempo, aquello que es "sustraído" a los Estados miembros es la posibilidad de establecer sanciones ineficaces, desproporcionadas y no disuasivas. Por tanto, si la Unión Europea ejerce plenamente su control sobre los *estándares*, la dialéctica se articula en torno a soluciones diferentes, todas en principio eficaces, proporcionadas y disuasivas; esto representa la mejor manera de hacer desarrollar el (los) sistema(s) y ordenar lo múltiple.

Así, en este segundo caso (que representa actualmente la totalidad de la producción normativa relevante en materia de sanciones), la dialéctica permite no solamente la reconsideración de las elecciones de penalización, sino además la comparación de las modalidades de protección entre los Estados miembros. Así, por ejemplo, si un estado adopta una sanción penal y eficaz para la protección del interés comunitario mientras que otro adopta una sanción administrativa *quasi*-penal, en el momento en que ella es asimismo eficaz, parece evidente que la primera elección es desproporcionada, dado que, a través de la segunda, es alcanzado el mismo resultado mediante una sanción menos severa.

Es evidente que el funcionamiento del sistema depende de la capacidad de la Unión Europea de evaluar la eficacia, la proporcionalidad y la capacidad disuasiva de las soluciones nacionales. Es muy difícil realizar una evaluación comparativa de la eficacia; esto supone la realización de estudios de impacto y por tanto la necesidad de afinar los instrumentos teóricos y de poner en marcha, bajo control europeo, observatorios para efectuar estas evaluaciones. A título personal, estoy convencido de que esta evaluación de los estándares constituye la clave del sistemas penal europeo y de la armonización de las sanciones mucho más que la simple producción de reglas penales a nivel europeo. Al respecto, es reconfortante constatar que una perspectiva similar ha sido avanzada con autoridad por Mireille Delmas-Marty en guisa de conclusión de la investigación sobre la armonización de las sanciones penales en Europa²¹. Sin embargo, conviene señalar que para esta autora control de impacto, control de proporcionalidad y obligaciones comunitarias de tutela penal pueden coexistir, dado que los controles de impacto y de proporcionalidad intervendrán para evaluar las sanciones penales armonizadas a nivel europeo (Europa armoniza la naturaleza y el contenido penal de las *reglas* y evalúa estrictamente los *estándares*); según mi punto de vista, control de impacto / control de proporcionalidad y obligaciones comunitarias de tutela penal se oponen (Europa evalúa estrictamente los *estándares* dejando campo libre en cuanto a la naturaleza y al contenido penal -o no- de las reglas).

Ahora, la armonización de las sanciones penales niega esta dialéctica que representa la versión europea de la relación entre penalización y despenalización y que, de manera más

²¹ Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Harmonisation des sanctions et valeurs communes : la recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité*, en : M. DELMAS-MARTY, G. GIUDICELLI-DELAGE, E. LAMBERT-ABDELGAWALD, *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Paris, 2003, p. 591 s.

general, hace de la diversidad un elemento de fuerza y no de debilidad del sistema penal europeo. Esto porque esta diversidad está canalizada por las obligaciones europeas de eficacia, proporcionalidad y disuasión y por la noción de margen nacional de apreciación, motor de la evolución de Europa, unida pero plural.

C. BENEFICIOS.

Es necesario ahora abordar brevemente la evaluación de los beneficios. Brevemente para no repetir cosas ya ha dichas y pertenecientes según mi punto de vista al capítulo de los costos. En mi opinión, ciertos efectos son costos y no beneficios (piénsese, por ejemplo, en los efectos simbólicos), mientras que otros son más aparentes que reales.

Además, es necesario precisar inmediatamente que mi análisis se basa en un presupuesto ético o ideológico: la selección del campo penal debe estar guiada por el criterio de la necesidad de la pena. Retomando las palabras de Franz von Listz²² diremos que si la única pena justa es la pena necesaria, *a contrario* una pena no necesaria no es legítima.

Hecha esta precisión, se propone abordar la cuestión de los beneficios siguiendo el esquema propuesto por Alessandro Bernardi²³, quien ha clasificado las razones de la oportunidad de la armonización de las sanciones penales en tres categorías: (1) razones simbólicas, (2) razones prácticas y (3) razones jurídicas.

1. Simbólicas.

En cuanto a los aspectos *simbólicos*, como se ha visto, estas razones son costos y no beneficios.

Poner el acento sobre los efectos simbólicos significa en primer lugar olvidar el valor relativo de la pena (la penalización es considerada como un valor como tal y no como un instrumento de protección dentro del abanico de instrumentos posibles); esto significa, además, dejar de lado la utilidad de la pena (hacer un estudio de impacto no tiene ningún sentido tratándose de un derecho penal que debe lanzar un mensaje más que proteger intereses); esto significa, finalmente, dirigir la represión hacia los hechos que suscitan un alto nivel de alarma social y que presentan un cuadro criminológico con una alta tasa de consenso social (el derecho penal simbólico al tener por finalidad lanzar un mensaje está más interesado en un endurecimiento de la respuesta institucional que en una efectiva capacidad de protección de los bienes jurídicos).

En definitiva, en mi opinión, la Unión Europea no tiene legitimidad para crear un derecho penal simbólico. En efecto, la reglamentación Europea en materia penal está legitimada en el plano técnico y éste se opone frontalmente a una reglamentación que niega la necesidad de evaluar las consecuencias en términos de proporcionalidad y de utilidad, los cuales son a la vez los fundamentos y los límites de la actividad normativa europea en materia

²² F. VON LISTZ, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1875) primera aparición en *Zeit. für die ges. Strafrechtswiss*, 1883, p. 1 s., traducción italiana, F. VON LISTZ, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962.

²³ A. BERNARDI, *Opportunità de l'harmonisation*, en M. DELMAS-MARTY, G. GIUDICELLI-DELAGE, E. LAMBERT-ABDELGAWALD, *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, *op. cit.*, p. 456 s.

de sanciones. Por esta razón, la Unión Europea no puede invertir la causa y el efecto: sin legitimación política no puede forjar una identidad europea colectiva a través de la penalización simbólica; son sus principios que niegan esta vía.

2. Prácticas

Los beneficios *prácticos* derivarían de la mayor coherencia y mayor grado de uniformidad que parece garantizar una asunción directa del campo penal por la Unión Europea.

Al respecto, es importante distinguir previamente entre la armonización de los derechos penales nacionales a través de una obligación de protección penal (en lugar de una obligación de protección eficaz, disuasiva y proporcionada tal como está actualmente establecida por la Unión) y la construcción de un verdadero derecho penal comunitario (por ejemplo, con base en el modelo del *Corpus Juris*).

En cuanto concierne a la primera figura, la investigación “L’harmonisation des sanctions pénales en Europe”²⁴ ha demostrado una vez más la extrema complejidad y la variabilidad de los sistemas penales nacionales. Esto nos convence de que una demanda de armonización de las sanciones penales que tenga como finalidad una real armonización *de facto* de las reglas penales expresadas por los sistemas nacionales (condición previa si se entiende aumentar el grado de uniformidad) debería abarcar todos los niveles: desde la definición legal hasta los criterios de aplicación y de personalización judicial de las penas. Ahora, tal desafío aparece casi imposible desde el punto de vista jurídico y seguramente inaceptable desde el punto de vista político, pues esto supone amputar el margen nacional de apreciación en un sector en el cual las opciones deben ser tomadas a nivel político (el tiempo de detención impuesto por la Comisión no es un medicamento, sino que él da cuenta de una elección política) y en el cual es necesario que el sistema pueda evolucionar (si los Estados miembros no pueden modificar los criterios de aplicación y de individualización de las penas, el cuerpo social no puede hacer presión en vista de un cambio de opción y así será impedida la evolución del sistema a nivel nacional y europeo). Por estas razones, la lógica y el contenido del reciente libro verde sobre “Aproximación, reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea” de abril de 2004 no me parecen convincentes.²⁵

En cuanto a la segunda figura, por el contrario, la construcción de un verdadero derecho penal europeo unificado iría seguramente en el sentido de un acrecentamiento de la coherencia y del grado de uniformidad del sistema. Sin embargo, es preciso tener en cuenta un dato en mi opinión central: el *Corpus Juris* ha fracasado en el paso del momento descriptivo al momento prescriptivo. Este texto de muy alto nivel que ha recibido la aprobación de la mayoría de los técnicos del derecho penal (profesores, magistrados y abogados), fruto del trabajo de diez años y de una profunda mejora luego de un amplio debate en toda Europa (versión de Florencia de 1999) ha fracasado en el momento de su aprobación política. Ahora, si bien se puede imaginar que en un futuro cercano los tiempos estén “maduros” para su aprobación, es necesario señalar que la coherencia y la aparente simplicidad interna del

²⁴ M. DELMAS-MARTY, G. GIUDICELLI-DELAGE, E. LAMBERT-ABDELGAUWALD, *L’harmonisation des sanctions pénales en Europe*, op. cit.

²⁵ Cfr. también las críticas de E. DEMETRIO CRESPO, *Acerca de la oportunidad de la armonización de las sanciones en la Unión Europea* cit.

Corpus Juris es tanto su punto fuerte como su punto débil. Su punto fuerte porque es esta coherencia y esta (aparente) simplicidad que otorgan a este texto las cualidades y la flexibilidad que han convencido en cuanto a su legitimidad, su oportunidad y su factibilidad para utilizar las palabras de Mireille Delmas-Marty.²⁶ Su punto débil porque este texto requiere ser aprobado como tal. En consecuencia, si en el curso del paso del momento descriptivo al momento prescriptivo debieran tener lugar modificaciones –por razones políticas (hipótesis altamente probable)- o peor debiera tener lugar una aprobación diferenciada del texto -otra hipótesis altamente probable-, éste perdería sus cualidades, esto es, su coherencia y simplicidad.

3. *Jurídicas.*

Siempre según la clasificación de Alessandro Bernardi faltan evaluar los beneficios derivados de las razones jurídicas. En este marco, hago propia la aproximación del autor según la cual en el momento en que el objetivo de la armonización es la mejora de la cooperación judicial en materia penal (horizontal), la armonización de los delitos y de las sanciones penales comporta ventajas reales en términos de eficacia y de garantías. Más aún, en este contexto es necesario, en mi opinión, que la meta de la armonización sea efectivamente el campo penal. Es evidente que si el objetivo es poner en relación –en comunicación- los sistemas penales, la reglamentación europea debe tener por objeto necesariamente la naturaleza penal.

En consecuencia, en línea de principio -y en razón de todo lo que ha sido dicho hasta ahora- es posible afirmar que *nunca* tienen que establecerse obligaciones europeas que nieguen la posibilidad de elegir entre la respuesta penal y otras clases de sanciones, salvo en el caso en que el recurso penal sea absolutamente necesario.

A la luz de este cuadro es posible ahora abordar en una segunda parte la cuestión de las estrategias del derecho penal europeo

II - LAS ESTRATEGIAS DE ARMONIZACIÓN DE LOS DELITOS

Conviene aquí en primer lugar (**A**) efectuar un análisis de costos / beneficios de las diferentes estrategias de armonización / unificación de los delitos sobre la base de los presupuestos que han sido mencionados. Para esta finalidad es posible distinguir en el plano funcional cuatro estrategias de base: (1) la armonización funcional a la actividad normativa; (2) la armonización funcional a la cooperación judicial; (3) una cooperación judicial en el espacio de libertad, seguridad y justicia *sin* armonización sustancial previa; y (4) en fin, la unificación de los delitos ligada a la cooperación judicial vertical e institucionalizada en el espacio de libertad, seguridad y justicia (construcción de un verdadero derecho penal europeo). En segundo lugar (**B**) se intentará efectuar, sobre la base de nuestras reflexiones, un

²⁶ M. DELMAS-MARTY, *Nécessité, légitimité et faisabilité du Corpus Juris*, en M. DELMAS-MARTY, J. VERVAELE (sous la direction de), *La mise en œuvre du Corpus Juris dans les Etats membres*, Atwerpen, Groningen, Oxford, 2000, p. 3 s.

balance y de extraer algunas conclusiones (1) a fin de proponer una reconstrucción a partir de algunas propuestas tendentes a reducir los costos (2).

A. ANÁLISIS DE COSTOS / BENEFICIOS

Se trata por tanto de evaluar los beneficios de estas cuatro estrategias en relación con los cuatro costos que han sido identificados precedentemente.

Especialmente,

1. *socialización* de la Unión Europea a través del derecho penal en vinculación con el carácter pseudo-técnico de la legislación penal europea (doble efecto expansivo);
2. hipertrofia penal
3. pérdida del valor relativo de la pena con la construcción de un sistema en sentido único que penaliza sin poder despenalizar y al mismo tiempo prohíbe a los Estados despenalizar;
4. negación de un contenido necesario a la dialéctica típica de una Europa plural (obligaciones de protección penal en lugar de obligaciones de protección proporcionada, disuasiva y eficaz).

1. Armonización de los delitos funcional a la actividad normativa de la Unión Europea

Por armonización funcional a la actividad normativa de la Unión se alude aquí a la actividad específica de armonización de la tutela resultante de la actividad normativa del primer pilar. En este marco, la demanda de tutela (protección) se deriva directamente de la armonización de las legislaciones nacionales, la cual ha conducido a “descubrir” la necesidad de armonizar las sanciones que protegen los intereses emergentes de la legislación europea (es conocido el dicho: no hay armonización si se contenta con armonizar las reglas sin consagrarse a las consecuencias ligadas a la violación de esas reglas. Además, una diferenciación de las consecuencias ligadas a la violación de las reglas comunes produce un obstáculo a la libre competencia).

Ahora, las demandas de protección que el legislador comunitario dirige en este sector a los Estados miembros se caracterizan por su agnosticismo: en este contexto, los principios directores están inspirados exclusivamente en razones funcionales (el contenido de la sanción se legitima por la aptitud para proteger el interés, y no por su naturaleza). Esto nos lleva a pensar que en este sector los costos mayores de una eventual armonización de los delitos no son la dimensión simbólica de la pena y la hipertrofia, sino el riesgo de una penalización en sentido único y sobre todo la negación de un margen en cuanto a la dialéctica entre variante penal y otras variantes.

Ahora, en relación con estos costos, no nos parece que los beneficios derivados de una eventual armonización de los delitos sean suficientes para justificar tal elección.

En primer lugar, porque la eventual elección de imponer a los Estados miembros la adopción de sanciones de naturaleza penal en lugar de la adopción de sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas podría estar justificada con base en la siguiente argumentación: si se impusiera la sanción penal, se garantizaría una mejor tasa de uniformidad normativa de

los derechos de los diferentes Estados miembros. Ahora, como ya se ha visto, las investigaciones de estos últimos años han demostrado que la eventual armonización de las sanciones penales no es en absoluto una garantía de aplicación uniforme (las diferencias, por ejemplo, a nivel de la ejecución de las penas, de la extinción de la acción pública, del delito y de la pena, de las formas de clausura del procedimiento son tales que el mismo delito con la misma pena no está en absoluto en condiciones de producir los mismos efectos en los diferentes Estados miembros).

En segundo lugar, porque no hay ninguna necesidad estructural de armonizar los delitos. Lo que importa es la existencia de una protección eficaz y proporcionada.

Es útil recordar que preconizar la eficacia y la proporcionalidad en vista de ofrecer la protección requerida por la Unión Europea está lejos de ser una elección de retirada o de 'segundo orden'. Al contrario, esto supone, por un lado, un control fuerte que garantice a los ciudadanos el respeto de un *estándar* y el hecho de que los Estados no abusen, por exceso o por defecto, de su poder represivo; pero, por el otro, se debe garantizar a los Estados miembros un monopolio sobre las opciones de incriminación (con todas las ventajas que se han visto antes).²⁷

Así, es posible concluir afirmando que los costos derivados de la armonización de los delitos son netamente superiores a los beneficios y, en consecuencia, en nuestra opinión, no es para nada oportuno en este sector que la Unión Europea imponga la naturaleza penal de las sanciones.

2. Armonización de los delitos funcional a la cooperación judicial en el espacio de libertad, seguridad y justicia

En este sector la situación es completamente diferente. Aquí el fin es armonizar el derecho penal sustancial para poner en comunicación las diferentes normativas procesal penales. La necesidad de tener como objetivo la naturaleza penal es aquí, por tanto, estructural.

Sin embargo, una precisión se impone. La armonización de los delitos funcional a la cooperación judicial en el espacio de libertad, seguridad y justicia contiene una ambigüedad en cuanto concierne a la relación entre normas penales sustanciales y normas de procedimiento. Esto deriva de la ambigüedad entre *medios* y *objetivos* que se encuentra en el marco normativo del tercer pilar en el art. 29 TUE.²⁸ Las normas penales sustanciales

²⁷ Al respecto, me permito reenviar a C. SOTIS, *Obligaciones comunitarias de tutela y opción penal: ¿Una dialéctica perpetua?* en *Revista penal*, en curso de publicación (traducción de Ezequiel Malarino).

²⁸ El art. 29 TUE comporta en efecto una confusión intencional entre *medios* y *objetivos* : en el primer párrafo, luego de haber recordado el *objetivo* primario y final (la construcción de un espacio de seguridad, libertad y justicia), se establecen dos primeros *medios* y que al mismo tiempo representan dos *objetivos* secundarios: el desarrollo de la cooperación judicial (procedimiento) y la prevención y la represión del racismo y de la xenofobia (por tanto aquí competencia material y de procedimiento). Estos dos *objetivos secundarios* son alcanzados luego, según el segundo párrafo, por "la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude, a través de (...) la aproximación, cuando proceda, de las normas de los Estados miembros en materia penal, de conformidad con lo dispuesto en la letra e) del artículo 31". Esto conduce por tanto a una asunción del derecho penal material por el objetivo de la cooperación judicial (norma de procedimiento).

devienen, de alguna manera, las “sirvientes” de las normas de procedimiento. De esta manera, la naturaleza (y sobre todo la estructura) de las cosas es invertida. En efecto, sólo a las normas sustanciales se impone un régimen de elaboración, de aplicación en el tiempo y de interpretación muy estricta; y esto por una razón muy simple pero que no debe ser perdida de vista: las normas sustanciales necesitan siempre más rigidez y garantías porque ellas ejercen una función de incriminación. Este no es el caso de las normas de procedimiento que ejercen una función de disciplina. En consecuencia, si las normas sustanciales devienen las sirvientes de las normas de procedimiento, entonces debe optarse por una de las siguientes opciones : o bien estas normas sustanciales ejercen solamente una función de disciplina en cuyo caso su régimen puede ser idéntico al de las normas de procedimiento, o bien ellas ejercen una función de incriminación en cuyo caso ellas no son más las sirvientes de las normas de procedimiento, sino –simplemente- incriminaciones con todas las exigencias en términos de legalidad.

Por tanto, también esta forma de armonización presenta costos; particularmente, los costos ligados a una legislación pseudo-técnica que también tiene por finalidad la socialización de Europa a través del derecho penal y, correlativamente, el costo relativo a la ampliación progresiva del campo penal con la consecuente pérdida de vista del valor relativo de la pena (es suficiente recordar el ejemplo más notorio al respecto: la acción común del 21 de diciembre de 1998 sobre la incriminación de la participación a una organización criminal). Sin embargo, una vez que la cooperación judicial en materia penal ha comenzado, estos costos deben ser comparados con los costos netamente más altos que resultan de una cooperación sin armonización.

3. Cooperación judicial en el espacio de libertad, seguridad y justicia sin armonización sustancial: el estado actual del reconocimiento mutuo

El punto de partida (aparente) de esta estrategia es que para ciertos delitos (cuya lista paradigmática es aquella del art. 2 de la Orden de detención europea) la cooperación no requiere la armonización previa porque ya habría una *armonización natural* de los diferentes derechos penales de los Estados miembros.

Este postulado, como es conocido, es la “clave” del sistema del reconocimiento mutuo sin armonización previa directa del derecho penal sustancial.

El problema es que este postulado es falso, como lo demuestra el análisis de Stefano Manacorda²⁹, porque si no pueden considerarse armonizados los delitos respecto de los cuales ha habido un intento de armonización, *a fortiori*, menos aún podrán considerarse armonizados los delitos que no han sufrido aún ninguna tentativa de armonización;³⁰ la llamada armonización natural atiene más al mito que a la realidad normativa.

Al respecto, es suficiente remitirse –a título de ejemplo hiperbólico y paradójico- a los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional. En efecto, estos crímenes están sometidos, por un lado, al régimen del reconocimiento mutuo en el sentido del art. 2 de la decisión marco sobre la orden de detención europea y pueden, por el otro, llevar a pensar en

²⁹ S. MANACORDA, *Il mandato di arresto europeo nella prospettiva sostanzial-penalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico-criminali*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale.*, 2004, p. 789 ss.

³⁰ *Ibidem.*

razón de los valores en juego y del carácter 'natural' de estos crímenes que, *al menos en este sector*, podría existir una armonización natural. No parece que este sea el caso; en todo caso, no ha sido lo suficientemente importante como para poder dar libre acceso al régimen del reconocimiento mutuo. En efecto, *también en cuanto a estos crímenes* perduran grandes diferencias en los Estados miembros. Incluso en los países europeos que ya han transpuesto estos crímenes al derecho interno siguen existiendo diferencias importantes con el Estatuto de Roma. Dos ejemplos pueden clarificar este punto: por un lado, la definición de grupo racial, étnico, religioso y nacional en el crimen de genocidio adoptada en Francia difiere de aquella del Estatuto de Roma³¹; en Francia las cualidades raciales, étnicas, etc. del grupo deben ser reconstruidas subjetivamente³²; para el Estatuto de Roma, en cambio, objetivamente. Por otro lado, la penalización en Bélgica de toda contribución no intencional a la realización de un crimen de genocidio³³ es diferente de la regulación del Estatuto de la Corte Penal Internacional; éste limita en efecto la responsabilidad penal de esta forma de participación únicamente a los jefes militares y superiores jerárquicos.

En nuestra opinión, por tanto, el punto de partida del reconocimiento mutuo no es la preexistencia de una armonización natural. Todo lo contrario, el punto de partida es el reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales relativas a los delitos no armonizados.

Y con relación a los costos, el reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales relativas a los delitos no armonizados lleva a pagar un precio singularmente elevado. En primer lugar, porque este sistema en cierto modo institucionaliza la definición del espacio penalmente relevante como la ampliación a partir de un 'denominador común máximo' de los espacios penales nacionales; y esto, como efecto reflejo, hace pagar en conjunto los cuatro costos que hemos identificado. Esto produce el doble efecto expansivo ligado a la socialización de la Unión Europea a través del derecho penal en vinculación con el carácter pseudo-técnico de la legislación penal europea; esto produce sistemáticamente la hipertrofia penal y realiza una pérdida total del valor relativo de la pena y sobre todo conduce a construir un sistema estructuralmente *en sentido único* capaz solamente de ampliar el espacio penal sin tener ninguna posibilidad de reducirlo. Además, es indudable que la orden de detención europea, el instrumento base del reconocimiento mutuo sin armonización previa, ha fracasado en la fase de *mise en oeuvre* en el nivel nacional a causa de falta de confianza³⁴ entre los Estados los cuales, evidentemente, no creían *a priori* en la armonización natural.

4. Unificación de los delitos ligada a la cooperación judicial vertical e institucional en el espacio de libertad, seguridad y justicia

³¹ Sobre la definición de genocidio contenida en el art. 6 del Estatuto de la Corte Penal Internacional cfr. E. FRONZA, *Art. 6. Genocidio*, en G. CARLIZZI, G. DELLA MORTE, I. LAURENTI, G. MARCHESI (a cura di), *La Corte penale internazionale*, Napoli, 2003, p. 61. Para un análisis comparado sobre la definición de genocidio en diversos ordenamientos nacionales, cfr. M. DELMAS-MARTY, *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, vol. VII, Paris, 2001.

³² Cfr. S. POILLEUX, *Le crime de génocide en France*, en M. DELMAS-MARTY, *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, cit., p. 263 ss

³³ Cfr. S. POILLEUX, *Le crime de génocide en Belgique*, in *op. ult. cit.*, p. 221 ss.

³⁴ Sobre las opciones tomadas por los Estados en el momento de la puesta en funcionamiento de la orden de detención europea como reveladores del grado de confianza cfr. el informe sobre Francia de TRICOT en la investigación dirigida por G. GIUDICELLI, S. MANACORDA, J. TRICOT, *L'intégration pénale indirecte*, Paris 2005, en curso de publicación.

Como ya se ha dicho, la unificación parece aportar ventajas reales. Sin embargo, es necesario recordar que también con esta estrategia hay que pagar un precio y, en particular, el costo de la hipertrofia. Me parece evidente que más allá de la división de competencias inscrita en la futura Constitución Europea, un sistema institucionalizado está destinado a alcanzar progresivamente, por su naturaleza, su campo de acción (hipertrofia). En efecto, es necesario elegir entre una de las siguientes opciones: o bien la creación de un verdadero sistema penal europeo en torno a un ministerio público europeo funciona mal, en cuyo caso este sistema ha evidentemente fracasado; o bien este sistema funciona bien en términos de eficacia y de garantías y, entonces, él está destinado a ampliar progresivamente su campo de acción lo que podría causar una implosión del sistema en razón de la atribución de funciones para las cuales no había sido pensado originariamente. Además, el carácter a sentido único del circuito penal europeo (capacidad de penalizar / incapacidad de despenalizar) pesa también sobre este sistema.

Pero los costos de esta estrategia son netamente inferiores a aquellos resultantes de la estrategia precedente: la unificación de los delitos permite en efecto definir un espacio penal por síntesis y no por 'denominador común máximo'. La dialéctica entre jueces nacionales e institución supranacional permitiría hacer evolucionar el modelo³⁵. Al respecto, si bien es necesario reconocer que la dialéctica estaría limitada de este modo sólo al campo penal del cual sería imposible salir, se puede pensar, sin embargo, que en este espacio se podrá crear una síntesis de la "mejor opción" a partir de las diferentes interpretaciones nacionales y no más simplemente una mera sumatoria de campos penales diferentes.

Esta estrategia nos parece, por tanto, en principio 'menos costosa' que la precedente. Sin embargo, se imponen dos precisiones fundamentales y encadenadas la una con la otra. Ante todo, la unificación sólo puede funcionar si está establecida *ab origine*. Por el contrario, si para definir un campo penal se pasa por el reconocimiento mutuo de los delitos sin armonización previa y sólo sucesivamente se unifica el campo penal así definido, entonces la unificación presentará los mismos costos que la estrategia precedente. Además, como se ha visto, el éxito de un derecho penal europeo unificado depende de la capacidad de aprobar un texto que guarde coherencia durante los tres siguientes momentos: el momento descriptivo (elaboración del sistema), el momento normativo (aprobación del sistema) y el momento prescriptivo (puesta en funcionamiento del sistema)

B. BALANCE

A esta altura, es posible comenzar a fijar ciertos puntos procurando ante todo reconstruir los datos resultantes de nuestro análisis (1) para luego intentar avanzar algunas soluciones tendentes a minimizar los costos (2).

1. Primera reconstrucción

La armonización y la unificación de los delitos a nivel europeo presentan siempre costos elevados y el principio de necesidad de la pena manda la siguiente solución: cuando el

³⁵ Al respecto, cfr. el análisis del art. 35 *Corpus Juris* en la contribución de TRICOT, *Ministère public européen et droit pénaux nationaux (approche verticale)* en G. GIUDICELLI, S. MANACORDA, J. TRICOT, *L'intégration pénale indirecte*, cit.

pago de estos costos no es absolutamente necesario, no hay motivo para armonizar / unificar el derecho penal salvo, desde luego, si se logran eliminar los costos.

Es importante distinguir la reconstrucción: (a) relativa a la armonización y aquella (b) relativa a la unificación.

(a) En cuanto concierne a la *armonización de los delitos*, desde mi punto de vista, el único caso en el cual ella es necesaria es –paradójicamente– el de la armonización de los delitos funcional a la cooperación judicial. En los demás casos es más eficaz y coherente dada la naturaleza plural y dinámica de la Unión Europea una armonización que tenga como marco de referencia principios directores: el contenido eficaz, proporcional y disuasivo de las sanciones y no su naturaleza penal. Ni la importancia de los intereses en juego, ni el grado de pertenencia exclusiva de los intereses a la Comunidad europea son en sí razones suficientes para que la Unión imponga directamente a los Estados miembros la naturaleza penal de las sanciones. Sin embargo, es evidente que estos dos factores constituyen potentes indicadores en cuanto a la necesidad de pena. Pero, una cosa es proporcionar indicios y otra es imponer obligaciones de protección penal; esto es mucho más costoso.

En caso de armonización funcional a la cooperación judicial (horizontal, entre los jueces nacionales) es necesario tener como objetivo la naturaleza penal de los delitos; esto está fuera de discusión. Cada estrategia presenta, por tanto, costos a pagar, pero estos costos son diferentes. Es necesario encontrar y elegir entonces la vía menos costosa. En cuanto a la cooperación sin armonización previa de los delitos, ella es mucho más costosa que la cooperación con armonización previa y directa de los delitos; por ello, aquella es inaceptable

(b) En cuanto a la *unificación*, ella presenta ventajas reales, pero no está exenta de puntos débiles. Éstos son de tres órdenes: políticos, político-criminales y jurídicos.

La debilidad *política* está ligada a la dificultad para los Estados de aceptar una pérdida radical de control en materia penal. Además, en ciertos sectores, la experiencia europea nos enseña que en materia de política-criminal los Estados están dispuestos a que Europa juzgue las *normas* (control de la CJCE), pero no los *hechos* regulados por estas normas.

La debilidad *político-criminal* está ligada a la hipertrofia penal y a la penalización en sentido único.

La debilidad *jurídica* se vincula con la exigencia de disponer de un sistema coherente desde su concepción y que no pierda su coherencia en el curso del paso del momento descriptivo al momento prescriptivo.

Además, el método de los pequeños pasos (o más bien “*step by step*”) en caso de unificación finalizada a la construcción de un sistema penal de cooperación vertical es muy costoso. En efecto, el paso en la misma materia de la cooperación sin armonización (integración penal indirecta a través del reconocimiento mutuo) a la armonización, para arribar, en fin, a una unificación tendría por efecto definir un campo penal sin límites y, por tanto, los costos de cada estrategia irán acumulándose de paso en paso. Es por ello que la elección de una unificación aparece *ab origine* menos costosa y, por tanto, preferible.

2. Proposiciones para minimizar los costos: algunas posibles soluciones

A partir del marco trazado es posible extraer las siguientes conclusiones.

(1) La armonización no funcional a la cooperación judicial debe hacerse desarrollando el control de la eficacia, de la proporcionalidad y de la disuasión. Ciertamente, un desafío de considerable importancia, pero sin embargo crucial para el futuro del sistema penal europeo y que exige un esfuerzo consecuente de la parte de la Unión Europea para desarrollar los instrumentos teóricos y normativos (indicadores de eficacia, sistema de control, transferencia y elaboración de datos, etc.) y para poner y hacer poner en funcionamiento bajo su control observatorios para hacer estas evaluaciones.

(2) En el caso de la armonización funcional a la cooperación judicial, si el fin es el reconocimiento mutuo de las decisiones *no hay necesidad de ampliar el campo de los comportamientos penalmente relevantes*. En consecuencia, esta armonización debe ejercer una función de disciplina y no de incriminación. Mejor: la incapacidad de esta técnica de armonización de ejercer una función de incriminación debería ser un principio clave del funcionamiento de la armonización de los delitos y de las sanciones penales. En suma, el campo penal tal como está definido por los legisladores nacionales debería ser el terreno de juego infranqueable e insuperable de un sistema de cooperación judicial basado en el reconocimiento mutuo. Se trata, por tanto, de un campo a armonizar y a recomponer, sin que sea posible, sin embargo, ampliarlo por la vía de la armonización sustancial.

Esto nos permite minimizar los costos ligados a la hipertrofia y a las funciones simbólicas en el marco de una legislación pseudo-técnica. Sin embargo, ésta no es la suerte de los costos de una penalización en sentido único y que importa la pérdida del valor relativo de la pena. Al respecto, a fin de minimizar ulteriormente los costos, la armonización de los delitos y de las sanciones penales funcional a la cooperación judicial sin la función de incriminación debería ser realizada mediante normas europeas a plazo, es decir, comprendiendo “fecha de vencimiento”. De esta manera, a la proximidad de la fecha de vencimiento los órganos europeos deberían volver a analizar las soluciones adoptadas para verificar si ellas son todavía válidas o si deben ser modificadas. El riesgo de pérdida de eficacia de las normas garantizaría la posibilidad de reconsiderar soluciones tomadas y por tanto hacer evolucionar el campo penal en ‘todos los sentidos’ y aseguraría que no se pierda de vista el valor relativo de la pena.

(3) En cuanto concierne a la unificación, en vista de reducir los costos de la hipertrofia y de la penalización en sentido único, así como las debilidades políticas y jurídicas del sistema sería necesario fundar este sistema (pienso en la razones avanzadas por Juliette Tricot en cuanto al *Corpus Juris*) en el principio de complementariedad³⁶ tal como está definido en el art. 17 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.³⁷ La jurisdicción de la Corte Penal

³⁶ Sobre el hecho de que la clave del funcionamiento de un derecho penal europeo sea la complementariedad, cfr. las convincentes observaciones de J. TRICOT, *Ministère public européen et droit pénaux nationaux (approche verticale)* cit.

³⁷ Artículo 17: Cuestiones de admisibilidad

1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:
 - a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
 - b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
 - c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20;
 - d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

Internacional es, como es conocido, complementaria de las jurisdicciones nacionales; ella es activada cuando el Procurador estima que la justicia interna no puede (política o jurídicamente) o no quiere reprimir los hechos. En este caso, corresponde a la Corte el juzgamiento aplicando el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Además, la Corte Penal Internacional debe pronunciarse y decidir sobre su propia competencia.

Ahora, desde mi punto de vista, sería posible introducir un sistema similar a nivel europeo en el marco de la construcción de un derecho penal europeo (siempre pensando en el *Corpus Juris*). El ministerio público europeo decidiría sobre la apertura de una investigación; a los jueces nacionales les correspondería el juzgamiento y a la Corte de Justicia sería confiada la competencia de decidir en cuanto a la jurisdicción. Este sistema podría minimizar los costos que han sido identificados.

En particular los costos *políticos* porque –al igual que para el Estatuto de la Corte Penal Internacional- los Estados no carecerán, en principio, de la competencia para juzgar los hechos. Sólo si el ministerio público europeo, con el aval (en caso de recurso) de la Corte de Justicia, considera que el sistema normativo nacional no ha funcionado bien (juicio sobre las normas) serían iniciadas las investigaciones (juicio sobre los hechos) por el ministerio público europeo recurriendo al *Corpus Juris*.

Del mismo modo se reducirían los costos de *política-criminal* en la medida, dado que los Estados miembros siguen siendo competentes para la prevención y represión de los hechos. Por tanto, ellos restan en principio libres de recurrir también a soluciones no penales o, en todo caso, diferentes a aquellas que están previstas en el *Corpus Juris*. Además, como nos enseña la experiencia de la Corte Penal Internacional, probablemente la mayoría de los Estados pondrán en funcionamiento, a través de la jurisdicción nacional, soluciones muy cercanas a aquellas que están previstas en el texto de referencia (en nuestro caso el *Corpus Juris*). Pues no se trata de una obligación dado que lo exigido es encontrar soluciones eficaces con el riesgo (pero también la garantía) de que en caso de ineficacia (o peor, de inexistencia), esos hechos sean juzgados en virtud de la iniciativa del ministerio público europeo con base en las reglas establecidas en el *Corpus Juris*.

En fin, esto también es verdad para los costos jurídicos, dado que en el momento de la aprobación de este texto las instancias nacionales, los compromisos y las especificidades no podrán afectarlo. En consecuencia, el texto no perdería coherencia en el momento del paso del momento descriptivo al momento prescriptivo, pues este sistema puede funcionar independientemente del rol eventualmente confiado al texto y esto por la simple razón de que el juicio sobre la compatibilidad de las soluciones nacionales con el sistema europeo será

2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

- a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;
- b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;
- c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

ejercido *ex post* por los órganos europeos (ministerio público europeo y Corte de Justicia, según mi hipótesis).