



Una aproximación al «nuevo orden penal»

Pluralismo, armonización y orden jurídico en el pensamiento de Mireille Delmas-Marty ...

Sergio García Ramírez

Revista Penal, n.º 25.— Enero 2010

RESUMEN: Este artículo es una versión extendida de la *laudatio* que realicé con motivo de la entrega de la medalla «Cesar Beccaria», de la Sociedad Internacional de Defensa Social, a la sobresaliente jurista Mireille Delmas-Marty. Esta contribución pretende ofrecer una breve noticia de la enorme e importantísima obra de la homenajeadada. En particular, se destacan los aspectos más relevantes de su trilogía: *Les forces imaginantes du droit*, y se abordan los conceptos propios de la penalista como el ‘pluralisme ordonné’, y los distintos caminos de integración, fundamentalmente dos: la ‘unificación’ y la ‘armonización’, sin olvidarse de las garantías que debe ofrecer el Derecho penal en el mundo globalizado y el papel de los jueces.

PALABRAS CLAVE: Mireille Delmas-Marty, armonización, unificación, pluralismo, internacionalización.

ABSTRACT: This paper is an extended version of the *laudatio* I presented on the occasion of the award of the Cesare Beccaria Medal by the International Society of Social Defence, to the brilliant jurist Mireille Delmas-Marty. This contribution reviews some of the most important works of the honoree. In particular, it underlines the most relevant aspects of her trilogy: *Les forces imaginantes du droit*, and deals with concepts that are central to her thinking, such as ‘pluralisme ordonné’, and the different paths towards the integration, essentially two: ‘unification’ and ‘harmonization’, without forgetting the guarantees that Criminal Law must provide in the globalised world and the role of the judges.

KEY WORDS: Mireille Delmas-Marty, harmonization, unification, pluralism, internationalization.

CONTENIDO: 1. Presentación. 2. Del individuo al mundo. 3. Panorama jurídico. 4. Universalismo, pluralismo, valores comunes. 5. Los diversos caminos. La armonización. 6. Función ética del Derecho penal. 7. Espacio y tiempo. 8. Reconstrucción de los poderes. 9. El papel de los jueces. 10. El margen nacional de apreciación. 11. Perturbaciones del ámbito penal y política criminal. 12. Ideología y organización de las respuestas. 13. Corrientes enfrentadas. 14. La armonización penal. «Hipótesis de una mutación epistemológica». 15. La «guerra contra el crimen». 16. Conclusión

1. Presentación

Preparé este artículo, que pretende ofrecer una breve noticia de su materia, con motivo de la entrega de la medalla «Cesar Beccaria», de la Sociedad Internacional de Defensa Social, a la sobresaliente jurista Mireille Delmas-Marty. En mi *laudatio* señalé el reconocimiento que merece quien ejerce justicia y se vale para ello de un emblema bajo el que sigue militando el mundo, o al menos su sector más comprometido con el ser humano. Ejerce justicia la Sociedad Internacional de Defensa Social, que

preside Luis Arroyo Zapatero, y lo hace al dar el emblema a la profesora Delmas Marty.

Enhorabuena por todos: la Societé, su Presidente, la profesora Delmas-Marty y el propio Beccaria, a un par de siglos de su obra magnífica y a otro u otros —¿quién lo sabe?— de que el sueño beccariano ilumine al mundo, sin salvedad de región ni excepción de materia. Y enhorabuena, por supuesto, para la honorable Cámara de los Diputados de España, que ofreció a ese acto la hospitalidad de su recinto y la respetabilidad de su ejercicio democrático, reconocido en ambos lados del Atlántico.

Ya diré lo que ha tenido y tiene a la vista Delmas Marty, en la forja de su obra. Antes mencionaré lo que pobló la mirada y la intención de Beccaria: «el farrago voluminoso de libros preparados por oscuros intérpretes sin carácter oficial» al que Europa tributaba el nombre de leyes; la profusión de la tortura, a la que Pedro Verri había dedicado unas *Osservazioni* que calaron en el ánimo de su contertulio; y el espectáculo de la muerte punitiva: había en Milán —se dice— hasta seis ejecuciones por mes. Desde su propio observatorio, Beccaria debió elevar las reflexiones sobre dos estímulos: la norma y la vida, depositadas en un solo paisaje.

Desde ahí había que construir. Y se ha hecho, pero no concluído; no, por lo menos, de manera que podamos instalar a Cesar Bonnesana en el pasado y cerrar la puerta en definitiva. Para hacerlo deberíamos contestar primero algunas preguntas: la pena de muerte, ¿se ha abolido? La tortura, ¿ha cesado? La prevención del delito, ¿ha logrado sus objetivos? Los procesos penales, ¿son ejemplo de civilización y justicia? La pena, ¿sirve a los fines que la justifican? La impunidad, ¿quedó en el pasado? La igualdad ¿prevalece en las instancias de la justicia? Si no son positivas todas las respuestas, Beccaria pasa el *test* de contemporaneidad y se convierte en un preocupado ciudadano de nuestro tiempo.

Vayamos a Mireille Delmas-Marty, francesa y universal: reconocida bajo ambos conceptos, que sugieren una sola patria. Cuenta con numerosos títulos para acreditar una larga, fecunda trayectoria: docente en Lille II y Paris XI y I; doctora *honoris causa* y profesora visitante en numerosas universidades de Europa, Asia y América —América Latina, Estados Unidos, Canadá—; miembro del Instituto Universitario de Francia y de la Academia de Ciencias Morales y Políticas; Directora de la Sección de Ciencia Criminal del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Panthéon-Assas (Paris 2); Vicepresidenta de la Asociación Internacional de Derecho Penal y de la Sociedad Internacional de Defensa Social; electa al Collège de France, donde ocupa —desde 2002— la cátedra «Estudios jurídicos comparados e internacionalización del Derecho».

Ha sido o es investigadora en la Escuela de Altos Estudios y Ciencias Sociales y la Asociación de Investigaciones Penales Europeas, creada por ella, así como en la Unidad Mixta de Investigación de Derecho Comparado de la Universidad de Paris 1, que estuvo a su cargo; Directora de la *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, miembro del comité de redacción de diversas revistas jurídicas, francesas e internacionales; y participante en misiones y comisiones de expertos: así, para la revisión de la Constitución, la reforma del Código Penal, el proyecto *Corpus Juris*, el comité de supervisión de la Oficina contra el fraude. Tratadista infatigable, fecunda, con pensamiento poderoso y estilo impecable, influyente en la formación y el desarrollo de catedráticos e investigadores, tiene en su haber obras individuales y colectivas, apreciadas, leídas y seguidas por innumerables colegas y alumnos. En este artículo citaré varios libros y artículos que le debemos.

La mayor parte de su obra se dedica a la teoría del derecho, la política criminal, el derecho comparado, los derechos humanos, el derecho internacional penal. Su raíz europea le lleva a ocuparse, con énfasis, de este continente: no sólo su derecho; también otras cuestiones sobresalientes, de cultura, sociedad y política. Pero no se confina, si discurrir sobre Europa fuera confinarse. Quienes poseen vocación, temperamento, destino universales tienen múltiples raíces, hundidas en tierras diversas: su unidad se halla en el único mundo que las congrega y alimenta. Nuestra jurista navega en todas direcciones de la geografía y el pensamiento. Son admirables sus exploraciones de la vida y el orden del Oriente —China, sobre todo— y del mundo islámico: «tradiciones antiguas y esenciales», califica. Es la consideración del «otro derecho», que lo es del «otro individuo», para emplear las palabras de Manacorda. Agréguese: América Latina. En México —quiero y debo destacarlo— nos hemos beneficiado con su visita y su enseñanza. En nuestras publicaciones figuran su nombre y su cátedra.

2. Del individuo al mundo

Mireille Delmas-Marty ha ilustrado sus trabajos y sus días con la construcción de una doctrina rigurosa, que ahora prosigue desde su cátedra en el Collège de France. En los cursos reúne y perfecciona hallazgos y propuestas. Ha observado el desarrollo de la norma y la vida en el curso de una época intensa, y lo recibe en el panorama de nuestro tiempo. Para armar sus reflexiones filosóficas, históricas, políticas, jurídicas, gusta de las invocaciones estéticas, particularmente las pictóricas, como se observa en su prospectiva del procedimiento penal en Europa, al recibir el *doctorado honoris causa* de la Universidad de Urbino. Y en la portada de *Les forces imaginantes du droit* (título de una serie estupenda, que agrupa varias obras) figura —yo diría que como divisa, o como raíz y destino— la pintura de Vieira da Silva: *El camino de la sabiduría*. Tomo ese gusto —que es testimonio de la vocación de unir elementos diversos y dispersos en un orden natural y factible— como un salvoconducto para valerme, yo también, de una imagen: *El grito*, de Edvard Munch.

Munch resume al hombre en un gesto angustioso. Pero el grito —más que eso, el aullido sobrecogedor y magnífico, que parte de la soledad profunda— puede ser proclamación y convocatoria. Alerta e incita. Alerta desde el desierto, que es abandono y silencio; e incita hacia el firmamento, que se escala en solidaria compañía, con pasos sucesivos y dispuestos —ordenados: *ordonnés*— a un destino. Andar en el proyecto, en el tiempo, en el espacio; en suma, historia construida y compartida, que gestará otra experiencia depositada en un paisaje distinto. En éste aparecería la humanidad —sin diluir al hombre— y el grito sería coro: clamor y armonía.

Digamos que así se transita, congregando y ordenando los elementos, del individuo al pueblo, de éste a la nación, de aquí a la región y de ella al mundo. Para emprender y culminar la travesía —pero sabemos que nunca culmina:

sólo progresa— habría necesidad de fuerzas de imaginación —*les forces imaginantes*, como las del intelecto, que invocó Bachelard, a quien menciona Delmas-Marty—; fuerzas que abrieran el cauce, mediaran entre el relativismo y el universalismo, y auspiciaran el pluralismo con orden que permite cumplir ambos destinos: el propio y el de la especie. Uno se explica con el otro: o van juntos, o no va ninguno. De ello provendría un nuevo humanismo, «más allá de las conmociones actuales, si el derecho internacional se nutre de la historia y del derecho comparado, y si el método comparado integra los avances del derecho internacional».

3. Panorama jurídico

Hasta aquí la pintura. Veamos la otra versión, que pone las cosas en las palabras a las que estamos acostumbrados. ¿Cuál es el paisaje bajo la mirada de Mireille Delmas-Marty? ¿A partir de qué experiencia acuñada, personal y universal, se propone construir una nueva experiencia, en sus propios pasos sucesivos, que son reconocimiento, indagación, reflexión y sugerencia? Dice: «Lo que domina el paisaje jurídico, en este inicio del siglo XXI, es lo impreciso, lo incierto, lo inestable».

En un trazo rotundo contrasta el ideal —que ha parecido ilusión— y la realidad estricta. De la *Civitas maxima* de Vitoria en el siglo XVI al cosmopolitismo de Emmanuel Kant, al «derecho común de la humanidad civilizada» en el alba del siglo XX y al universalismo de los reformadores chinos —cuyo pensamiento conoce Delmas Marty— el sueño de la unidad jurídica mundial ha cruzado los siglos y las culturas. Ahora bien, la circunstancia —habla de 2005, pero no pierde vigencia en 2008— no «invita al optimismo, sino condena a la modestia. Prevalece el gran desorden de un mundo excesivamente fragmentado, casi dislocado por una mundialización anárquica, y demasiado pronto unificado, incluso uniformado, por la integración hegemónica que se realiza simultáneamente en el silencio del mercado y con el fracaso de las armas».

En definitiva, ni el derecho ha desarmado a la fuerza, ni ésta ha impedido la expansión del derecho. En esa coyuntura aguarda la oportunidad. El panorama variado y encrepado propone —ha dicho nuestra autora— «reemplazar la demagogia de la simplicidad por una pedagogía de la complejidad», lección aplicable, por supuesto, a todas las incursiones que hace sobre los temas de su meditación. Desde luego, sobra preguntarse si se está a favor o en contra de la mundialización del Derecho: «ésta es un hecho; el Derecho deviene mundial».

4. Universalismo, pluralismo, valores comunes

Una tensión primordial atraviesa las reflexiones de Mireille Delmas: lo relativo frente a lo universal. Aquélla se localiza en la denominación de la cátedra que profesa en el Collège de France: «*Estudios jurídicos comparados e internacionalización del derecho*». El universalismo oscila «entre la razón y la fe, la demostración y la revelación».

Señala un objetivo y un camino, aunque no compromete un «contenido normativo preciso y estable».

He ahí el cimiento del Derecho del porvenir, que se ha venido erigiendo o intuyendo o preparando desde todo el pasado. No ignora Delmas-Marty que hablar de «valores comunes de la humanidad» puede resultar «provocador o ingenuo» en un «momento en el cual parece renacer el fanatismo». Este reduce la visión del mundo a una «guerra sin misericordia entre el bien, identificado con una civilización, y el mal, identificado con otra. El porvenir se anunciaría como un choque de civilizaciones, evidentemente contrario a la idea misma de valores comunes».

Delmas-Marty se pregunta cómo concebir una comunidad de valores que consagre el pluralismo proclamado por la Declaración de los Derechos del Hombre, de 1948, asegurando al mismo tiempo el respeto a la diversidad cultural acogido por la Convención de la UNESCO sobre esta materia, de 2005. Halla una vía para la respuesta en lo que denomina las «prohibiciones fundadoras»: la «mayoría de las comunidades jurídicas —recuerda— se establecen en torno a determinadas prohibiciones, a la vez simbólicas y jurídicas». Las generalizadas prohibiciones representan «un esfuerzo por traducir la indignación en un lenguaje que posea significado común». Manifiestan la forma en que «cada comunidad se representa la vida y la muerte, el poder, el sexo, e incluso la apropiación y la distribución de bienes». Ahora bien, las prohibiciones, universales o universalizables, se ven relativizadas, en alguna medida, por justificaciones de origen nacional.

En el panorama jurídico difícilmente habría un dato más universal que los derechos del hombre. Se produjo una «revolución copernicana» cuando pudieron ser invocados ante un tribunal internacional: «el derecho ya no gira en torno al Estado, sino alrededor del hombre». Delmas-Marty explora largamente la aportación de los derechos humanos al universalismo y no menos la prestancia, diligente y jactanciosa, del mercado sin fronteras, en el marco de la *lex mercatoria*, la *ley electronica* y la *lex economica* que proponen sus reglas y sus imperios. La globalización económica «tiende a una uniformación de tipo hegemónico», en tanto la universalización de los derechos humanos toma nota de las particularidades culturales. Digamos, por otra parte, que los derechos humanos acotan y contienen al Estado, trabajosamente; la economía lo desborda y condiciona, acaso con menor esfuerzo.

Un concepto dominante en el pensamiento de Delmas-Marty es el «pluralismo ordenado»: reconocimiento de lo diverso y orientación del conjunto por cierto camino —o ciertos caminos— y con un designio. A la vista de la dispersión y la incertidumbre, que anuncian confusión y disputa, Mireille Delmas ha sostenido la razonable cruzada del pluralismo. Una suerte de sinfonía en la que participan todos los instrumentos, animosos y distintos, sin exclusión ni tiranía: la vista fija en la partitura y el oído atento a la armonía. «Mantener una separación sin imponer la fusión, y por lo tanto construir cada cosa como un orden, o un espacio ordenado: esta podría ser la respuesta a la complejidad jurídica del mundo». Difícil tarea para el jurista,

habitudo a las fórmulas invariables; ciertas y fijas; difícil, pero inevitable. Por ahí se escapa de «la doble amenaza de un orden hegemónico o un desorden impotente».

Pluralismo ordenado es, por supuesto, pluralidad activa: movimiento, no contención; pretensión de futuro, no anclaje al pasado. Digamos, en este sentido, que lo preside el entusiasmo y prescinde de la nostalgia. Delmas-Marty se vale del recuerdo que conserva de un viaje a China: «turista disciplinada» —dice—, contempló las nubes grabadas en la piedra sobre los caminos de la Ciudad Prohibida y el Palacio de Verano: «nubes obedientes a la voluntad imperial de un orden inmutable». Cuando empleó por primera vez la figura de las nubes para imaginar un derecho común pluralista, omitió mencionar —pero lo haría en el postfácio de su libro *Pour un Droit commun*— que si bien «las nubes inmóviles de la Ciudad Prohibida tienen el mérito de subrayar la pluralidad de modelos para un futuro orden jurídico mundial», es preciso ponerlas en marcha. Para ello es menester la articulación, más necesaria que nunca, entre el Derecho y la política. La transformación del orden jurídico nacional en un orden regional, primero, y mundial, más tarde, no corresponde sólo a los juristas; puesto que «apela a la voluntad, supone el retorno a la política».

En este marco se habla del hombre, de la región, de la sociedad, del mundo. El siguiente paso es la humanidad, que ya ocupa un sitio entre los personajes de nuestro derecho. Aporta un «universalismo ontológico». Tiene su acta de advenimiento, para nuestros fines, en el derecho de la guerra. El crimen contra la humanidad —una invención reciente, señala Delmas-Marty, tomando los términos de Michel Foucault en su expresión sobre el hombre como «invención reciente»— rescata para aquélla la condición de víctima, que es una inquietante manera de presentarse en la escena; pero la nueva entidad jurídica no desvanece ni absorbe al individuo: queda bajo resguardo «la singularidad de cada hombre y su pertenencia igual a la comunidad humana». Aquel concepto entraña, pues, un doble significado: comunidad-valor y comunidad-víctima.

5. Los diversos caminos

Hablaremos —y hablamos ya— en los términos de una gramática común emergente, aunque no lo hagamos en un solo idioma. Si ocurre aquello, esto no será necesario. Los caminos son múltiples; algunos, más transitables; otros, más arriesgados. Uno de esos caminos, que no es verdadero pluralismo, supone la «mera extensión de un sistema con vocación hegemónica». Es un trasplante. Habría que preguntarse en qué consiste la vocación hegemónica y también cuántos avocados a la hegemonía circulan por el mundo; si son varios (o cuando lo sean), ya no habría verdadera hegemonía. La doctrina del destino manifiesto se dispersaría. Sería, más bien, una doctrina de los múltiples destinos, más o menos manifiestos, con el peligro de colisión devastadora entre los aspirantes a la rectoría del mundo. Delmas-Marty examina esta variedad de actores. He aquí una razón más para insistir en el pluralismo ordenado.

También se halla franca la puerta de la hibridación, «cruce de elementos o sistemas dispares», que no se consuma en la yuxtaposición; supone un «verdadero trabajo de composición que implica la búsqueda de una síntesis, un equilibrio». Así se observa —señala Delmas-Marty— en el ámbito del enjuiciamiento penal, un viejo espacio en el que florecen las novedades, a escala nacional y mundial.

En otro camino se discurre al amparo de la armonía: «armonización» de los sistemas. Esta palabra —recuerda Mireille—, posee resonancias musicales, de un antiguo tiempo en que las leyes se asociaron al canto y a la poesía. Pero el dominio del Derecho no es el imperio de la música. El legislador no se resigna a reunir tradiciones que percibe contrarias e incluso enfrentadas. Sin embargo, «el pluralismo implica que la mundialización del Derecho no se debiera hacer en favor de un solo sistema, sino con el concurso de diversas tradiciones».

Es relevante tomar en cuenta la investigación cumplida en torno a la armonización en materia penal —con la descatalogada intervención de la profesora Delmas—, que, a partir de ciertas hipótesis de trabajo y del cuidadoso examen de sectores relevantes en los que se ha emprendido la interacción entre sistemas penales, arriba a conclusiones orientadoras y ensaya la construcción de una teoría de la armonización penal. Opto por referirme a este tema *infra*, 14, en el contexto de los apartados que dedico a los movimientos en el ámbito de la persecución penal y a la política criminal.

La construcción europea, solidarista, «prefigura una nueva concepción del orden jurídico mundial futuro». Europa es —en palabras de Delmas-Marty— un «laboratorio de la globalización» —tema de su curso de 2008 en la Universidad Libre de Bruselas—, después de haberlo sido del nacionalismo jurídico en el siglo XIX. De este laboratorio se harán muchas exportaciones, como de acá —el resto del mundo— se han hecho otras tantas, de diverso signo, hacia Europa. Hubo, hay y habrá sugerencias que crucen, en ambos sentido, el mar que nos une; correspondencia de hallazgos y propuestas. La profesora observa, sin embargo, que los desarrollos europeos no son trasplantables, sin más. Derivan de condiciones propias de Europa y de su historia. Hay que retener, entre otras, una: deslinde entre subordinación y consentimiento. El «abandono parcial de la soberanía es el que caracteriza a una comunidad de Estados, no el que pudiera aplicarse a vasallos sometidos a leyes imperiales».

6. Función ética del Derecho penal

Aquí podemos atraer otra reflexión de la profesora Delmas-Marty: el papel ético del derecho penal en nuestra hora; en otros términos, el «derecho penal como ética de la mundialización». La profesora considera que el Derecho penal «entraña una dimensión ética que podría contribuir a (...) zanjar la contradicción entre globalización económica y universalismo de los derechos del hombre, y más ampliamente, a reordenar los poderes entre lo político, lo económico y lo jurídico».

Los optimistas —cito las palabras de Delmas-Marty— «piensan que el derecho penal mundial va a tener la vocación de expresar el surgimiento de una comunidad mundial de los valores». Pero no se trata de una situación al alcance de la mano. Es «nuestra obra, de hoy y de mañana». Expresará, con el estilo propio del derecho punitivo, las convicciones, las admisiones y los rechazos del pluralismo finalmente ordenado, los acuerdos paulatinos entre el relativismo y el universalismo, el punto de convergencia entre los hombres: nosotros y los otros, que son, para ellos mismos, también nosotros. La profesora Delmas-Marty se vale de una fórmula negativa —que enfrenta menos escollos que una positiva, imprecisa o cuestionable— para extraer el dato irreductible del ser humano: trabaja sobre las prohibiciones: crimen contra la humanidad y tratos inhumanos o degradantes, reverso de los derechos del hombre.

Es por eso que la creación de la Corte Penal Internacional constituye un acontecimiento de extraordinaria relevancia. Se instala sobre el ordenamiento que enuncia los crímenes más graves. Y «es sancionando las prohibiciones como una comunidad construye una identidad y una memoria común». A falta de un orden mundial, que aún no existe, «la función esencial de la justicia penal internacional sería, esclareciendo la opinión pública, convertir la condena en la instauración de un orden futuro». Este proceso apenas inicia. Milita «a favor del derecho contra la fuerza» y se realiza solamente cuando «la fuerza no es demasiado fuerte». Esto conduce al debate en torno a la fuerza del derecho.

7. Espacio y tiempo

Los cambios tienen algo más y mejor que espacio y tiempo; poseen «su» espacio y «su» tiempo. Y si no lo poseen, lo pretenden y hasta lo vengán. Ignorarlo es poner en riesgo la arquitectura naciente. El tiempo, como sabemos, se venga de lo que hacemos sin tomarlo en cuenta. Andar a empellones genera costos elevados, a veces impagables. Para advertirlo, rescata la tratadista una figura del arte: la alegoría que luce, ufano, el Palazzo Pubblico de Siena. Ahí conviven la Justicia y la Mesura, como traduzco *Tempérance*. Se hallan una al lado de la otra, en amistad y compromiso; se diría que con una suerte de recíproca dependencia. Asociar lo justo y lo oportuno es andar en el filo de la navaja.

Acuden a la justicia solicitudes impecables que argumentan razones de fondo. Instan la celeridad en el cambio. Pero la premura, convertida en precipitación o ligereza, desatendería las razones de forma —que también existen—, arruinaría el intento y restablecería, con el rechazo, la injusticia más completa. Por eso la profesora acude a un concepto «desacostumbrado en el campo jurídico: policronía, diferenciación en el tiempo, que consiste en admitir que los dispositivos jurídicos se pueden transformar con velocidades distintas». Hay, en suma, un *tempo* nacional.

Nadie dicta la velocidad a nadie, aunque puede favorecerla. Ni se impone la locomotora poderosa, que des-

carrilaría el convoy, ni se atrasa la marcha de todos por los achaques de alguno. Pero esto no significa, advierte Delmas-Marty, que la fórmula de «múltiples velocidades» desemboque en una concepción de velocidad «a la carta». Para evitar ese efecto perverso, el marco jurídico debe prever tanto las condiciones de la habilitación como los efectos de la anticipación. Se privilegia una suerte de «cinética jurídica». Hay que combinar los ritmos y las energías conforme a las características de cada sociedad; si la evolución es demasiado lenta, el conjunto extravía el curso y pierde su autonomía normativa, y si es excesivamente acelerada, produce distorsiones.

8. Reconstrucción de los poderes

La jurista pone énfasis en la necesidad de reconstruir los poderes. Esta es otra idea central. Todo se halla en reconstrucción, y podríamos añadir: todo «se halla» en la reconstrucción. Invoco esta idea —«hallarse»— bajo una doble acepción. Por una parte, quiero decir que todo discurre; por la otra, deseo señalar que todo se encuentra, finalmente, a sí mismo. Si esta reconstrucción campea donde quiera ¿por qué no en los poderes, agentes de la autoridad, de la conservación o del cambio, que facilitan la vida o se le oponen con obstinación?

Claro está que hablar de poderes es referirse al Estado y a la sociedad, pero no sólo en sus versiones domésticas, enclaustradas, sino en las más amplias, las exclaustradas: los poderes que abrazan el mundo y llevan adelante, con este abrazo, su propia dialéctica. «Es preciso, entonces, inventar un plan mundial de estructuras democráticas, es decir, no solamente instituciones para ejercer los poderes (ejecutivo, judicial, legislativo), sino también una sociedad mundial». En este campo se situarían tanto los actores institucionales como los actores de otra condición: económicos y cívicos, por un lado, y científicos, por el otro. En este mundo ideal, «la sabiduría (*savoirs*) inspiraría a la voluntad (*vouloirs*), propiciando la racionalidad de las selecciones, y la voluntad inspiraría a los poderes, organizándolos y legitimándolos, en contraste con los frecuentes fenómenos de autorreproducción y autolegitimación».

Así se reinstituyen los poderes para dar paso a una «gobernanza mundial que implica, de una vez, repensar las funciones tradicionales, racionalizar la dispersión de competencias y resolver las tensiones reencontrando la brújula que oriente». En la visión postmoderna del orden jurídico —una visión no euclidiana— el Estado no es el único señor a bordo —en términos de J. Chevallier—, e incluso cabe preguntarse, bajo el embate del orden, el espacio y el tiempo, que se sustraen de las manos del Estado, si existe un señor a bordo y quién es él.

9. El papel de los jueces

Delmas-Marty, que desarrolla la estática y la dinámica de los poderes, tiene una mirada especial para el poder jurisdiccional, como prefiero llamar al judicial. En el nuevo juego de reconstrucción y relación, accidentada y novedo-

sa, cumplen un papel de primer orden los magistrados y la magistratura, de variados orígenes, diversas dignidades, distintas competencias y majestades. Distingo aquellos de ésta para separar la función del funcionario: la atribución, del hombre que la ejerce. En ambos hay luces y sombras.

También en este sector hay novedades funcionales, jurídicas, políticas, que están reconfigurando el orden mundial y abriendo vías para la composición del futuro. El antiguo Derecho español —que recibimos en América— hablaba del juez como «hombre bueno puesto para hacer justicia», anticipación ibérica del *bon juge*. Creo que la misión no ha variado, o no debiera; sólo que ahora la bondad puede tener otras inflexiones; y la justicia atiende a normas, realidades y expectativas que no hicieron acto de presencia en las Siete Partidas.

Hoy, los juzgadores son intérpretes —más aún, creadores— de un doble orden cruzado. El juez nacional, de antigua estirpe, y el juez internacional —o supranacional—, de más reciente fecha, primero se vieron de reojo, con recelo. Hubo quienes aguardaban un reflujo, casi un milagro, que detuviera la navegación, incómoda y forzada. Ahora, en cambio, se aproximan uno a otro, con cautela y periódicas resistencias. Delmas-Marty, que dedica a esta cuestión muchas páginas sugerentes y bien provistas, señala que por una parte los jueces nacionales devienen «guardianes del Derecho internacional»; «se internacionalizan» por la aplicabilidad directa del Derecho internacional y la extensión de su competencia nacional; y por la otra, los internacionales adquieren rasgos de los jueces internos a medida que su competencia se extiende sobre actores privados (delincuentes o víctimas) y al paso que ganan autonomía, liberados de los métodos de interpretación del Derecho internacional general.

Esta dinámica que reconstruye la figura y la misión de los magistrados, esta confluencia cada día más visible y eficiente, contribuye, bajo ciertas condiciones, a «integrar y conciliar los múltiples conjuntos, nacionales e internacionales, concebidos a partir de modelos diferentes». Tenemos a la vista un nuevo favorecimiento de la interacción, que ahuyenta el aislamiento. En efecto, «ni los gobiernos de Estados ‘independientes’, ni los legisladores de parlamentos ‘soberanos’, ni los magistrados de cortes ‘supremas’ pueden ignorar totalmente la existencia de otros conjuntos jurídicos, nacionales, regionales e internacionales». Este es un dato del presente. Más todavía, es un factor del futuro, que comienza a fluir bajo nuestros pasos. Pierden presencia las antiguas jerarquías, reordenadas en el mundo moderno. Recuerdo la expresión de un respetable presidente de Corte Suprema en un coloquio de juzgadores nacionales e internacionales en el que participé durante mi desempeño como Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ya no somos cortes «supremas».

Quedó atrás la idea del juzgador como «boca que pronuncia las palabras de la ley». Fue superada por la necesidad, la razón y la experiencia. Prevalece otro concepto, sobre todo en las jurisdicciones constitucionales. En éstas, la palabra del juez integra la ley. La Constitución —se aseguró, con expresión que hizo camino al andar— dice lo

que dice la Suprema Corte de Justicia. Alguna vez escuché una expresión semejante en otros labios: «El principio de legalidad penal es lo que nosotros decimos que es». Inquietante traslado, más mayestático que racional. Esta afirmación pone en el centro del debate la misión del poder jurisdiccional, sus razones y sus fronteras, y resuena sobre los grandes temas de la democracia y la representación popular. Estos suponen un sistema de control que culmina, por alguna vía, en la soberanía del pueblo.

Los jueces dialogan. Después de cultivar la distancia, y cosechar de ella, hemos aprendido el juego de la cercanía. Hay un método: el diálogo, que se practica con creciente frecuencia. Diálogo en coloquios o en intercambios jurisprudenciales —tomar y dar, disipando la reticencia— que van formando una red de conceptos comunes, a partir de valores compartidos. Gramática del presente. Delmas-Marty provee un ejemplo sobre el diálogo: la pena de muerte; sea desde la perspectiva de su legitimidad y su eficacia; sea desde el observatorio del enjuiciamiento, que suscita menos problemas.

Doña Mireille recuerda que en este diálogo tuvo un parlamento inicial la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al través de su *Opinión Consultiva 16*, de 1999, anterior a los casos *La Grand* y *Avena*. Lo hizo en forma explícita, para emplear la calificación que utiliza, con razón, la profesora francesa. Llegaría más tarde la Corte Internacional de Justicia, y alguna vez llegarán —supongo y espero, como lo hacen muchos otros: con paciencia— los tribunales que aún observan y dudan.

Si todavía hay mucho que decir sobre el alcance del poder jurisdiccional como activo —o activista— conductor de la república nacional, que pareció reservada a la asamblea de los ciudadanos o al Constituyente formal, no es poco lo que está pendiente cuando se trata de la república universal, o más modestamente, de la república regional, si se me permite emplear estas expresiones. ¿Quién custodia al custodio? Por ahora, sólo la razón...y la fuerza de los hechos. Delmas-Marty observa: las jurisdicciones internacionales ejercen control sobre las instancias mundiales de las que toman su origen.

No resisto —aunque de ninguna manera comparto— la comparación que se podría hacer con el aprendiz de brujo. Supongo que en esto pensaba el decano Garbonnier cuando decía con gracia, indica doña Mireille: «el Tribunal de Estrasburgo se ha levantado de su lecho, la dificultad está en que no vemos la forma de volverlo a acostar». No es imposible que en esta dinámica —reflexiona la autora de *Les forces imaginantes*— el «derecho acabará por enfrentarse a la democracia».

No puedo detenerme ahora en el examen de los quehaceres judiciales que contribuyen al orden internacional. Desbordaría el espacio de este artículo y la competencia de su autor. Sólo mencionaré la fuerza que ese orden recibiría de una más amplia —pero serena y cuidadosa— invocación del *jus cogens*. Delmas Marty examina su diversa recepción en la jurisprudencia internacional. Algunas jurisdicciones, entre ellas la Corte Internacional de Justicia, han sido cautelosas; otras, no. Entre las que

han abordado el tema se halla el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, en el caso *Furundzija*.

No olvidaré mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha caminado en esta dirección con paso diligente, arrojando, por supuesto, las consecuencias. Formuló reconocimientos —no me atrevo a decir declaratorias— acerca de la existencia de *jus cogens*, por ejemplo en torno a la tortura y a los tratos crueles, inhumanos y degradantes, proscritos por las normas imperativas en el sentido del Convenio de Viena; y al principio de igualdad y no discriminación, que sustenta «el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico», dijo el tribunal interamericano en su *Opinión Consultiva 18*, del año 2003. No olvidemos, sin embargo, las recientes tentaciones de «justificación» —por supuesto, es un decir— de la tortura, a título de respuesta nacional bajo el nuevo paradigma de la «guerra contra el crimen», asunto que *infra* mencionaré de nuevo, al ocuparme de la política criminal.

10. El margen nacional de apreciación

Asida a la convicción de un pluralismo ordenado, la profesora Delmas-Marty examina un dato prominente del orden plural, «inventado a propósito de los derechos del hombre»: el margen nacional de apreciación. Este da color doméstico —regional, inclusive, cuando se trata de cotejar la región con el mundo— a las normas pensadas y emitidas para todos. Por esta vía se reserva a cada Estado «una suerte de derecho a la diferencia», y por lo tanto, se franquea la puerta al relativismo. La «ambigüedad», que milita en esta dirección, se desprende de la estructura misma de la Convención europea.

Véase —dice la autora, para ilustrar sus afirmaciones— la enseñanza de Paolo Uccello con sus tres presentaciones de la batalla de San Romano: «la pluralidad en las líneas de la perspectiva, lejos de introducir desorden, crea una dinámica para el propio espectador». El margen nacional —señala la tratadista— es «la llave principal del pluralismo ordenado». Expresa la dinámica centrífuga y reconoce sus límites. Trabaja donde se citan y concilian —si pueden hacerlo— los vientos y las mareas.

Los favorecedores de la doctrina del margen de apreciación acaso probablemente dirían que erraría la navegación, contenderían los tripulantes, se desharía la armada si hubiese un solo modo de entender y aplicar la norma. Por ello Europa ha construido esa doctrina. Se entiende que «los Estados se hallan, en principio, mejor colocados que el juez internacional para determinar el sentido de las limitaciones (a los derechos humanos) fundadas en motivos de interés público». El juicio en torno al margen de apreciación descansa en «una exigencia de proximidad» entre la norma general y la solución específica. Ahora bien, no se puede ignorar que este margen de apreciación —una técnica jurídica— trabaja en el espacio más delicado, donde la rasgadura costaría la vida o desharía la historia, lanzando por la borda los derechos humanos. De ahí que la tratadista

prevenga contra el «uso arbitrario del margen nacional» e inste al juzgador a razonar con rigor las opciones que sostenga, es decir, a «incorporar la razón» en la decisión.

En fin de cuentas —o en el inicio de éstas— la profesora se esmera en precisar el alcance, el matiz, los linderos del concepto, que sugiere «cierta posibilidad de apartarse de algo, beneficiarse con cierta latitud», pero también contiene la idea de mesura». El «alejamiento está limitado». En suma: latitud y mesura para aproximar entre sí las políticas estatales sin unificarlas. Es notorio que varios instrumentos incorporan elementos similares. Lo hacen cuando hablan de lo «razonable» o lo «aceptable», e incluso cuando se refieren a las condiciones propias de una sociedad democrática.

Esos datos, que provienen de la *common law*, «demandan una confianza en la prudencia de los jueces y en su autodisciplina. Pero esta confianza —sigue diciendo la profesora— se la concedemos más gustosamente a los jueces nacionales que a los internacionales, que son vistos como extranjeros». En este punto hay experiencias diversas, que agregan puntos a la agenda. Debo decir que la jurisprudencia de la Corte Interamericana —que navega sus propias aguas territoriales— no ha acogido el margen nacional de apreciación.

11. Perturbaciones del ámbito penal y política criminal

Por supuesto, en la obra de la jurista francesa destaca «el conjunto de procedimientos por los que el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal», al que llamamos política criminal. No se trata, por cierto, de un segmento, un capítulo en su reflexión. Esta discurre siempre —explícita o implícitamente— por la política criminal, aunque también alcanza otros espacios. Viaja en círculos concéntricos, con vuelo muy alto y giros muy amplios, que abre o cierra, concentra o dispersa en la inagotable continuidad de su meditación.

Aborda la política desde la perspectiva de la ciencia y la sugerencia: ella quizás diría, como lo hace en otros casos: *savoir et vouloir*, saber y querer, sabiduría y voluntad: ambos indispensables, porque la ausencia de alguno condenaría el esfuerzo a la infertilidad. Ya hemos visto y sufrido condenas de esta naturaleza, que ahora mismo se están fraguando. La profesora Delmas-Marty cultiva la política criminal como estudiosa excepcional; y la impulsa a través de su participación en órganos y comisiones que suponen una cabeza de playa, dicho sea en términos de contienda Enorme, complejo, movedizo conjunto de procedimientos. Hoy reclaman atención preferente.

En la base de esta afirmación se hallan «las perturbaciones en el ámbito penal», que no son, por fuerza, calamidades, sino a menudo variaciones, alteraciones, curso regular del agua, nunca la misma, que pasa bajo el puente. Delmas-Marty propone un catálogo, que analiza con lucidez. Es, así lo entiendo, sólo una muestra que no agota la infinidad de los hechos en constante transformación. Es una «estática», barrida todos los días por la novedad, que es «dinámica» y vocación, única presencia con signo de perpetuidad.

Se multiplican las incriminaciones, se desindividualizan las responsabilidades, se diversifican las penas. Y las consideraciones del tiempo que pasa y del espacio que cambia ocupan trincheras en la definición del presente y la formulación del futuro. Las perturbaciones del orden penal se hallan en toda la línea del horizonte: unas, visibles, como remolinos superficiales; otras, presagiosas de movimientos más extensos y subterráneos; íntimos apremios en la hondura de la tierra: su tierra. La palabra crisis se «lanza como una convocatoria». En este ámbito surgen fuentes, expresiones, recepciones de la materia penal —no necesariamente tipos y penas— en instrumentos cada vez más numerosos y menos formales, sustraídos al rito formativo que aostumbramos. Los estándares coexisten con los códigos. Es inevitable: de lo contrario el agua incontenible rompería la cortina de la presa.

Al ocuparme alguna vez de estas cuestiones, bajo una vela menos luminosa que la que enciende Delmas-Marty, he aludido al desarrollo de las decisiones políticas penales fundamentales (expresión que empleo a imagen de las grandes decisiones alojadas en la Constitución): la naturaleza y el alcance del delito, del delincuente, de la consecuencia, del método para identificar aquéllos y definir ésta, y del estilo con que se ejecuta la consecuencia. Un circuito completo que se asemeja a las ciudades febriles de las repúblicas confusas: se halla siempre en reconstrucción. Las sociedad y el Estado se pronuncian sobre los eslabones de la cadena. El pronunciamiento define la calidad de cada uno y su talante profundo: democrático o autoritario.

En suma, propone la profesora Delmas, las perturbaciones determinan la «necesidad de un campo de observación más amplio y más abierto»; una perspectiva diferente llamada «política criminal». Es que el orden penal tradicional «parece volar en pedazos, dispersarse en una política criminal de contornos inciertos». ¿Es éste —se pregunta en *Le flou du Droit*— el signo que anuncia una racionalidad diferente? Sujeto al cambio imperioso de su fundamento, que pareció macizo, el Derecho se vuelve incierto. «A fuerza de perturbaciones diversas, el más rígido de los códigos, el Código penal, se inscribe hoy en el campo más ancho y abierto de la política criminal». ¿Cómo sucedió? Lo narra Mireille Delmas-Marty.

Practicante del rigor en la observación y la descripción, Delmas-Marty no ignora los límites de esta tarea. «Formular las matrices del juego no implica preverlo todo», y en seguida reivindica: «presentar las matrices permite captar lo que se halla en juego». El estudio sistemático de la política criminal se eleva desde su cimiento natural: los valores que operan como principios de organización social, también organizan la política criminal —libertad, igualdad, autoridad, solidaridad.

12. Ideología y organización de las respuestas

La ideología se halla al mando de la política, cualquiera que sea. Obviamente, también asume el timón de la política criminal. Y se diría que aquí domina con énfasis in-

evitable y característico: ¿cómo no asociar, hasta el punto de confundir, el proyecto político y el instrumento más contundente para establecerlo o abolirlo? Cada quien tiene su ilusión sobre el mundo, y de cada ilusión brota una propuesta ambiciosa: una política criminal.

A partir de ahí, en el desarrollo de las ideas y los proyectos, en el cruce de las circunstancias y las exigencias, en el flujo de los recursos y las expectativas, se organizan las respuestas frente o contra el rechazo de la norma, por la vía de la infracción o por el camino de la desviación. Las respuestas establecen los modelos, donde se reúnen elementos en perpetuo movimiento y constante relación. Dos categorías —con fronteras porosas, migrantes—: la respuesta (fundamentalmente) estatal y la respuesta (primordialmente) social. En todo caso, es preciso rechazar el automatismo que propone recurrir a la «ley penal como respuesta única frente al conflicto».

Modèles et mouvements de politique criminelle, narración afanosa, conclusión precisa, que Delmas-Marty dedica a este tema —sin perjuicio de recuperarlo en cada página de su abundante bibliografía— muestra las transfiguraciones del Estado y la sociedad cuando se instalan en la sala de la política criminal y disputan, distribuyen, reorganizan el instrumental quirúrgico. Modelos estatales: del Estado en el contexto de la sociedad liberal, del Estado autoritario, del Estado totalitario, con sus variantes y sus vasos comunicantes; y modelos societarios: de la sociedad periestatal y de la sociedad de «permanente observación» (*regard permanent*), una especie de comunidad en vigilia, exigente y clamorosa: con las palabras o con los hechos.

Quita el sueño, cuando quisiera asegurarlo, este sobrevelo de problemas y respuestas de la política criminal, que tiene, entre otros poderes exuberantes, la milagrosa facultad de fijar a discreción su propio territorio y, por lo tanto, su responsabilidad. Lo hace con un golpe de voluntad a cargo del Parlamento: criminalizando o descriminalizando.

13. Corrientes enfrentadas

Siempre es importante —más aún: indispensable— destacar el peligro que el despliegue del sistema penal supone para los derechos humanos: en ese foro de advertencia (prevención) o arena de combate (persecución) corren el mayor riesgo los derechos del individuo. Es el escenario crítico para el encuentro entre el hombre, sin otro escudo que esos derechos, y el Estado poderoso, Leviathán armado con todo su imperio, resumen del monopolio legítimo de la violencia. De ahí la necesidad de cautela extrema en la concepción, organización, evolución, desempeño de lo que llamamos justicia penal, bajo las exigencias que imponen los derechos fundamentales del hombre.

Dice bien la profesora Delmas-Marty: el Derecho penal se halla simultáneamente «encuadrado, es decir, limitado, y legitimado» por los derechos del hombre; estos son la «buena y la mala conciencia», a la vez, del Derecho penal; en otros términos, los derechos humanos se encuen-

tran «al mismo tiempo protegidos y amenazados por el Derecho penal». Recordemos la experiencia que narra doña Mireille a propósito de la reforma del proceso penal en Francia, a nuestra Comisión de justicia penal y de derechos humanos se le reprochó varias veces estar demasiado preocupada por los derechos fundamentales, hasta el punto de caer en el riesgo de «desarmar al Estado». Sin embargo, nos cuidamos de indicar nuestra preocupación de considerar como complementarios y no antagónicos, la eficacia de la represión y el respeto de los derechos de la persona. Propusimos, incluso, introducir en el Código procesal penal un principio de proporcionalidad según el cual las medidas coercitivas, privativas o restrictivas de libertad o de derechos adoptadas en el curso del proceso en virtud de una ley deberían ser «necesarias y proporcionadas al fin del interés general invocado». Ello hubiera llevado a reforzar la defensa del orden público a través de la noción de urgencia y la de la criminalidad organizada. Tanto en uno como en otro caso propusimos, en aplicación del principio de proporcionalidad, un endurecimiento de las normas relativas a la detención policial, los registros y las escuchas telefónicas».

Inquieta observar —pero lo vemos todos los días; y hay quienes —una legión— lo miran con un suspiro de alivio, que se halla en predicamento la permanencia de una política criminal liberal. Y tampoco se olvida otra realidad perceptible, aunque no necesariamente tranquilizadora, que subraya Delmas-Marty: sobrepenalización de *jure* y débil penalización de *facto*, fenómenos que suscitan la exasperación del público y, con ella, dos exigencias: penalización efectiva y control estatal de la desviación.

La observadora advierte: «El derecho penal nacional tardó siglos en integrar los derechos fundamentales, y el temor de muchos penalistas, hoy, es que la mundialización imponga un derecho penal regresivo y opresivo, que sacrificaría la legitimidad con el único objetivo de ser eficaz». «Es así que militan las redes de la sanción y las redes de la seguridad», y es también así como las tendencias divergentes convergen —o pueden hacerlo— «hacia un espacio penal bipolar, que suprime las tensiones (...) entre seguridad y derechos humanos», tema al que volveré en un momento.

Persisten los extremos: la corriente reformista, que inspira la revisión de muchos ordenamientos —ganando o perdiendo territorios, agreguemos—, ejerce la seducción que recibe de su origen liberal. Plantea, con moderación y prudencia, soluciones societarias. Incita, cautelosa, a descriminalizar y despenalizar. Son más rotundas las respuestas que provee la corriente autoritaria, holgada en la certeza y la suficiencia: «la ciudad debe castigar para seguir siendo ciudad. Debe castigar para sobrevivir», apunta Delmas-Marty citando a Peyrefitte.

En todo caso, hay que prestar oídos a la advertencia de la investigadora, que es más que una reflexión científica: «los justiciables, los expertos y los gobernantes» (es decir, todos —vale glosar—, porque no hay quien escape a la condición de justiciable, por lo menos) tienen una conciencia más cabal del peligro que corre la sociedad cuando carece de una política criminal coherente y efectiva»; que haga

posible la pluralidad y acepte la vida en su diversidad; que sea capaz de «inventar respuestas suficientemente innovadoras, múltiples, heterogéneas».

Conocedora profunda del enjuiciamiento penal —que es piedra de toque de los derechos del hombre, y en este sentido del derecho y del Estado—, la profesora Delmas-Marty examina el encuentro —a menudo, una colisión gravísima— entre los derechos fundamentales y las exigencias del proceso, abanderadas por las reclamaciones de la seguridad. En este cruce de los caminos quedan frente a frente el hombre y su libertad y los hombres y su poder, en diálogo azaroso. Es un terreno minado en el que asoman los dilemas y las paradojas. El Derecho material aporta criminalizaciones arriesgadas, que mellan los linderos entre la infracción tradicional —bajo el derecho de orientación liberal— y la desviación o el estado de peligro. Y el Derecho procesal subsidia este giro a través del retroceso o el abandono de libertades y garantías.

Europa, laboratorio en general, asume esta misma función en el ámbito penal. En el horizonte del proceso penal europeo se plantea el «debate sobre las opciones», del que se ocupa Delmas-Marty en su introducción a *Procesos penales de Europa*: la deliberación, con su enorme carga de consecuencias, propone una disyuntiva, casi una encrucijada: *crime control* o *due process*. El control de la criminalidad «implica la rapidez y la certidumbre de los procesos, llevando así a renunciar al formalismo y a reducir las posibilidades de recursos»; en contraste, el debido proceso constituye «una carrera de obstáculos».

14. La armonización penal. Hipótesis de una «mutación epistemológica»

Se ha emprendido una teoría de la armonización penal, que supone el examen de esta materia a través de un análisis dinámico de sus elementos. Vienen a cuentas los agentes del cambio, las fuerzas que impelen la armonización del Derecho penal, los procesos de interacción y los modelos de armonización. Delmas-Marty pondera los resultados de un esfuerzo colectivo de exploración sobre esta materia, en el que ha participado con un grupo de distinguidos investigadores, y examina la armonización penal que se halla a medio camino entre la mera cooperación consentida por sistemas que se mantienen independientes, por una parte, y la unificación que reúne los varios sistemas en uno solo, totalizador, por la otra.

Coexisten los tres procesos de interacción —integración, hibridación, armonización—, a manera de una «polifonía», en los distintos espacios en que pueden aparecer y prosperar, con medida variable: europeo —donde es «más visible la polifonía»— y mundial y cuasimundial. La armonización —sostiene la profesora Delmas— «se halla en el centro» de los ejemplos examinados por los investigadores para acreditar la interacción en distintos ámbitos del dominio penal. La armonización ocupa ese lugar principal, «como si se tratase del camino real (*la voie royale*) de la integración». Es, sin embargo, la más difícil de concebir desde la perspectiva jurídica, por cuanto implica el tránsito hacia dos objetivos

aparentemente contradictorios: «aproximar entre sí los sistemas nacionales y restarles una parte de su autonomía y de las diferencias que los distinguen».

Esta empresa requiere nuevas técnicas jurídicas, como son el margen nacional de apreciación —que permite apreciar la compatibilidad de la solución específica con la disposición genérica, a través de un criterio de «proximidad»— y la «equivalencia funcional» —que permite evaluar si los efectos que logra un sistema jurídico nacional son consecuentes con las exigencias establecidas en la convención internacional» que contiene las normas de general alcance.

También estudia la jurista, asociada a sus colegas investigadores, las discontinuidades que aparecen en los procesos de armonización: «verticales, que afectan el formalismo jurídico por interrupción de la cadena jerárquica (normativa) (con riesgo de arribar a soluciones parciales o incompletas: *incomplétude*); y horizontales, entre sectores jurídicos que debilitan la protección de valores (con riesgo de incoherencia)» Es aquí, por cierto, donde corren mayor peligro los derechos del hombre, como adelante se verá.

La modificación de los sistemas de Derecho penal es la consecuencia «inevitable e irreversible» de la mundialización del Derecho, impulsada por la universalización de valores y la globalización. El examen de la interacción que se ha producido en esta materia conduce a la formulación de una «nueva hipótesis», que plantea Mireille Delmas-Marty: existe una «mutación epistemológica» por cuanto las interacciones en curso, que «implican la apertura de sistemas tradicionalmente cerrados sobre sí mismos, transformará nuestra manera de pensar el Derecho penal». Transitaremos de una concepción simple (moderna) a una concepción compleja o ultracompleja (post-moderna). Marchamos hacia «conjuntos o espacios parcialmente integrados, sumamente inciertos e inestables», en los ámbitos nacional e internacional, que no pueden ser evaluados según los criterios modernos.

Bajo una perspectiva moderna, el pluralismo contraría el orden jurídico, fincado en datos que ya no prevalecen: simple, completo, coherente. Desde otra perspectiva, post-moderna, la complejidad permite «preservar cierta autonomía de los sistemas nacionales, evitando tanto la integración penal uniformadora —que suprime cualquier diversidad y trae consigo el riesgo de hegemonía— como la carencia de integración —que deja los problemas criminales globales sin respuesta adecuada». Así, esa concepción se asocia al pluralismo y conduce a una nueva dirección jurídica: el «pluralismo ordenado».

En los términos de la concepción moderna se erigieron los modelos dualista o soberanista (modelo no integrado) y monista o universalista (totalmente integrado) del orden internacional. Las prácticas penales discurrieron entre ambos polos: aquél, opuesto a la armonización; éste, favorable en general. La profesora Delmas-Marty puntualiza: hoy día, para entender las prácticas de armonización penal es indispensable superar esa oposición binaria y construir nuevos modelos, inspirados en la concepción post-moderna, con variantes legalista y humanista.

15. La «guerra contra el crimen»

En el examen de la comunidad de valores, tema sobresaliente, la jurista analiza paradigmas en curso: uno de ellos es la «guerra contra el crimen». Metáfora para popularizar el endurecimiento de la represión, esta versión de la guerra contra el crimen pone en entredicho el deslinde entre el Derecho penal y el Derecho de la guerra, y genera el riesgo de «legitimar lo inhumano y derribar la idea misma de valores comunes».

En esta línea, razona: «el nuevo paradigma, progresivamente extendido a la mayoría de los países, democráticos o no, consagra una doble ruptura: tomando prestados los elementos del Derecho de la guerra, pretende militarizar el Derecho penal nacional, apartando las garantías del Derecho internacional al punto de llevar, por el menosprecio de las prohibiciones establecidas en el Derecho humanitario y en el Derecho internacional de los derechos humanos, a una renacionalización de lo inhumano». Esto plantearía —se ha dicho— «un hoyo negro en el Estado de Derecho».

El gran temor que tenemos proviene de la decadencia de los derechos humanos en los enjuiciamientos sumarios por delitos específicos —incluso el acuerdo o la conspiración, que adelanta las manecillas del Derecho punitivo— y la contaminación de esta selección político-procesal hacia el resto del enjuiciamiento; el precio elevado que asume la defensa de la sociedad a la que pone sitio la delincuencia organizada; la regresión que entrañan las flamantes regulaciones. Lo que se propone como excepción, luego se dispone como regla.

Recurramos a las comparaciones. Los economistas dicen —y seguramente saben lo que dicen— que la mala moneda desplaza a la buena. Y los cinéfilos conocen la predicción de Roman Polanski en *El bebé de Rosemary*: el engendro culmina en especie y puebla la tierra; pronto será la única stirpe sobreviviente. No deja de ser irónico —como observa Gerard Soulier, citado por Delmas-Marty— que el primer caso llevado a la Corte Europea, precisamente por inobservancia de la ortodoxia procesal —una inobservancia que gana el relativismo al universalismo—, correspondiera al demandante llamado Gerard Richard *Lawless*, apellido que se difunde como identificación del caso: nombre y característica. ¿También presagio?

16. Conclusión

Quiero concluir con las palabras de un joven colega —y maduro discípulo— de Mireille Delmas-Marty: Stefano Manacorda, que conoce como pocos su pensamiento, su contribución, su magisterio. Dice Manacorda que el rasgo esencial de ese pensamiento se encuentra en la intersección de temas recurrentes: conducción del derecho penal en sentido estricto a la frontera de las medidas punitivas y reparadoras; integración dialógica de la norma penal con el derecho de los derechos del hombre, fundamento y límite de aquélla; observación dinámica de las transformaciones de la norma jurídica; toma de conciencia sobre la irrupción

en la escena penal de los componentes europeos e internacionales; declinación de la jerarquía lineal de las fuentes del derecho y recomposición del espacio penal; búsqueda de un derecho mundial fincado en la indisociabilidad de los derechos civiles y políticos, por una parte, y los económicos y sociales, por la otra.

Estamos —subraya Manacorda— ante una «pionera» de la investigación jurídica, caracterizada por la «capacidad de analizar con realismo y profundidad una realidad normativa en proceso de cambio», y por la aptitud de advertir las «evoluciones que despuntan en el horizonte», combinada con la «imaginación constructiva». De ahí el interés y el consenso en torno a sus ideas, que han influido profundamente en la ciencia penal europea.

Quiero redestinar a Mireille Delmas-Marty una expresión que ella recogió, con benevolencia y cordialidad, de mi voto en la *Opinión Consultiva 18* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dije que este tribunal, asociado a otras fuerzas y librando sus propias batallas —ni escasas ni sencillas— contribuía a una misión descomunal, pero no imposible: mover montañas. En nuestro

continente —quiero decir, el mío— éstas son enormes y desafiantes. Díganlo los Andes, y otros avatares.

Mireille Delmas-Marty ha emprendido esa tarea, en su propio espacio; la ha impulsado, provocado, prestigiado. En sus libros y en sus cursos, en sus conferencias y en sus comisiones, en su persistente cruzada y su imbatible entusiasmo, mueve montañas, ciertamente más impasibles y arraigadas que las nubes de la Ciudad Prohibida. Dice por dónde y hacia dónde debieran trasladarse, y toma su propio lugar en la travesía. Los más jóvenes en la gran familia reunida en torno suyo «sabrán seguir la huella y descubrir la continuación del camino», como ella misma auguró en su memorable discurso del 20 de marzo de 2003.

La medalla Beccaria queda en excelentes manos. El marqués debe aprobar que su nombre viaje, a partir de ahora, en tan buena compañía. Ha incorporado a Mireille Delmas-Marty en la *Accademia dei Pugni*, edición del 2008. Por lo tanto, también él estará bajo el signo que la profesora propuso en su discurso de ingreso al Collège: el retorno de Astrea, la justicia, que tal vez prepara el regreso desde las constelaciones donde buscó refugio.