

Sistema Penal & Violência

Revista Eletrônica da Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

Porto Alegre • Volume 5 – Número 1 – p. 60-72 – janeiro/junho 2013

La confidencialidad de las medidas cautelares en la cooperación judicial penal internacional

Su relación con el ejercicio efectivo de la Magistratura de la Defensa,
en particular, a la luz del Protocolo del Mercosur

A confidencialidade das medidas cautelares na cooperação judicial penal internacional

*Sua relação com o exercício efetivo da Magistratura da Defesa,
em particular, à luz do Protocolo do Mercosul*

RAÚL CERVINI

DOSSIÊ

COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL

Editor-Chefe
JOSÉ CARLOS MOREIRA DA SILVA FILHO
Organização de
NEREU JOSÉ GIACOMOLLI
JOSÉ CARLOS MOREIRA DA SILVA FILHO



La confidencialidad de las medidas cautelares en la cooperación judicial penal internacional

Su relación con el ejercicio efectivo de la Magistratura de la Defensa, en particular, a la luz del Protocolo del Mercosur

A confidencialidade das medidas cautelares na cooperação judicial penal internacional

Sua relação com o exercício efetivo da Magistratura da Defesa, em particular, à luz do Protocolo do Mercosul

RAÚL CERVINI*

Resumen

La Cooperación Judicial Penal Internacional se ha entendido como un instituto de solidaridad interestática y garantías, imprescindible para enfrentar la transnacionalidad del delito contemporáneo. El Protocolo de Cooperación Judicial Penal del Mercosur contiene, precisamente, tanto principios funcionales como de garantía. Entre los primeros se encuentra la facultad jurisdiccional de declarar la confidencialidad de una medida de cooperación judicial penal internacional a efectos de evitar la frustración de una determinada medida. (art. 10 del Protocolo del Mercosur). El tema que justifica esta contribución se vincula al alcance ilimitado o restrictivo que se otorgue a este instituto de naturaleza especial, pues toda actuación jurisdiccional penal, interna o de cooperación internacional, presupone una garantía de publicidad de principio, vinculada al ejercicio de la Defensa en un sistema Democrático de Derecho. Entendemos que la admisibilidad puntual del instituto excepcional como la confidencialidad, de modo alguno puede cercenar la facultad de contralor concomitante y posterior de la defensa técnica frente a medidas intrusivas de derecho susceptibles de provocar daños irreparables.

Palabras clave: Asistencia judicial penal internacional, Principio de la gradualidad, Principio de la amplia defensa técnica del concernido, Principio de confidencialidad en materia de asistencia judicial penal internacional.

Resumo

A Cooperação Jurídica Internacional se constitui em um instituto de garantia e de solidariedade entre os Estados, com o intuito de enfrentar o fenômeno contemporâneo da criminalidade transnacional. O Protocolo de Cooperação Jurídica Penal do MERCOSUL contém, precisamente, princípios funcionais e de garantia. Dentre os primeiros se encontra a faculdade jurisdiccional de declarar a confidencialidade de uma medida de cooperação jurídica penal internacional, com o intuito de evitar a frustração de certa medida (art. 10 do Protocolo do MERCOSUL). O tema desenvolvido se justifica pelo alcance ilimitado ou restritivo que se outorga a este instituto de natureza especial, na medida em que toda atuação jurisdiccional penal, interna ou de cooperação internacional, pressupõe as garantias da publicidade e do exercício da defesa, em um sistema democrático de direito. Entendemos que a admissibilidade pontual do instituto excepcional da confidencialidade, de modo algum pode cercear a faculdade de controle, de forma concomitante e posterior, exercido pela defesa técnica, frente a medidas invasivas e suscetíveis de provocar danos irreparáveis.

Palavras-chave: Assistência judicial penal internacional, Princípio da gradação, Princípio da ampla defesa técnica do concernido, Princípio da confidencialidade em matéria de assistência judicial penal internacional.

* Catedrático y Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Católica del Uruguay (UCUDAL). Profesor Efectivo G4 en la Facultad de Derecho de UDELAR.

A modo de introducción a un tema de actualidad

Recientes casos concretos de inadecuada aplicación del Protocolo de Cooperación Judicial Pernal del Mercosur nos han evidenciado la necesidad de clarificar algunos aspectos cruciales del tema anunciado. Estas situaciones, deben necesariamente abordarse en el contexto de los principios de garantía, que los países signatarios quisieron otorgar al Protocolo del MERCOSUR. Y también en necesaria consonancia con los principios de amplia defensa inherentes a un proceso penal democrático.

En este Acuerdo multilateral de cooperación, al igual que en sus antecedentes bilaterales inmediatos (Acuerdos de Asistencia Jurídica Mutua entre Los Estados Unidos de América y Uruguay y República Federativa de Brasil y Uruguay), se ha procurado balancear armónicamente una asistencia eficaz, el reconocimiento jurídico 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 buscó un estatuto comunitario de cooperación penal que amalgamase la necesaria asistencia internacional y las garantías de todos los concernidos (dotados de asistencia técnica), conforme a los más inspirados avances de la moderna doctrina, que legitima la asistencia penal internacional sobre el reconocimiento efectivo de las garantías del Estado de Derecho. Bajo esa perspectiva la actuación técnica de la defensa, constituye, en cada caso de interacción procesal penal internacional, un imperativo insoslayable de legitimidad.¹

El tópico que justifica este trabajo se vincula al sobredimensionado alcance que algún magistrado nacional exhortado ha otorgado al “principio de confidencialidad” en la aplicación de solicitudes de allanamiento por parte de un magistrado rogante del exterior perteneciente al ámbito comunitario del Mercosur. Esta interpretación de la facultad prevista en el art. 10 del Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales del Mercosur (Protocolo de San Luiz) desnaturaliza el referido instituto de excepción y anula la función de control precautorio de la defensa técnica, en una dimensión que agravia su sentido y función dentro de un proceso penal democrático.

1. Aspectos conceptuales de “portada general”

1.1 Sobre el alcance de las medidas de asistencia judicial penal internacional

Con frecuencia el tema se ha encarado partiendo de una falsa oposición: las medidas de Cooperación Jurídica Internacional deben interpretarse como algo extraordinario y absolutamente excepcional o – por el contrario – 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 territorialista e internacionalista, respectivamente.²

Existe consenso en que 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.³ En consonancia con ello, Polimeni concibe a la Cooperación Judicial Penal Internacional (en adelante CJPI) como un “*estatuto global normal de auxilio interetático e*

¹ DELMAS-MARTY, Mireille. Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre universalismo e relativismo de valores? In: CASSERE, Antonio; DELMAS MARTY, Mireille. *Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e Justiça penal internacional?* San Pablo: Manole, 2004, p. 105.

² GRASSO, Giovanni. Comunità europea de diritto penale. In: *I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati Membri*. Série Justizia Penale. Recopilación dirigida por Mario Pisani. Milano: Giuffrè, 1989. p. 62.

³ CERVINI, Raúl. Medidas de asistencia judicial penal internacional de primer nivel y la doble incriminación. In: *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.

garantías”.⁴ Esta es precisamente la filosofía que en mayor o menor grado, impregna el Protocolo del MERCOSUR.

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.*⁵

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? 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 en 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 reivindican la consideración de las partes sustanciales de estas mismas instancias de auxilio: los Estados y los ciudadanos.⁶

Ciertas abstracciones de derecho público se reducían históricamente a un eufemismo transpersonalista, 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.

1.2 Funcionamiento de las garantías en materia de Asistencia Penal Judicial Internacional

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, 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.⁷

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 aquéllos de naturaleza formal y los de naturaleza sustancial, o sea, aquéllos propios del proceso y también muy

⁴ POLIMENI, Gioacchino. *La assistenza in materia penale*. Milan: Turccio, 1990, p. 19. En el mismo sentido: CERVINI, Raúl y TAVARES, Juez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*. San Pablo: RT, 2000.

⁵ PITTARO, Paulo. Tutele procedurali e requisiti in materia penale. Ver. Mim. Exposición en Conferencia Internacional sobre Extradición, organizada por el Instituto Superior Internacional de Ciencias Criminales, Siracusa, diciembre, 1989. p. 6. Ulteriormente publicado en Anales de la Conferencia (preparado por M. Chewrif Bassiouni). Siracusa: ISISC-Trabelli Editori, 1990, p. 16.

⁶ Sobre este tema: GARIN, Robert. Document n° 4 pour le Groupe *ad hoc* Droit Communautaire, Droit Penal, doc CCI 271/97, Paris 1997, p. 31, y RUNIELLI, Salvador. Los esfuerzos comunitarios en el campo penal después de Maastricht. In: *Gaceta Jurídica de la Comunidad Económica Europea*, D.20, marzo 1997, p. 67.

⁷ PITTARO, Paulo. Tutele procedurali. e requisiti ...op. cit ut supra, p. 18.

especialmente, los inherentes al dogma penal. 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.

1.3 Sobre los niveles o grados de asistencia – Principio de la Gradualidad

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 gravedad 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.⁸

En atención a que los países signatarios del MERCOSUR, con la expresa adhesión de Bolivia y Chile, optaron por separar el disciplinamiento convencional de la extradición, 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), debemos concluir que el Protocolo de Asistencia del MERCOSUR sólo refiere a asistencia de primer y segundo grado. Ocupándose del 3er grado de asistencia (extradición) en un Acuerdo Multilateral independiente.

El primer grado comprende a las medidas de asistencia de mero trámite (notificaciones) y las medidas meramente procedimentales o instructorias.

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

Ese abanico de formas de CJPI “excluye por su propia diversidad la aplicación de iguales requisitos”, señala agudamente Paulo Mouso.⁹ Esto es lo que modernamente se denomina como Principio de la Gradualidad. Así, por ejemplo, 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. En cambio, a nuestro modo de ver, corresponde la exigencia de doble incriminación 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*. 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.¹⁰

1.4 Acerca de la legitimación activa y de la amplia defensa técnica del concernido

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

⁸ MOUSO, Paulo. Cooperación judicial inter-etática. In: *Revista Colombiana de Derecho Procesal Penal*, Bogotá: Beltrami, año III, v. 02, p. 31, 1990. En el mismo sentido CERVINI, Raúl. Antecedentes y principios del Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en asuntos penales de San Luis para el Mercosur. In: AA.VV. *Derecho penal empresario*. Dirigido por Guillermo J. Yacobucci y coordinado por Mario H. Laporta y Nicolás D. Ramírez. Montevideo-Buenos Aires: BdF, 2010.

⁹ MOUSO, Paulo. Cooperación judicial... op. cit. ut supra, p. 36.

¹⁰ AIDP (Association Internationale de Droit Penal): Letre d'information, 1999/2, p. 105. En esa oportunidad se expresó: “Debe mantenerse la exigencia de la doble incriminación como condición para la extradición. Debería abandonarse esa exigencia en otros 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).

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 relacionamiento 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 ya mencionado *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 constitucionalmente reconocidos 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.

Tratándose de medidas de asistencia consistentes en levantamiento del secreto bancario, bloqueo de bienes, inspecciones, registros, allanamientos de morada, interceptación de correspondencia, secuestro de bienes, típicas medidas de segundo grado, el sujeto afectado por ellas se encuentra, en la práctica, en muchos casos, desprovisto de defensa y amparo.

Como consecuencia de esta práctica ilegal, las solicitudes de CJPI susceptibles de causar gravamen irreparable, se suelen expedir, tramitar y devolver, 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 esta forma de práctica de la CJPI, 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.¹¹

Prácticas 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 deben prevalecer sobre las normas convencionales restrictivas de las garantías.

El derecho de amplia defensa y consecuentemente la legitimación del concernido a comparecer activamente en casos de CJPI lo consagran las Cartas Magnas del MERCOSUR: Constitución Uruguay (arts. 12, 30, 66, 72 y 332); C. Nal. del Paraguay (arts. 16 y 17); C. Argentina (art. 18), C.F. de Brasil de 1988 (art. 5º, LV); también los acuerdos internacionales de carácter bilateral: Acuerdo para la Ejecución de Cartas Rogatorias Brasil-Uruguay de 1879 (art. 3º); Convenio entre Argentina y Uruguay sobre Igualdad de Trato Procesal y Cartas Rogatorias de 1982 (art. 8º), ídem Tratado suscrito entre Uruguay y Chile del mismo año 1982 (art. 9º); Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre Estados Unidos de América y Uruguay, el TEVR Brasil-Uruguay, etc.

En el ámbito multilateral: lo recogen claramente el mismo principio la declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que consagra explícitamente los principios de la preceptividad de la defensa e “igualdad de armas”; el 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 de 1966 (art. 14);

¹¹ Conf.: PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Relatorio General del Tema nº 3, Congreso Internacional de Derecho Procesal, V. M, Taormina, 1995, no 7.2.1. En el mismo sentido: MOCCIA, Sergio. *Il diritto penale tra essere e valore*. Funzione della pena e sistematica teleologica. Napoles: Scientifiche Italiane, 1992, Parte Primera.

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. 8º); Convención Europea de Derecho Humanos de 1950; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 1999; la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 conocida como Carta de BANJUL, etc.

Todas las garantías reconocidas en los documentos mencionados integran el contenido de garantía de un proceso justo y equitativo, en que los derechos humanos de los concernidos y los atributos sustantivos y adjetivos de la más amplia defensa, constituyen a la vez su objeto y el factor legitimante de la actuación estatal.

Las facultades de la Defensa, se vinculan medularmente con el modelo garantista sustentado por Luigi Ferrajoli, en su doble función; cognitiva y de protección de las libertades. El modelo garantista, desde el punto de vista cognitivo expresa el parámetro para la actividad de producción de pruebas, en tanto es el método más adecuado para la aprehensión de una realidad. Desde el punto de vista de las libertades, el modelo garantista está asociado a la protección del individuo en el proceso, asegurando por ejemplo, la participación de las partes, el derecho al silencio y fundamentalmente el derecho a la defensa técnica. En ese sentido, el magisterio de la defensa, representa mucho más que la expresión de un proceso justo de naturaleza garantista, como ha reconocido la Corte Internacional de Derechos Humanos, significa, en realidad, “el padrón de exigencia mínima de las adecuadas garantías en un proceso calificado como democrático”.¹²

Esa defensa técnica se expresa en el contradictorio. Este principio significa oportunidad de participación activa de las partes interesadas, característica esencial en un Estado democrático. A partir de la confrontación dialéctica es posible un triple control sobre las pruebas por parte del abogado: un control previo para influir en la valoración de la prueba por parte del Juez, un control de identificación del material probatorio y un control de formación de las pruebas. En materia de prueba producida en el exterior, hay marcado consenso garantista en el sentido de que la expresión viva del contradictorio debe ser analizada en diferentes momentos, ajustada a la naturaleza de la medida de prueba solicitada (prueba ordinaria, extraordinaria, sigilosa), pero en todo caso se debe garantizar la máxima participación posible al abogado.¹³

El derecho a tener una defensa técnica implica el derecho a estar asistido por un defensor legalmente habilitado o nombrado de Oficio. En lo que refiere a la ya mencionada prueba producida en el exterior, la observancia del derecho de defensa se manifiesta fundamentalmente en la oportunidad de acompañamiento del acto a ser implementado en el Estado requerido, como también por el derecho del acusado a ser asistido por un profesional. Así como el acusado tiene derecho a una defensa efectiva, también tiene el derecho a un control técnico de la regularidad de los actos realizados en el exterior por parte de su representante legal., incumbiendo a las autoridades competentes el deber de actuar de modo de asegurar al interesado el goce efectivo de ese derecho.¹⁴

Categorícamente destaca el jurista Carlos Ramos Rubio: que las declaraciones y las diligencias probatorias efectuadas ante organismos jurisdiccionales extranjeros, aún mediando la solicitud de confidencialidad, vulneran las garantías procesales si durante su efectiva realización no están presentes ni los procesados ni sus defensas. Naturalmente con la simple presencia física del abogado no alcanza, éste debe estar facultado para actuar y protegido para hacerlo eficazmente. Como otros publicistas contemporáneos reconoce que el carácter sigiloso de la medida no sirve de excusa para impedir el control simultáneo y posterior de la

¹² Conf. MARTIN-CHENUT, Kathia y SILVA, Fabia de Melo. La constitutionalisation/conventionalisation du droit. In: GIUDICELLI-DELAGÉ, Genevière (Coord). *Les transformations de l'administration de la prevue pénale*. Perspectives comparées. Paris: Société de Legislation Comparée, 2006, v. 12, p. 34.

¹³ GUZMÁN FLUJA, Vicente C. *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 109.

¹⁴ BARRETO, Irineu Cabral. *A convenção europeia dos direitos do homen*. 3.ª ed. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 171.

ejecución de la medida por parte del defensor técnico, ello violaría el principio de “igualdad de armas”, las garantías de la defensa y el propio principio de presunción de inocencia.¹⁵

Al respecto debe tenerse en cuenta que como uno de los pilares de un proceso de garantía, la presunción de inocencia se manifiesta en la regla de “in dubio pro reo”, la que se expresa en dos aspectos complementarios, como garantía política y como regla de tratamiento del concernido. Como garantía política impone que la quiebra del estado general de inocencia sea precedida, necesariamente, por la observancia del debido proceso legal, y simultáneamente, como regla de tratamiento del acusado a lo largo del proceso, encarna a su vez, la exigencia de la mas amplia defensa con el consiguiente acompañamiento de la asistencia técnica en toda instancia procesal susceptible de causar gravamen irreparable a los derechos del acusado. En tal sentido el debido proceso legal, reiteramos, no puede verse como una mera exigencia formal, trasunta actividad sustantiva de derecho y actividad de control formal, de cada actuación del proceso por parte de la defensa. Todo ello en más amplio sentido posible, conforme a la naturaleza y regulación normativa de los actos comprendidos.¹⁶

2 La facultad jurisdiccional de declarar la confidencialidad de una medida de cooperación judicial penal internacional

En el marco de la asistencia judicial penal internacional el Juez exhortante puede hacer uso de la facultad prevista, entre otros textos bilaterales y multilaterales, en el art. 10 del Protocolo del Mercosur. Concretamente: solicitando que la medida de cooperación que solicita se tramite con carácter confidencial.

Expresa el referido art. 10: “*A pedido del Estado requirente, se mantendrá el carácter confidencial de la solicitud y de su tramitación...*”.

Esta facultad del exhortante, de ser eventualmente refrendada por el juez comisionado, buscará impedir el conocimiento previo de la medida solicitada, el conocimiento previo de la fecha, medios y/o procedimientos con los cuales se implementará esa medida calificada como necesariamente sigilosa, Todo ello a efectos de evitar la frustración de tal medida.

Hasta este punto, no hay discusión relevante posible.

El tema que nos agravia está vinculado al alcance ilimitado o restrictivo que se otorgue a este instituto de naturaleza excepcional, pues toda actuación jurisdiccional penal, interna o de cooperación internacional, presupone una garantía de publicidad de principio, vinculada al ejercicio de la Defensa en un sistema Democrático de Derecho.

En mérito a ello, la admisibilidad puntual del instituto excepcional de la confidencialidad, de modo alguno puede cercenar la facultad de contralor concomitante y posterior de una medida intrusiva de derechos y sus secuelas jurídicas por parte del abogado del concernido. A vía de ejemplo, si un abogado del concernido se presenta en el lugar en el cual se cumple una medida de allanamiento implementada de forma sigilosa y lo hace una vez iniciada la ejecución de la misma, tendrá por derecho la legítima facultad de ejercicio de su función técnica de contralor precautorio concomitante y posterior de la medida en proceso.

Bajo los términos expuestos la posibilidad de que su actuar profesional pueda frustrar la eficacia de la medida solicitada (por el exhortante) y refrendada (por el exhortado) como confidencial, es absolutamente inexistente. Es más, esa actividad de contralor técnico de la defensa deberá ser expresamente tutelada por el magistrado responsable directo de la conducción e implementación de la medida calificada como confidencial

Coartar esa instancia de defensa es violatorio de las garantías del proceso democrático.

¹⁵ RUBIO, Carlos Ramos. Comisiones rogatorias para la obtención de pruebas. Problemas de validez de las pruebas obtenidas en el extranjero. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español. In: *Estudios jurídicos*. Ministerio Fiscal, nº 3, Madrid, 2003, p. 357.

¹⁶ Conf. BADARÓ, Gustavo Henrique RIGHI. *Ônus da prova no processo penal*. San Pablo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 286 y ss.

3 Sobre la racional coexistencia entre esa facultad jurisdiccional de declarar la confidencialidad de la medida y la facultad de contralor de los procedimientos en ejecución por parte del abogado

Consecuentemente a lo expresado las personas eventualmente afectadas por el cumplimiento de medidas de asistencia judicial penal internacional tienen, *de principio*, una legítima y natural vocación de ser asistidos por un abogado que controle en todos sus aspectos previos, concomitantes y posteriores la ejecución de las medidas y derecho a 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.

El ejercicio de la magistratura de la defensa sólo puede ser limitado en los aspectos previos a su materialización, siempre y cuando, la normativa admita el llamado Principio de Confidencialidad. Pero aún en tal hipótesis no es admisible desvirtuar o impedir irrestrictamente el ejercicio de la facultad de contralor concomitante y posterior a su ejecución.

El Maestro de Florencia Polimeni esclarece totalmente la cuestión al afirmar:

[...] La regla general en un proceso penal democrático es la publicidad de los autos. Esto alcanza incluso a las instancias de cooperación judicial penal internacional [...] la cláusula de confidencialidad no autoriza a obstaculizar el debido control, por parte de la Defensa, respecto del decurso (desarrollo) de medidas de asistencia judicial externa, particularmente de aquellas intrínsecamente gravosas y fraccionables (caso de allanamiento, secuestro de bienes y documentos), bajo el pueril pretexto de evitar su frustración o trabas en su fluida ejecución. Realmente, en tales casos lo que se frustra es el propio ejercicio del Derecho, ya que no es admisible frente al mismo (Derecho), una ‘fluida ejecución’ de tales medidas sin el correlativo control del abogado. Es natural e inherente al ejercicio de las garantías de la cooperación judicial penal internacional la actuación de control jurídico-formal del abogado ‘in situ’, durante la implementación de las instancias de asistencia penal internacional. Y ello aún respecto de aquellas medidas precalificadas como sigilosas, que en el caso sólo lo serán: en cuanto a su mérito, estrategia y oportunidad (en base a qué derecho, como y cuando ejecutarlas), Superado ese nicho de justificado sigilo, una vez iniciada la implementación de la misma, a partir de ese momento, ya habrá desaparecido todo riesgo de desvirtuar esta categoría de medida reservada y recobrarán su inherente gravitación constitucional, toda su fuerza vigilante, los atributos de la Defensa, plasmados en el control integral de la actuación o ejecución material y debido resguardo de sus secuelas formales.

Como es sustancial – agregamos – el control directo por parte de la Sede competente, primer custodio institucional de las garantías de la cooperación judicial internacional en el ámbito de su jurisdicción, no para entorpecer su desarrollo ajustado a derecho interno, sino a efectos de cuidar sus eventuales desvíos.

También dentro de la doctrina cooperacionista italiana Gianluca Dianese ha sostenido:

Las medidas de asistencia penal internacional calificadas por el magistrado exhortante con la prerrogativa de la confidencialidad, deben analizarse necesariamente fraccionadas. El secreto cobra toda su vigencia en el plano de la determinación relativa al como y cuando de la medida. Pero una vez iniciada su ejecución, es indiscutible que la Sede comisionada debe facilitar la presencia y control, por parte del abogado de la parte afectada por dicha medida. En tal sentido es contundente el fallo de la Corte Constitucional Italiana, de 25 de julio de 1996, No. 379, en Proceso penal No. 12/1996. (Voce: Rogatorie estere senza la presenza del difensore dell’imputato, Comento: F. Felicetti).¹⁷

¹⁷ DIANESE, Gianluca. Le rogatorie internazionali in materia penale. Arzano: Giuridiche Simone, 1998, p. 58. En el mismo sentido se pronuncia RAMAJOLI, S. Rogatoria all’estero e garanzie difensive. In: *Giustizia Penale*, III, 1993-4?, p. 338 ss., nota a sentencia Tribunal de Milan de 13 de octubre 1993.

Dentro de la moderna doctrina de Brasil, debe recordarse a Solange Mendes de Souza, quien en su obra *Cooperação Jurídica Penal no Mercosul: novas possibilidades* expresa al respecto:

[...] El Protocolo prevé también la posibilidad de imponer reserva a la tramitación de la solicitud de asistencia (art. 10) situación no prevista en la Convención, Evidentemente que esa reserva se opone frontalmente a las reglas de publicidad y amplia defensa consagradas constitucionalmente, debe tener un empleo criterioso, justificado por el propio principio constitucional, que permita en el caso concreto, conforme al estadio de ejecución de la medida sigilosa, evaluar su indispensabilidad. La garantía de contar con asistencia técnica de abogado consagrada constitucionalmente no puede desconocerse de modo ilimitado, simplemente se restringirán sus facultades de asistencia a niveles de control de ejecución de la medida sigilosa en curso, reservándose para un contradictorio posterior, reglado por la Carta magna, el ejercicio pleno de las facultades de defensa técnica [...] También la ley portuguesa y la italiana distinguen la confidencialidad de algunos procedimientos del ejercicio de las facultades de contralor formal y sustantivo del abogado. Se trata de arbitrar un procedimiento que permita asegurar la reserva inicial de la medida y a la vez la función de contralor inherente a la Defensa...¹⁸

En el mismo sentido se ha pronunciado el jurista brasileño Marcelo Caetano Guenzelli Peruchin en su trabajo de Tesis de Maestrado del Programa de Pos Graduación en Ciencias Criminales de la PUCRS en el cual sintetiza y ratifica las grandes líneas de la doctrina y jurisprudencia de Brasil sobre este punto:¹⁹

[...] en el plano interno por imperio del art. 5. LV de nuestra Constitución de 1988, es obligatoria la presencia activa del defensor en cualquier interrogatorio policial, cualquier acto de obtención de prueba judicial y también en el caso de medidas de cooperación judicial internacional. O sea que resulta preceptiva la presencia del defensor controlando y fiscalizando los aspectos formales de la rogatoria y la propia implementación efectiva de todos los actos solicitados al Juez comisionado [...].

Amplía más adelante

[...] En el caso excepcional de que se haya decretado por resolución motivada sigilo o confidencialidad de la medida de asistencia internacional, corresponderá igualmente la presencia y actuación técnica del defensor, a partir del momento de comienzo de ejecución de la medida de asistencia decretada preventivamente como sigilosa. En tal caso, el control y fiscalización del abogado tendrá por objeto la regularidad referida a la ejecución o implementación de la medida. Esto es así porque la Constitución, prevé, para tales hipótesis, el ejercicio pleno de un contradictorio diferido (sobre el fondo del asunto), para un momento posterior a la realización de la medida confidencial. Existe jurisprudencia consolidada del STF en tal sentido [...].

Actuar de otro modo implica cercenar la facultad de actuación de control concomitante por parte del Abogado durante una medida de asistencia penal internacional de tanta envergadura.

¹⁸ SOUZA, Solange Mendes de. *Cooperação jurídica penal no Mercosul – novas possibilidades*. Rio de Janeiro- São Paulo: Renovar, 2001, p. 214-215. Conf. NADDEO, Marco. L' assistenza Giudiziaria e patrocinio attivo degli avvocati. In: *Diritto Penale e Processo*, Mensile di giurisprudenza, legislazione e dottrina. Asago: [s.n.], 2006. p. 46. En la doctrina española comparte el mismo criterio CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán. La colaboración entre los Estados en el ámbito penal: técnicas de cooperación jurídica internacional. In: AA.VV. *Hacia un Derecho Penal sin fronteras*. Coordinadoras: María Rosario Diego Díaz-Santos y Virginia Sánchez López. Madrid: Colex, 2000, p. 149.

¹⁹ GUAZZELLI, Marcelo Caetano PERUCHIN. Legitimação ativa e direito à ampla defesa e ao contraditório pelo cidadão envolvido na Cooperação Judicial Penal Internacional. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2000, p. 80 y ss. En el mismo sentido se pronuncia. FERNÁNDEZ, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. San Pablo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 249; GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. San Pablo: Saraiva, 1989, p.83 y ss; DOTTI, René Ariel. Princípios do Processo Penal. In: *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Separata, a. 30, n. 117, Brasília, 1993, p. 92.

Ciertamente esta postura no surge aislada, es tributaria del proceso de internacionalización y constitucionalización de los Derechos Humanos que se extiende a las garantías procesales. Esas garantías del proceso justo comprenden los derechos fundamentales procesales, cuyo reconocimiento por parte de un Estado, constituye uno de los criterios para medir el carácter autoritario o liberal de una sociedad y a la vez actúan para asegurar la efectiva realización de dichos derechos.²⁰

Compartimos con André de Carvalho Ramos, que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es un sistema de principios y normas que idóneos para regular la cooperación internacional de los Estados, cuyo objetivo, con independencia de la rama del derecho involucrada, es la promoción del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales universalmente reconocidas, así como el establecimiento de mecanismos de garantía y protección de tales derechos. Tales mecanismos de garantías y protección de los derechos se materializa en las garantías de un proceso justo, el efectivo contradictorio y la más amplia defensa. Todo ello presupone jerarquizar a nivel factor legitimante del proceso y en toda posible instancia, la actuación de abogado. En otras palabras. La presencia activa del abogado no puede verse como un hecho de excepción dentro del proceso interno o en las instancias de asistencia internacional, sino que su participación es ineludiblemente de principio y con tal rigor debe reivindicarse su actuación en cada caso.²¹

A modo de conclusión

1. El Principio de Confidencialidad procura impedir el conocimiento previo de la existencia de la medida de asistencia penal internacional solicitada y el conocimiento previo de la fecha, medios y/o procedimientos con los cuales se implementará esa medida sigilosa, pero de modo alguno puede cercenar la facultad de contralor precautorio concomitante y posterior de la medida intrusiva de derechos y sus secuelas por parte del abogado del concernido.

2. Finalizamos con reflexiones de Zaffaroni²² advirtiendo sobre 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 Protocolo de Asistencia Penal que hoy nos vincula debe necesariamente interpretarse e implementarse en estrictos términos de Derecho, particularmente sobre la base del respeto a los derechos fundamentales del hombre,²³ espina dorsal y fin de todo sistema normativo legítimo, al cual. En definitiva, también la asistencia penal internacional debe servir.

Siguiendo la misma línea, deben llevarse las disposiciones garantistas del texto acordado (Protocolo) a todos aquellos ámbitos dogmáticos y extradogmáticos que sirvan al mismo propósito, donde deban, lógicamente, ingresar (principio de la continuidad de las garantías). Al final de estos desarrollos encontraremos, el más pleno Derecho de la Defensa como escudo infranqueable a la arbitrariedad, y elemento fundamental de la regularidad jurídica, imprescindible a la hora del cumplimiento de modo responsable las medidas de asistencia penal entre los Estados Democráticos que integran el Mercosur.

²⁰ BACIGALUPO, Enrique. *Justicia penal y derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 133.

²¹ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.50.

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. 4ª.ed. Buenos Aires: Ediar, 1985, p. 310.

²³ PORTERO GARCÍA, Luis. Caracteres del derecho penal comunitario. En: *Revista del Poder Judicial*, n. 11, Madrid, 1984. p. 146 y ss. En el mismo sentido: WYNGAERT VAN DEN, Christine. *Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box?* Siracusa, Sicilia: ISISC, 1990.

Referências

- AIDP (Association Internationale de Droit Penal). *Letre d'information*, 1999/2.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. *Ônus da prova no processo penal*. San Pablo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BACIGALUPO, Enrique. *Justicia penal y derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons, 2002. p. 133.
- BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Européia dos Direitos do Homen*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2005.
- CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán. La colaboración entre Estados en el ámbito penal: técnicas de cooperación jurídica internacional. In: AA.VV. *Hacia un derecho penal sin fronteras*. Coordinadoras: María Rosario Diego Díaz-Santos y Virginia Sánchez López. Madrid: Colex, 2000.
- CERVINI, Raúl. Antecedentes y principios del Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en asuntos penales de San Luis para el Mercosur. In: AA.VV. *Derecho penal empresario*. Dirigido por Guillermo J. Yacobucci y coordinado por Mario H. Laporta y Nicolás D. Ramírez. Montevideo-Buenos Aires: BdF, 2010.
- CERVINI, Raúl. Medidas de asistencia judicial penal internacional de primer nivel y la doble incriminación. In: *Anales del II Seminario Internacional: La regionalización del derecho penal en el Mercosur*, 10-13.11.1993. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1993.
- CERVINI, Raúl y TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*. San Pablo: RT, 2000.
- DELMAS-MARTY, Mireille. Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre universalismo e relativismo de valores? In: CASSERE, Antonio; DELMAS MARTY, Mireille. *Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e justiça penal internacional?* San Pablo: Manole, 2004.
- DIANESE, Gianluca. *Le rogatorie internazionali in materia penale*. Arzano: Giuridiche Simone, 1998.
- DOTTI, René Ariel. Princípios do Processo Penal. In: *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Separata, a. 30, n. 117, Brasília, 1993.
- FERNÁNDEZ, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. San Pablo: Revista dos Tribunais, 1999.
- GARIN, Robert. Document n° 4 pour le Groupe ad hoc Droit Communautaire, *Droit penal*, doc CCI 271/97, Paris 1997.
- GRASSO, Giovanni. Comunità europee de diritto penale. In: *I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati Membri*. Série Justizia Penale. Recopilación dirigida por Mario Pisani. Milano: Giuffrè, 1989.
- GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. San Pablo: Saraiva, 1989.
- GUZMÁN FLUJA, Vicente C. *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- MARTIN-CHENUT, Kathia; SILVA, Fabia de Melo. La constitutionalisation/conventionalisation du droit. In: GIUDICELLI-DELAGE, Genevière (Coord). *Les Transformations de L'administration de la prevue pénale*. Perspectives comparées. Paris: Société de Legislation Comparée, 2006. v 12.
- MOCCIA, Sergio. *Il diritto penale tra essere e valore*. Funzione della pena e sistematica teleologica. Napoles: Scientifiche Italiane, 1992. Parte Primera.
- MOUSO, Paulo. Cooperación judicial inter-etática. In: *Revista Colombiana de Derecho Procesal Penal*, Bogotá: Beltrami, a. III, v. 02, 1990.
- NADDEO, Marco. L'assistenza Giudiziaria e patrocinio attivo degli avvocati. In: *Diritto penale e processo*, Mensile di giurisprudenza, legislazione e dottrina. Asago: [s.n.], 2006.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Relatorio General del Tema n° 3, *Congreso Internacional de Derecho Procesal*, V. M, Taormina, 1995. n° 7.2.1.
- PERUCHIN, Marcelo Caetano Guazzelli. *Legitimação ativa e direito à ampla defesa e ao contraditório pelo cidadão envolvido na cooperação judicial penal internacional*. Porto Alegre: Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2000.
- PITTARO, Paulo. Tutele procedurales e requisiti in materia penale. Ver. Mim. Exposición en CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE EXTRADICIÓN, organizada por el Instituto Superior Internacional de Ciencias Criminales, Siracusa, diciembre, 1989. Uteriormente publicado In: *Anales de la Conferencia* (preparado por M. Chewrif Bassiouni), Siracusa: ISISC-Trabelli, 1990.

- POLIMENI, Gioacchino. *La assistenza in materia penale*. Milan: Turccio, 1990.
- PORTERO GARCÍA, Luis. Caracteres del derecho penal comunitario. In: *Revista del Poder Judicial*, n. 11, Madrid, 1984.
- RAMAJOLI, S. Rogatoria all'estero e garanzie difensive. In: *Giustizia Penale*, III, 1993-4?
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- RUBIO, Carlos Ramos. Comisiones rogatorias para la obtención de pruebas. Problemas de validez de las pruebas obtenidas en el extranjero. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español. In: *Estudios Jurídicos*. Ministerio Fiscal, n. 3, Madrid, 2003.
- RUNIELLI, Salvador. Los esfuerzos comunitarios en el campo penal después de Maastricht. In: *Gaceta Jurídica de la Comunidad Económica Europea*, D.20, marzo 1997.
- SOUZA, Solange Mendes de. *Cooperação jurídica penal no Mercosul – novas possibilidades*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2001.
- Wyngaert, Christine van den. *Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box?* Siracusa: ISISC, 1990.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal – parte general*. 4. ed. Buenos Aires: Ediar, 1985.