

Proyecto de armonización en materia penal y procesal penal (*Corpus Iuris*)

DR. JOHN A. E. VERVAELE*

Procede en primer lugar, agradecer a la triple organización, por la muy amable invitación a participar en este evento. El programa me parece muy interesante y de mucha calidad, que me permite, además, conocer el Estado de Tabasco, que hasta ahora desconozco completamente. También quisiera agradecer en particular a Moisés Moreno, porque cada vez me invita a venir a México y porque ha sido capaz de sacarme de la Amazona colombiana para estar en este Congreso.

En segundo lugar, señoras y señores, creo que tengo que explicar el por qué la organización ha juzgado útil incluirme en este primer panel, en el que se debate sobre el Estado constitucional de Derecho y el sistema penal. Una exposición sobre el proyecto de armonización en materia penal y procesal penal, me parece ser más un tema de globalización del Derecho y del proceso penal, porque en él se trata la influencia de normas supranacionales, es decir, de origen internacional, regional, sobre el Derecho Penal nacional y sobre el procedimiento penal nacional, que por ello es un tema que correspondería ser tratado en la mesa de trabajo del día de mañana, en que se abordará el problema de la globalización y el Derecho Penal y en el que también habré de intervenir. Y seguramente se preguntarán: ¿por qué estas dos conferencias?

Como ustedes van a ver, creo que hay motivo para tratarlo también en este ámbito de los principios constitucionales; porque cuando se habla de constitucionalización del derecho y en el procedimiento penal, se habla, por supuesto, de normas en las Constituciones nacionales y de principios generales del Derecho, tanto del Derecho Penal como del procedimiento penal, desarrollados por las Cortes Supremas, esto es, por los Tribunales Supremos¹.

Como lo ha explicado el querido e ilustre colega Marino Barbero, en cada país existe una infinidad de normas y en muchos, incluso,

*Universidad de Utrecht, Holanda. Catedrático de Derecho Penal, Económico y Tributario.

¹ Cuando hablo de Corte Suprema o de Tribunal Supremo Constitucional, utilizo la terminología española.

hay también una jurisprudencia muy rica. Pero al lado de ellas, igualmente se habla de normas y de jurisprudencia que vienen de un nivel supranacional; es incuestionable que ello en Europa es una realidad muy importante. Fuera de Europa, lo es un poco menos, pero es indudable que en los últimos tiempos esta situación está desarrollándose con cierta celeridad. Por ser muy importante para la realidad europea, me referiré en primer lugar a la Convención Europea de Derechos Humanos; ésta es un texto de Derecho Internacional público, una convención entre Estados a nivel general. Actualmente son algo más de cuarenta los que participan, es decir, los que son parte de dicho instrumento internacional, entre los cuales también se encuentran muchos que pertenecen a Europa del Este. La Convención Europea de Derechos Humanos contiene una serie de normas que son muy importantes para el Derecho Penal y para el procedimiento penal, y lo son no sólo para la tipificación, sino para la observancia del principio de legalidad; pero, además, contiene muchos principios y garantías procesales, que repercuten directamente en el procedimiento penal.

Tengo que destacar que cuando los Estados se pusieron de acuerdo para ratificar ese documento, lo habían subestimado; nunca pensaron que dicho instrumento iba a ser un texto del Derecho Punitivo, con mucha influencia sobre el funcionamiento del sistema penal; más bien, lo consideraron como algo simbólico. La realidad ha demostrado lo contrario, después de treinta o cuarenta años de jurisprudencia de la Comisión de la Corte de los Derechos Humanos. Hoy en día, hay una jurisprudencia riquísima en las materias penal y de procedimiento penal, muy importante para todos los Estados partes, sin importar el sistema penal que tengan. Así, cuando nos referimos al procedimiento penal, hay países con una tradición bastante inquisitorial, como es el caso del modelo francés de origen. Los países del *Common Law*, en cambio, son muy diferentes. Pero el caso es que ambos países, ambas tradiciones, han tenido problemas con la Convención Europea de Derechos Humanos; es verdad que dichos problemas los han tenido en otros puntos distintos a los penales, pero los han tenido.

Si comparamos esto con otras tradiciones, resulta muy curioso ver, por ejemplo, cuando uno estudia los manuales de Derecho Penal, o los de procedimientos penales de los Estados, que hay algunos que se nos presentan como puramente nacionales -en la materia penal por supuesto, que es una materia clave de la soberanía-, y no se ve

esta influencia internacional; ésta se nota sólo de manera indirecta, a través de la jurisprudencia constitucional nacional. Sin embargo, yo diría que la influencia de la Convención Europea de Derechos Humanos es directa en todos los países, en todos los Estados parte. Por supuesto, en los Estados que no tienen Constitución escrita, como Inglaterra, así como en los Estados que no tienen Corte Constitucional o Tribunal Constitucional, como es el caso de mi propio país, Holanda (en que hay una Constitución escrita pero no hay un Tribunal Constitucional), la influencia es directa, la obligación es directa, la aplicación de la Convención es directa. Es decir, en países como Holanda, la Convención Europea de Derechos Humanos es mucho más importante que la propia Constitución, porque un ciudadano puede recurrir a las normas de la Convención Europea de Derechos Humanos directamente ante su juez natural, incluyendo al juez penal. Pero esa es una influencia masiva, ya que también se observa en importantes países que tienen tanto Constitución escrita como Tribunal Constitucional. Yo creo que España es un buen ejemplo de esto, pues además de su Constitución escrita, cuenta también con su Tribunal Constitucional, el cual se ha inspirado muchísimo -muchas veces también de manera explícita- en las jurisprudencias de Hamburgo y de la Corte Europea de Derechos Humanos, y ha generado, hasta este momento, una jurisprudencia que, sin duda, es muy progresista.

Sin embargo, también tengo que subrayar que el valor jurídico de esta Convención es diferente, según los países en que se aplique. En efecto, hay lugares donde ella —como se ha dicho- tiene un impacto directo, una aplicación directa. La gran excepción es Inglaterra, que cuenta con un sistema dualista, es decir, en donde el ciudadano inglés no puede recurrir ante su juez natural diciendo que han violado en su perjuicio una norma de la Convención Europea de Derechos Humanos. La cuestión es si esto va a cambiar con el proceso de integración europea, y todo indica que así será, en el futuro próximo.

Vuelvo a mi ejemplo de los manuales, pues me parece significativo, y comparo ahora Inglaterra con Estados Unidos, que son dos países de origen anglosajón, con sistemas jurídicos cuyo origen es el *Common Law*. En Inglaterra, cuando uno toma un manual de Derecho Penal o de procedimiento penal, se observa que es cien por ciento nacional, es decir, no se refiere a la influencia de la Convención Europea de Derechos Humanos, no obstante que ésta está presente.

Cuando uno consulta estos manuales en Estados Unidos, también se observa que su contenido es totalmente nacional, porque en tal país no gustan mucho las normas internacionales, y mucho menos las de derechos humanos. Sin embargo, se puede notar que una mitad del manual de Derecho Penal o de procedimiento penal, en Estados Unidos, puede ser calificado de "constitucional", debido a la gran influencia del *Corpus Iuris*. La primera parte de la Constitución es informativa, respecto de la cual se observa una enorme influencia de la jurisprudencia de la Corte Suprema; muy diferente de Inglaterra, donde eso no existe. Entonces, podemos concluir que el Derecho Inglés, el Derecho Penal Inglés, no necesita de constitucionalización; esto es, es tan bueno que no necesita de principios generales de Derecho, que ya están dentro de su propio Derecho Punitivo como tal; cuando mucho, he visto que también Inglaterra ha tenido muchos problemas con la Convención Europea de Derechos Humanos.

Y ya tengo la respuesta de hacia dónde voy. He dicho que los principios generales del Derecho Penal y del procedimiento penal tienen fuentes diferentes: Constitución; jurisprudencia constitucional; principios generales del Derecho; también el Tribunal Supremo, otras Cortes u otros Tribunales; normas internacionales; jurisprudencias internacionales, etc. Partiendo del ejemplo de los derechos humanos, hoy en día esto es ciertamente verdad; para los Estados europeos se puede decir que tanto las Constituciones como la Convención Europea de Derechos Humanos, en el fondo, constituyen la "Carta Magna" del Estado-Nación. Este conjunto de normas, es el fundamento para el Derecho Punitivo, es decir, para el Derecho Penal y para el procedimiento penal. Constituye el fundamento, porque prevé garantías procesales, como el derecho de defensa; respeto a los bienes jurídicos de individuos físicos o de personas jurídicas, como la vida, la privacidad, etc., y, como tercera categoría, yo diría que produce eficacia en el sistema penal, pues propicia acceso al juez, rapidez de la justicia penal, asistencia judicial, asistencia de abogados para aquél que no lo pueda pagar. Esta parte de eficacia del sistema penal toca también a derechos principales, como lo vemos en Europa, en donde los Estados nacionales, para establecer esta carta magna, ven confrontados su Derecho Natural con el Derecho Supranacional de derechos humanos, así como con lo que se llama "Derecho Comunitario", como es el caso del Derecho de integración regional en materia económica, pero también en otras materias. Aquí me refiero, por supuesto, al modelo

de Derecho Comunitario Europeo, esto es, al modelo de integración europea, que se plantea desde los años cincuenta, pero que también es aplicable a las reformas que tienen que ver con el Tratado de Libre Comercio, como el que se da entre México, Estados Unidos y Canadá.

Pues bien, ¿de qué se trata la integración? De una transferencia de poderes del Estado-Nación a un nivel supranacional; por ejemplo, de poderes normativos, legislativos o ejecutivos, o de poderes jurisdiccionales. Pero esa transferencia no es de manera completa. Se trata, igualmente, de una serie de influencias con el poder político del Estado en sus diferentes manifestaciones: en su forma legislativa, en su forma administrativa, en su forma penal o sancionadora. Esa transferencia de poderes normalmente se encuentra prevista en tratados internacionales, como es el caso del Tratado de Maastricht, que para Europa es el Tratado más estricto. Se observa un movimiento muy fuerte en el sentido de no limitar estos tratados a un mero tratado económico; en Europa es muy fuerte el nivel de discusión sobre este particular, ya que de dichos tratados fluye lo que es una Constitución europea, como es el caso del Tratado de Roma, que viene a ser una Constitución equivalente a las Constituciones nacionales, con la organización de los poderes del Estado y con las garantías para los ciudadanos, libertades públicas, libertades ciudadanas, aunque se trata de un nivel que aún no hemos alcanzado, ni siquiera en Europa. Si bien el actual gobierno alemán está muy a favor de esta Constitución europea, todavía hay mucho escepticismo entre los Estados-Nación de llegar a este nivel, ya que, por supuesto, nuevamente sale a relucir el problema de la soberanía.

En esta ocasión quisiera referirme a ese proyecto de armonización por lo que toca a la materia penal y procesal penal, y lo haré de manera muy breve. El *Corpus Iuris* no trata del Derecho Penal Romano, y tampoco se trata de un texto académico, aunque lo es; es un proyecto que tiene un campo muy limitado. En el ámbito del Derecho Comunitario Europeo tenemos órganos diversos de la Comisión Europea, como la Corte de Justicia Europea, entre otras. Estos órganos internacionales tienen un presupuesto propio, esto es, muy diferente de los modelos de integración regional en Centroamérica y Sudamérica; tienen un presupuesto propio, con ingresos y gastos separados de los presupuestos nacionales. Los ingresos del modelo europeo, de la tesorería europea, se integran de los derechos aduaneros, y si se

habla del Derecho Aduanero Penal, los ingresos vienen de los impuestos sobre el valor agregado, es decir, del IVA, como también se conoce en México, desgraciadamente; se trata, pues, de un presupuesto de hacienda, producto de un impuesto fiscal. También una parte de los ingresos de la tesorería comunitaria viene del producto internacional bruto de los Estados, que tienen que ver con los gastos sobre todo de las subvenciones en el sector agrícola o en el sector de fondos estructurales de ayuda a los países. Ahora, si estamos ya en un campo propiamente penal, como es en el campo especializado del "Derecho Penal Económico", del "Derecho Penal Financiero", o "Fiscal", ¿qué es lo que pasa? Que estas instituciones supranacionales dependen, para los ingresos, de la recaudación de los organismos nacionales, como administraciones aduaneras, de hacienda, fiscales, etc.; es decir, la misma historia. Sólo en Estados miembros que gastan según el Derecho Comunitario, se habla de fraudes contra subvenciones comunitarias, de hacienda fiscal, o de Derecho Aduanero.

Las culturas internacionales dependen completamente de la acción del Derecho de los Estados miembros. También en materia penal hay sólo dos soluciones para este problema. Creemos que para proteger el bien jurídico supranacional, habrá que crear un Derecho Penal Federal europeo, lo cual se ha hecho más o menos en Estados Unidos en su desarrollo histórico, un sistema penal federal. En los sistemas de los Estados como los europeos, nunca se ha hecho esto, y hasta ahora no se está haciendo aún. Se está influyendo sobre el Derecho nacional, armonizándolo para que sea mucho más compatible con el bien jurídico, con la protección del bien jurídico comunitario; claro, esto se ha hecho primero en el ámbito del Derecho Civil, así como en el del Derecho Administrativo y, ahora, después de cuarenta o cincuenta años del proceso de integración, poco a poco estamos tocando el campo del Derecho Penal y del procedimiento penal.

No voy a entrar en los detalles de cómo funciona esto, pero en todo caso ustedes se tienen que imaginar que la *ratio legis* en materia penal tiene que tomar en cuenta, a través de esta armonización, las obligaciones comunitarias. El legislador nacional no podría decir, por ejemplo, "estos derechos aduaneros se van completamente a las comunidades, porque no son importantes y, por ello, no los vamos a proteger mucho; si hay contrabando, qué pena por las entidades supranacionales". En el Derecho Comunitario, tanto de norma positiva

como de jurisprudencia, los Estados miembros han sido obligados a proteger de manera más eficaz, por ejemplo, el contrabando en materia aduanera y, cuando se habla de eficacia, ello puede incluir hasta la pena capital si se trata de contrabando; claro que eso sería un grave descenso, si se acepta esta influencia.

Sin embargo, a la unión política europea –Mercado Común– nunca le ha gustado la poquísima capacidad legislativa propia en materia penal. Por ello, ha ido buscando métodos para fortalecer su competencia en esta materia. Y, por supuesto, lo que se llama la defensa de los intereses financieros de la comunidad es el campo por excelencia para buscar esta competencia, porque son los recursos de ellos, de los Estados, es decir, su propia tesorería. Aquí sí se podría hablar de la “soberanía” propia de la comunidad, y quizá mañana se va a extender a otros intereses de un Mercado Común libre, concentración de bienes, libre de situación de personas, libre de situación de capital, y quizá también se vaya a extender a la situación penal de la moneda única –del euro–. Tenemos el euro para protección penal en 15 países con normas diferentes, con sistemas de investigación diferentes, con sistemas de penas diferentes. Pero, con una moneda única, se ha dado ya un paso importante, que tiene que ver con el interés financiero de la comunidad; es un laboratorio para otros intereses del futuro. Es el mismo proceso, el mismo desarrollo que siguieron los Estados Unidos, donde también se empezó con cosas muy pequeñas, como el correo, la comunicación por vía del tren, el dólar, etc., y vemos cómo después se justificó en la Constitución la federalización del Derecho Penal.

Decía, entonces, que el Mercado Común, la unión política europea, quería más competencia en materia penal y, por ese motivo, bajo la iniciativa de la Comisión Europea, del Parlamento Europeo, se ha instalado una Comisión de expertos que han elaborado ese proyecto de armonización en materia penal y en materia de procedimiento penal, limitado hoy en día a estos intereses financieros. ¿Qué quiero decir hoy sobre este proyecto? Que, en el fondo, es un laboratorio de compromisos entre sistemas penales diferentes. En ese sentido, también como científico, me parece muy interesante ver cómo en un determinado campo un bien jurídico específico se codifica de manera única, integrada, unificada, tanto en el Derecho Penal como en el de procedimiento penal, dejando, claro, toda una serie de cuestiones a la

libertad de los Estados miembros. No se trata de una unificación completa, pero al menos se da en ciertos aspectos.

Lo que es importante para el tema de hoy, es que la comisión de expertos ha ido organizando esta codificación alrededor de principios generales de Derecho Penal y de procedimientos penales como los de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad.

De acuerdo con el principio de legalidad, se define una serie de tipos, esto es, se hacen tipificaciones, como la de ciertos fraudes específicos: fraude al presupuesto comunitario, fraude de concurso de subastas públicas, corrupción de funcionarios nacionales y funcionarios internacionales del Mercado Común -que es un gran problema hoy en día-, ejercicio abusivo del cargo, malversación de fondos, revelación de secretos oficiales, blanqueo de capitales, receptación de dinero, asociación ilícita, etc.; asimismo, se han tomado medidas sobre las penas vinculadas con estos tipos.

Con relación al principio de culpabilidad, hay algunos elementos mucho más restringidos que tienen que ver con elementos subjetivos, con el error, etc. Se prevé la culpabilidad, sobre todo, para la individualización de la pena; pero lo que es más importante aquí es el paquete de tipos penales, ya que se trata de unificar contenidos de la parte especial del Derecho Penal o de leyes penales especiales de los Estados miembros. El día en que estos lo acepten, no podrán utilizar otra definición, ya que esa armonización habrá implicado una total unificación.

Sin embargo, el proyecto contiene también una parte muy interesante sobre el procedimiento penal, el cual también se organiza alrededor de una serie de principios, que son principios de garantía judicial, garantías procesales que revelan muchas veces toda la influencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. Está muy manifiesto el principio de la "contradicción" del proceso, no el proceso "inquisitorio", no el proceso "contradictorio", no el proceso "acusatorio", sino el principio de "contradicción adversa".

Por otra parte, lo más importante es el principio de la territorialidad europea, que no es nuevo, pero sí sorprendente, en cierto sentido. Normalmente, nuestros Estados trabajan con un principio

de "territorialidad nacional", para la aplicación espacial de la ley penal, aunque con ciertas excepciones, como es el caso del principio de universalidad para ciertos delitos; pero el principio de base es nacional. En el caso de la integración, el principio de base no es nacional sino europeo, es decir, hay competencia jurisdiccional –judicial–, en todo el territorio europeo, para todos los órganos de todos los Estados miembros. Pero ello, por supuesto, quiere decir que habrá mucho conflicto de competencia judicial, jurisdiccional, porque hoy en día algunas veces el Mercado Común ha sido confrontado precisamente por problemas de competencia, porque tampoco las leyes nacionales están pensadas para este tipo de bien jurídico supranacional; entonces, muchas veces falta competencia para actuar, investigar o juzgar.

Además, se ha creado en ese proyecto un punto muy controvertido: se ha creado un órgano en el sistema penal que sobrepasa la soberanía en el Estado, que es una parte de la fiscalía del Ministerio Público a nivel europeo, para conocer de ciertos tipos de delitos en los Estados miembros. Ahora bien, si el Ministerio Público ha delegado a los Estados miembros esto, ¿qué quiere eso decir? Que, cuando un policía, administración especializada o superintendencia, detecta uno de estos tipos de fraude comunitario, lavado de capitales, blanqueo, etc., vinculado con estos intereses, tienen que pasar el expediente al Ministerio Público Europeo; después, el Ministerio Público, si es un caso importante –si el caso no es importante lo difiere otra vez al Estado miembro– puede realizar toda una serie de actos de investigación en todo el territorio. Pero, imagínense lo que implica la devolución para los Estados miembros: una intervención en su soberanía increíble. Claro, ustedes van a entender enseguida que esto tiene mucho que ver con principios generales, con poderes de la Constitución; aumenta mucho el poder del Ministerio Público. Pero, ¿dónde están las garantías tan importantes en el sistema penal?

En este proyecto, se ha creado lo que se llama un "juez de libertades", lo que significa un compromiso entre los distintos sistemas, porque muchos sistemas europeos tienen, o tenían, un juez de instrucción, que es una figura que en muchos sistemas –al menos en sistemas derivados del modelo francés– tenían una doble función: una "función investigadora", que es función de policía judicial, así como una "función de juez de libertades", es decir, que tenían que decidir

sobre la prisión en domicilio, la prisión preventiva, etc. Con relación a esta doble función, muchos Estados han liquidado a dicho juez de instrucción, dando las competencias al fiscal del Ministerio Público, al menos por lo que hace a la investigación de los delitos. En el proyecto de armonización, se prevé la existencia de un juez de libertades, justamente para controlar los principios generales, los principios constitucionales, del sistema penal. En este proyecto no se han atrevido a crear al juez de libertad a nivel propio, que sería un juez diseñado a escala nacional para tomar las decisiones de garantías penales. Éste también sería responsable para la conclusión de la fase preparatoria, porque alguien tiene que decidir eso; puede ser el Ministerio Público europeo como tal y, una vez hecho eso, también tiene que decidir sobre qué jurisdicción y en qué país se va a juzgar el caso. Pero, visto que hay conflictos de jurisdicción en muchos casos, entonces ese juez de libertad tiene también dos funciones, pero diferentes de las del antiguo juez de instrucción.

¿Cómo se presentó todo esto? Con un rito de estudiosos, de expertos muy reconocidos. Cuando se presentó el proyecto ante el Parlamento Europeo, algunos Estados miembros reaccionaron en seguida con campañas de prensa y otros medios de comunicación, diciendo que era el final del Estado de Derecho. Esta reacción se dio sobre todo por Inglaterra, que hasta hace poco no tenía un Ministerio Público y que nunca ha tenido un Juez de Instrucción; para ellos, todo esto constituía una importación de órganos centralistas del Estado. Por ejemplo, la policía judicial es una figura propia del modelo francés, que nunca han querido otros países, pues tiene muchos problemas con la transferencia de poderes en materia penal a nivel supranacional con el concepto de Ministerio Público europeo. Por ello se exige –creo que con cierta razón– una Constitución europea, para que se prevea a ese nivel un control jurisdiccional sobre el Ministerio Público europeo, que es el mismo modelo que históricamente hemos tenido en diversos Estados-Nación. Se otorgan poderes al Ministerio Público, pero que remita lo actuado al juez de instrucción, es decir, que actúe bajo control jurisdiccional.

Ahora bien, ¿dónde está esta jurisdicción a nivel europeo? Hay un Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, esto es, se tiene un Tribunal penal a nivel europeo, motivo por el cual resulta admisible que se siga esta dirección. Por ello, en mi opinión, resulta también

inevitable una cierta plena realización de la materia penal, otorgando competencias a la Corte de Justicia del Mercado Común en esta materia, al menos por cuanto concierne a las garantías penales.

Creo que con esto he dado un panorama de los puentes diferentes de constitucionalización del Derecho Penal, ilustrándolo con este proyecto del *Corpus Iuris*.