

PRINCIPIOS DE COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL INTERNACIONAL EN EL PROTOCOLO DEL MERCOSUR

Raúl Cervini*

I. DIAGNOSTICO JURIDICO DEL MERCOSUR Y SU ALCANCE PENAL

SUMARIO: 1.1 Preliminarmente – 1.2 Diagnóstico – 1.3 Vías posibles de armonización penal regional: 1.3. La conformación de la regulación penal supranacional de un ordenamiento normativo penal-comunitario; 1.3.2 Propuestas y alternativas.

1.1 Preliminarmente

Un estudio introductorio respecto del estatuto de cooperación judicial penal en el Mercosur nos conduce al análisis de distintos temas, naturalmente vinculados.

De principio resulta imperioso realizar un diagnóstico jurídico sobre el estado o situación actual del Mercosur dentro de las formas o niveles del Derecho a la Integración.

En ese contexto podemos, en un segundo momento, analizar las posibilidades, o mejor dicho, las dificultades teóricas y prácticas vinculadas al desarrollo pleno de un eventual Derecho penal supranacional comunitario y, descartada, al menos momentáneamente, toda posibilidad jurídica, tanto desde el punto de vista sustantivo como adjetivo, de una regulación penal supranacional comunitaria, resultará impostergable el debate acerca de cuáles serían las posibles vías alternativas de armonización penal regional. Allí se encuentra, precisamente, el ámbito de mayor desarrollo potencial de los esfuerzos académicos de la comunidad del sur.

1.2 Diagnóstico

El examen del Protocolo de Ouro Preto y del propio Tratado de Asunción, señala Opertti, permite destacar dentro del Mercosur determinadas características.¹ Las conclusiones de estos abordajes jusprivatistas resultan básicamente aplicables en cualquier *aproximación penal realista* a nuestros esfuerzos integradores. Ya se ha señalado anteriormente que la viabilidad conceptual y práctica de toda posible

* Profesor Agregado Grado 4 Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Catedrático y Director del Departamento Penal de la Universidad Católica del Uruguay. Secretario General ICPEs para América Latina. Integró como Asesor Técnico las delegaciones de Uruguay en negociaciones de Acuerdos de asistencia con Estados Unidos, Brasil, España, Inglaterra. También fue asesor de la Delegación de Brasil en Acuerdo de extradición con los Estados Unidos.

¹ Didier Opertti: Perspectivas de la institucionalidad del Mercosur, *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, año II, n. 2, Montevideo : FCU, 1997. p. 13 y ss; Solución de controversias en el Mercosur, Aspectos de derecho internacional privado, en obra colectiva: *El Mercosur después de Ouro Preto. Aspectos jurídicos*. Montevideo: Universidad Católica. Serie Congresos y Conferencias n. 11, 1995. p. 128 y ss.

intervención penal en instancias de integración económica debe encontrarse unida, en principio, al grado de efectivo desarrollo alcanzado por las mismas².

1.2.1 El Mercosur es una entidad intergubernamental dotada de personalidad jurídica. El Tratado de Asunción creó una organización intergubernamental, el la cual los Estados integrantes, a partir de un principio de igualdad 'mariolaporta@laportasandro.com.ar' y orientador por la fórmula del consenso, disponen y deciden acerca de las distintas materias contempladas en el Tratado. **Opción, por lo tanto, intergubernamental y no supranacional**,³ orientación que se mantiene en el Protocolo de Ouro Preto y que constituye uno de los elementos determinantes de la naturaleza jurídica de nuestro acuerdo de integración denominado Mercosur. Esta característica resulta sumamente trascendente, como veremos más adelante, cuando se traten los principios aplicables a la Cooperación Judicial Penal Internacional, especialmente aquellos que denominamos como *funcionales*. En este sentido, veremos que con su actual conformación, no son aplicables al Mercosur el principio denominado de aplicación directa (o efecto directo) y el principio de primacía de las normas procesales de fuente supranacional o internacional sobre las de fuente interna, a diferencia de los que ocurre en el marco normativo comunitario europeo.⁴

1.2.2 Concordantemente, se registra la ausencia de instancias supranacionales en el proceso de toma de decisiones por parte de los órganos del Mercosur.

Solamente el laudo arbitral que pusiese fin a una controversia alcanzaría esa calidad, por el hecho de que todos los Estados estarían obligados a cumplirlo, incluyendo aquel contra el cual se dirija la decisión. Naturalmente que este efecto vinculante parece ser una condición más ligada al carácter imperativo del laudo que a su supranacionalidad, como concepto caracterizador de una regla de Derecho.

1.2.3 El Mercosur carece de órganos de carácter técnico o administrativo dotados de la facultad de iniciativa, la cual, en todo caso se encuentra en manos de organismos de integración política intergubernamental. La *Secretaría Administrativa del Mercosur*, localizada en Montevideo, pasó a tener el carácter de servicio auxiliar de todos los órganos, con los que configura el único cuerpo central de carácter permanente del sistema, si bien ésta condición resulta acotada por la naturaleza y alcance de las funciones de asistencia administrativa de dicho órgano.

1.2.4 No está previsto en el Mercosur el control de legalidad de los actos dictados por los diferentes órganos, los cuales solamente podrían ser reexaminados cuando se tratase de medidas legales o administrativas de carácter restrictivo, discriminatorio, o de

² Raúl Cervini. Princípios da cooperação judicial internacional em assuntos penais, *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Nova fase, n. 30, Porto Alegre, jun.-set., 1993. Raúl Cervini y Juarez Tavarez. Princípios de Coeracao Judicial Penal Itnernacional no Protocolo do Mercosul, Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2000, pag. 26 y ss.

³ Sobre el particular, conf: Héctor Di Biase: Introducción al derecho de la integración con especial referencia al Mercosur, en obra supramencionada *El Mercosur después de Ouro Preto*, p. 23; César Ragoni: Tipología de la integración, en *Revista de Ciencia Política y Social*, vol. VI, n. 3, México, Sixto Banero, 1997. p. 45; en la misma tesitura Raúl Cervini: Aspectos penales de la integración económica, en *Cuadernos Centroamericanos de las Ciencias Penales*, n. 14, Panamá, abr., 1995. p. 34.

⁴ En ese sentido, Raúl Carnevali Rodríguez :Relación entre el derecho comunitario europeo y los derechos nacionales de los Estados Miembros. *Revista Justicia Uruguay*, t. 119, p. 65 y ss.

conurrencia desleal, y la controversia tuviera por objeto la interpretación, aplicación o inaplicabilidad de las disposiciones.

La solución de las controversias puede implicar excepcional e indirectamente un cierto nivel de control de legalidad, mas, en todo caso, no se puede asimilar al alcance que este instituto tiene en otros sistemas de integración más evolucionados. El citado Operti ha manifestado, con razón, que le preocupa el tema del control de legalidad en el Mercosur. Ni el Tratado, ni el Protocolo lo establecen de modo expreso. No sería posible contestar un acto del Mercosur, por ejemplo, una directiva de la CCM (Comisión de Comercio del Mercosur), pues habría necesidad de hacerlo contra un acto de Gobierno que un país miembro, en aplicación de la directiva, hubiese dictado. Ese control de legalidad atomizado, imperfecto, puede llevar a que un mismo acto del Mercosur sea válido en uno de los Estados-parte e inválido en los demás. Este es un tema pendiente de resolución para los juristas del Mercosur.

1.2.5 No existe en el Mercosur, de modo claro y explícito, un control de naturaleza parlamentaria en la toma de decisiones.

La Comisión Parlamentaria Conjunta, que nació en el Tratado de Asunción con la precisa misión de "... facilitar el avance en el sentido de la conformación de un Mercado Común..." (art. 24), adquiere, según el Protocolo de Ouro Preto, objetivos mas concretos vinculados a la internalización de las normas y armonización de las respectivas leyes nacionales.

1.2.6 En atención a las notas referidas: ausencia de supranacionalidad, falta de efectos directos del conjunto de normas que constituyen el Mercosur. Se condiciona la internalización del cuerpo de normas que integran el Mercosur al orden jurídico de los Estados-parte, a los procedimientos que dispone la ley nacional de cada uno de ellos, reforzándose de tal modo la ausencia de supranacionalidad y consiguientemente, de uno de sus atributos más significativos: el efecto directo (coercitividad) de sus actos.

Esta característica tiene una inequívoca proyección en el campo de la B internacional, aspecto que abordaremos más adelante.

1.2.7 Corresponde subrayar entonces, retomando nuestra línea de exposición que ***las decisiones tomadas en el ámbito del Mercosur no son de aplicación directa en el interior de cada uno de los Estados integrantes del mismo. Es necesaria la voluntad política de cada uno de los Estados para que los actos del Mercosur se conviertan en actos propios.***

El Protocolo de Ouro Preto dedica a este tema fundamental todo un Capítulo, en el cual fueron previstas algunas fórmulas tendientes a facilitar esta internalización. Por lo tanto es de justicia reconocer que ***no existen mecanismos ni el Tratado de Asunción, ni en el Protocolo de Ouro Preto, que permitan asegurar la aplicación uniforme, en los Estados-partes, de las normas emanadas de los órganos competentes del Mercosur.***

Estas dificultades se habrían evitado si se hubiera concretado la creación de un Tribunal o Corte encargados de uniformizar la interpretación y aplicación de esas normas. Este tema implicó una extensa discusión en el seno del Grupo *Ad Hoc* de Asuntos Institucionales, instancia en la cual el Uruguay sustentó la conveniencia política y

jurídica de crear un Tribunal, habiendo predominado hasta la presente fecha la fórmula intergubernamental.

1.2.8 El Protocolo de Ouro Preto optó por mantener como sistema de Solución de Controversias, aquel consagrado a nivel del Protocolo de Brasilia, descartándose la incorporación de cualquier instancia jurisdiccional, consultiva o contenciosa, limitándose, simplemente, a ampliar determinadas atribuciones en materia consultiva y en lo referente a reclamaciones a cargo de la Comisión de Comercio. Esta solución es, a nuestro juicio, imposible de ser extendida en el futuro al ámbito penal.

1.2.9 Acotada participación de los agentes económicos y sociales privados se encontraba regulada como una facultad de ser convocados por parte del Grupo del Mercado Común (GMC), según la previsión del art. 14, in *fine*, del Tratado de Asunción, pero en la práctica no se contaba con un ámbito para la actuación de los agentes privados, más allá de los 11 subgrupos de trabajo del GMC y del marco normativo establecido por la Decisión 4/91 – Reglamento Interno del Grupo del Mercado Común. En el Protocolo de Ouro Preto, por lo contrario, se abre una instancia forma para su participación, a través de un Foro Consultivo Económico-Social, que recibió el apoyo de grupos empresariales y de las centrales sindicales de trabajadores de los Estados-Miembros.

1.2.10 El Mercosur no es un organismo comunitario supranacional y sí un organismo intergubernamental. Sus decisiones no dicen respecto de un espacio jurídico integrado, mas se refieren “en sentido estricto” a cuatro espacios jurídicos vinculados.

Por lo tanto este organismo, carece de instancias supranacionales en la formulación de su estructura normativa básica. En otras palabras, el Mercosur no tiene un órgano que hable en nombre de los cuatro países, menos aún que decida por los cuatro países. El Mercosur posee órganos intergubernamentales, ámbito en el cual los cuatro países hablan, donde los cuatro países deciden y donde los cuatro países eventualmente, por consenso, adoptan resoluciones en el ámbito del propio Mercosur.

Por consiguientes, al momento de inventariar la naturaleza del Mercosur, resulta claro que no estamos ante un Mercado Común, con las características de institucionalidad que normalmente se verifican cuando se piensa en un Mercado Común, estilo comunitario. Sino que es en esencia ***un proyecto de camino institucional conducente a un Mercado Común.***⁵ Por consiguiente, los niveles institucionales que hoy exhibe el Mercosur son propios de estadios o etapas anteriores al Mercado Común y pueden ser definidos con instrumentales para el alcance de dicho paradigma de integración.

1.2.11 El Mercosur como estructura jurídica convencional posee características que exceden el marco de los esquemas “menores” de integración económica. Configura muchas más que una zona de libre comercio, primera alternativa formal del Derecho de Integración y ultrapasa levemente los parámetros de una simple Unión Aduanera,⁶ segunda variante del Derecho de Integración, que se vertebra sobre la liberación del

⁵ Héctor Gros Spiell: El Tratado de Asunción y algunas cuestiones jurídicas que plantea, en *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho*. 2. época, año II, n. 5. Montevideo : FCU, 1991. p. 9. En el mismo sentido, Raúl Cervini, Aspectos penales..., op. cit., p. 45.

⁶ Conforme Gonzalo Fernández, El Mercosur y la regionalización del derecho penal. Montevideo: Editorial Universidad, 1992. p. 26.

comercio recíproco, la adopción de una tarifa externa común y eventualmente el establecimiento de una aduana común con funciones de recaudación y de distribución interna.

Se trata de una Unión Aduanera de nivel relativamente avanzado por lo menos en el plano conceptual, que tuvo su mayor logro e instrumento central una tarifa externa común, la cual en su momento fue posible alcanzar gracias a un buen entendimiento entre los países socios, a partir de la experiencia de la Zona de Libre Comercio que se constituyó con el Tratado de Asunción.

Concordamos con el publicista y actual Canciller Gonzalo Fernández en el sentido que *el Mercosur está muy lejos de alcanzar la estructura del modelo básico del Mercado Común (Unión Europea)*, que es actualmente el esquema mas avanzado de integración económica que agrega a las características antes anunciadas la existencia de la libre circulación de los factores productivos y la libre oferta de servicios.

El esquema acordado en Asunción implica, de acuerdo a lo que dispone el propio artículo 1 (dimensión material), la armonización de las políticas fiscales y monetarias, la coordinación de las políticas macroeconómicas y sectoriales y la subsiguiente armonización de las legislaciones, todo ello para lograr el fortalecimiento del proceso de integración que conforme al texto fundacional del Tratado, podría hipotéticamente trascender a los aspectos meramente aduaneros.

Las reuniones de Ministros de Economía y de Presidentes de Bancos Centrales del Mercosur, las reuniones de Ministros de Justicia, las decisiones del Consejo del Mercado Común y de los diferentes subgrupos de trabajo, así como los mismos Protocolos Adicionales de Ouro Preto y Brasilia, confirman una clara disonancia entre el propósito tibiamente esbozado de llegar a ser algo mas que una Unión Aduanera y la insistente realidad política que impide la concreción de las instancias mas elementales de una Zona de Libre Comercio.

Actualmente, se puede decir que al menos hasta la fecha, solo existe una base de tributación común, no siempre respetada, y con múltiples excepciones en cada país, habiéndose previsto originalmente la exoneración aduanera total para fecha posterior al año 2000, concreción que ciertamente no se ha logrado.

1.2.12 Naturalmente, en base a estos antecedentes, la posibilidad de un Tribunal de Justicia Comunitario en el ámbito del Mercosur solamente puede ser barajado en el *plano de las aspiraciones ideales*, mas aún si lo pensamos con competencia penal.

A esta altura cabe recordar que en lo que atañe a la materia penal, tampoco los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea (CEE), a pesar del paradigma supranacional adoptado, han transferido a la Comunidad, hasta el momento, un verdadero poder penal ya que consideran a éste como parte inalienable de su soberanía nacional. Sobre este punto, concuerdan la mayoría de los publicistas.⁷

⁷ Conf.: Adán Nieto Martín. *Fraudes comunitarios...*, op. cit., p. 39; Guy Isaac. *Droit communautaire...*, op. cit., p. 210; Mireille Delmas-Marty. Union européenne et droit pénal. *Cahiers de Droit Européen*, n. 5-6, Bruxelles, 1997; Asua Batarrita. De la Mata Barranco, la regulación penal del fraude de subvenciones en los Estados miembros de la comunidad europea. *Cuadernos de Política Criminal*. Madrid, 1994, n. 52; Klaus Tiedmann. *Lecciones de derecho penal económico (comunitario español-alemán)*, Barcelona :

No obstante, retomando nuestro proceso regional, no se debe ocultar una nota interesante que pasa normalmente desapercibida. El Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional firma en Las Leñas el 27 de junio de 1992, abarca, en principio, las materias civil, comercial, laboral, contencioso-administrativa y administrativa. No obstante, este mismo texto contiene una aislada pero muy relevante disposición que se puede entender como una verdadera simiente en el ámbito penal. Se trata del artículo 18, *in fine*, por el cual: la cooperación jurisdiccional acordada en el Protocolo alcanza también al reconocimiento y ejecución de sentencias dictadas en materia de reparación de daños y restitución de bienes originadas en la jurisdicción penal. Honestamente, pensamos que no se debe supervalorizar ni la trascendencia ni el espíritu de esta norma. Actualmente, el marco estructural del Mercosur como tal, no está habilitando instancias formales de coordinación legal en materia penal, y esta disposición aislada debe ser vista como una extensión funcional de una cooperación jurídica estructurada en términos de fortalecer un proceso de integración económica, básicamente aduanera.⁸ De cualquier manera, en lo que refiere al menos a Brasil y Uruguay, habiéndose separado nítidamente el accionamiento civil y penal, esta norma carece de aplicación.

Hechas las consideraciones expuestas, se puede decir que la simple referencia a un derecho penal comunitario supone evocar un tema de variada ubicuidad sistémica. Se ha sustentado que estamos ante una rama autónoma del derecho, situada entre el derecho penal y el derecho internacional. Según otros criterios, el derecho penal comunitario sería un segmento, una parcela del derecho penal en el sentido de sector especializado y por consiguiente adscripto a los principios centrales del sistema general y sujeto a las reglas comunes de la teoría de la imputación. Esta concepción puede ser discutida⁹ mas es probablemente la que ofrece mayores garantías para todos y no es posible embarcarse en una integración tan crítica como la vinculada a la materia penal con riesgo para la seguridad jurídica.

Ediciones PPU, 1993. p. 57 y ss.; Juan Carlos Ferre Olivé. Derecho penal e competencias de las comunidades europeas. *Cuadernos de Política Criminal*, n. 48, Madrid, 1992; Diez-Hochleitner. La reforma institucional de las comunidades europeas acordada en Maastricht. *Gaceta Jurídica de la Comunidad Económica Europea*, D. 17, set.-out., 1992; Salvador Runielli. Los esfuerzos comunitarios en el campo penal después de Maastricht. *Gaceta Jurídica de la Comunidad Económica Europea*, D. 20, mar., 1997; Giovanni Grasso. *Comunità europea e diritto penales. I rapporti tra l'ordenamento comunitario e i sistemi penali degli stati membri*. Milão: Giuffrè, 1989; ICEPS, Grupo de Trabalho coordinado por el Prof. Robert Garin, Document n. 4 pour le Groupe ad hoc Droit Communautaire, Droit Penal, doc. CCI 271/97, Paris, 1997. Stefano Manacorda: L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale. *Foro Italiano*, n. 2, V., p. 55-72. 1995; Unione europea e sistema penale: stato della questione prospettive di sviluppo. *Studium Juris*, 1997. p. 945-957; Le corpus juris et l'unification du droit pénal des affaires en Europe. *Les Cahiers de la Sécurité Intérieure*, 1999. p. 155-176. Igualmente de Christine Van Den Wyngaert, Relación general. Las transformaciones del derecho penal internacional..., op. cit. ut supra, p. 235 y ss; Mario Pisani. Criminalité organisée et coopération internationale. Coloquio de Utrecht. *The Criminal Justice Systems...*, op. cit., p. 551, y Joachim Vogel. Combatting international organized crime by international cooperation: The german view. *The Criminal Justice Systems...*, op. cit., p. 327.

⁸ Conf.: Eduardo Tellechea Bergman, El Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del Mercosur, en Seminario Mercosul, Livre Circulação de Mercadorias e Proteção ao Consumidor, Porto Alegre, dic., 1993, p. 4.

⁹ Lujan Carmedez. Respecto del debate en torno a la autonomía técnica del derecho penal comunitario. *Gazeta de la Comunidad Económica Europea*, D. 217, Barcelona, set.-out., 1992.

Considerada como una rama del derecho penal especializada, la materialidad sustantiva del derecho penal comunitario se debería orientar a la protección de los bienes jurídicos efectivamente (especialmente) relevantes para el sistema comunitario en un *marco que compatibilice eficacia de su tutela con adecuadas e imprescindibles garantías*. Este concepto es básico y su desarrollo explicitado en principios, constituye la espina dorsal de este trabajo.

En todo caso, como señala Buompadre, es difícil concebir la viabilidad de una propuesta penal a nivel comunitario sin prestar atención al derecho interno. El recurso de la sanción penal para la protección de los intereses comunitarios jamás podrá ignorar el orden público interno e internacional de los Estados.¹⁰

De tal modo, al derecho penal comunitario incumbiría la protección – mediante un sistema de reacciones penales – de los intereses comunitarios fundamentales que se jerarquizan en la calidad de bienes jurídicos equiparados con los intereses tutelados por el ordenamiento jurídico interno, en clave de una necesaria armonización.

El criterio de delimitación sustantiva del derecho penal comunitario deberá pasar por el plano material o teleológico, ajustándose a la índole o naturaleza peculiar del bien jurídico protegido. Concordamos con Juárez Tavares¹¹ y Gonzalo Fernández,¹² los cuales sustentan que desde la perspectiva del garantismo penal no es admisible una definición del derecho penal comunitario meramente formal, que a partir de un enunciado normativo supranacional de su regulación pretenda crear de modo directo e inmediato situaciones que tengan relevancia penal para los *sujetos concernidos* o que eventualmente se puedan hacer valer frente a los propios Estados.

Para nosotros, es indiscutible que en lo que refiere al Mercosur no existe ninguna posibilidad de transferencia de soberanía, y mucho menos posibilidades de creación formal de instituciones comunitarias supranacionales y por consiguiente también es imposible la existencia de facultades jurisdiccionales de imponer sanciones. Estos reconocimientos deberían inviabilizar cualquier teorización en este sentido.

Entre otros, Sidney Alves Costa¹³ y el jurista argentino Jorge Buompadre confirman nuestro criterio. El último de los citados expresa “...el Tratado de Asunción no contiene normas de carácter penal ni dispone la creación de un organismo supranacional o comunitario que sea titular de un poder sancionatorio en sentido propio, vale decir, con poder autónomo para tipificar delitos e imponer verdaderas sanciones criminales. Tal vez ello se deba, como en el caso de la Comunidad Europea, que nos sirve de referencia, al hecho de que se ha dejado reservada toda la materia penal a los propios Estados miembros y fuera del ámbito de control de un órgano supranacional comunitario.”¹⁴

¹⁰ Jorge Buompadre. Tipificación de posibles delitos comunitarios, en *Mercosur Balance y Perspectivas*. IV Encuentro Internacional de Derecho para América del Sur: El desarrollo de la integración hacia el siglo XXI. Montevideo: FCU, 1998. p. 423.

¹¹ Juárez Tavares. Límites dogmáticos de la cooperación penal internacional. En obra colectiva: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo : Carlos Alvarez Editor, 1994. p. 124.

¹² Gonzalo Fernández. El Mercosur y la regionalización..., op. cit., p. 36 y ss.

¹³ “Cooperación penal internacional en el marco europeo”, inserto en la obra *Curso de cooperación penal internacional*, op. cit., p. 179.

¹⁴ Jorge Buompadre. Tipificación de posibles delitos comunitarios, op. cit., p. 423.

Si de todas maneras el consenso se inclina respecto de la conveniencia de estructurar un derecho penal comunitario para el esquema regional, la interacción judicial penal regional deberá tanto del punto de vista adjetivo como sustantivo, atenerse al respeto de los derechos fundamentales del hombre que también deben ser reconocidos como marcos de referencia de ese eventual derecho penal comunitario de estructura democrática.

1.3 Vías posibles de armonización penal regional

1.3.1 La conformación de una reglamentación penal supranacional de un ordenamiento normativo penal-comunitario.

Esta hipótesis debe descartarse a priori. De acuerdo a lo que fue anteriormente señalado, ni aún en el ámbito de la Comunidad Económica Europea (CEE) se ha materializado de momento la articulación de un esquema jurídico penal formal comunitario, cuando mucho, y luego de ingentes debates se consiguió definir ciertos niveles ilícitos administrativos castigados mediante sanciones de contenido pecuniario. Por consiguiente, mucho menos cabe imaginar la constitución de mecanismo institucionales de carácter supranacional con atribuciones legiferantes de orden penal para nuestra región, tampoco la existencia de un hipotético Tribunal Internacional, menos aún en material penal.

1.3.2 Propuestas alternativas

Frente a la inviabilidad de la propuesta analizada de formalizar un derecho penal comunitario en la órbita del Mercosur surgen necesariamente otras propuestas alternativas las cuales siguiendo la sistematización de Buompadre y Gilleni¹⁵ pueden ser resumidas de la siguiente forma: a) *Código Penal Internacional, de larga y frustrada trayectoria en nuestro continente a través del Proyecto de Código Penal Tipo*; b) *Técnica de asimilación*; c) *La ampliación de la jurisdicción de los Estados Miembros*; d) *La Armonización*. Entendiéndose por tal la armonización de preceptos penales mediante la técnica de la unificación formal y la introducción de ilícitos relativamente uniformes en los distintos ordenamientos internos de los Estados.¹⁶

Debe recordarse que el sistema de armonización legal a nivel interno es precisamente la solución consagrada en el Tratado de Asunción, pese a que no haya tomado en cuenta al momento de acordarla, la faceta penal objeto de análisis. Como corolario de esto, el Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales para el Mercosur, objeto principal de nuestro estudio, adopta este criterio en sus Considerandos y en la Exposición de Motivos. Textualmente: "... Considerando que el Tratado de Asunción implica un compromiso de los Estados partes de armonizar sus legislaciones en funciones de los objetivos comunitarios allí establecidos ...".¹⁷

¹⁵ Luis Carlos Gilleni. Tipos de Cooperación Judicial entre Estados. Conferencia inédita dictada en el Seminario de Panamá, junio de 1999.

¹⁶ Juan Terradillos. Delitos societarios. El derecho penal de las sociedades mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE. Madrid, 1987. p. 11.

¹⁷ Sobre los criterios de armonización sustantiva en materia de derecho penal en la Unión Europea, ver: Raul Carnevali Rodríguez, Armonización de la normativa europea: algunos problemas jurídico penales, *Revista Justicia Uruguaya*, t. 118, p. 87 y ss.; Joachim Vogel, *Combating international...*, op. cit., p. 333; Pagliaro, Límites a la unificación del derecho penal europeo. *Hacia un derecho penal económico*

e) *Acuerdos de cooperación internacional*

Estos acuerdos pueden ser de naturaleza bilateral o multilateral. En ellos se encuentran previstas reglas de asistencia recíproca respecto de ciertas conductas delictivas que son admitidas como tales en todos los Estados (tráfico de drogas, crimen organizado, destrucción de cables submarinos). En realidad la verdadera expansión de este tipo de acuerdos se ha observado en el prioritario campo de la Asistencia Judicial Penal Internacional.

Precisamente el Protocolo para el Mercosur reconoce con realismo que ésta es la vía más idónea para concretar los futuros desarrollos de armonización penal. Así en sus Considerandos preliminares se expresa “Convencidos de que la intensificación de la cooperación jurídica en materia penal contribuirá para profundizar los intereses recíprocos de los Estados partes en el proceso de integración ...”. “Resuelven concluir un Protocolo de Asistencia Mutua en los siguientes términos:”

II. CONCEPTO Y ALCANCE DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL INTERNACIONAL LATU SENSU

SUMARIO: 2.1 Ubicación del tema – 2.2 Concepto de Cooperación judicial penal internacional – 2.3 Fundamento y naturaleza jurídica de la cooperación penal internacional: 2.3.1 Fundamento – 2.4 Alcance excepcional, o de principio, de la cooperación judicial penal internacional: 2.4.1 Planteos preliminares 2.4.2 Teorías tradicionales y nuevos abordajes – 2.5 Niveles o grados de asistencia – 2.6 Acerca de la legitimación activa y de la amplia defensa del concernido: 2.6.1 Respecto del concernido; 2.6.2 Fundamentos de la legitimación activa y garantía de amplia defensa del concernido; 2.6.3 De la praxis de los Tribunales; 2.6.4 Normas de raíz internacional y nacional que propugnan la legitimación activa y garantía de amplia defensa del concernido; 2.6.5 Conclusiones – 2.7 Observaciones finales

A esta altura corresponde introducirnos brevemente, en el concepto de este instituto de extrema actualidad como lo es, innegablemente, el de la cooperación Judicial Internacional.¹⁸

Cuando empleamos la expresión Derecho de la cooperación penal internacional no estamos propugnando necesariamente el nacimiento de una nueva rama autónoma de las Ciencias Jurídicas, sino que, simplemente, como hace Polimeni y un creciente sector de la doctrina italiana, aspiramos a que se observe la cooperación desde una particular óptica conceptual y valorativa, encarándola como un estatuto global integrado de

européo. Jornadas homenaje al Professor Klaus Tiedemann. Madrid, 1995. p. 690 y ss.; Sgubbi, Voce diritto penale comunitario. *Novissimo Digesto Italiano*, Appendice, Torino, 1991. vol. II, p. 1.223; y Jescheck, Lo stato attuale del diritto penale europeo. *Prospective per un diritto penale europeo*. Padua, 1968, p. 320 y ss.

¹⁸ Sobre el tema: Raúl Cervini, La asistencia judicial penal internacional. Apuntes desde el Derecho Penal. off-print de *Law and Criminology Review*, vol. 12, n. 2, Austin: School of Law, University of Texas, 1993; La cooperación judicial penal internacional, concepto y proyección; en la obra colectiva *Curso de cooperación penal internacional*, op.cit, p. 6 y ss; Aspectos penales de la cooperación..., op. cit.; Raúl Cervini e João Marcello de Araújo Júnior, Cooperación penal internacional en el Mercosur. Concepto y límites, en *De las penas*. Libro homenaje al Profesor Isidoro de Benedetti. Buenos Aires : De Palma, 1997. p. 99 y ss., y Raúl Cervini e João Marcello de Araújo Júnior, Les systèmes pénaux à L'épreuve du crime organisé, en *The Criminal Justice Systems...*, *Revue Internationale de Droit Penal*, op. cit., p. 457.

solidariedad y garantías, ámbito en el cual, cada uno de los sectores se saber jurídico tienen una aporte a realizar.

2.1 Ubicación el tema

La cooperación penal internacional, *lato sensu*, no constituye una inquietud reciente. Los primeros aportes clásicos al tema ya los podemos encontrar incidentalmente en la obra de Bartolo y, de forma más precisa, dentro de la Escuela Holandesa, en la obra del visionario Grocio y sus seguidores Puffendorf y Wolff.¹⁹

Nos recordaba João Marcello de Araújo Júnior que la primer referencia histórica respecto del tema consta en el tratado de paz celebrado entre Ramsés II e Hatussilli, Rey de los Hititas, en 1280 A.C., tratado considerado como el más antiguo de la humanidad.²⁰

Mucho tiempo después, a fines del siglo XIX, las profundas alteraciones provocadas por la creciente internacionalización de las sociedades se vieron reflejadas en una visión moderna de los problemas vinculados al auxilio interetático en materia penal. Estos temas vendrían a constituir el foco de los debates durante el Ier Congreso Penitenciario celebrado en Londres en 1872 y en los eventos posteriores (Roma 1885, Paris 1895), donde se llegó a propugnar la urgente necesidad de lograr una unión efectiva entre las agencias policiales de los diferentes Estados, con el fin de facilitar la detención de los criminales caracterizados por una creciente ubicuidad y una racional colaboración entre los Jueces de Europa, con le objetivo de enfrentar estos problemas inherentes a una criminalidad que se internacionalizaba e modo creciente..²¹

Otro hecho relevante, ya en el siglo XX, ocurrió cuando en abril de 1916, Alberto I de Mónaco, obedeciendo a motivaciones tan personales como pintorescas²² convoca el Ier Congreso de Policía Judicial, evento que congregó en Mónaco policías y juristas de 14 países a fin de discutir estrategias comunes frente al delito internacional y fijar las bases de la futura Organización Internacional de Policía Criminal (OIPC – INTERPOL), cuya fundación formal se concreta luego de las dos grandes guerras mundiales, en la Conferencia de Bruselas de 1946.²³

Retomando al plano teórico, es necesario que se consigne que 14 años antes, en 1932, Roux resumió premonitoriamente la importancia del tema, con el agregado ejemplos de época que aún hoy mantienen clara actualidad. Expresaba que la cooperación internacional en materia penal había nacido como consecuencia de la necesidad de formular una respuesta suficiente ante el hecho tangible de que la defensa social en materia penal, se ejercía primordialmente en ámbitos circunscriptos, limitados como fruto del principio de la territorialidad. A su modo de ver la delincuencia había pasado a internacionalizarse, sea para operar de tal modo (organizaciones dedicadas al tráfico de

¹⁹ Conf: Paulo Mouso. Cooperación judicial inter-etática, en Revista Colombiana de Derecho Procesal, año III, Vol 02, Editores Bertrami, Bogotá 1990, p. 31.

²⁰ João Marcello de Araújo Júnior. Extradicação – Alguns aspectos fundamentais. Artigo publicado na *Revista Forense* 326, Rio de Janeiro. p. 61.

²¹ J. Guillermo Fierro. *La ley penal e el derecho internacional*. 1. ed. Buenos Aires : Depalma, 1977. p. 207.

²² Idibidem: op. cit., p. 22.

²³ Fenton Bresler. *Interpol*. Edic. Sinclair-Stevenson, London, 1992. p. 23 y ss.

estupefacientes, de personas, etc.) sea en razón de la modalidad específica del delito cometido (apoderamiento ilícito de aeronaves en vuelo) o inclusive para ponerse mas allá de la acción de la justicia penal estatal. Aceptar esa realidad, afirmaba, equivaldría a tolerar que “los gendarmes de policía tuvieran que continuar persiguiendo a los delincuentes a pie mientras que éstos se movilizaban en bicicleta”²⁴ Años mas tarde, Quintano Ripolles retoma el argumento y moderniza la imagen diciendo que sería igual a “tolerar que los criminales se movilizaran en avión y el Juez y la policía en carruaje de caballos”.²⁵

Mas recientemente, en octubre de 1986, durante el XI Congreso Internacional de Defensa Social realizado en la ciudad de Buenos Aires, enseñaba Adolfo Beria Di Argentine²⁶ que en los últimos años se viene hablando acerca de la internacionalización del delito, comprendiéndose en tal concepto dos enfoques diferentes. Por un lado, la formación de una delincuencia que presenta las mismas características en todos los países del mundo (secuestro, fraudes de gran monta, predominio de importantes centros del crimen organizado, etc.) y por otro lado, el desarrollo de una conducta criminal cuyas manifestaciones se extienden por todo el mundo, sin consideración a ninguna frontera nacional denotando lo que conocemos como un funcionamiento geocéntrico.

Hoy en día son muy frecuentes también en nuestra región los actos delictivos caracterizados por esta suerte de ubicuidad con la cual se desarrolla el proceso ejecutivo del delito que se sitúa en diferentes territorios nacionales. Es el caso de la nueva criminalidad que causa la crisis de nuestra cultura sociopolítica, fenómeno no solo internacionalizado sino de características transnacionales.

Esta **transnacionalización** es sin duda el aspecto más importante, la nota más saliente de la criminalidad organizada contemporánea, ante la cual los Estados aislados quedan reducidos a una virtual impotencia. El fenómeno del crimen organizado de carácter transnacional, como bien ilustra Elgio Resta²⁷ rompe el circuito de validez y eficacia de las normas puesto que se establece fuera de su alcance. Explica el autor, utilizando el lenguaje de la cibernética, que “un sistema no puede ultrapasar sus propios límites”. Normalmente este tipo de delito no solo traspasa las fronteras nacionales sino que las utiliza precisa y deliberadamente para sus fines, ya que la policía, como el Derecho Penal al cual sirve, están delimitados por el principio de la territorialidad. Su límite de acción termina en la frontera del país en el cual desenvuelve su actividad y toda intromisión policial o judicial fuera de los límites territoriales estará implícitamente rechazada por la propia definición de Estado soberano.

Así los delitos financieros internacionales, los descalabros de bancos, los delitos tributarios, las reiteradas ofensas a la legislación sobre moneda extranjera, el tráfico de armas, de órganos, de personas o el narcotráfico y hasta el propio lavado de “dinero

²⁴ Jean-André Roux. L'entr'aide des Etats dans la lutte contre la criminalité. *Recueil des Cours de L'Academie de Droit International*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932. t. 36, p. 93.

²⁵ Antonio Quintano Ripolles. *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco Vitoria, 1957. t. II, p. 116.

²⁶ Adolfo Beria Di Argentine. La internacionalización..., p. 02.

²⁷ Elgio Resta. Relato sobre Aspectos Sociales y Económicos, en XI Congreso Internacional de Defensa Social: La internacionalización de las sociedades contemporáneas en el campo de la criminalidad y las respuestas del Movimiento de la Defensa Social, Vers. Mim, Buenos Aires, 27 de octubre a lero de noviembre de 1986, p. 7; conf. Eduardo Mario Rissi. La transnacionalización en la sociedad contemporánea. México, Jacil, 1991.

sucio”, producto de las actividades de estos grupos, como crímenes a distancia, adquieren mayor grado de eficacia y están a salvo de la acción del sistema penal. La acción policial y judicial se enfrenta en estos casos con problemas específicos, tanto en el terreno de los hechos como en los aspectos jurídicos, cuando se tiene que tomar un testimonio de declaración en extranjero o realizar cualquier otro acto de investigación o diligencia sumaria. Las diferencias específicas que existen entre las legislaciones de los distintos países involucrados en instancias de cooperación penal internacional contribuyen a acentuar el problema.

Precisamente, para abordar conceptualmente todo este movimiento de medios y recursos destinados a combatir las manifestaciones transnacionales de delincuencia, a superar las dificultades fácticas de una investigación de esta naturaleza e inclusive aquellas derivadas de los desajustes normativos de las leyes de los diferentes países Travers acuñó en 1925 la expresión “entre-ayuda penal” (*l’entraide*)²⁸ para Roux *l’entre’aide*²⁹ también conocida posteriormente entre algunos autores americanos como extra-ayuda penal³⁰ como significativa de los diversos tipos de colaboración que crecientemente se prestan entre sí los Estados, sin menoscabo alguno de sus respectivas soberanías.

El citado Roux señala la existencia de tres tipos de auxilio recíproco: el policial, el judicial y el legislativo³¹. Modernamente se reconocen dos formas de asistencia o cooperación internacional en materia penal:³² la **administrativa**, que es fundamentalmente policial pero que puede tener otras expresiones no necesariamente conectadas con ésta³³ y **las variadas formas de cooperación judicial penal internacional**, objeto de este estudio.

2.2 Concepto de cooperación judicial penal internacional (en adelante CJPI)

Definida en términos generales, como una de las variedades de Entre-ayuda Penal Internacional, la CJPI se concreta cuando el aparato judicial de un Estado, que no tiene poder de imperio sino dentro de su territorio, recurre al auxilio, a la asistencia que le pueden prestar otros Estados por medio de sus respectivas actividades jurisdiccionales.³⁴

²⁸ Maurice Travers, Les effets internationaux des jugements répressifs, en *Recueil des Cours de L’Académie de Droit International*, Paris: Librairie Hachette, 1925. t. 4, p. 430.

²⁹ Jean-André Roux. *L’entr’aide des Etats dans la lutte...*, op. cit., supra, p. 80 y ss.

³⁰ William Clifford, The standard minimum rules for treatment of prisoners, en Proceedings of the 66th Annual Meeting de la American Society of International Law, *American Journal of International Law*, v. 66, n. 4, set., 1972. Lancaster Pa, 1973. p. 134.

³¹ Jean- André Roux. Op. cit., p. 87.

³² Conf. Paul Trousse, Quelques aspects de la collaboration des Etats dans L’Administration de la Justice Répressive, *Revue Belge de Droit International*, 1968-1, Bruxelles, 1968. p. 11; Frank Stordahl, Modalidades de Extradición Penal Internacional, Doc. Bc45-3, vers. min. de conferencia pronunciada durante el 2.º Curso de Cooperación Internacional en Temas Penales, Universidad del Estado de Florida, mayo, 1991. p. 26; J. Guillermo Fierro, *La ley penal...*, op. cit., p. 208.

³³ Christine Van Den Wyngaert: “Relación General...” op. Cit. p. 271 y ss. Bruce Zagaris: “U.S. International Cooperation against transnational organized crime”, en *The Criminal Justice Systems*, op. cit. p. 497 y ss. y Maurice Travers, Les effets internationaux des jugements répressifs, en *Recueil des Cours de L’Académie de Droit International*, Paris: Librairie Hachette, 1925. t. 4, p. 430.

Annual Meeting de la American Society of International Law, *American Journal of International Law*, v. 66, n. 4, set., 1972. Lancaster Pa, 1973. p. 134.

³⁴ Paulo Mouso, op. cit., p. 22.

El proceso nos recuerda Sosa Aguirre³⁵ constituye un conjunto de actos diversos que se suceden en un período más o menos extenso, considerados como una unidad en atención al fin que los une: la aplicación de la ley penal. Normalmente estos actos se desenvuelven dentro del ámbito de la competencia de la autoridad judicial en la cual tiene lugar el proceso, no obstante otros deben ser cumplidos en jurisdicciones distintas, dentro o fuera del Estado donde se instruye la causa principal. Precisamente, cuando en base a esas condiciones el órgano jurisdiccional de un Estado solicita auxilio a un órgano jurisdiccional de otro Estado diferente, estamos ante lo que se conoce como *CJPI*. Esta actividad tiene naturaleza coadyuvante con la actividad jurisdiccional principal que genera la solicitud de auxilio.³⁶

A juicio del publicista y magistrado Polimeni, un concepto introductorio y descriptivo de la CJPI puede sintetizarse como un *estatuto global de solidaridad interetática y garantías (formales y sustanciales)*. Ello presupone reconocer ante todo, la necesidad fáctica y la viabilidad jurídica de una interacción procesal-funcional entre estructuras jurisdiccionales de diferentes Estados.³⁷

En palabras de Paulo Mouso se trata de “un hacer procesal jurisdiccional convergente en el plano internacional al que acordamos en designar como *interacción procesal*, cuyo fulcro legitimante reposa tanto en el cumplimiento efectivo de la tarea procesal de entre-ayuda jurisdiccional penal requerida como en el marco de garantías con que la misma se implementa”. En ese frágil equilibrio dinámico entre eficacia de la prestación asistencial y garantías de los concernidos, se encuentra precisamente la funcionalidad legitimante de la moderna cooperación penal internacional, la cual debe ser concebida en base a un concepto de Derecho de raíz antropocéntrica y garantizador de los Derechos Humanos. Eso es así porque en el ámbito de la CJPI está superada la época en que se asociaba su funcionamiento con el poder negociador de los Estados, con la igualmente difusa cortesía internacional e inclusive más modernamente con la concepción meramente instrumental del respeto y continuidad del proceso. Hoy día, estas últimas fundamentaciones vinculadas al trato entre Estados Soberanos deben estar también acompañadas por el imperioso reconocimiento de los derechos del concernido (sujeto afectado por las medidas de cooperación). Con ello se estará observando la función legitimante del derecho penal, tal como deber ser inexorablemente comprendido a partir de la concepción del pensamiento garantista.³⁸

Precisamente, en atención a lo expuesto y de acuerdo con las reformulación conceptual del pensamiento de los publicistas citados, que ya hemos ensayado en trabajos anteriores, entendemos que la CJPI puede ser esquematizada como un ***conjunto de actividades procesales (cuya proyección no se agota en las simples formas)***,

³⁵ Tabaré Sosa Aguirre. Cooperación judicial internacional en materia penal en *Revista Uruguaya de Derecho Processal* 3, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1990. p. 440.

³⁶ Conf: Tellechea Bergman: Un instrumento para la integración jurídica del Mercosur. El convenio de cooperación judicial en materia civil, comercial, laboral y administrativa entre la República Oriental del Uruguay y la República Federativa del Brasil. *Revista Uruguaya de Derecho Processal* 3, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1991. p. 393

³⁷ Gioacchino Polimeni. *La assistenza in materia penale*. Milán: Turccio, 1990. p. 16.

³⁸ Paulo Mouso. Cooperación judicial..., op. cit., p. 36. En el mismo sentido ver Paulo Mouso e Raúl Cervini, Palestra conferencia conjunta ante la 4.ª Reunión Conjunta de Consejos de Dirección y Consultivo del ICEPS, Doc. 6-21/94, Nova York 1994, p. 12 y ss., texto cuyos extremos fueron resumidos por el relator Stordahl en la Recomendación 3, Tema 2, de dicho encuentro. La Recomendación 3 se transcribe parcialmente en el Capítulo de Observaciones Finales de este artículo.

*regulares (normales), concretas y de diverso nivel, cumplidas por órganos jurisdiccionales competentes en materia penal, pertenecientes a distintos Estados soberanos, que convergen funcional y necesariamente a nivel internacional, en la realización de un mismo fin, que no es otro que el desarrollo, (preparación y consecución) de un proceso principal de la misma naturaleza (penal), dentro de un estricto marco de garantías, conforme al diverso grado y proyección intrínseco del auxilio requerido.*³⁹

Atendiendo a la diversidad de los sistemas jurídicos involucrados en instancias de cooperación, cuando la doctrina refiere a “estructuras jurisdiccionales” admite implícitamente que la asistencia internacional se preste- tratándose de medidas de primer y segundo grado- no solamente entre jueces, sino entre estos y autoridades vinculadas al ejercicio de la justicia (miembros del Ministerio Público y específicas autoridades administrativas, por ejemplo), razón por la cual, a pesar de que habitualmente se usa la expresión CJPI, sería técnicamente adecuado usar la expresión más exacta y comprensiva de *cooperación jurisdiccional penal internacional*.⁴⁰

2.3 Fundamento y naturaleza Jurídica de la cooperación penal internacional

Los enfoques conceptuales anteriores presuponen una postura previa respecto del fundamento y de la propia naturaleza jurídica del instituto bajo análisis.

2.3.1 Fundamento

Con relación a su *fundamento* son varias las propuestas que han surgido, cada una con su particular proyección jurídica e implicaciones prácticas.

2.3.1.1 Las Teorías de la Utilidad para los Estados, reciprocidad, realización de la justicia y fundamentalmente la Teoría de la Cortesía Internacional (Comitas Gentium), representan una etapa superada en la evolución del derecho internacional privado en general y del derecho cooperacional penal internacional en particular.⁴¹

2.3.1.2 Modernas formulaciones

Un sector doctrinario entiende que sin perjuicio de las motivaciones que pueden conducir a cada Estado a admitir y desarrollar una práctica de CJPI (utilidad política, interés de Justicia Substantial, imperio de los hechos, simple cortesía internacional, etc.), el fundamento esencial de una asistencia de este tipo reside en el respeto al proceso, como concentración de actos estricta y formal, creada por la sociedad para

³⁹ Raúl Cervini. La cooperación judicial penal internacional, concepto y proyección. *Curso de cooperación penal...*, op. cit., p. 6; Principios de cooperación..., op. cit., p. 24; La asistencia judicial penal internacional. Apuntes..., op. cit., p. 45 y ss.; Aspectos penales..., op. cit., p. 36; con João Marcello de Araújo Júnior, Cooperación penal internacional del Mercosur, op. cit., p. 105; también de los mismos autores: Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé, op. cit., p. 468.

⁴⁰ Conf: Paulo Mouso. Cooperación judicial..., op. cit., p. 39; Opertti. Características de la moderna cooperación penal internacional en asuntos penales con especial referencia a los últimos desarrollos convencionales en el ámbito multilateral y bilateral, en *Curso de cooperación penal internacional*, op. cit., p. 219 y ss.

⁴¹ Paul Trousse. Quelques aspects de la collaboration des Etats dans L'Administration de la Justice répressive”, en *Revue Belge de Droit International*, 1968-1, Bruselas, 1968., p. 16; Conf. Didier Opertti, *Tratado de asistencia jurídica mutua...*, op. cit., p. 23.

dirimir las controversias que se dan en su seno, cualquiera sea su naturaleza, objetivando la justicia que por su intermedio pretende consagrarse.⁴²

Otros autores entienden que en la base de la CJPI están presentes los presupuestos fácticos de la propia existencia del Derecho Internacional. Si se reconoce como jurídica la actividad de los demás Estados se habrá dado un gran paso adelante en el desarrollo de la cooperación internacional. Si se reconoce la diversidad de los sistemas jurídico-penales de los demás Estados, se habrá dado otro paso fundamente, en este caso, para el desarrollo de la CJPI. Agregan que serán precisamente esas circunstancias fácticas las que estarán determinando históricamente la mayor o menor elasticidad en los requisitos de admisión de la continuidad jurídica del auxilio judicial a través de las fronteras.⁴³

2.3.1.3 Naturaleza jurídica

2.3.1.3.1 Jurisdicción propia. De acuerdo con una de las posiciones, existe *jurisdicción propia* de la sede requerida en auxilio. La jurisdicción de los actos procedimentales es propia y original del Juez requerido, o sea que pertenece a él, aún cuando el acto de cooperación o auxilio no posea relevancia judicial dentro del Estado o jurisdicción requeridos sino exclusivamente, dentro del Estado y jurisdicción requerentes. Conforme a este criterio, el Juez requerido estaría ligado *in natura* a la suerte misma del proceso principal, pudiendo incidir sobre éste a través de las diligencias que concede e instrumenta o deniega.⁴⁴

2.3.1.3.2 Delegación de jurisdicción. Para otra orientación existe *delegación de jurisdicción*. La jurisdicción requerida en auxilio penal internacional actuaría como comisionada por la requirente, que sería la jurisdicción principal.⁴⁵ La jurisdicción delegada debería reducirse a los fines precisos y limitados que determina el pedido de cooperación, conservando la Sede requirente la facultad decisiva de la solución y por otro lado la actitud jurídica de avalar de acuerdo con la ley aplicable al caso, los actos integrativos de la cooperación.⁴⁶

El órgano jurisdiccional cooperante o asistente, expresaba Gelsi Bidart,⁴⁷ actúa por delegación de aquel que solicita la cooperación para el desarrollo de su proceso principal. El referido proceso principal no puede desarrollarse fuera del ámbito jurisdiccional espacial del Tribunal que lo preside. Realmente existe una mutua dependencia entre ambos Tribunales, el primero no puede llevar adelante directamente ciertas actividades pues estas se deben implementar fuera de su jurisdicción territorial, por lo cual depende, para que estas se efectúen, de un segundo Tribunal territorialmente competente en esa jurisdicción. Por su parte el segundo

⁴² Giuliano Turone. *L'extradizione e l'assistenza giudiziaria nei rapporti Italia-Stati Uniti D'America*. Milán: Giuffrè, 1986. p. 16. Dentro de la doctrina uruguaya Tabaré Sosa Aguirre, *Cooperación judicial internacional...*, op. cit., p. 440.

⁴³ Conf. Paulo Mouso. *Cooperación judicial...*, op. cit., p. 34; Gioacchino Polimeni. *La assistenza...*, op. cit., p. 43.

⁴⁴ Conf. Giuliano Turone. *L'extradizione e l'assistenza giudiziaria...*, op. cit., p. 24.

⁴⁵ Conf. Amilcar Durccio Patrone. Los exhortos. Aspectos jurídicos y prácticos. *Revista Boliviana de Derecho Internacional*, vol. II, segunda era, n. 1. Lima, 1996. p. 41 y ss.; Gioacchino Polimeni. *La assistenza...*, op. cit., p. 52.

⁴⁶ Adolfo Gelsi Bidart. Criterios de cooperación judicial internacional en el Código Tipo para América Latina y el Código General del Proceso. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* 4, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1990. p. 533.

⁴⁷ *Idibidem*, p. 533.

Tribunal sólo legitima su accionar si existe un proceso presidido por el primero, en el cual se han dispuesto determinadas actividades, respecto de las cuales el recibió delegación de esa sede originaria para actuar. La situación no es muy diferente de aquella que se configura dentro de cada Estado, entre órganos judiciales con competencia territorial diferente.

2.3.1.3.3 Interacción procesal-funcional internacional – Esta posición está principalmente relacionada- aunque no en forma exclusiva- con las propuestas originales de Polimeni,⁴⁸ la cual, contrariamente a lo que han entendido algunos publicistas de cuño jusprivatista⁴⁹ no implica de modo alguno que el Juez requerido en asistencia se transforme en una surte de “autómata”, en un mero ejecutor material de medidas de cualquier naturaleza que eventualmente le fueran solicitadas.⁵⁰ La expresión “delegación” solamente se vincula, desde esta perspectiva, a la impronta funcional del auxilio requerido, en función de las garantías, y no puede entenderse como sinónimo de mandato o de mandatario. Pensamos, en forma sistemáticamente coherente con la mejor doctrina del garantismo cooperacional italiano que el magistrado llamado a prestar cooperación penal internacional sólo puede dar trámite e implementar aquellas medidas que no se encuentren prohibidas por sus leyes internas. Este principio está consagrado en diversos Convenios bilaterales firmados por algunos de los países miembros del Mercosur, e inclusive en su respectivo Derecho Internacional Privado de fuente nacional. En este ámbito, eran a jugar también los principios fundamentales del dogma penal. Velar por su observancia, es precisamente tarea de los penalistas.

Finalmente se debe admitir que, frente a un pedido expreso y fundado de una Corte requirente el Juez del Estado requerido implemente la asistencia solicitada de acuerdo con formalidades o procedimientos especiales, pero ello será posible, siempre que estas formalidades o procedimientos adjetivos no resulten incompatibles con los parámetros esenciales de la ley interna. Esta es una clara manifestación del Principio de respeto a la ley interna sustancial y procesal del Estado requerido (formas y garantías),⁵¹

2.4 Alcance excepcional, o de principio, de la CJPI

2.4.1 Aclaraciones Preliminares

En torno a este tema se ha ingresado frecuentemente en un infecundo debate partiendo de una falsa oposición. El tema se planteó con simplificación maniqueísta: las medidas de CJPI deben entenderse como algo extraordinario y absolutamente excepcional o deben entenderse como una práctica internacional consolidada de aplicación ilimitada e irrestricta. Nos recuerda Grasso que la tendencia a justificar estas propuestas extremas se basaba en el entendido de que respondían a expresiones extremas de las perspectivas

⁴⁸ Gioacchino Polimeni. *La assistenza...*, op. cit., p. 53; Paulo Mouso. *Cooperación judicial...*, op. cit. p. 35 y ss.

⁴⁹ Rómulo Balancier. *Cooperación internacional moderna*. México, Sulver, 1994. p. 61.

⁵⁰ Conf: Paulo Mouso, *Cooperación judicial...*, op. cit., p. 36; Gioacchino Polimeni, *La assistenza...*, op. cit., p. 54; y Louis Severin, *International criminal assistance. Law and Criminology Review*, vol. 9, n. 1. Austin, 1991. p. 81.

⁵¹ Solución consagrada en el Tratado de asistencia jurídica mutua en asuntos penales entre la República Oriental del Uruguay y los Estados Unidos de América (arts. 7.3, 16.3, 23.I etc.), Tratado de asistencia penal entre Brasil y Uruguay (arts. 7.3, 16.3, 23.I); Tratados de asistencia entre Uruguay y España, Reino Unido y Australia. Igualmente, en el ámbito multilateral de OEA se consagra la misma solución en el Proyecto de Convención Interamericana sobre Asistencia Judicial en Materia Penal.

territorialista e internacionalista, respectivamente. No obstante, una atenta lectura de sus fundamentos, de acuerdo al mismo autor, nos permite afirmar que sus conclusiones no resultan científicamente consecuentes con los propios principios y desarrollos de las referidas escuelas tradicionales.⁵²

Una perspectiva moderna de la asistencia judicial penal internacional nos obliga a distinguir entre sus variados grados, cada uno de ellos expresivo, a su vez, de solidaridad interetática y garantías, conforme a su respectivo nivel.⁵³ En consonancia con ello, Polimeni concibe a la CJPI como un “*estatuto global normal de auxilio interetático e garantías*”,⁵⁴

2.4.2 Teorías tradicionales y nuevos abordajes.

2.4.2.1 Tesis restrictiva

Sus partidarios sustentan que el régimen jurídico correspondiente a estas modalidades de CJPI constituye una temperamento de naturaleza excepcional. Su postura se basa en el Derecho penal clásico,⁵⁵ en la idea de que el alcance espacial del Derecho penal en la esfera internacional debe estar determinado desde una perspectiva territorialista y, del mismo modo, que el Tribunal requirente expide la rogatoria de acuerdo con su ley, también el Tribunal requerido debe sujetar su prestación de auxilio a su propia legislación.⁵⁶

Muchos de los concepto vertidos desde esta perspectiva continúan siendo acertados y en este sentido conviene recordar. Con Operti,⁵⁷ que en atención a los valores en juego, la CJPI participa en alguna medida de las notas de territorialidad propias del Derecho penal sustantivo. Pero, esta innegable y fecunda conexión entre el principio de la territorialidad y los sistemas de garantía no pueden llevar hoy día a un aislamiento jurídico, ni a concebir la asistencia penal como algo necesariamente excepcional, ilustra Severin.⁵⁸

Subsidiariamente, suelen agregarse otros argumentos de menor valor basados en preconceptos, eje: que la medida de la colaboración interetática en materia penal debe derivar de la extradición, que constituye la variedad cooperacional que tiene mayor tradición y desarrollo entre los Estados. Este instituto – conforme a tal criterio – debería pautar los requisitos básicos de los demás niveles de CJPI (de primer nivel: mero trámite e instructorias, y de segundo nivel: medidas asegurativas, conservatorias o cautelas reales, susceptibles de causar gravamen patrimonial irreversible), a las cuales se atribuye menor desarrollo en el Derecho comparado en general, a diferencia de la

⁵² Giovanni Grasso. *Comunità europee de diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati Membri*. Série Justiça Penal e Problema Internacional. Recopilación dirigida por Mario Pisani. Milano : Giuffrè, 1989. p. 62.

⁵³ Raúl Cervini. Medidas de asistencia judicial penal internacional de primer nivel y la doble incriminación. Anales del II Seminario Internacional: *La regionalización del derecho penal en el Mercosur*, 10-13.11.1993, Montevideo : Fundación de Cultura Universitaria, 1993. p. 59 y ss.

⁵⁴ Gioacchino Polimeni. *La assistenza...*, op. cit., p. 19.

⁵⁵ Conf: Luís Jimenez de Asúa. *Tratado de derecho penal. Filosofía y ley penal*. 2. ed., Buenos Aires : Losada. t. II, p. 730 y ss.

⁵⁶ Giuliano Turone. *L'extradizione e l'assistenza giudiziaria...*, op. cit., p. 28.

⁵⁷ Didier Operti, *Tratado de asistencia jurídica mutua...*, op. cit., p. 23.

⁵⁸ Louis W Severin. *International criminal assistance...*, op. cit., p. 84.

extradición. Más adelante volveremos sobre este tema, por ahora simplemente queremos expresar que esta afirmación constituye un profundo equívoco, que ha sido tradicionalmente fuente de otros tantos lamentables desencuentros en esta materia.

También se acostumbra afirmar, que la tesis restrictiva constituye la doctrina mas aceptada sobre la materia en la región..⁵⁹

2.4.2.2 Tesis amplia

Sus partidarios, dentro de una vasta gama de matices,⁶⁰ se posicionan en general desde el punto de vista metodológico propio de los internacionalistas, priorizando ante todo la solidaridad interetáticas, con clara tendencia a uniformizar, a nuestro juicio, peligrosamente, las soluciones en todas las ramas del Derecho.

Desde esta perspectiva , el criterio en materia de asistencia judicial internacional *latu sensu* es el de ampliarla y facilitarla desde el inicio, inclusive en el ámbito penal, abreviar los trámites usuales en el aspecto procesal y reducir al máximo los condicionamientos en el plano sustancial.⁶¹

Dentro de esta corriente se llega a sostener que, como ocurre con el homónimo fenómeno en materia civil, el cumplimiento de una medida penal internacional de prueba o cautelar, es inocuo y no compromete en absoluto al tribunal requerido. No compartimos en absoluto esta interpretación. La materia penal es particularmente sensible y muchas de las soluciones aceptadas en el ámbito de la cooperación judicial civil, comercial, o laboral no pueden extrapolarse automáticamente al ámbito de la cooperación penal internacional. Basta recordar que ciertas medidas de auxilio penal, no sólo pueden llegar a causar un gravamen patrimonial irreparable, sino que lo que resulta más grave, son susceptibles de afectar los derechos individuales más relevantes de aquéllos que se ven involucrados en esos niveles de asistencia. El procesalista Gelsi Bidart advierte con sagacidad los riesgos inherentes de argumentos de tal calibre “Aún adhiriendo a la concepción unitaria del derecho procesal, debemos admitir que en el proceso penal, desde el punto de vista internacional, la diversidad y particularismo aún tangible de las leyes penales lleva una prudencia peculiar al momento de examinar la admisión las rogatorias que a ellos refieran.”⁶²

2.4.2.3 Tesis del estatuto normal de auxilio interetático y garantías.

Al comienzo de este Capítulo, alertamos que el debate en lo que refiere al alcance de la CJPI, estaba basado en un falso dilema. En torno a ello, concuerdan varios autores

⁵⁹ Tabaré Sosa Aguirre. Cooperación judicial internacional.... El autor señala que las sucesivas CIDIP (Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado) de Panamá (1975), Montevideo (1979) y La Paz (1984), que excluyen de sus textos a la cooperación penal, se propugna el tratamiento excepcional de estas prácticas. Igualmente en la Convención sobre Cartas Rogatorias y Recepción de Pruebas en el Extranjero (Panamá 1975). El mismo temperamento restrictivo se sigue en el Convenio sobre Igualdad de Trato Procesal vigente entre a República Argentina y Uruguay de 1980 y en el vigente con Chile de 1982, que admiten la asistencia penal solamente co relación a las diligencias de mero trámite, sin incluir otro tipo de auxilio. op. cit., p. 441.

⁶⁰ Conf: entre los jusinternacionalistas clásicos, T. Vattel, *Derecho de gentes o principios de la ley natural*. Madrid : Imprenta D. León Amarita, 1834. t. I, p. 130 y ss. Entre los modernos, Werner Goldschmidt. *Derecho internacional privado*. Buenos Aires, 1974. p. 490 y ss.

⁶¹ Tabaré Sosa Aguirre. Cooperación judicial internacional..., op. cit., p. 441.

⁶² Adolfo Gelsi Bidart. Criterios de cooperación judicial..., op. cit., p. 532.

contemporáneos de primera línea. La inadmisibilidad o procedencia jurídica de un instituto de tanta trascendencia, como el de la CJPI, advierte Píttaro, no se puede fundar en extremismos, en términos de todo o nada. *No se trata de cooperar de cualquier modo, tampoco de abstenerse de hacerlo por principio.*⁶³

Surge entonces naturalmente una pregunta obligatoria: ¿cómo se pueden amalgamar los aspectos garantistas de la tesis restrictiva con la necesaria solidaridad internacional que inspira a la tesis amplia? La respuesta a nuestro juicio debe encontrarse en la propia estructura de interacción procesal-funcional entre las jurisdicciones de los diferentes Estados comprometidos en niveles de asistencia penal.

Ya tuvimos oportunidad en exponer en trabajos anteriores que toda alternativa cooperacional se estructura en tres planos fundamentales cuyo justo balance se obtiene manteniendo entre ellos una constante tensión dinámica. Eso se debe reflejar el necesario equilibrio entre tres vectores: el interés de una eficaz CJPI, el reconocimiento jurídico formal y sustancial de la diversidad de los sistemas normativos involucrados y los derechos de aquellos individuos concretos eventualmente afectados en el cumplimiento de instancias cooperacionales, a los cuales llamamos concernidos.

Tradicionalmente atendiendo al hecho de que la cooperación nace de los Estados y encuentra su reconocimiento originario en el Derecho internacional público, solamente se tuvieron en cuenta las partes formales de la CJPI: los Estados. Hoy en día a través de un enfoque integrado, los penalistas reivindicán la consideración de las partes sustanciales de estas mismas instancias de auxilio: los Estados y los ciudadanos.⁶⁴

Ciertas abstracciones de derecho público se reducían históricamente a un eufemismo transpersonalista,⁶⁵ desconociendo el hecho de que gran parte de los casos de asistencia judicial penal internacional, por no decir todos, afectan directa o indirectamente la situación de individuos concretos, provocando, en muchos casos, daños claramente irreversibles en la esfera de su libertad o de su patrimonio. Las personas eventualmente afectadas tienen una legítima y natural vocación de hacer oír su punto de vista en el decurso de esas instancias de auxilio interetático, las cuales no obstante, ese carácter predominante de asistencia entre Estados, no pueden ejecutarse legítimamente de espaldas a los derechos de los destinatarios finales de todo el tráfico jurídico, los ciudadanos. No olvidemos que tanto el Derecho penal interno de cada Estado, como las manifestaciones internacionales de auxilio penal deben tener su centro en el Hombre y sus intereses.⁶⁶

⁶³ Paulo Pittaro. *Tutele Procedurali e Requisiti in Materia Penale*. Ver. Mím. Exposición en Conferencia Internacional sobre Extradición, organizada por el Instituto Superior Internacional de Ciencias Criminales, Siracusa, diciembre, 1989. p. 6..

⁶⁴ Sobre este tema: Robert Garin, Documento n. 4..., op. cit., p. 31, y Salvador Runielli. *Los esfuerzos comunitarios...*, op. cit., p. 67.

⁶⁵ En tal sentido un indicativo de esta concepción tradicional sobrevive en el art. 1.4 del TEVR Brasil-Uruguay y hasta en el mismo Protocolo del Mercosur (art. 1.2), en cuanto se expresa que dichos textos no confieren derechos a los particulares para la obtención, supresión o exclusión de pruebas, o para oponerse al cumplimiento de solicitud de asistencia. Sobre el alcance y validez de esta norma, nos referiremos más adelante.

⁶⁶ Julian J. E. Schutte. *La regionalización del derecho penal internacional y la protección de los derechos del hombre en los procesos de cooperación internacional en materia penal*. Informe General, de AIDP. *Cuadernos del XV Congreso Internacional de Derecho Penal Sección IV*, Río de Janeiro (organizadores José Luis de la Cuesta, Joao Marcelo de Araújo Júnior y Raúl Cervini), En el n. 6 do capítulo II (La Protección de los Derechos Humanos en la cooperación en materia penal), del Proyecto de Resolución al

La anteriormente expuesta estructura funcional de este tipo de asistencia implica una doble proyección externa e interna del instituto y por consecuencia, una lectura bifocal de sus alcances. En lo que refiere a un primer nivel de aproximación, que podemos denominar **continente**, es indiscutible que en los tiempos actuales las instancias de CJPI deben ser vistas -en principio- como un mecanismo procesal normal o regular del Derecho internacional, como derivación natural del principio de solidaridad judicial interetática.

Obviamente que tratándose de asistencia de naturaleza penal, la calificación de normal o regular no se puede entender de modo alguno, como sinónimo de ineludible o inexcusable. Por la sensibilidad de los temas que aborda, la prestación de asistencia debe tener como uno de sus criterios básicos de ejercicio el respeto de las máximas garantías individuales.⁶⁷

Atendiendo a este último aspecto, la discusión, si cabe, deberá recaer sobre el **contenido**. En este ámbito, entrarán a jugar, necesariamente una red de principios de eficacia y garantía. Dentro de estos últimos aquellos de naturaleza formal y los de naturaleza sustancial, o sea, aquéllos propios del proceso y también muy especialmente, los inherentes al dogma penal, como son la dignidad de la persona humana, la relevancia del bien jurídico, el respeto a las categorías lógico objetivas, el principio de culpabilidad, proporcionalidad, intervención mínima, etc. Estos mismos principios de eficacia y garantía armónicamente balanceados, permitirán a los jueces requeridos y eventualmente a la Administración, resolver caso a caso, conforme al nivel de asistencia requerido y otras valoraciones jurídico formales y sustanciales, la procedencia, improcedencia o dilación de la asistencia solicitada.

2.5 Niveles o grados de asistencia

Toda medida de CJPI lleva implícita, de algún modo, la intromisión de un orden jurídico (requirente) dentro de otro (requerido) y una afectación de derechos patrimoniales y personales cuya medida y gravosidad dependerá, en primer lugar, de la naturaleza procesal de la medida de asistencia solicitada y en segundo lugar, de la duración de su coercibilidad.

Esta característica multiforme (en su espectro) y polifuncional (respecto del proceso), propia de las medidas de CJPI, pone de manifiesto la existencia de niveles o grados en las mismas, afirma Mouso.⁶⁸

IV, se afirma: “En la elaboración de los nuevos instrumentos sobre cooperación internacional en materia penal, los Estados deberían prestar específica atención a la definición y protección de los derechos e intereses del individuo, en procedimientos realizados en el curso de la aplicación de tales instrumentos. Estos derechos e intereses deben incluir, dependiendo del caso: el derecho de invocar la aplicación del instrumento a su favor, el derecho a ser informado de cualquier aplicación del instrumento y el derecho de acceso al tribunal para controlar la legitimidad de tal aplicación”. Raúl Cervini. Los derechos humanos como límite a ciertas instancias de cooperación internacional. V. M. conferencia 5.º Curso Internacional de Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Florida, Levin Law School 18.06.1992. p. 24.

⁶⁷ Paulo Pittaro. Tutele procedurali..., op. cit, p. 6; Raúl Cervini. La protección penal del consumidor y el desafío de la regionalización. *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994; e Raúl Cervini. Princípios da cooperação judicial internacional... op. cit., p. 23.

⁶⁸ Paulo Mouso. Cooperación judicial..., op. cit., p. 31.

Tradicionalmente, los autores que se ocuparon del tema ⁶⁹ distinguen dos grandes ramas del mismo tronco que, por su contenido y alcance, responden a diferentes principios: las medidas de asistencia en el proceso y los procesos e extradición. Afinando más los conceptos, autores como Polimeni, Magioli, Nadelman y otros, ⁷⁰ cuyo pensamiento compartimos, ⁷¹ reconocen tres niveles de CJPI.

Un primer grado comprende a las medidas de asistencia de mero trámite (notificaciones) y las medidas meramente instructorias. ⁷²

El segundo grado abarca aquellas medidas de CJPI susceptibles de causar gravamen irreparable en los bienes de las personas (registros, embargos, secuestros, algún otro tipo de interdicción y entrega de cualquier objeto).

E su vez, el tercer grado de CJPI comprende los niveles de cooperación extrema que inequívocamente provocan un gravamen a los derechos y libertades de quienes son alcanzados por la medida de cooperación. Siendo absolutamente inadmisibles, desde el punto de vista de los principios de salvaguarda del Derecho interno, de las garantías generales del proceso en el Estado Democrático de Derecho y de la propia CJPI, la posibilidad de trasladar compulsivamente personas e efectos de que presten declaración en etapa instructoria ante jurisdicción de otro Estado, ⁷³ este grado- al menos formalmente- quedaría restringido, exclusivamente a los procesos de extradición.. Esta categorización tripartida ha sido originalmente reconocida por la Corte de Casación

⁶⁹ Conforme F. Mosconi e Mario Pisani. *Le convenzioni di estradizione e di assistenza giudiziaria (Linee di sviluppo e prospettive di aggiornamento)*, Série Justiça Penal e Problema Internacional. Coordinación de Mario Pisani. Milão : Giuffrè, 1984. p. 123 y ss.; Giuliano Turone. *L'extradizione e l'assistenza giudiziaria...*, op. cit., p. 192; G. Grasso. *Comunità europea e diritto penale. I rapporti...*, op. cit., p. 26; M. R. Marchetti, *La convenzione europea di estradizione*. Série Justiça Penal e Problema Internacional. Coletânea de Mario Pisani. Milão : Giuffrè, 1990. p. 66-89; Vèmes Journées Latines de Defense Sociale, Principes directeurs pour une politique criminelle européenne, Courmayeur Mont Blanc (Vallée d'Aoste, Itália, 26-28 set. 1992, especialmente Constantin Vouyoucas, Principes directeurs pour une politique criminelle européenne y Antonio M. de Almeida-Costa. *Quelques principes pour un droit et un proces penaux europeen*.

⁷⁰ Gioacchino Polimeni. *La assistenza...*, op. cit., p. 39; Elio Magioli. *La assistenza penale moderna*. *Revista Oficial da Universidade do Estado de Miami*, vol. VII, n. 6., ago.-set., 1996. p. 31; Ethan A. Nadelman. *Negociaciones sobre Tratados de Asistencia Legal Mutua. Economia y política del narcotráfico*. Obra colectiva compilada por Juan Tokatilán y Bruce Bagley. Bogotá : Edic. CEI-CEREC, 1990. p. 265 y ss; Chamblee. *International Legal Assistance in Criminal Cases*. Fedders, Harris, Olsen & Ristan: *Transnational Litigation: Practical Approaches to Conflicts on Accommodations*, New York, 1988. vol. I, p. 188.

⁷¹ Raúl Cervini. *Medidas de asistencia judicial penal internacional...*, op. cit., p. 60 y ss; *Principios de la cooperación judicial internacional en asuntos penales...*, op. cit.; *Los derechos humanos como límite...*, op. cit., p. 20; Richard Brown, Raúl Cervini, Héctor Gros Espiell, Didier Operti y otros. *Tratado de asistencia jurídica mutua en asuntos penales...*, op. cit., p. 50; Raúl Cervini, D. Operti y J. Talice y otros. *Tratado de asistencia jurídica mutua en asuntos penales entre la República Oriental del Uruguay y los Estados Unidos de América*, Cuestionario. *Revista Jurídica Estudiantil*, n. IX, año VI, Montevideo, dez., 1991. p. 23; João Marcello de Araújo Júnior, Raúl Cervini, Operti e outros. *Curso de cooperación penal internacional*, op. cit., p. 75 y ss ; Cervini e Araújo Jr. *Cooperación penal internacional en el Mercosur...*, op. cit., p. 119 y ss.

⁷² Las medidas de este nivel deben ser examinadas con cuidado, caso a caso, por el aplicador, al momento de evaluar el contenido del pedido de cooperación, y determinar la exacta extensión de su alcance, ya que, en algunos casos, se presentan como meras medidas de asistencia procedimental, solicitudes que encierran gran relevancia procesal.

⁷³ Ethan A. Nadelman. *Negociaciones sobre Tratados de Asistencia...*, op. cit., p. 276.

Italiana⁷⁴ y posteriormente por otros Tribunales superiores del resto de la Comunidad Europea.⁷⁵

En lo que refiere a la ejecución de sentencias penales extranjeras, tradicionalmente se ha entendido que no constituyen instancias de cooperación en sentido estricto, sino una categoría independiente de relacionamiento interetático judicial final.⁷⁶ Por su parte, Gelsi Bidart no compartía esta posición,⁷⁷ acompañando la renovación conceptual surgida en el Congreso Internacional de Derecho Procesal de Taormina de 1995 gracias a los Relatorios de Argentina, Grecia y Polonia, reconociendo que la ejecución de sentencia extranjera integraba in natura el ámbito de la CJPI.⁷⁸

Finalmente desde una postura más radical, un creciente sector de penalistas e y jusprivatistas, ven la *conveniencia jurídica y práctica de desvincular totalmente las formas de CJPI de la extradición*, que llaman *Derecho Extradicional*, catalogándolas como “ámbitos diferentes del tráfico judicial interetático”, atendiendo a su independencia técnico-jurídica, axiológica e incluso sociológica⁷⁹.

Este criterio se está abriendo espacio paulatinamente. En ese sentido el reconocido especialista argentino Guillermo Fierro⁸⁰ expresa que la principal forma a través de la cual tradicionalmente se ha manifestado la entre-ayuda judicial internacional en materia penal es la extradición y tal circunstancia ha determinado que el resto de la asistencia penal, de naturaleza primordialmente procesal, haya sido apreciada en un segundo plano. Agrega que, sin embargo en los últimos tiempos, este tipo de entre-ayuda judicial penal viene logrando una clara autonomía benéfica con relación a la entrega de delincuentes. “pues al desvincularse de ella, también se desvincula de ciertos escrúpulos y prejuicios relacionados con la extradición.”

Este cambio paulatino también es constatado por Severin,⁸¹ quien vincula este fenómeno con la comprensión y afirmación del principio de la gradualidad y el desarrollo exponencial del tráfico jurídico internacional contemporáneo. A su vez Opertti, desde una posición radical extremadamente similar a la de Lavasseur,⁸² enfatiza que la CJPI está conceptualmente desvinculada de la extradición (en su concepto, apartada, por lo tanto, del tronco común) y que esa nueva realidad debe ser imperiosamente recordada principalmente a la hora de definir los principios y orientaciones de interpretación de un moderno estatuto de CJPI.

⁷⁴ Danillo Giglio. Raporte tra l'ordinamento comunitario degli Stati Membri. Turim : Malfi, 1990. p. 66-68.

⁷⁵ C. Vouyoucas. Principes directeurs pour une politique... op. cit., p. 22. Conf. Alberto Rossi, Reciprocità e assistenza giudiziaria. 5.º *Anuário do Instituto Internacional de Droit*. Toulouse, França : Ères, 1991. p. 49.

⁷⁶ Paulo Pittaro. Tutele procedurali e requisiti..., op. cit., p. 11.

⁷⁷ Adolfo Gelsi Bidart. Criterios de cooperación judicial..., op. cit., p. 534.

⁷⁸ Ver Ada Pellegrini Grinover, Relatório Geral do Tema n. 3, do Congresso Internacional de Direito Processual, Taormina, 1995, n. 7.2.4, VM.

⁷⁹ G. Lavasseur. Les nouveaux recours juridictionnels en matière d'extradition. Vers. Mim. Del Curso Internacional sobre Extradicação, Instituto Superior de Ciência Criminal (ISISC), Siracusa, Itália, 1989. p. 5 y ss.; Conforme Didier Opertti, Tratado de asistencia mutua en asuntos penales..., op. cit., p. 24.

⁸⁰ Guillermo J. Fierro. *La ley penal...*, op. cit., p. 215.

⁸¹ Louis Severin. *International criminal assistance*, op. cit., p. 62.

⁸² Didier Opertti. *Tratado de asistencia jurídica mutua...*, op. cit., p. 24.

Desde una perspectiva realista consideramos que una separación tan tajante puede no ser conveniente, en la práctica, ya que conlleva la tendencia a concentrar las garantías, casi exclusivamente, en el campo extradicional, donde la vulnerabilidad de los Derechos Humanos aparece como más evidente, dejando un poco desprotegida la situación de los individuos involucrados en medidas de asistencia (1ero y 2do grado) las cuales suelen interpretarse exclusivamente como formas de cooperación entre Estados. Por ello nos inclinamos por la posición más flexible defendida, entre otros, por el Maestro Polimeni, quien, sin desconocer las particularidades y jerarquía de la extradición, la considera como una variable extrema de la CJPI concebida ésta, como un “*estatuto normal global de auxilio interetático de garantías, en todos sus niveles*”,⁸³

Lo cierto es que los países signatarios del Mercosur, con la expresa adhesión de Bolivia y Chile, optaron por separar el disciplinamiento convencional de estos institutos, al punto de que en noviembre de 1998, esos mismos Estados-partes, suscribieron en Río de Janeiro un Acuerdo de Extradición (Doc. Mercosur/CMC/Dec. 14-15/98) sobre cuyos discutibles alcances volveremos más adelante.

Más allá de ciertos riesgos y desencuentros interpretativos puntuales, la clara distinción técnica entre los distintos grados de cooperación tienen, en términos generales, aspectos positivos y permite evitar equívocos a la hora de prestar asistencia judicial y de emprender esfuerzos de regionalización en materia de Derecho penal. Si de acuerdo con lo expresado, las medidas de CJPI en sentido lato cubren una amplia gama que va desde las más inocuas formalidades de una notificación al desplazamiento compulsivo de una persona a fin de que sea juzgada en el territorio de otro Estado, ese abanico de formas de CJPI “excluye por su propia diversidad la aplicación de iguales requisitos”, señala agudamente Paulo.⁸⁴ Esto es lo que modernamente se denomina como Principio de la gradualidad.⁸⁵

En trabajos anteriores hemos procurado demostrar que la doble incriminación no aparece como una exigencia necesaria tratándose de medidas de asistencia procedimental de primer nivel, en atención a su localización dentro del proceso y ausencia de perjuicio.

⁸³ G. Gioacchino. La assistenza in..., op. cit., p. 48. En el mismo sentido: Leonidas Sosimo Ugarte, La extradición. Implicaciones jurídicas y políticas en la realidad colombiana. *Revista de Derecho Público* 21, vol. VI, Bogotá, 1995. p. 46 y ss.

⁸⁴ Paulo Mouso. Cooperación judicial..., op. cit., p. 36.

⁸⁵ Si observamos la reciente experiencia en el espacio jurídico europeo, vemos que las medidas de asistencia penal de primer nivel concentran el mayor tráfico judicial comunitario. Por su naturaleza (vinculada a la fase preparatoria e instructoria de los procesos) y contenido (básicamente procedimental) requieren y posibilitan un fácil intercambio y ágil ejecución. Por el contrario, las medidas de CJPI susceptibles de afectar los derechos patrimoniales de los individuos alcanzados por la solicitud, son menos frecuentes y se acostumbra a tramitarlas con mayor prudencia y respeto a las garantías. Esas garantías procesales cobran toda su virtualidad cuando se trata de procedimientos de extradición, instancia extrema de la CJPI, respecto de la cual, la práctica europea, al menos en su relacionamiento extra-comunitario, hace reposar en una consolidada estructura de principios y salvaguardas. Sobre los principios y garantías de la extradición ver: Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali (ISISC), *Obra colectiva*, Siracusa, Italia, diciembre de 1989, particularmente: João Marcello de Araújo Júnior, *L'extradition dans la Constitution bresiliene de 1988*; Cherif M. Bassiouni, *Extradition. The United States Model*; David J. Bentley, *Procedural safeguards and evidentiary requirements. The Common Law Approach*;

En cambio el principio de la doble incriminación funciona como una garantía fundamental en el ámbito de la cooperación de tercer nivel: El Derecho extradicional.

A nuestro modo de ver, si bien las soluciones del derecho comparado no son unívocas, también correspondería la misma exigencia en el caso de los pedidos de CJPI de segundo nivel (registros, embargos, bloqueos, confiscaciones etc.) *susceptibles de ocasionar gravamen irreparable en la esfera de los derechos patrimoniales del concernido*.⁸⁶

Este criterio fue precisamente el acogido en las Resoluciones correspondientes a la Sec. IV (Derecho Internacional) durante el XVI Congreso Internacional de Derecho Penal de AIDP, celebrado en Budapest. En esa oportunidad se expresó: “Debe mantenerse la exigencia de la doble incriminación como condición para la extradición. Debería abandonarse esa exigencia en otro casos de asistencia, siempre y cuando la misma no suponga la adopción de medidas coercitivas o de medidas que puedan llevar a una afectación de los Derechos Humanos o restricción de las libertades fundamentales” (Sec. IV.D.1.).⁸⁷

2.6 Acerca de la legitimación activa y de la amplia defensa del concernido

2.6.1 Del concernido

Existe una concepción clásica de la CJPIJ, originada en el ámbito de los jusprivatistas, la cual reivindica la exclusividad de los Estados como sujetos de tales instancias, desconociendo el valor de las partes sustanciales de la cooperación, que son tanto esos mismos Estados y también sus ciudadanos. Gracias al aporte de la moderna doctrina italiana, entre otras, hoy se reconoce el hecho de que, por sus características, gran parte de los casos de CJPI afectan directa o indirectamente, la situación de aquellas personas concretas alcanzadas por las medidas de cooperación, provocando frecuentemente daños de carácter irreversible en la esfera de su libertad o en su patrimonio.

En medio del reraconamiento entre los Estados, aparece, con evidencia, la presencia de un tercer sujeto que interpone sus derechos y garantías en el juego de la ayuda recíproca entre Estados. Este sujeto es el *concernido*, persona para quien la cuestión procesal objeto de la cooperación no es un mero “asunto o razón de Estado”, respecto de cuya solución carezca por completo, del derecho a intervenir y obtener pronunciamientos jurisdiccionales. Por lo contrario, se trata de una materia que le concierne directamente, en la medida en la cual pueden verse afectados sus derechos y por ende le debe ser reconocida legitimación directa para aspirar a su tutela. A partir de esta concepción, las garantías de que es titular la persona afectada por la medida de CJPI se esclarecen ante la conciencia jurídica en un plano de absoluta paridad con el estatuto que rige la ayuda interestatal, y ello, sin ningún perjuicio jurídico, a la eficacia material de la medida.

2.6.2 Fundamentos de la legitimación activa y garantía de amplia defensa del concernido

Tratándose de medidas de asistencia consistentes en inspecciones, registros, interceptación de correspondencia, secuestro de bienes, levantamiento de secreto

⁸⁶ Raúl Cervini. Medidas de asistencia judicial penal internacional..., op. cit., p. 64.

⁸⁷ AIDP (Association Internationale de Droit Penal): Letre d’information, 1999/2, p. 105.

bancario, típicas medidas de segundo grado, el sujeto afectado por ellas se encuentra, en la práctica, ante una doble vulnerabilidad de defensa. En primer lugar, la que deriva del hecho de que, normalmente, desconoce que es objeto de una medida de asistencia de esta naturaleza. En segundo lugar, la falta de defensa del concernido se verifica porque, en la práctica de los Tribunales, las Instancias de entre-ayuda penal internacional se desenvuelven normalmente con absoluta ausencia de participación del sujeto concernido.⁸⁸ El tema se considera como una mera cuestión entre Estados, y los derechos de los concernidos se entienden suficientemente custodiados por los *big brothers* de la cooperación (los Estados), por lo cual no se ve razón para otorgarles oportunidad de defensa y amparo. Como consecuencia de esta práctica, las solicitudes de CJPI susceptibles de causar gravamen irreparable, se expiden, tramitan y son devueltas, sin noticia ni participación, del concernido, que sólo tomará conocimiento tardíamente de que determinados derechos que la Constitución y la ley le aseguran fueron irreversiblemente violados. Se puede afirmar que la práctica de la CJPI, del modo tradicionalmente cumplido, deroga puntualmente las garantías constitucionales y legales que normalmente tiene todo ciudadano y anula la función preventiva de *comparecencia precautoria* de lesión del derecho subjetivo del concernido, que es la función primordial del Derecho. El Derecho no se consagra solamente para reparar los daños sino también para prevenirlos, porque en su función preventiva se funda la normalidad de la convivencia social.⁸⁹

Por ello, creemos que las disposiciones contenidas en el art. 1.4 del TEVR Brasil-Uruguay y el art. 1.2 del Protocolo del Mercosur, que sustentan, con similar énfasis, que las disposiciones de los referidos textos de CJPI bilateral y multilateral respectivamente, “no confieren derechos a los particulares para la obtención, supresión, o exclusión de pruebas, o para oponerse al cumplimiento de una solicitud de asistencia” – constituyen un resquicio de concepciones obsoletas que sacrifican las garantías en pro de una pretendida eficacia en la asistencia. Normas de este carácter cercenan radicalmente el derecho de amplia defensa consagrado en el plano interno, a partir de la propia Constitución de cada uno de los Estados miembros del Mercosur y en los Tratados internacionales de Derecho Humanos ratificados por los mismos Estados-partes, los que por su especificidad prevalecerían sobre las normas convencionales restrictivas de las garantías.⁹⁰

⁸⁸ Conf. Paulo Mousó. Cooperación judicial inter-etática, op. cit., p. 36, e Ernesto Rivas Conde. Alternativas técnicas..., op. cit., p. 13.

⁸⁹ Conf: Sergio Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, Parte Prima.

⁹⁰ Fuentes constitucionales que consagran el derecho de amplia defensa y consecuentemente la legitimación del concernido a comparecer activamente en casos de CJPI: Constitución Uruguay (arts. 12, 30, 66, 72 y 332); C. Nal. del Paraguay (arts 16 y 17); C. Argentina (art.18),⁹⁰ C.F. de Brasil de 1988 (art. 5.º, LV); Acuerdos internacionales de carácter bilateral: Acuerdo para la Ejecución de Cartas Rogatorias Brasil-Uruguay de 1879 (art. 3); Convenio entre Argentina y Uruguay sobre Igualdad de Trato Procesal y Cartas Rogatorias de 1982 (art. 8), idem Tratado suscrito entre Uruguay y Chile del mismo año 1982 (Art.9); Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre Estados Unidos de América y Uruguay, el TEVR Brasil-Uruguay, etc. En el ámbito multilateral: Proyecto de Convención Interamericana sobre Asistencia Judicial en Materia Penal a nivel de OEA (arts 10 y ss) ; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14); Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) de 22. 11.1969. (art. 1.1, 2, y fundamentalmente en su art. 8)

III. LA ASISTENCIA PENAL EN EL MERCOSUR - ANTECEDENTES DEL PROTOCOLO EN EL DERECHO COMPARADO

SUMARIO 3.1 Introducción – 3.2 Antecedentes multilaterales del Protocolo del Mercosur en el Derecho comparado: 3.3 Antecedentes de tipo bilateral del Protocolo del Mercosur.

3.1 Introducción

Todo análisis de la cooperación penal en el ámbito del Mercosur debe pasar inexorablemente por un sumarisimo racconto de los Tratados multilaterales y bilaterales ya existentes – o en proceso de ratificación- en materia de asistencia penal entre los Estados.

3.2 Tratados multilaterales

3.2.1. En este ámbito tenemos que citar ante todo la *Convención Europea de Cooperación Judicial en Materia Penal de Estrasburgo de 20/04/1959* que entró en vigor en 1962. Muchos de los principios de la moderna CJPI encuentran su primera consagración en este texto, principalmente los llamados principios funcionales y entre los de garantía el principio de la gradualidad de los requisitos conforme al nivel de asistencia requerido.

3.2.3 Otro documento relevante es la *Convención de las Naciones Unidas de 1988 sobre tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópica*. Este texto multilateral no se limita al narcotráfico sino que también dedica todo un extenso y fundamental artículo, el numero 7, a la asistencia judicial entre los Estados –partes. Este artículo del cual se ha dicho que constituye un verdadero Tratado dentro del Tratado, por su objeto y significación, constituye referencia obligada en el tema y resulta la más clara señal de que en la materia se ha pasado de la mera cortesía al compromiso jurídico, o sea que la cooperación jurisdiccional penal no puede reducirse a un acto discrecional o voluntario, sino que hoy día constituye, de principio, un deber en el relacionamiento internacional.⁹¹

3.2.3 *Las Convenciones sobre Exhortos, Cartas Rogatorias y Recepción de Prueba en el Extranjero*, firmadas no Panamá en enero de 1975 durante la Primera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP I), en principio solamente alcanzan a la cooperación judicial en materia civil; sin embargo, ambos instrumentos prevén (art. 2 de cada una de las Convenciones) la facultad de los Estados-partes de extender las normas de las Convenciones a la materia penal.

3.2.4 Otros instrumentos que contienen normas aisladas sobre asistencia penal internacional son La *Convención Interamericana sobre Extradición* (Caracas, 198) , los *Convenios sobre Información de Antecedentes Penales de 1982* entre Uruguay, Argentina y Chile y el *Proyecto de Convención Interamericana sobre Asistencia Judicial en Materia Penal que se desarrolla en el marco institucional de la OEA*. Las

⁹¹ Conforme B. Zagaris, *Developments in international judicial assistance and related matters*, 18 Denver, J. Int. Law and Policy, 1990, n. 2.

principales diferencias entre estos instrumentos multilaterales y el Protocolo del Mercosur ya han sido tratadas en obras anteriores, a las cuales nos remitimos⁹².

3.3 Convenios bilaterales

3.3.1. En el campo bilateral y en forma previa a la firma del Protocolo del Mercosur, entre los países hoy integrantes del marco regional, existían múltiples acuerdos de asistencia judicial de naturaleza bilateral, el más antiguo de todos ellos, el *Acuerdo para la Ejecución de Cartas Rogatorias* celebrado en Río de Janeiro en febrero de 1879 entre Brasil y Uruguay. Posteriormente se ratificaron cerca de veinte documentos del mismo o parecido contenido entre los diferentes Estados.

3.3.2. Se puede decir que a nivel extra regional el primer acuerdo de Asistencia Penal de tipo moderno fue el celebrado entre Estados Unidos y Suiza en 1973 (vigente desde 1976 e implementado en 1981).⁹³ El formato del referido Convenio fue posteriormente seguido por más e 60 textos del mismo tipo, normalmente propiciados por los Estados Unidos.

3.3.3. También resulta importante señalar que el primer Acuerdo de Asistencia bilateral donde son recogidos muchos de los principios de la moderna CPJI de corte garantista que hoy cristalizan en el Protocolo del Mercosur, fue el Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre EEUU y la República Oriental del Uruguay de 1993, cuyos extremos sirvieron como modelo a seguir en el posterior Tratado vigente entre Uruguay y Brasil. Siendo a su vez, éste último texto, la fuente de referencia inmediata al momento de elaborar el Protocolo regional del Mercosur.

IV. PRINCIPIOS RECTORES DEL PROTOCOLO

SUMARIO: 4.1 Presentación – 4.2 Principios Funcionales: 4.2.1 Principio de la primacía de las normas procesales de fuente supranacional o internacional sobre las de fuente interna; 4.2.2 Principio de la aplicación de oficio del Derecho comunitario; 4.2.3 El Principio de eficacia en la asistencia; 4.2.4 Principio de reconocimiento de la diversidad de los sistemas jurídicos de los Estados-partes; 4.3 Principios de garantía: 4.3.1 Principio de delimitación en cuanto al ámbito y alcance; 4.3.2 Principio del respeto al orden público internacional del Estado requerido; 4.3.3 Principio del respeto a la ley interna procesal y sustancial (formas y garantías) del Estado requerido; 4.3.4 Principio de la gradualidad en los requisitos (conforme al nivel de asistencia requerido); 4.3.5 Principio de reserva política; 4.3.6 Principio de respeto a la jurisdicción territorial; 4.3.7 Principio de protección a los sujetos del proceso; 4.3.8 Principio de la especialidad con relación al uso de informaciones o prueba obtenidas; 4.3.9 Principio de la responsabilidad.

4.1 Presentación

Llegados a este punto, nos debemos preguntar cuales son las reglas o principios que deben ser observados para que en el Protocolo del Mercosur se logre mantener esa debida tensión entre los intereses de una CJPI eficaz, los inherentes a la soberanía de los Estados y los del Hombre concreto involucrado por dichas medidas. Evidentemente no se trata de abdicar de las garantías individuales o de segmentos más o menos

⁹² En particular: Cervini, Raúl y TAVAREZ, Juarez: “Principios de Cooperación Judicial Penal Internacional en el Protocolo del Mercosur”- Editora Revista dos Tribunais, San Pablo, 2000)

⁹³ Nathalie Kohler, The confiscation of criminal assets in the United States and Switzerland. no *Jornal de Direito Internacional de Houston*. vol. 13, n. 1, 1990. p. 1 a 38.

importantes de la soberanía en función del combate más eficaz al delito transnacionalizado, como propugnan ciertos autores afortunadamente aislados,⁹⁴ sino – como enseña Marsollo – precisamente de lo contrario. El desafío consiste en coordinar racionalmente el funcionamiento de ciertos principios jurídicos adjetivos y sustantivos, de vigencia medular e inalterable, con aquellos mecanismos de CJPI, que puedan ser entendidos como políticamente viables. Todo ello dentro de un marco en el cual la máxima eficiencia en la lucha contra la criminalidad moderna se realice sin afectar las garantías individuales del concernido y aquellas normas que, a juicio de cada Estado integran su orden publico nacional e internacional.⁹⁵

En términos generales se puede expresar que los principios rectores del Protocolo se agrupan en dos grandes categorías: principios funcionales y principios de garantía, los que analizaremos seguidamente.

4.2 Principios funcionales

Dentro de esta categoría la doctrina acostumbra incluir cuatro principios. Dos de ellos no aparecen recogidos en el Protocolo: el principio de la primacía de las normas procesales de fuente supranacional y el p. de aplicación de oficio del Derecho comunitario. Los otros dos : a saber, el principio de eficacia en la asistencia y el p. del reconocimiento de la diversidad de los sistemas jurídicos involucrados, se recogen con diferente alcance, pero claramente, en varias normas del texto en análisis.

Lo principios funcionales elaborados con el propósito de facilitar el auxilio judicial, especialmente tratándose de la materia penal, deben encontrar su límite natural e infranqueable en los llamados principios de garantía, principalmente en el respeto al orden público internacional del Estado requerido y sus corolarios jurídicos en el ámbito procesal y material.⁹⁶

4.2.1 Principio de la primacía de las normas procesales de fuente supranacional o internacional sobre aquellas de fuente interna.

Al respecto nos permitimos reiterar lo expresado anteriormente en el sentido de que el Mercosur se caracteriza por la ausencia de supranacionalidad,⁹⁷ Evidentemente cuando el Mercosur opto por la solución intergubernamental, dejando de lado el criterio de la supranacionalidad, inviabilizó *ab initio* la posibilidad de aplicación de este principio y del que mencionaremos a continuación.

4.2.2 Principio de la aplicación de oficio o directa del Derecho comunitario.

⁹⁴ En esta posición: Joel Brinkley, Experts See Us. Cocaine Problem Continuing Desput Big Raids, publicado en el periódico *The New York Times*, 26.08.1990 y Jeremías Laudri, *The Latin American Drug Connection*. Nova Iorque : Thomas Roux, 1990. p. 162 y ss.

⁹⁵ Eduardo Marsollo. Cooperación vs Soberanía, Falso Dilema, op. cit., p. 69.

⁹⁶ Adolfo Gelsi Bidart, Criterios de Cooperación Judicial Internacional..., op. cit., p. 535,

⁹⁷ Raúl Carnevali Rodríguez: Relación entre el derecho comunitario..., Refiriéndose al ámbito comunitario europeo dice que este principio de supremacía significa que las normas comunitarias tienen preferencia sobre las de Derecho interno, de tal forma, que en caso de conflicto, aquellas (comunitarias) son las que deben ser aplicadas, cualquiera que sea la jerarquía de las normas internas, e independientemente de que estas últimas hayan sido aprobadas con ulterioridad. Agrega que el Derecho comunitario sustenta su primacía en su propia condición de Derecho comunitario, con independencia de lo que estipulen los ordenamientos jurídicos internos.. op. cit., p. 66 y ss.

En realidad este criterio no es de naturaleza procesal sino sustantiva con alcance procesal. Dentro de la doctrina latinoamericana diversos autores y con variado alcance han admitido su aplicación.⁹⁸ Tenemos radicales reservas sobre esta concepción, principalmente en lo que refiere al Protocolo del Mercosur, atendiendo a que su admisión presupone el previo reconocimiento del carácter supranacional del Derecho comunitario, lo que no ha ocurrido éste acuerdo comunitario.

Si bien, históricamente este principio no es originario del derecho comunitario, sino del derecho internacional, fue gracias al desarrollo de un derecho comunitario de bases supranacionales que se desarrolló. significando – con las reservas que se explicitan en la nota al pie siguiente - que dichas normas se vuelven directamente exigibles ante los tribunales, inclusive por los particulares, sin que se requiera un previo pronunciamiento normativo para incorporarlas al derecho interno.⁹⁹

4.2.3 El principio de eficacia en la asistencia.

4.2.3.1 Ámbito instrumental.

Este principio se plasma en el ámbito instrumental, a través del *redimensionamiento a nivel de interacción penal comunitaria del organismo Autoridad Central*, al cual se le dedican los arts. 3 e 4 del Protocolo. El primero de ellos indica que la Autoridad Central designada por cada Estado-parte será la encargada de “... recibir y transmitir los pedidos de asistencia jurídica mutua...” (art. 3.1), agregando que “para ese fin las referidas Autoridades Centrales se comunicarán directamente entre ellas”.

Desde el punto de vista institucional la Autoridad Central aparece en el Derecho comparado en general como un órgano técnico-administrativo, normalmente focalizado dentro del Poder Ejecutivo, que viabiliza la cooperación jurídica internacional entre Estados, sustituyendo el lento sistema diplomático o consular.¹⁰⁰

Resulta claro que el órgano Autoridad Central no tiene naturaleza jurisdiccional. Aun cuando fuese localizado institucionalmente en el sistema orgánico como dependiendo de la Suprema Corte de Justicia, dada la naturaleza inherentemente no jurisdiccional de sus competencias, se trataría siempre de un organismo administrativo.¹⁰¹ Por otra parte, sería absolutamente inconveniente su localización dentro del Poder Judicial, en razón de que, cuando informa el Derecho extranjero o Derecho nacional, su interpretación,

⁹⁸ Adolfo Gelsi Bidart, Criterios de cooperación judicial internacional en el Código Tipo para América..., op. cit., p. 534.

⁹⁹ Según Carnevalli Rodríguez, en estricto rigor aún en el ámbito comunitario europeo es necesario distinguir entre las normas de aplicación directa y aquellas que gozan de efecto directo. Las primeras son las que se introducen directamente en el ordenamiento jurídico de los Estados, creando derechos y obligaciones, sin que sea exigible una norma interna que las recoja (caso de los Tratados fundacionales y Reglamentos Comunitarios). Las segundas (caso de las Directivas Comunitarias, fuente incipiente de la regulación penal comunitaria) requieren, para producir efectos, un previo acto normativo que las internalice al Derecho nacional

¹⁰⁰ Sobre el tema, ver: Ethan A. Nadelman, Negociaciones sobre tratados..., op. cit.; p. 282 y ss.; Irving Jones, Internacional Judicial Assistance..., op. cit., p. 526 y ss.

¹⁰¹ Alvarez Cozzi, Autoridad Central. Nueva vía de Cooperación Jurídica Internacional, Editores Asociados, Montevideo, 1992, p.10 y ss.

desvirtuaría el carácter y alcance de los informes solicitados, que generalmente no son vinculantes para el Estado que los presta ni para el Estado que los solicita.

Las competencias típicas de la Autoridad Central, son intervenir recepcionando y remitiendo rogatorias de y para el extranjero, requiriendo auxilio (asistencia) jurisdiccional interetática e información de Derecho extranjero a las autoridades nacionales, así como del Derecho nacional a las autoridades extranjeras. El Protocolo a estudio, como ya adelantáramos, redimensiona a la Autoridad Central otorgándole nuevas funciones y facultades en busca de una CJPI más eficaz

4.2.3.2 Aspectos Operativos.

Los mismos se plasman mediante la consagración de determinadas pautas de funcionamiento, a saber:

- Celeridad en el diligenciamiento de los pedidos de CJPI – explicitado en el arts, 8,
- Primacía de lo sustancial (contenido del pedido), sobre las meras formalidades que pueden cumplirse posteriormente: art. 6.1 y 6.2 del Protocolo.
- Fluidez de comunicación entre las Autoridades Centrales de los Estados-partes, ejemplo: art. 3.1, art. 9, art. 11 y art. 26.
- Reserva inicial de ciertas instancias de investigación a efectos de no frustrar la efectividad de la medida: art. 10 del Protocolo.
- Entrega de documentos oficiales. El art. 15 del Protocolo distingue entre copia de documentos oficiales, registros e informaciones accesibles al público (art. 15.a) y no accesibles al público (art. 15.b). Respecto de la entrega de estos últimos las autoridades del Estado requirente estarán sujetas a las mismas condiciones que se exigen a las propias autoridades del Estado requerido.

4.2.4 Principio del reconocimiento de la diversidad de los sistemas jurídicos de los Estados-partes.

Este concepto innovador, está referido claramente en el Protocolo: art. 4 y art.7.2

A través de esta fórmula amplia y de otros mecanismos el Protocolo posibilita un tránsito jurídico suficientemente fluido incluso entre países pertenecientes a sistemas legales diferentes. Estudiando texto similar contenido en el Tratado de asistencia bilateral entre Estados Unidos y Uruguay, ha expresado Operti¹⁰² que esta fórmula, establece una razonable armonía y equilibrio entre el sistema inquisitivo y el sistema acusatorio, propio el primero del sistema europeo continental romano germánico que inspira nuestros sistemas penales; y el segundo, del sistema anglo-sajón. Dos sistemas penales basados en procedimientos y protagonismos diferentes, en un modo distinto de averiguar la verdad y dictar la justicia y, en definitiva, por lo tanto, en un modo también diverso de garantizar los derechos de las partes. En definitiva, el Protocolo busca un sistema que sin alterar las formas del debido proceso que marca la ley interna de cada país, por su flexibilidad, coloque a los Estados en condiciones de acordar, con todos los países integrantes de la comunidad del sur y eventualmente con otros extra-

¹⁰² Didier Operti, en obra colectiva: *Tratado de Asistencia Jurídica Mutua...*, op. cit., p. 23; conf. Jorge Talice, idibidem, p. 59 y ss.; Augusto Duran Martinez, idibidem., p. 19.

comunitarios (Mercosur tiene una vocación abierta) pertenecientes a diferentes sistemas jurídicos, una eficaz red de CJPI.¹⁰³

De acuerdo con esa filosofía, la fórmula del art. 4 viabiliza la asistencia penal – tratándose de pedidos de cooperación en medidas de primer y segundo grado – no sólo entre jueces, sino entre jueces y autoridades vinculadas al ejercicio de la justicia (Fiscales y específicas autoridades de la Administración). Evidentemente, en estos casos sería más técnico usar la expresión cooperación *jurisdiccional* en vez de cooperación *judicial* internacional, no obstante, por fuerza de la costumbre e inclusive , por facilidades de traducción, se admite genéricamente a segunda expresión, sin perjuicio de la reserva mencionada.

Por los mismos fundamentos el art. 7.2 permite la asistencia de acuerdo con formas y procedimientos especiales no incompatibles con la ley interna del Estado requerido.¹⁰⁴

4.3 Principios de garantía

El Protocolo prevé sucesivas instancias de salvaguarda que se pueden sistematizar – a los efectos de esta exposición – en los siguientes nueve grandes principios:

4.3.1 Princípio da delimitação quanto ao âmbito e ou alcance.

Este primer principio, también denominado como de “restricción (*acotamiento*) en el ámbito” no debe entenderse como derivación de un territorialismo radical, sino como un razonable acotamiento en la asistencia, atendiendo a la sensibilidad del ámbito (penal) al que esta refiere.¹⁰⁵

Este principio se plasma claramente en el texto del Protocolo, que no consagra una asistencia jurídica a título universal entre los Estados-partes, sino que, muy por lo contrario, la reduce al área penal (así se expresa en el Preámbulo y en el art. 1), más específicamente a determinadas áreas dentro de esta misma materia (primer y segundo grado de asistencia) que se describen pormenorizadamente (art. 2) y cumpliéndose ciertos requisitos y limitaciones (arts. 5 e 12), que se observarán – en cuanto a su forma y contenido- en cada específico pedido de asistencia (art. 6).

Es de hacer notar que el criterio delimitativo cobra todo su alcance en el art. 1.5 cuando se establece que el Protocolo no faculta a las autoridades o a los particulares del Estado requirente a emprender en el territorio del Estado requerido. funciones que, conforme a sus leyes internas, se encuentren reservadas a sus autoridades.

¹⁰³ Toda posible flexibilización con otros sistemas jurídicos resultará benéfica a mediano plazo. Es lo que el publicista Ventura denomina como “regla de la tolerancia formal”, conveniente y admisible, siempre y cuando se concrete ajustada los principios del Orden Público Internacional de los Estados-partes.

¹⁰⁴ Resulta interesante señalar que el TEVR Brasil-Uruguay, así como su antecedente firmado entre Uruguay y Estados Unidos recogen el mismo criterio en otras normas que no aparecen reproducidas en el Protocolo del Mercosur. La razón es clara, resulta más sencillo acordar un texto común en el ámbito bilateral, o sea entre dos Estados, que entre los cuatro integrantes originales del Mercosur (ámbito multilateral) Ello ocurre por ejemplo en materia de notificación de documentos, (art. 13.3) y autenticación y certificación de documentos (art. 23).

¹⁰⁵ Louis Severin: *International criminal assistance*, op. cit., p. 74.

4.3.2 Principio del respeto al orden público internacional del Estado requerido.

Este medular paradigma o “principio de portada general” – al decir de los modernos autores italianos – abarca conceptualmente a otros principios de garantía, que por razones exclusivamente didácticas se consideran por separado en el decurso de nuestra exposición.

Aparece expresamente recogido en el art. 5.1.e del Protocolo, según el cual “el Estado requerido podrá denegar asistencia cuando el cumplimiento de la solicitud sea contrario a la seguridad, orden público u otros intereses esenciales del Estado requerido”. Se trata naturalmente de aquellos “intereses esenciales” o de “policía interna” en los cuales el Estado asienta su individualidad jurídica.¹⁰⁶

Ye en el siglo pasado el tratadista Fiore percibía que el deber de solidaridad jurídica internacional dejaba de ser inofensivo y debía encontrar un freno jurídico cuando si a través de la misma se quebrantaban los principios del orden público o los intereses económicos, políticos, morales y religiosos del Estado. Expresaba que en todas las legislaciones se pueden distinguir dos partes: una que representa las bases fundamentales de la organización política, vela por su conservación y establece las relaciones entre el individuo y el Estado (*uti universitatis*), e la otra que determina los derechos y los deberes de las personas en sus mutuas relaciones (*uti singuli*). La primera de ellas, tiende a preservar el Derecho público de medular interés, los actos más solemnes de la vida política de cada pueblo, y revela sus costumbres, sus tradiciones, su fisonomía y el espíritu de su vida política y social. Agregaba que ninguna instancia interna o de solidaridad internacional resulta legítima si atenta, aunque sea levemente, contra las bases jurídicas en las cuales se fundan los intereses generales del Estado; por consiguiente, todas las personas, cualquiera sea su cargo o posición, y todas las acciones de cualquier sea su naturaleza, están sometidas a los principios establecidos para conservar el orden público y esos otros intereses que aparecen como fundamentales para la sobrevivencia del ser jurídico del Estado.¹⁰⁷

El referido orden público es conceptualizado por la doctrina como un conjunto de valoraciones de carácter político, social, económico o moral, propios de una comunidad determinada, que definen su fisonomía en un momento histórico también determinado. Esas valoraciones fundamentan el Derecho positivo que el orden público procura tutelar.¹⁰⁸ Comporta una autorización excepcional a los Estados-partes para que en forma no discrecional y fundada declaren no aplicables los preceptos de la ley extranjera cuando los mismos ofendan de modo concreto – o sea, no se trata de una

¹⁰⁶ Entre los antecedentes más próximos podemos citar el Tratado entre Estados Unidos y México (art. 1.3.b) el TEVR Brasil-Uruguay (art. 5.1.e), que contienen normas de idéntico contenido. Ciertas variantes ofrece el Tratado entre Estados Unidos y Argentina que no incluye el orden público, y utiliza la expresión “si el cumplimiento del pedido puede perjudicar la seguridad u otros intereses esenciales similares del Estado requerido” (art. 1.b). Por último, en el ámbito multilateral el Proyecto de Convención Interamericana faz referència à “ordem pública, soberania, segurança e interesses públicos fundamentais” (art. 8.e).

¹⁰⁷ Pascual Fiore. *Derecho internacional privado*. Madri : F. Gongora e Companhia, 1878. t. 1, p. 60 y ss.

¹⁰⁸ Eduardo J. Couture. *Vocabulario jurídico*. Buenos Aires : Depalma, 1976. p. 437.

declaración genérica, sino específica para el caso concreto— grave y manifiesta, normas y principios, en los cuales cada Estado asienta su individualidad jurídica.¹⁰⁹

En el Derecho comparado este instituto se resuelve naturalmente como excepción en el ámbito jurisdiccional y esto lo distingue del discutido principio de reserva política que se resuelve en el ámbito administrativo.¹¹⁰

Para mejor esclarecimiento cabe recordar que el art. 25 del Decreto-ley de Intermediación Financiera 15.322, de 17.09.1982, que regula el secreto profesional bancario en el Uruguay, constituye un claro ejemplo de OPI. Así lo ha expresado desde 1991 en varias consultas la Autoridad Central del Ministerio de Educación y Cultura, la doctrina nacional e internacional más aceptada¹¹¹ e, inclusive, la jurisprudencia nacional.

4.3.3 Principio del respeto a la ley interna procesal y sustancial (formas y garantías) del Estado requerido.

Aparece como corolario lógico de principios antes enunciado. Se ve plasmado en varias disposiciones del Protocolo a saber: art. 2k, 7.1, 7.2, 17.3, 22, 23,

Los relatores del Protocolo quisieron enfatizar en el art. 2 el propósito de asistencia que anima a los Estados- partes. Por ello el principio en análisis debe leerse en consonancia con el *caput* del mismo artículo, que le concede un todo positivo, que no logra desnaturalizar su real sentido garantista “La asistencia comprenderá...” (*caput*) “cualquier otra forma de asistencia que no sea incompatible con las leyes del Estado requerido” (art. 2.k).

Por su parte el art. 7.1 “ El diligenciamiento de las solicitudes se regirá por la ley del Estado requerido y de acuerdo a las disposiciones del presente Protocolo.” lo que impone una interpretación armónica respetuosa del orden público del Estado requerido El mismo artículo, en su ítem 7.2, parte final, recoge el principio desde otro punto de vista, al expresar que “A pedido del Estado requirente el Estado requerido cumplirá la asistencia de acuerdo con las formas o procedimientos especiales.... a menos que éstos sean incompatibles con su ley interna”.

De acuerdo con el art. 17.3, “El Estado requerido autorizará la presencia.....si ello estuviera autorizado por las leyes del Estado requerido y de conformidad con dichas leyes. La audiencia..... según los procedimientos establecidos por las leyes del Estado requerido.”.

¹⁰⁹ Esta definición está inspirada en las enseñanzas de Quintín Alfonsín, que ya en su tesis sobre el orden público expresaba: que “el orden público internacional se diferencia del interno, en que el internacional es la reafirmación de la individualidad frente a terceros Estados”.

¹¹⁰ En el caso de Uruguay el concepto de orden Público hace muchos años que ha dejado de ser una mera invocación doctrinaria para convertirse en una formulación de Derecho positivo bajo la forma de una Declaración unilateral realizada por el país ante la CIDIP II (Montevideo 1979) Ella no constituye, *stricto sensu*, una reserva desde el punto de vista del Derecho de los tratados, no obstante al no existir una Convención internacional que lo defina, al menos para los jueces y autoridades administrativas competentes en Uruguay, esa designación configura un mandato directo de la Declaración que no requiere una negociación internacional vinculante para su aplicación.

¹¹¹ León-Henri Meyre. Le secret professionnel du banquier et ses limites. 2. ed., Paris : Belleville-Reneaux, 1989.p. 88 y ss..

El art. 22 del Protocolo, refiere a las medidas cautelares (registros, embargos, etc.) remitiéndose reiteradamente y todos sus incisos a la ley procesal y sustantiva del Estado requerido.

El art. 23 refiere a inspecciones, entrega objetos, de documentos y otras medidas de cooperación, las que siempre serán efectivizadas de acuerdo con la ley procesal y sustantiva del Estado requerido.

Finalmente el art. 24 (Custodia y disposición de bienes) reivindica claramente el mismo principio en varios pasajes.

4.3.4 Principio de gradualidad en los requisitos (conforme al nivel de asistencia requerido).

Ya hemos adelantado que la doctrina más moderna¹¹² cuyo pensamiento compartimos,¹¹³ reconoce tres niveles o grados de CJPI, sobre cuyo contenido ya nos hemos referido ampliamente en.....

La referida gradualidad en los niveles de cooperación se encuentra indisolublemente ligada a exigencia de garantía en su implementación, entre ellas, y principalmente, a la doble incriminación

Con relación al alcance de la doble incriminación o doble identidad normativa, compartimos totalmente la percepción garantista de Christine Van Den Wyngaert¹¹⁴ acogida, también, por el publicista uruguayo Pereira Schurmann y el jurista brasileño Cezar Roberto Bitencourt, en el sentido de que este principio implica, además de que el hecho constituya delito en los ordenamientos penales tanto del Estado requirente como del requerido, que exista una real identidad de bienes jurídicos afectados, delineamiento típico semejante y correspondencia sancionatoria, tanto con relación al ilícito concreto como a los sistemas de regulación concursal.¹¹⁵

¹¹² Gioacchino Polimeni. La asistencia in materia..., op. cit., p. 39-49. Dentro da doutrina anglo-saxônica: Ethan A. Nadelman, Negociaciones sobre Tratados de Asistencia Legal Mutual, em *Economia e política do narcotráfico*, obra coletiva copilada por Juan Tokatilián e Bruce Bagley, Bogotá : Ceicerec, 1990. p. 265 et seq.; Chamblee, International legal assistance in criminal cases, em *Fedders, Harriss, Olsen & Ristan: Transnational litigation: Practical approaches to conflicts on accommodations*. Nova Iorque, 1988, vol. I, p. 188; Irving Jones, International judicial assistance procedural chaos and a program for reform, em 62, *Yale L. J.*, 1953. p. 515-554. En la doctrina latino-americana, Guillermo Fierro, na obra *La ley penal y el derecho internacional*, 2. ed., Buenos Aires : Tea, 1997, § 665 bis e seguintes, se orienta pelo mesmo princípio.

¹¹³ Raúl Cervini. Medidas de asistencia judicial penal internacional de primer nivel y la doble incriminación, nos Anais do 2.º Seminário Internacional: A Regionalização do Direito Penal no Mercosul, 10-13 de novembro, 1993, Publicação Oficial, Montevideu : Fundação de Cultura Universitária, 1993. p. 59 et seq.; Princípios da cooperação judicial internacional em assuntos penais (com especial referência ao Anteprojeto do Tratado entre a República Federativa do Brasil e a República Oriental do Uruguai), *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 30, jul.-set., 1993; Los derechos humanos como límite..., op. cit., p. 20; Richard Brown, Raúl Cervini, Augusto Duran Martinez, Héctor Gros Espiell, Didier Opertti, Jorge Talice, *Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Assuntos...*, op. cit., p. 50; Raúl Cervini, Augusto Duran Martinez, Didier Opertti e Jorge Talice, *Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Assuntos...*, Questionário, op. cit., p. 23.

¹¹⁴ Christine Van Den Wyngaert. Applying human rights of extradition..., op. cit.

¹¹⁵ Jorge Pereira Schurmann. Principios rectores de la extradición en el marco de un sistema penal internacional garantizador (con especial referencia a los que protegen los derechos del extraditado), VM, conferencia en Seminário Internacional del Mercosur, Asunción, Paraguay, 1-4 julio, 1992, p. 9.

Concordamos con Pereira Shurman en que la doble incriminación, consecuencia de la regla *null traditio sine lege*, constituye un principio básico del Derecho extradicional, pero no en términos excluyentes. A nuestro juicio, también puede y debe exigirse tratándose de medidas de asistencia penal internacional de segundo nivel, susceptibles de causar gravamen irreparable sobre los derechos patrimoniales de los concernidos.

Resulta indiscutible en el Derecho convencional bilateral contemporáneo que no se acoge tal exigencia, tratándose de medidas de asistencia jurídica de primer nivel meramente instrumentales o de prueba (notificaciones, pedido de constataciones formales, pericias etc.),¹¹⁶ criterio sustentado no sólo por los internacionalistas, sino principalmente, por los más conceptuados estudiosos del ámbito penal internacional¹¹⁷

Siguiendo el mismo criterio reflexiona Grasso que la garantía de la doble identidad debería ser razonablemente exigible cuando los derechos de los concernidos por la asistencia se vieran efectivamente amenazados. Atendiendo a ello, la doble incriminación no será necesaria cuando la cooperación solicitada se limite a medidas de asistencia meramente procedimentales, de instrucción o de prueba, siempre y cuando su diligenciamiento no afecte el conjunto de garantías que simboliza el orden público (procesal y sustancial) del Estado requerido.¹¹⁸

En el ámbito convencional multilateral tampoco exigen en principio la doble incriminación la Convención Europea de Entre-ayuda Judicial en Materia Penal (Estrasburgo, 1959) el Tratado de Benelux (1962) ni el Proyecto de Convención Interamericana elaborado por la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de OEA (art. 5).¹¹⁹

El texto bilateral inspirador del Protocolo (o TEVR Brasil-Uruguay) consagra claramente el principio de la gradualidad en los requisitos en su art. 1.2, De acuerdo con esa norma, no se requiere doble incriminación tratándose de medidas de asistencia de

¹¹⁶ No exigen la doble incriminación para medidas de asistencia de primer nivel, entre otros, los siguientes instrumentos: Tratado Estados Unidos -Confederación Suiza (1973, vigente a partir de 1976 e implementado en 1981) y los firmados por EEUU con Bahamas (1987), Bélgica (1988), Canadá (1988), Colombia (1988), Holanda (1981-1988), Jamaica (1985), Italia (1982), Marrocos (1983), México (1987), Reino Unido, referido a Islas Cayman (1986), Tailandia (1988), España (1991). Tampoco la exigen, los Tratados España-México (1987), España-Australia (1989), Francia-Argelia (1985), Argentina-Italia (1991), Argentina-España (1987), Uruguay-Estados Unidos (1993). etc, etc.

¹¹⁷ Conf. Paulo Bernansconi, *La Mafia OGGI – Individuazione del Fenomeno e Sistemi di Lotta – Atti e Documenti* compilados pelo Prof. M. Cherif Bassiouni, edic. Padova : ISISC-Cedam, 1988. p. 412 y ss; Giusto Sciacchitano, *Doppia incriminazione nelle maxi-istruttorie relative a casi di criminalità organizzata*, VM. Seminário Internacional sobre Extradicação organizado por ISISC, dic, 1990, Siracusa, Italia; Theo Vogler, *The principle of speciality in extradition law*, Polmel Editors. Ps.14 y ss, Celso Bardini, *La convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale*, na *Coleção Justiça Penal e Problemas Internacionais*, 1991, p. XI.257; Claude Lombois, *Assistenza giudiziaria e cooperazione in materia penale*, en *Direito Penal Internacional – Seminário*, 2-11. 12- 1976, Siracusa, ISISC, 1978, p. 76; Hans Schultz., *Das Bankgeheimnis und der schweizerisch-amerikanische Vertrag uber Rechtshilfe im Strfsachen Bankverein Heft n. 11*, Basileia, 1966, p. 49 y ss.. Dentro da doutrina anglo-americana, Ethan A. Nadelman, *Negociaciones sobre Tratados de Asistencia Legal Mutua...*, op. cit., p. 265 y ss; L. Chamblee, *International legal assistance in criminal cases*, op. cit., p. 196; J. Mueller. *The Swiss banking secret*, op. cit., 392-396; Lewis Jorda, *Legal assistance practical approaches to conflicts*. Nova Iorque : Ed. Rowles, Lexington, 1990, p. 210 y ss.; etc

¹¹⁸ Giovanni Grasso. *Comunità Europee e Diritto Penale. I rapporti tra l'ordinamento...*, op. cit., p. 36.

¹¹⁹ Guillermo J. Fierro. *La ley penal y el derecho...*, op. cit., p. 215.

primer nivel, en cambio, atento a su expresa remisión al art. 21 de mismo Tratado, debe cumplirse con ese requisito cuando se trata de asistencia de segundo nivel (o sea, en caso de registros, embargos, secuestros, entrega de bienes o relevamiento de secreto bancario).

El Protocolo para Mercosur sigue el mismo criterio y en su art. 1.4 establece: “La asistencia será prestada aún cuando las conductas no constituyan delitos en el Estado requerido, sin perjuicio de lo previsto en los arts. 22 y 23” Es de recordar también que los aludidos arts. 22 (Medidas Cautelares) y art. 23 (Entrega de Documentos y otras Medidas de Cooperación) requieren la aplicación de la ley formal y sustancial del Estado requerido.

Recapitemos entonces, en lo que refiere al ámbito del Protocolo, si bien este no exige como principio la doble incriminación, condiciona la adopción de ciertas medidas coercitivas a su existencia, de tal manera que se coloca, en este aspecto, dentro de las posiciones más restrictivas y garantistas que se presentan en el Derecho comparado.¹²⁰ Respecto a la asistencia de 2do grado la exigencia del requisito en el Protocolo es indiscutible.

Lo antes señalado debe subrayarse adecuadamente, pues con elación al segundo grado de asistencia los textos no siempre han resultado tan claros ni su interpretación pacífica. Así por ejemplo, comentando el tratado entre EEUU y la Confederación Suiza, ha expresado Bernasconi “...el texto no resulta claro en este aspecto (exigencia de la doble identidad), pero creemos que no es necesaria ni conveniente en estos casos tal exigencia. La aplicación de este principio puede, sin duda, disminuir la necesaria eficacia de las medidas solicitadas...”¹²¹

En la misma línea el jusprivatista guatemalteco Soliman Viña, ex-asesor de la Secretaria General de OIPC (INTERPOL), ha tenido expresiones aún más significativas “... la exigencia de la doble incriminación no agrega nada a los Estados involucrados en procesos de cooperación internacional, es más, configura un precio demasiado alto a pagar en exclusivo beneficio de aquellos que se encuentran efectivamente empeñados en trabar su funcionamiento. Cabe reflexionar sobre si se justifica desarrollar tal preciosismo jurídico solamente para beneficiar a los delincuentes internacionales...”¹²²

Pensamos que éstos últimos párrafos explican por si solos la razón de nuestras inquietudes y la pertinencia de consagrar la necesidad del requisito de la doble incriminación, al menos, a partir del segundo grado de asistencia penal, todo ello en el entendimiento de que los concernidos y sus derechos son una de las partes medulares de la única cooperación penal internacional viable entre Estados Democráticos de Derecho.

4.3.5 Principio de reserva política

En mayo de 1991, durante el Segundo Curso de CJPI, cumplido en la Universidad del Estado de Florida (Leven Law School), el Profesor Severin lanzó una afirmación que el

¹²⁰ Raúl Cervini. Medidas de asistencia judicial penal internacional de primer nivel y la doble..., op. cit. ps. 43

¹²¹ Paulo Bernasconi. La mafia oggi..., op. cit., p. 411 y 412.

¹²² Soliman Viña. La delincuencia internacional y la tarea policial, informe 62/93 do Congresso Mundial de Interpol, Punta del Este, Uruguay, setiembre, 1994. p. 13.

tiempo se encargaría de confirmar: “... tengo la firme convicción de que en los próximos cursos el tema de la reserva política estará inexorablemente presente en nuestros debates. Su consideración estará impuesta por una realidad cada día más evidente: las valoraciones políticas condicionan crecientemente en todo el mundo las instancias de cooperación que nos ocupan.”¹²³

Este tan debatido principio está explícitamente recogido en el art. 5.1.e del Protocolo. Textualmente: “el Estado-parte requerido podrá denegar la asistencia cuando: (*caput* de art. 5) “el cumplimiento de la solicitud sea contrario a la seguridad, orden público u otros intereses esenciales del Estado requerido” (5.1.k) Por ejemplo, causar un cataclismo económico.

Se ha argumentado que esta opción – también llamada como “doble control” (administrativo y jurisdiccional) – podría operar como una suerte de calificación de grado de dudosa constitucionalidad, susceptible de alterar el principio de separación de poderes. En tal sentido, Eduardo Vescovi, comentando una solución similar contenida en el Tratado CJPI Uruguay-Estados Unidos expresa: “...el art. 5, habilita a la Autoridad Central (por lo tanto al Poder Ejecutivo, art. 3.2) a denegar la asistencia. Solución que deja en manos del Poder Ejecutivo el tema de la CJPI, esto viola el principio de separación de poderes y por ente la Constitución. Las razones por las cuales el órgano administrativo Autoridad Central puede denegar la asistencia, son eventuales impedimentos cuya evaluación correspondía tradicionalmente a los jueces (delito político o conexo, *non bis in idem*, orden público etc.), y otros tan difusos, que pueden dar lugar a cualquier tipo de abuso o arbitrariedad (seguridad, intereses esenciales del Estado requerido). En otras palabras, un simple organismo administrativo asesor y por vía jerárquica el propio Poder Ejecutivo se transforman en decisores de la CJPI. Si bien el poder que se le pretende atribuir consiste en la posibilidad de denegar la CJPI (si la Autoridad Central se pronuncia afirmativamente, la rogatoria se remite al Juez, el cual deberá decidir si acepta o no el encargo), esa especie de ‘poder de veto’ que se le atribuye al Ejecutivo sobre una materia típicamente jurisdiccional es, a mi entender, inconveniente.”¹²⁴

Otro sector doctrinario sostiene que la existencia de un doble control no constituye una inconstitucionalidad y resulta una consecuencia necesaria de este tipo de asistencia entre Estados-partes, como una garantía adicional para los países con economía o estabilidad democrática frágil. De acuerdo con esta orientación. En casos extraordinarios, la CJPI debe ceder frente a la conservación del orden y tranquilidad interiores, típicas responsabilidades atribuidas por la Constitución a la Administración¹²⁵

¹²³ Louis Severin. *International criminal...*, op. cit., p. 78.

¹²⁴ Eduardo Vescovi. *Cooperación judicial en el Mercosur*. VII Jornada Nacional de Direito Processual. Montevideo : Ed. Universidad, 1993. p. 379. El mismo autor denuncia otras manifestaciones del principio de reserva política concernidas en los arts. 7.2 e 8 del aludido acuerdo bilateral Uruguay- EEUU, expresando: “ Este Convenio está imbuído de una especie de competencia compartida entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial (Autoridad Central y Jueces) en una solución tan innovadora como inconveniente. Se trata de una materia típicamente jurisdiccional que no puede dejar de em manos de un organismo administrativo. Con todos los defectos que puedan atribuirse al Poder Judicial, es preferible confiar exclusivamente a él algo tan importante como la CJPI en la cual están en juego la libertad, la honra y los bienes de los ciudadanos y no al Poder Ejecutivo. La “seguridad” y “los intereses esenciales” del estado son algo tan difuso que no constituyen ningún buen augurio com relación al uso que se pueda hacer de ellos.

¹²⁵ Conforme Chamblee, *International legal assistance in criminal cases*. *Fedders, Harris, Olsen & Ristan: Trasnational litigation*, vol. I, Nova Iorque, 1988, p. 188.

En el mismo sentido se pronuncia Bertain,¹²⁶ quien considera que, bien entendido, el principio de reserva política no implica que la Administración defina caprichosamente aquello que conciba como intereses esenciales de su país, lo que equivaldría a una politización pura y simple de la CJPI. La Autoridad Central solamente deberá tener en cuenta aquellos intereses políticos que, por consenso general, son reconocidos como salvaguardas ineludibles de la preservación nacional. En tiempos como los que corren, la estabilidad económica, financiera e, inclusive, institucional de los Estados puede estar frágilmente cimentada en un equilibrio susceptible de quebrarse por la incidencia de ciertas medidas de CJPI que puedan resultar extemporáneas e incluso desproporcionadas con los objetivos perseguidos originalmente por el Tribunal requirente. Ante esa situación, continua Bertain, es la Administración en el ejercicio de sus facultades constitucionales, la que se encuentra en mejor posición para calibrar el riesgo que implica la medida solicitada y también para afrontar el costo político de un eventual diferimiento en la prestación, o en caso extremo, la denegación de la asistencia. Por otra parte, agrega, existe una íntima e inescindible relación entre el orden público y el principio de reserva política. El orden público permite descartar la aplicación de aquellas normas contenidas en la legislación extranjera, en convenciones y tratados, que contradicen principios particularmente importantes de la *lex fori*. Son, en particular, esos principios políticos de la *lex fori* los que hacen funcionar la excepción de orden público.

A nuestro juicio, toda posible similitud en la finalidad de estos dos institutos no debe hacer olvidar que el punto realmente problemático se encuentra en el hecho de que la excepción de orden público se dilucida en el ámbito jurisdiccional, en tanto que el principio de reserva política está reglado como facultad exclusiva de la Autoridad Central (Poder Ejecutivo).

Dentro de la doctrina uruguaya, Duran Martinez ha sido el publicista más categórico en negar la posibilidad de una inconstitucionalidad. Es cierto, dice, que el art. 5 otorga a la Autoridad Central facultades más intensas que las habitualmente conocidas en nuestro país, pero esas facultades no son, para los efectos de prestar asistencia con prescindencia de la Justicia, sino para negarla. Habría inconstitucionalidad, a su entender, si la Autoridad Central prestara asistencia asumiendo funciones reservadas a la decisión de los magistrados, pro no es el caso. Las nuevas facultades en los recientes Tratados (y el Protocolo del Mercosur, agregamos nosotros) extienden a la Autoridad Central son para denegar asistencia en condiciones extremas, no para prestarla sin autorización judicial. En síntesis, no puede sustentarse la existencia de una inconstitucionalidad, ya que la Justicia conserva todas sus facultades y la Administración no efectúa ninguna invasión de poder en el ámbito jurisdiccional, simplemente efectúa un primer control en el ejercicio de atribuciones que son naturales al ámbito del Poder Ejecutivo, por su inherente contenido político.¹²⁷

Por su parte Operti¹²⁸ confirma que la Autoridad Central no pasa por vía de estos textos a apropiarse de competencias que por mandato constitucional corresponden al Poder

¹²⁶ Jules Bertain. Spazio giuridico europeo e assistenza giudiziaria. *Revista Penal Interpretada*, vol. 6, Mesina, 1989. p. 42 y ss. Conforme Lewis Jorda, Legal assistance. Practical approaches..., op. cit., p. 256.

¹²⁷ Augusto Duran Martinez. En obra colectiva: *Tratado de Asistencia Jurídica Mutua...*, Cuestionario, op. cit., p. 24-25.

¹²⁸ Didier Operti. En obra colectiva: *Tratado de Asistencia Jurídica Mutua...*, op. cit., p. 32 y ss.

Judicial. La Autoridad Central no es más que “una puerta de entrada y salida” salida dotada de experiencia y especialización en la materia”, Las facultades del art.5, por su naturaleza, no propician actuaciones propias del Poder Judicial, sino por lo contrario, funciones de salvaguarda de carácter administrativo procedimental¹²⁹

A nuestro juicio, todas estas elucubraciones teóricas no logran ocultar lo inocultable, que es la eventual ingerencia, en condiciones tan extremas como vagas, de un órgano administrativo en actividades que resultan peligrosamente vecinas con competencias de claro cuño jurisdiccional. Y ello no significa desconocer la utilidad, en casos excepcionales, de un mecanismo de este tipo, sino, simplemente, llamar la atención sobre su localización institucional, e incluso, respecto de los límites de sus atribuciones.¹³⁰

En el mismo sentido se pronuncia el publicista Ventura, para quien esa concentración de facultades en un órgano administrativo implica el peligro de la discrecionalidad. Este instrumento – nos dice – podría ser usado para la protección de políticas menores, situaciones coyunturales o actos de terrorismo de Estado, por parte del Gobierno en el poder, los que, lejos de asegurar la real estabilidad del Estado Democrático, sirvan a la realización de otros intereses y compromisos, en desmedro del prestigio internacional del país. Finalmente agrega al debate, una original sugerencia, de discutible rigor constitucional y compleja implementación frente a los textos analizados. Con la aspiración de salvaguardar el principio de separación de poderes y armonizarlo con ciertos niveles de reserva política, sugiere una participación coordinada de los poderes ejecutivo y judicial, cada uno presuntamente dentro de su función. Un sistema a través del cual, bajo las circunstancias excepcionales que expresen los textos, la Autoridad Central remita al Juez competente la rogatoria del Juez extranjero acompañada de un informe no vinculante, en el cual se exprese el interés político de la Administración, en prestar o no asistencia. El Juez requerido, en función jurisdiccional, se pronunciará, y en caso de desacuerdo con el informe de la Autoridad Central, lo hará por resolución fundada, bajo la más estricta responsabilidad institucional y personal.¹³¹

Como vemos, el debate sobre este principio integra nuestro tiempo y seguramente continuará siendo objeto de crecientes debates.

4.3.6 Principio el respeto a la jurisdicción territorial.

El Protocolo, en su art. 1.5, prohíbe expresamente (*no faculta*) a las autoridades o a los particulares de Estado requirente emprender en el territorio do Estado requerido

¹²⁹ Conforme Lewis Jorda, *Legal assistance. Pratical approaches to conflits*. Nueva York : Rowels Lexington, 1990. p. 258.

¹³⁰ Raúl Cervini- Juarez Tavares: Principio de Cooperación Judicial Penal Internacional no Protocolo do MERCOSUR, Editora dos Tribunais, San Pablo, 2000, p. 138 y ss.; Conf: Gabriel Adriasola. El principio de reserva política en la cooperación penal internacional. Curso de cooperación penal..., op cit., p. 95 y ss. Del mismo autor, La reserva política en la asistencia legal internacional. Publicación oficial, 2.º Seminario Internacional: La regionalización del Derecho Penal en el Mercosur, 10 a 13 de noviembre, 1993, Fundación de Cultura Universitaria, Maldonado, 1993. p. 11 y ss.

¹³¹ Ronald Ventura. La cooperación penal internacional y el penoso ejercicio de la soberanía nacional. *Revista Mundo Novo*, año 2, n. 11, Bogotá, 1992. p. 32.

funciones que, conforme a sus leyes internas, estén reservadas a sus autoridades, reservadas a sus autoridades, salvo Pas hipótesis previstas no art. 17.3 ¹³²

El referido art. 17.3 posibilita la presencia de funcionarios designados por el Estado requirente en la solicitud durante la instrucción de la asistencia "... y les permitirá formular preguntas si ello estuviera autorizado por las leyes del Estado requerido y de conformidad con dichas leyes. La audiencia tendrá lugar según los procedimientos establecidos por las leyes del Estado Requerido" ¹³³

4.3.7 Principio de la protección de los sujetos del proceso.

Este fundamental principio se vincula con las garantías de las personas concernidas por las medidas de asistencia. Estas garantías deben ser el centro y esencia de toda política de CJPI. La doctrina penal entiende que tanto el Derecho penal interno como la referida CJPI, cobran sentido y legitimidad al servicio del Hombre. Proyectando el pensamiento de Zaffaroni, se concluye que, cuando los Estados individualmente en su ámbito interno o actuando concencionalmente vinculados de modo bilateral o multilateral en instancias CJPI desconocen al individuo como persona dotada de atributos de Derecho, se rompe una estructura lógico-objetiva, quedando sus acciones en un mero ejercicio de poder, que no es Derecho. ¹³⁴

En el Protocolo del Mercosur, como en sus fuentes bilaterales inmediatas, aquellas personas que son convocadas a prestar testimonio, tanto en el Estado requerido como en el Estado requirente, están dotadas de numerosas salvaguardas y garantías, habiéndose logrado estructurar un sistema que acoge las más recientes indicaciones de la doctrina y jurisprudencia internacionales al respecto. ¹³⁵ Ese estatuto integral de garantías, que debe presidir la moderna CJPI, no puede dejarse de lado legítimamente por medio de normas que, como el ya citado art. 1.2 del Protocolo, suponen un excesivo protagonismo de los Estados y un consiguiente menosprecio al estatuto de las garantías del individuo.

¹³² La disposición del art. 1.5 puede parecer superflua e inclusive, agresiva desde el punto de vista diplomático y solamente existen pocos antecedentes similares: Tratado Estados Unidos-Uruguay y el citado TEVR Brasil-Uruguay (art. 1.3). No obstante los redactores del Protocolo aceptaron incorporarla a efectos de eliminar toda posible duda sobre el carácter estrictamente jurídico de la asistencia proyectada. Este criterio fue recomendado durante el XVI Congreso Internacional de Derecho Penal de Budapest en (Res. 3 y 4 de la Sección IV.C).

¹³³ Raúl Cervini. En la obra colectiva: *Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos...*, Cuestionario, op. cit., p. 22, más ampliamente: Los derechos humanos como límite..., op. cit., p. 12. En el caso de Uruguay, tal intervención no podrá ser directa, sino que se plasmará a través de interrogatorios realizados por el propio Juez nacional, el cual tendrá que estar presente en el acto a fin de salvaguardar su exclusiva competencia en el ámbito de su jurisdicción. Los funcionarios extranjeros podrán solicitar al Juez nacional actuante, antes y durante el cumplimiento de la diligencia, la realización de preguntas y éste las formulará, si considera que son legalmente procedentes. En Uruguay existen numerosos antecedentes de este tipo, en los cuales, frente a casos de proyección internacional, Fiscales de Holanda, Italia. México, Brasil, Argentina, Inglaterra, etc, hicieron uso de procedimientos de este tipo.

¹³⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni. *Manual de derecho penal, parte general*. 4. ed. Buenos Aires : Ediar, 1985. p. 301 y ss.

¹³⁵ Amodio. Il controllo sui provvedimenti restrittivi della libertà personale in una recente pronuncia della Corte Europea dei diritti dell'huomo. *Revista de Processo Penal*, n. XXI, Milão, 1981; Lauro Rodri. Prove disponibili e libertà dell'huomo. *Revista da Lei e Criminologia*. Escola das Leis, Universidade do Texas em Austin, vol. 6, n. 5, set.-out., 1988, p. 41; Raúl Cervini. Los derechos humanos como límite..., op. cit., p. 15 et seq.. Dentro da doutrina norte-americana, propunham similares parâmetros garantistas: Lewis Jorda, Legal assistance. Practical approaches to conflicts, op. cit., p. 239 et seq., e mais recentemente: Ryan Donovan, *Procedural cases*. Universidade de Nova Iorque, Kirtmayer, 1991. p. 230-260.

Este principio de protección de los sujetos del proceso se expresa en dos ámbitos bien diferentes: el de los Derechos inherentes al proceso y el de los Derechos de contenido patrimonial.

4.3.7.1 Protección del estatuto procesal personal en instancias concretas de CJPI.

4.3.7.1.1 Situación de los convocados, no sujetos a proceso.

En el caso de los convocados en el Estado requerido a prestar testimonio, entrega de documentos, antecedentes y otros elementos de prueba, sus garantías surgen explicitadas en el art.17, que refiere a las formas ejecución de tales medidas, ley aplicable, posible presencia de funcionarios extranjeros, sistema de inmunidades, incapacidades y privilegios aplicables.

En lo atinente a los llamados a prestar testimonio en el Estado requirente las garantías se explicitan en el art. 5.1.d y particularmente en el art. 18.

El art. 5.1.d (emanación del *non bis in idem*), permite al Estado denegar la asistencia. ¹³⁶ Por su parte el art. 18 establece el procedimiento a ser observado en estos casos en todas sus instancias: comunicación inicial a la persona convocada como testigo o perito (art. 18.1) necesidad de que la personas convocada preste su consentimiento escrito para viajar (art. 18.2) e indicación expresa de que el Estado requirente se hará cargo de los gastos de traslado y estada del convocado (art. 18.3).¹³⁷

4.3.7.1.2 Situación de los convocados sujetos a proceso penal.

Puede darse la situación de que la persona llamada a declarar se encuentre sujeto a proceso penal, en el Estado requerido o en el Estado requirente. En tal caso, el Protocolo, procura salvaguardar simultáneamente, tanto las garantías de la persona convocada, como la competencia jurisdiccional originaria del Juez de la causa. El art. 19 en sus numerales 19.1 y 19.2 prevé las dos variables posibles y sus correspondientes garantías.

En otro orden de cosas el párrafo tercero del art. 19 una salvaguarda referente a la entrega de nacionales no prevista en los acuerdos bilaterales. Pensamos que, aún a falta de norma expresa, la situación igualmente se resolvería por aplicación del principio de respeto al orden público internacional del Estado requerido.

Finalmente el art. 19.4 explicita condiciones generales vinculadas a las garantías que poseen las personas trasladadas sometidas a procedimientos penales, a saber: obligación de custodia física (art. 19.4.a), devolución de la persona trasladada al Estado remitente (art. 19.4.b), devolución sin necesidad de promover extradición (art. 19.4.c), cómputo del tiempo transcurrido a los efectos del cumplimiento de la sentencia (art. 4. d), tiempo

¹³⁶ Similar solución: art. 5.1.d del TEVR Brasil-Uruguay.

¹³⁷ También em ente caso la fuente de la norma del Protocolo se encuentra en el TEVR Brasil-Uruguay, (art. 17). Similar solución en Tratados Estados Unidos-Argentina (art. 10) y Estados Unidos-México (art. 10) y Tratado Australia-España (art. 9).

de permanencia máxima (art. 19.4.e),¹³⁸ y procedimiento en caso de fuga en el Estado receptor de una persona trasladada sujeta a medidas restrictivas de libertad en el Estado remitente (art. 19.4.f).

4.3.7.1.3 Sistema general de salvoconducto

El art. 20 regula para las dos hipótesis en que se convoque a prestar testimonio en el Estado requirente (arts. 18 y 19) un régimen especial de salvoconducto, en mérito al cual, cuando se encuentra en el Estado requirente, la persona convocada no podrá ser detenida o responsabilizada por delitos anteriores a su salida del territorio del Estado remitente (art. 20.1.a) y no podrá ser llamado a declarar o prestar testimonio en procedimientos no especificados en el pedido original (art. 20.1.b).¹³⁹

Finalmente el art. 20.2 establece que el salvoconducto cesará cuando la persona prolongue voluntariamente su estadía en el territorio del Estado receptor por más de diez días a partir del momento en que su presencia ya no sea necesaria.

4.3.7.2 Protección de los derechos patrimoniales frente a medidas susceptibles de causar gravamen irreparable.

Este principio constituye una derivación natural del precedentemente analizado. En materia de registros, embargos, secuestro o entrega de bienes, el Protocolo estructura una serie de garantías para proteger a los concernidos, eventualmente afectados por medidas de asistencia, relacionadas con institutos jurídicamente protegidos en el Estado requerido. En tal sentido deben mencionarse las siguientes:

- Las medidas de naturaleza coercitiva se rigen por la ley procesal y sustantiva del Estado requerido (art. 22).¹⁴⁰
- Por imperio (remisión expresa) del art. 1.4, para estos casos se exige la doble incriminación¹⁴¹
- Se requiere que la medida sea justificada a criterio de la autoridad competente del Estado requerido (art.22.1).¹⁴²
- De acuerdo con el art. 22.2, la ley del Estado requerido determinará los requisitos para proteger los intereses de terceros sobre objetos que se pretendan alcanzar por parte del Estado requirente en el Estado requerido.

¹³⁸ En lo que refiere a este punto se observa una clara diferencia con el texto del Convenio Uruguay-Brasil, cuyo art. 18.3.e resulta mucho más técnico y garantista: “e) la permanencia de la persona en el Estado receptor en ningún caso podrá exceder el período que le reste para el cumplimiento de la pena o de noventa días, según el plazo que se cumpla primero, a menos que la persona y ambos Estados consientan en su prórroga.”

¹³⁹ El a referido TEVR Brasil-Uruguay prevé un tercer punto (art. 19.1.c) por el cual se garantiza que la persona trasladada tampoco podrá ser detenida o responsabilizada con referencia al testimonio que preste salvo en caso de desacato o falso testimonio.

¹⁴⁰ Similar a art. 21 del TEVR Brasil-Uruguay.

¹⁴¹ Este requisito no aparece en el Tratado entre Estados Unidos y Argentina (art. 14) ni en los celebrados por el primero con México, Canadá, Italia y Bélgica. Recogen sí solución similar los Convenios entre Estados Unidos-Holanda, Uruguay-Estados Unidos, Uruguay- Brasil, y Uruguay con España y Australia.

¹⁴² Solución similar a art. 21.1 del TEVR Brasil-Uruguay.

4.3.8 Principio de la especialidad con relación al uso de informaciones o prueba obtenidas.

Este principio está consagrado en art. 12 del Protocolo. Esta norma, en su primer párrafo expresa: “Salvo consentimiento previo del Estado requerido, el Estado requirente solamente podrá emplear la información o la prueba obtenida en virtud del presente Protocolo en la investigación o el procedimiento indicado en la solicitud”

Es evidente que su expreso reconocimiento reviste gran importancia para todos los Estados que se pretendan consolidar como Democráticos de Derecho. A través del principio analizado, los Estados-partes del Mercosur están dando un claro mensaje a la comunidad jurídica internacional con relación al alcance y garantías de su respectiva cooperación en el campo judicial penal. Es sabido que en algunas jurisdicciones existe la peligrosa tendencia a “extrapolar”, “trasladar”, “transferir” o “prestar” la prueba obtenida a través de medidas concretas de CJPI a otros juicios u otras investigaciones administrativas desvinculadas del proceso en el cual esas instancias se generaron. El profesor de la Universidad de los Angeles MacGee Jr. critica fuertemente esa práctica de la justicia norteamericana, que se realiza – a su entender- por aplicación de normas de dudosa constitucionalidad contenidas en el Título IX, Racketeers Influenced and Corrupt Organizations do Organized Crime Control Act de 1970 (OCCA Act), conocida como Normativa Rico como Normativa Rico.¹⁴³ En el campo jurídico europeo el tributarista Meliton Filgueiras Miranda Torre alude a prácticas de similar naturaleza implementadas en el ámbito de la administración tributaria portuguesa. A su juicio, esa extrapolación probatoria confronta con el Derecho en varios sentidos: en primer lugar porque ataca el principio de la continencia procesal reconocido por la Constitución ; en segundo lugar, traduce un comportamiento tendiente a desnaturalizar o vulnerar por vía oblicua el alcance de la CJPI, que, salvo raras excepciones, excluye los delitos e infracciones tributarias y por último, constituye una práctica incompatible con la buena fe que debe presidir toda instancia cooperacional, o luce lo suficientemente grave, como para afectar su siempre frágil estructura.¹⁴⁴

Paralelamente, párrafo 2do. del mismo art. 12 faculta a la Autoridad Central del Estado requerido a otorgar carácter confidencial a la información o pruebas obtenidas. Es una norma simétrica a la recogida en el art. 10 que refiere al Estado requirente.¹⁴⁵

4.3.9 Principio de responsabilidad.

El Protocolo del Mercosur no recoge el principio de responsabilidad, y eso configura uno de sus más graves divorcios con los criterios garantistas consagrados en el Tratado Uruguay-Estados Unidos y en el TEVR Brasil-Uruguay.

¹⁴³ Henry W. MacGee Jr. El procedimiento penal y la revolución sin fin. *Derecho constitucional comparado México-Estados Unidos*. Coordinado por James Frank Smith, México, edición conjunta del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México y de la Facultad de Derecho de la Universidad de California en Davis, 1990. t. II, p. 587 y ss.

¹⁴⁴ Meliton Filgueiras Miranda, La cooperación internacional y la administración tributaria. *Revista de Estudos de Administração Tributária*, ano III, vol. 2, Lisboa, 1997. p. 54.

¹⁴⁵ Sin perjuicio de sus antecedentes bilaterales que constituyen fuente directa del Protocolo, la norma examinada aparece en la Convención de Viena (art. 7.13), Tratado Estados Unidos-Argentina (art. 7), Convenio Estados Unidos-México (art. 6) y Tratado Estados Unidos-Canadá (art. IX).

Es bien conocido que en el decurso de instancias de CJPI pueden ocurrir errores u omisiones de diverso calibre y naturaleza, susceptibles de generar daños irreversibles, por ejemplo: error en la identidad de una persona presuntamente concernida, error en el número de una cuenta bancaria cuyo bloqueo se solicita, etc.

Si bien a nivel doctrinario algunos publicistas han afirmado la justicia sustancial y conveniencia política de compensar esos errores u omisiones, aplicando criterios generales de responsabilidad por vía interpretativa,¹⁴⁶ es en el Tratado de Asistencia Penal Estados Unidos-Uruguay donde por primera vez aparece a texto expreso el principio de responsabilidad, también conocido, desde ese momento, como “Cláusula Uruguay”. El art. 26 del TEVR Brasil-Uruguay, recoge el mismo principio y también somete a la ley del respectivo Estado “la responsabilidad por los daños que deriven de los actos de sus autoridades en la ejecución de este Acuerdo” (art. 26.1), asimismo responsabiliza a cada Estado-parte por sus respectivos errores en la formulación o ejecución de un pedido, cuando expresa: “Ninguna de las partes contratantes será responsable por los daños que puedan resultar de los actos de las autoridades de la otra parte contratante, en la formulación o ejecución de una solicitud, de conformidad con este Acuerdo” (parágrafo segundo del art. 26).

Esta ecuánime y equitativa solución legal, en su momento absolutamente inédita, fue fruto de las inquietudes y perseverancia de la delegación uruguaya, que el dicente tuvo el honor de integrar como Asesor, durante las sucesivas rondadas de negociación con los representantes de los Estados Unidos en Washington y Montevideo. Reiteramos, hasta el momento de su elaboración no existían antecedentes similares en el Derecho comparado convencional, tanto multilateral como bilateral,¹⁴⁷ Los Estados Unidos de América, caracterizados por promover una prolífica actividad de asistencia con otros Estados, nunca habían aceptado negociar una fórmula de tales características, y hasta la fecha, “la Cláusula Uruguay” no ha sido aceptada formalmente por tal Estado (EEUU) en otros documentos bilaterales y/o multilaterales, si bien ha sido últimamente recogida en el nuevo Anteproyecto de la Convención Interamericana de OEA.

Seguramente, el aspecto más innovador de la norma radica en que, al referir a “formulación” y “ejecución”, distribuye racionalmente las responsabilidades conforme a la propia estructura funcional de los procedimientos de CJPI que, en todo caso, cuentan con estas dos etapas, una que se refiere a actividades del Estado requirente (la formulación), y otra que se vincula a actividades del Estado requerido (la ejecución). Es una solución intrínsecamente equitativa, que coloca al concernido en condiciones de conocer la jurisdicción ante la cual tiene que reclamar, que incluso ha recibido elogios en el ámbito del Derecho de la CJPI¹⁴⁸

¹⁴⁶ Giuliano Turone. L'estradizione e l'assistenza giudiziaria nei rapporti Italia-Stati Uniti d'America, op. cit., p. 82.

¹⁴⁷ Conf. Christine Van Den Wyngaert. Relación general..., op. cit., p. 3150, Saul Nalham, International cooperation new report. New York : Adams Editor, 1999. p. 62 y ss.,

¹⁴⁸ Lorenzo Rodríguez Linares. La cooperación judicial penal interetática contemporánea. Reflexiones. *Revista Nuevo Rumbo* 36, México, jul.-ago., 1992. p. 13 y ss; Michael Brown. International judicial assistance. approaches. *Law and Criminal Review*. Austin: Escuela de Leyes de Universidad de Texas, vol. 10, n. 2, abr.-jun., 1992. p. 63 y ss.

Lamentablemente, este medular principio de garantía no fue aceptado en el ámbito multilateral del Mercosur. Esta omisión debilita la posición de las personas que resultan objeto de medidas procesadas exclusivamente “entre los Estados-partes”. En este aspecto, el claro texto del art. 27 del Protocolo da la espalda a los derechos del concernido al decir: “Las controversias que surjan entre los Estados-partes con motivo de la aplicación, interpretación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el presente Protocolo, serán resueltas mediante negociaciones diplomáticas directas. Si mediante tales negociaciones no se alcanzare un acuerdo o si la controversia fuera solucionada sólo en parte, se aplicarán los procedimientos previstos en el Sistema de Solución de Controversias vigente entre los Estados- partes del Tratado de Asunción”

Según nuestro modo de ver, el modo por el cual se reguló la reparación del daño causado al concernido por una medida de asistencia equivocada en su formulación o ejecución implica una verdadera expropiación del Derecho del concernido a postular directa y personalmente, por la lesión de su Derecho subjetivo a causa del perjuicio. Tal concernido queda, en definitiva, sin saber ante quien dirigir su pedido, ni quien será responsable de su reparación

V. OBSERVACIONES FINALES

A título de evaluación final, necesariamente provisoria, debemos consignar:

1. En el estado actual del Mercosur, la vía para emprender el camino de la propuesta armonización en materia penal entre los Estados-partes, pasa por los compromisos de CJPI. Este tipo de convenios— tanto en el plano bilateral como multilateral – han dejado de pertenecer a la *comitas gentium*, o sea, a la mera cortesía internacional, para convertirse progresivamente en una obligación de igual naturaleza entre los Estados contemporáneos.
2. En vísperas de la ansiada integración regional y atendiendo a los valores en juego, se deben abordar con urgencia y responsabilidad las pautas o lineamientos rectores del Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales aprobado para este ámbito comunitario. Y ese análisis se debe emprender necesariamente desde una perspectiva teórica y práctica garantista, ya que, de acuerdo con lo expuesto, este tipo de cooperación entre Estados Democráticos de Derecho, no puede ser admitida a cualquier costo.
3. Dedicados a la tarea de buscar e implementar los principios básicos de la CJPI del Mercosur, surgen como antecedentes ineludibles los últimos textos que en el campo bilateral han logrado acordar los Estados integrantes del proceso de Integración Mercosur.
4. El Protocolo del Mercosur, al igual que en sus antecedentes bilaterales inmediatos, ha procurado balancear armónicamente una asistencia eficaz, el reconocimiento jurídico de las particularidades de los diversos sistemas normativos involucrados y los derechos de las personas que puedan verse afectadas en el decurso de instancias concretas de asistencia (Concernidos). Con la debida tensión entre estas variables se persigue un estatuto comunitario de asistencia penal que acompañe los más inspirados avances de la actual doctrina cooperacional.

5. En algunos casos, sin embargo el texto del Protocolo de San Luis se aparta de sus fuentes bilaterales y acoge fórmulas más tradicionales de cuño jus-privatista, evidenciando soluciones de compromiso, por cierto frecuentes en el ámbito multilateral. Lamentablemente esos cambios o supresiones no siempre mejoran el texto, lejos de ello, desvirtúan garantías de los concernidos y comprometen el rigor técnico y coherencia sistemática de su redacción. Naturalmente que en tales casos, resulta posible la aplicación de los acuerdos bilaterales que ofrecen soluciones más garantistas, en virtud de la cláusula de salvaguarda prevista en el art. 30 del Protocolo.¹⁴⁹

6. A esta altura conviene recordar con Zaffaroni¹⁵⁰ la intrínseca y peligrosa falacia que traducen aquellos entendimientos que en el ámbito jurídico-penal parten de la antinomia individuo-sociedad, los intereses del grupo no pueden ser otros que los de los hombres que lo integran. En todo caso, también en el ámbito regional, no hay combate a la transnacionalización del delito que justifique un desconocimiento de tal presupuesto. Por lo contrario, el futuro Derecho penal comunitario debe instaurarse sobre la base del respeto a los derechos fundamentales del hombre,¹⁵¹ espina dorsal y fin de todo sistema normativo legítimo, al cual. En definitiva, también la cooperación penal internacional debe servir. En la misma línea, deben llevarse las disposiciones garantistas del texto acordado a todos aquellos ámbitos dogmáticos y extradogmáticos que sirvan al mismo propósito adonde deban, lógicamente, ingresar (principio de la continuidad de las garantías). Al final de estos desarrollos encontraremos, en suma, el más pleno derecho de la defensa como escudo infranqueable a la arbitrariedad, y elemento fundamental de seguridad jurídica imprescindible a la hora del cumplimiento responsable de las medidas asistenciales penales entre los Estados Democráticos que integran el Mercosur.

¹⁴⁹ art. 30. “El presente protocolo no restringirá la aplicación de las Convenciones que sobre la misma materia hubieran sido suscritas anteriormente entre los Estados-partes en tanto fueran más favorables para la cooperación”

¹⁵⁰ Eugenio Raúl Zaffaroni. *Manual de derecho penal*, op. cit., p. 310.

¹⁵¹ Luis Portero Garcia. Caracteres del derecho penal comunitario. *Revista del Poder Judicial*, n. 11, Madrid, 1984. p. 146 y ss, En el mismo sentido: Christine Van Der Wyngaert: Applying human rights to extradition, opening Pandora's box?, VM, Siracusa, Sicilia: ISISC, 1990; Raúl Cervini, Los derechos humanos como límite a ciertas instancias de cooperación penal internacional, op. cit., p. 19 y ss.