

Alejandro E. Álvarez (Francia) *

La internacionalización del Derecho Penal: el ejemplo del Mercosur **

Algunas diferencias menores no alcanzan para eclipsar el hecho de que la región latinoamericana es, en realidad, una misma nación desgarrada por fronteras arbitrarias entonces, artificiales hoy. En ese contexto, el Mercosur despierta una esperanza de integración regional puesto que se trata, hasta el momento, de la más seria experiencia reciente de este tipo. En efecto, el Tratado de Asunción (TA) de 1991 ha creado el Mercado Común del Sur (Mercosur en español, Mercosul en portugués —los dos idiomas oficiales—), que es, en realidad, una unión aduanera que pretende constituirse en un mercado común y, enunciado más recientemente, en un proceso de integración cultural, social y político.

El Mercosur ha sido creado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay —los cuatro países fundadores— a los cuales se han asociado Chile y Bolivia en 1996 y 1997 respectivamente. Este bloque económico representa, actualmente, la cuarta economía mundial ¹ y la concreción de los acuerdos en materia de liberalización del intercambio comercial ha provocado un espectacular progreso del comercio intrazona (más de 500% en los seis primeros años). Estos datos son muy alentadores y señalan una vía posible de desarrollo económico para la subregión, todavía muy marcada por la enorme distancia entre los más ricos y los más pobres, y por las dificultades para consolidar y profundizar el Estado de Derecho.

Puesto que se trata de una experiencia más antigua, el cuadro institucional de la Unión Europea ha estado muy presente en aquellos que han redactado el TA y el Protocolo de Ouro Preto (POP) de 1994, instrumento, este último, que ha operado un

* Abogado (Universidad de Buenos Aires). Diplôme d'études approfondies en droit pénal et politique criminelle en Europe (Universidad París I Panthéon-Sorbonne) Director General de Programas del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP).

** Original en francés publicado en la *Revue de Sciences Criminelles et de Droit Pénal Comparé*, 1999-4 y versión castellana publicada en *Revista del ILANUD*, 2002. El presente texto ha sido actualizado y corregido.

¹ Luego del ALENA (Estados Unidos, Canadá y México), la Unión Europea y Japón. Fuente: Banco Mundial, 1998.

cambio importante en la estructura del Mercosur. Éste cuenta actualmente con un Consejo del Mercado Común (CMC), un Grupo del Mercado Común (GMC), una Comisión de Comercio (CC), una Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC), un Foro Consultivo Económico y Social (FCES) y una Secretaría Administrativa (SAM).

El Consejo del Mercado Común es la autoridad política del Mercosur; está a cargo de la conducción política del proceso de integración y está compuesto por los ministros de relaciones exteriores y de economía de los países miembros (POP, artículos 3 y 4). La presidencia del CMC está a cargo de cada uno de los países por períodos rotativos de seis meses. El Grupo del Mercado Común es, en cambio, el órgano ejecutivo del Mercosur y está compuesto por cuatro miembros de cada país (POP, artículos 10 y 11). Los dos órganos están facultados para dictar normas en el marco de su competencia (decisiones el CMC, resoluciones el GMC), las cuales son obligatorias para los Estados partes. Es evidente, hasta aquí, que esta organización se asemeja a la de la Unión Europea.²

Sin embargo, las semejanzas desaparecen cuando se trata de la representación política de los ciudadanos y del control judicial de los actos comunitarios. En efecto, la Comisión Parlamentaria Conjunta no es más que una institución representativa *de los Parlamentos* de los Estados partes, encargada de asegurar la incorporación de las normas comunitarias al Derecho Interno (POP, artículos 22 y 25); y el Mercosur, cuenta a la fecha con un sistema de tribunal arbitral *ad hoc* cuya intervención está precedida por negociaciones políticas directas entre los Estados, cuyo procedimiento está previsto en el Protocolo de Brasilia de 1991 y su reglamento (Mercosur/CMC/DEC. 17/98). No obstante, el 18 de febrero de 2002 los Estados partes han adoptado el Protocolo de Olivos, que realiza importantes modificaciones al procedimiento de solución de controversias y que instituye un Tribunal Permanente de Revisión, haciéndose eco de la necesidad de dotar al sistema comunitario de un régimen jurídico previsible.

En síntesis, se puede afirmar que el Mercosur es una organización subregional de carácter intergubernamental (POP, artículo 2), lo que quiere decir que los países miembros no han querido crear una organización supragubernamental y han evitado la delegación de ciertos poderes considerados parte integrante de la soberanía nacional. De todas formas, el cuadro institucional del Mercosur se ha enriquecido con el POP respecto del TA, y las normas elaboradas por los órganos comunitarios se han acrecentado considerablemente en estos últimos años.

Más importante todavía, el carácter estrictamente económico inicial parece haber sido superado por una dimensión más política del proceso de integración. En efecto, el Protocolo de Ushuaia de 1998 establece que el régimen democrático es una condición indispensable para la participación de un Estado en el bloque económico

² Cf. Freeland López Lecube, *Manual de Derecho Comunitario*, Ábaco, Buenos Aires, 1996.

subregional, e incluso prevé sanciones que pueden llegar hasta la exclusión en caso de interrupción del sistema democrático en alguno de los Estados partes.

En esta complejidad creciente, las normas comunitarias comienzan a abordar aspectos penales o quasi-penales con el fin de asegurar los objetivos de la integración económica. En efecto, en la medida en que el Derecho Penal forma parte, cada vez más, de la regulación de la vida económica, se observa, en primer lugar, que la armonización de las legislaciones de los diferentes países y la cooperación entre los países miembros se presenta como una de las modalidades para establecer las mismas condiciones de tratamiento de los mismos fenómenos de no respeto a las normas; y, en segundo lugar, se observa que la aparición de nuevos comportamientos de carácter transfronterizo parece requerir una respuesta diferente de las previstas por los derechos nacionales, o que la simple armonización de las legislaciones no basta a los fines de una integración más completa.

No hay razón para sorprenderse de ello. En efecto, desde hace ya un tiempo se asiste a una creciente actividad de las organizaciones internacionales en materia de derechos humanos y en materia económica,³ particularmente dirigida a la producción de normas, cuya capacidad de penetración en los sistemas jurídicos nacionales es sorprendente. Por esta razón se podría incluso adelantar que el monopolio que ostentaba el Estado en cuanto a la creación de normas —y a la coerción legítima— se encuentra, al menos *de facto*, sometido a la competencia de otros centros de producción normativa.⁴

En Europa, por ejemplo, donde el orden jurídico de la Unión Europea parece excluir el Derecho Penal de sus competencias, se observa que, sin perjuicio de ello, este fenómeno no le es extraño. En efecto, a pesar de que la —entonces— Comisión de las Comunidades Europeas haya asegurado que el Derecho Penal “es un campo que no entra como tal en la esfera de competencias de la comunidad sino que continúa de la incumbencia de cada uno de los Estados partes”,⁵ la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea, posteriormente y en varias ocasiones, ha entendido que ciertas normas de los Derechos Penales nacionales eran contrarias al orden jurídico comunitario y que, por lo tanto, los Estados no podían aplicarlas (efecto de neutralización). Al final de esta cadena, la idea de un Derecho Penal propio de la Unión Europea parecería estar en condiciones de surgir, en especial con el proyecto de un *Corpus Juris* que contiene disposiciones penales y procesales penales para la protección de los intereses financieros de la Unión.⁶

³ Mireille Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, París, 1998.

⁴ André-Jean Arnaud, “De la régulation par le droit à l’heure de la globalisation, quelques observations critiques”, *Revue Droit et Société* n° 35, LGDJ, París, 1997.

⁵ Comisión de las Comunidades Europeas, 8° informe de actividades, 1974.

⁶ Mireille Delmas-Marty, “Union Européenne et droit pénal”, *Cahiers de Droit Européen* n° 5/6, Bruselas, 1997.

Este proceso no es menos cierto respecto del Mercosur. Por principio, la producción de normas penales concierne exclusivamente a los Estados partes, y los órganos comunitarios no tienen ninguna competencia en esta materia. Ahora bien, la dinámica de la integración subregional aborda las cuestiones penales de dos maneras diferentes: por un lado, promoviendo el acercamiento de la legislación y de las prácticas bajo la forma de una armonización de las leyes y de la cooperación entre los países miembros y, por otro lado, unificando la definición de las infracciones penales y, a veces, creando órganos propios de aplicación de esta legislación comunitaria.

I. La integración de campos penales nacionales⁷

Con el objetivo de profundizar el proceso de integración, los Estados partes han comenzado a dotarse de nuevos instrumentos relativos a la materia penal, ya sea con el fin de *armonizar* sus legislaciones, incluso con el fin de adoptar nuevas respuestas penales a la criminalidad transnacional, o ya sea con el fin de mejorar la *cooperación* policial, aduanera y judicial.

1. *La armonización de la legislación: los resultados parciales de una política desordenada*

Desde el comienzo del proceso, como se ha dicho, el acercamiento de los sistemas jurídicos fue percibido como una necesidad de la integración. En efecto, la construcción de un mercado común exige condiciones iguales en todos los países miembros, dado que el Derecho es una de las variables para evaluar las conveniencias entre una u otra plaza financiera.⁸ Por esta razón es que los Estados partes decidieron reconocer el objetivo de la armonización de la legislación como uno de los elementos indispensables de la construcción del Mercosur. El artículo 1 del TA establece que “Este Mercado Común implica: [...] el compromiso de los Estados partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”.

En 1994 los Estados partes decidieron avanzar hacia una consolidación institucional del Mercosur creando otros órganos, entre ellos, la Comisión Parlamentaria Conjunta, la cual “[...] coadyuvará en la armonización de legislaciones, tal como lo requiera el avance del proceso de integración” (POP, artículo 25).

⁷ Se entiende por campo jurídico “la articulación de instituciones y prácticas a través de las cuales la ley es producida, interpretada e incorporada a las tomas de decisión en la sociedad”. Y. Dezalay y D. Trubek, “A reestruturação global e o direito”, en José E. Faria (org.), *Direito e globalização econômica*, Malheiros, San Pablo, 1996. Véase también W. Lemus Capeller, “La transnationalisation du champ pénal: réflexions sur les mutations du crime et du contrôle”, en *Revue Droit et Société* n° 35, LGDJ, París, 1997.

⁸ Delmas-Marty, *Trois défis...*, op. cit., p. 22.

En ese contexto se observa que, en materia penal, la armonización está desarrollándose de una forma (más o menos) explícita pero también, y más fuertemente, de una forma espontánea. En cuanto a la primera, la política criminal ha sido el objeto de varias declaraciones de los presidentes. La primera en 1991, en Brasilia, respecto del acuerdo para presentar una posición común en la conferencia sobre el medio ambiente que se realizó en Río de Janeiro en 1992. En esta declaración, los presidentes de los Estados partes del Mercosur se pusieron de acuerdo para proponer una armonización mundial de los delitos contra el medio ambiente (Declaración de Brasilia, del 17 de diciembre de 1991, punto 9).

Otra en 1997, donde los presidentes (los cuatro del Mercosur más los de Chile y Bolivia, estos dos últimos, países asociados) acordaron encargar a los Ministros de Justicia “[...] acelerar el proceso de armonización de las legislaciones de los países miembros del Mercosur y los países asociados en todas las áreas de la lucha contra el crimen organizado (narcotráfico, contrabando de armas, tráfico de precursores químicos, terrorismo, lavado de dinero y demás delitos conexos) [...]” (comunicado conjunto de los presidentes de los países del Mercosur, Bolivia y Chile, Montevideo, 15 de diciembre de 1997).

Los temas ligados a la política criminal fueron posteriormente abordados con mayor frecuencia en los comunicados de los presidentes de los países del bloque. En efecto, la declaración al finalizar la cumbre de Florianópolis hace referencia a las políticas para combatir el racismo y se propone armonizar las legislaciones sobre armas de fuego (Florianópolis, puntos 9 y 14 del comunicado conjunto de los presidentes de los países del Mercosur, Bolivia y Chile, 15 de diciembre de 2000).

En Asunción, los presidentes vuelven a tratar el tema pero esta vez con mayor amplitud, y estas declaraciones son el reflejo de una mayor producción en materia de cooperación judicial y administrativa que en materia de armonización legislativa. En efecto, los presidentes reafirman la universalidad de los derechos humanos así como la importancia del desarrollo del Derecho Internacional Humanitario, vuelven a señalar la voluntad política de reprimir el crimen organizado, declaran su apoyo las estrategias de prevención de la corrupción puestas en marcha en el marco de la Convención Interamericana contra la Corrupción, de la OEA, y señalan la importancia de estrategias conjuntas en materia de tráfico de vehículos y de armas de fuego (Asunción, comunicado conjunto de los presidentes de los países del Mercosur, Bolivia y Chile, del 22 de junio de 2001, puntos 6, 8, 9, 13, 15 y 17).

En fin, luego de los atentados de septiembre de 2001 en los Estados Unidos de América, los presidentes también se declaran dispuestos a abordar la lucha contra el terrorismo internacional en el marco de las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y del Comité contra el Terrorismo de la OEA (comunicado conjunto de los presidentes de los países del Mercosur, Bolivia y Chile, III Reunión Extraordinaria, Buenos Aires, 18 de febrero de 2002, punto 4).

Además de las declaraciones, cuyo contenido es estrictamente político, el Mercosur ha hecho uso de otros instrumentos con el objeto de armonizar las legislaciones

penales nacionales. Es el caso del *Protocolo de armonización de normas en materia de diseños industriales* (CMC/DEC. 16/98), cuyo artículo 19 establece que los Estados partes se comprometen a prever en sus legislaciones medidas judiciales efectivas y eficaces contra las infracciones a los derechos relativos a los diseños industriales, entre otras: “[...] acciones en materia civil y penal.”.

Pero la armonización más importante en materia penal es, sin dudas, aquella que se opera de forma espontánea, utilizando los variados canales existentes por los cuales los juristas de los países del bloque comparten ideas y experiencias, gracias no sólo al proceso de integración en curso sino, sobre todo, a las necesidades de adaptar el sistema penal a las exigencias del Estado de Derecho. En efecto, los sistemas penales —incluyendo los poderes judiciales— de los Estados latinoamericanos han sido —al menos— cómplices de la estrategia de represión de las dictaduras militares de los años 60 y 70.⁹ El retorno a la democracia representativa obligó a una reforma profunda de la justicia penal, la cual se está llevando a cabo, no sin dificultades, en la mayoría de los países de la región latinoamericana.

Este verdadero movimiento de política criminal concierne la reforma del estatuto de jueces y fiscales, y el proceso penal. En cuanto a lo primero, el objetivo es garantizar a los ciudadanos un juicio imparcial reforzando la independencia de la magistratura respecto del poder político. A este respecto, se observa la creación de consejos de la magistratura (por ejemplo en Paraguay, Bolivia o Argentina) e, incluso, de mecanismos de participación de los ciudadanos en la administración de justicia (particularmente importante cuando se trata de comunidades indígenas). Las reformas también alcanzan nuevos diseños para el ministerio público (en Paraguay, Chile, Bolivia, Argentina), cuya principal característica es la de instaurar una organización no dependiente de ninguno de los tres poderes del Estado y que es dirigida por un fiscal general para cuya nominación concurren varias autoridades, con el objeto de garantizar un acuerdo político amplio.

En cuanto al ámbito del proceso penal, el movimiento es todavía más visible. Las reformas que se han inspirado, inicialmente, en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica intentan desarrollar y profundizar, dentro del enjuiciamiento penal, los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en vigencia desde 1978, particularmente en cuanto a los derechos de la defensa, la imparcialidad del tribunal y la presunción de inocencia. Una de las características de estas reformas que debe ser subrayada concierne la introducción de normas relativas a la diversidad cultural, una tendencia —todavía muy tímida— de las legislaciones nacionales, con el fin de tomar en cuenta el contexto cultural dentro del cual se ha cometido un hecho punible.

⁹ Para mayor información, cf. A. Binder, *Política criminal: de la formulación a la praxis*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997; y Wanda de Lemus Cappeller, *L'engrenage de la répression*, LGDJ, París, 1995.

Este movimiento, que comprende toda la región latinoamericana y caribeña, incluye algunos de los países del Mercosur, especialmente en cuanto se refiere a la reforma del proceso penal. En efecto, Paraguay, Chile, Bolivia y las provincias argentinas de Córdoba, Tucumán, Neuquén, Chubut y Buenos Aires (Argentina es un país federal donde cada provincia dicta sus propias normas de procedimiento penal) han transformado sus procesos penales en los últimos cinco años.

2. *El fortalecimiento de la cooperación*

En materia de cooperación policial, aduanera y judicial, los instrumentos jurídicos se han multiplicado con rapidez y las prácticas de las autoridades públicas se han acercado considerablemente. En cuanto a los primeros, los instrumentos jurídicos han tomado la forma clásica de acuerdos de Derecho Internacional Público entre los Estados; las segundas, en cambio, bastante más dinámicas, se han desarrollado en la forma de planes de acción común acordados entre los ministerios encargados de los asuntos interiores y luego adoptados por el CMC.

En cuanto a los instrumentos jurídicos de cooperación, que podríamos describir como de tipo clásico, los tres acuerdos más importantes en la materia son el Protocolo de San Luis de 1996, de asistencia jurídica mutua en materia penal, el Acuerdo de Recife para la aplicación de los controles integrados de frontera y el Acuerdo sobre extradición firmado en Río de Janeiro en noviembre de 1998.

El primer texto, el *Protocolo de asistencia jurídica mutua en materia penal*, reconoce en los considerandos que la cooperación en materia jurídica contribuye a profundizar la reciprocidad de intereses de los Estados partes en el proceso de integración y que la respuesta colectiva es necesaria por la grave amenaza que se manifiesta a través de modalidades criminales transnacionales, las pruebas respecto de las cuales radican frecuentemente en diversos Estados. El texto, originalmente previsto para los cuatro países fundadores del Mercosur, fue completado recientemente con el objeto de incorporar a Bolivia y Chile (CMC/DEC. 12/01).

El protocolo tiene por objeto regular la cooperación en materia de recepción y producción de prueba (documentos, testimonios, peritajes, registros, etc.), los procedimientos particulares para la localización de personas, el traslado de las personas sujetas a proceso penal, las medidas cautelares sobre bienes, la emisión y la ejecución de órdenes de captura o de citaciones, entre otros (artículo 2).

Los Estados pueden rechazar la prestación de asistencia si el requerimiento se refiere a un delito militar, tributario o político, si la persona concernida ya fue juzgada por el mismo hecho en el país requerido o si el requerimiento atenta contra el orden público o contra los intereses esenciales del Estado requerido (artículo 5). En cuanto al procedimiento a seguir, una autoridad única en cada uno de los Estados centraliza los requerimientos de asistencia (artículo 3) y ésta actúa con base en los pedidos de asistencia de las autoridades judiciales o del Ministerio Público del Estado requirente encargados del juzgamiento o investigación de delitos (artículo 4).

El *Protocolo de asistencia jurídica mutua en materia penal* llena un vacío, dado que, a pesar de la proximidad geográfica y cultural de los Estados partes, los acuerdos de cooperación entre ellos eran muy parciales e incompletos. Esto explica las reacciones favorables del medio judicial.¹⁰ A pesar de las ventajas evidentes del protocolo, hay que lamentar, sobre todo, la importancia que se le ha dado a la autoridad central, aun más por el hecho de que las posibilidades de rechazar el pedido de asistencia son muy vagas y que las autoridades pueden postergar el cumplimiento del pedido si, según su opinión, éste puede constituir un obstáculo a un proceso en curso (artículo 9).

Una cooperación judicial horizontal habría sido preferible. Ésta permitiría a los jueces y fiscales comunicarse directamente entre ellos, ventaja que radica no sólo en el hecho de que simplifica el procedimiento, sino también porque evita la posible intervención del Poder Ejecutivo, intervención que puede revelarse, a veces, un obstáculo por estrictas razones políticas. El proceso de integración tendrá seguramente necesidad de sentar las bases de un espacio judicial común y horizontal entre los Estados partes.

El segundo instrumento citado, el Acuerdo de Recife de 1993 para la Aplicación de Controles Integrados de Frontera (CMC/DEC. 5/93), tiene por objetivo la instalación de sistemas únicos e integrados de control fronterizo, así como el desarrollo de la cooperación entre los Estados partes con el fin de prevenir la comisión de infracciones a las disposiciones vigentes y asegurar la asistencia recíproca para la investigación de esas infracciones (artículo 3). El Acuerdo crea áreas de control integrado de frontera y precisa el procedimiento que deben seguir los funcionarios de aduanas.

El Acuerdo de Recife se completa con el *Convenio de cooperación y asistencia recíproca entre las administraciones de aduanas del Mercosur relativo a la prevención y lucha contra los ilícitos aduaneros* (CMC/DEC. 1/97) y ha sido objeto de modificaciones recientes (CMC/DEC. 04/00) y de un Primer Protocolo adicional (CMC/DEC. 05/00). Este convenio profundiza y mejora los procedimientos de cooperación en la materia, simplificando los trámites de las autoridades nacionales, regionales o locales respecto a la producción de pruebas y a la comunicación de las informaciones pertinentes.

Debe destacarse que la comunicación entre las autoridades de los Estados partes es mucho más informal (artículo 8.1) en este convenio referido a la cooperación aduanera que en el procedimiento previsto en el *Protocolo de asistencia jurídica mutua en materia penal*, aun cuando este último es posterior. Cooperación horizontal y directa en materia aduanera (y, por cierto, también en materia policial), cooperación mediada por autoridades ejecutivas en materia de cooperación judicial es la relación desigual e inexplicable que la legislación del bloque ha creado.

¹⁰ C. González, "El protocolo de asistencia mutua en asuntos penales y su virtual influencia en la agilización de los trámites extraditorios respecto a la legislación que actualmente nos rige", *Revista de Derecho del Mercosur*, n° 3-1998, La Ley, Buenos Aires.

El tercer instrumento de cooperación se refiere al *Acuerdo sobre extradición* adoptado en Río de Janeiro en noviembre de 1998 entre los cuatro países miembros del Mercosur y éstos con Bolivia y Chile (CMC/DEC. 14 y 15/98). Una vez más los Estados partes proclaman que la cooperación jurídica fortalece el proceso integración y que, en ese contexto, era necesario simplificar el trámite de los pedidos de extradición.

El acuerdo responde a los principios generalmente reconocidos por los instrumentos de este tipo. Los Estados se comprometen a entregar mutuamente a las personas requeridas según el procedimiento establecido en el acuerdo (artículo 1). Los hechos que autorizan la extradición deben estar previstos como delito sancionado con una pena de prisión de un mínimo de dos años (artículos 2 y 4) tanto en la legislación del país requerido como en la del requirente, aun cuando la calificación jurídica sea distinta.

En cambio, los Estados partes pueden rechazar el pedido de extradición cuando se trate de delitos militares (artículo 6) y en el caso de hechos punibles cometidos por menores (artículo 10). En cuanto a los delitos políticos, los Estados partes consideraron que, “teniendo presente la evolución de los Estados democráticos tendiente a la eliminación gradual de los delitos de naturaleza política como excepción a la extradición”, era oportuno reducir considerablemente las posibilidades de rechazo por estos motivos.¹¹ El acuerdo señala, entonces, que por principio no puede otorgarse la extradición por un delito que el Estado parte requerido considere político, pero que no podrán considerarse como tales: el atentado contra la vida o la acción de dar muerte al jefe de Estado o a otras autoridades nacionales o locales o a sus familiares; el genocidio, los crímenes de guerra o los delitos contra la humanidad; y los actos de naturaleza terrorista que el acuerdo enumera (artículo 5).

Respecto de los límites de la extradición, el Estado requirente no podrá aplicar la pena de muerte a la persona extraditada ni tampoco la pena de prisión a perpetuidad. Si los hechos que originaron la solicitud de extradición son sancionados con estas penas en el Estado requirente, éste sólo está autorizado a aplicar la pena máxima prevista en el Estado requerido (artículo 13). Por último, los Estados se reservan, excepcionalmente, la facultad de rechazar el pedido de extradición sobre la base de razones de seguridad interior o de orden público (artículo 30).

En conclusión, se observa que la política criminal comienza a ocupar un lugar en el contexto de la integración regional. En cuanto a la armonización de las legislaciones, puede señalarse que los resultados más importantes no son atribuibles a una política planificada del Mercosur; y en cuanto a la cooperación, los ámbitos concernidos son muy variados, así como también lo son las técnicas utilizadas.

¹¹ Los Estados partes hacen, seguramente, referencia al Acta del Consejo de la Unión Europea del 27 de septiembre de 1996 que adopta la Convención relativa a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea (96/C313/02), en JOCE n° C313, 23.10.1996, pp. 11 ss. La misma tendencia a reducir el concepto de delito político se observa en la Convención Interamericana contra la Corrupción, del 3 de marzo de 1996, artículo XVII.

A pesar de ello, es evidente que un proceso de armonización de las legislaciones y de las prácticas, la materia penal incluida, es necesario para fortalecer el proceso de integración, en la medida en que, otra vez, el trato igualitario de las personas y de los agentes del mercado dentro de la unión aduanera parece imprescindible para construir un mercado común. El mérito del Mercosur reside en el hecho de haber percibido que la armonización de los sistemas era indispensable aunque, al mismo tiempo, no parece haberla abordado todavía de forma planificada y comprensiva de la totalidad del problema.

En cuanto a la armonización de las prácticas, éstas han tomado formas más variadas y conciernen principalmente los procedimientos de autoridades administrativas para el control y la investigación de delitos. Estos instrumentos han tenido un importante desarrollo en estos últimos tiempos, como producto de las reuniones de los equipos técnicos de los ministerios del interior.

Entre los instrumentos dirigidos a armonizar prácticas se encuentra el *Convenio de cooperación entre los bancos centrales de los Estados partes del Mercosur para la prevención y represión de maniobras tendientes a legitimación de activos provenientes de actividades ilícitas* (CMC/DEC. 40/00). El objetivo del convenio es homogeneizar los procedimientos para la detección de maniobras de lavado de activos, intercambiar informaciones sobre el tema, establecer un sistema ágil de cooperación en la investigación de movimientos de activos y, en fin, compartir experiencias para impedir el blanqueo de capitales.

Más interesante aún es aquello que se refiere a la seguridad regional, ámbito —no puede dejar de mencionarse— donde en los años más tristes de la represión política las prácticas de represión ilegal y clandestina de las fuerzas de seguridad funcionaban con un alto grado de complejidad y eficiencia. Basta mencionar el tristemente célebre Operativo Cóndor, que era un sistema de intercambio de información entre los países del Cono Sur y de intercambio clandestino de prisioneros.

En efecto, ya enunciado en las CMC/DEC. 05/97 y 06/97 relativas a la cooperación y asistencia recíproca en materia de seguridad regional, los Estados partes han invertido importantes esfuerzos de coordinación en materia de seguridad. La técnica utilizada para esta coordinación es la de una sistematización y unificación de la información policial de los países del bloque, así como la elaboración de planes de acción.

En cuanto a la información, en el marco del Mercosur funciona actualmente el Sistema de Intercambio de Información de Seguridad del Mercosur, Bolivia y Chile (SISME), que fue puesto en funcionamiento con mucha dificultad e incluye importante información, entre otra, dirigida a recuperar vehículos robados que son puestos en venta en países limítrofes.

Otro ejemplo de intercambio de información es el *Plan de acción del Mercosur al combate de los ilícitos en el comercio internacional* (CMC/DEC. 03/01), cuyo principal objetivo es la creación de un banco de datos común para el comercio intra y extra bloque y establecer servicios de enlace entre las aduanas de los Estados partes.

No obstante, la política de coordinación más acabada está reflejada en el *Plan general de cooperación y coordinación recíproca para la seguridad regional* (CMC/DEC. 22/99), que se propone como objetivo “optimizar los niveles de seguridad comunitaria ante hechos delictivos en general, y en particular los que trascienden las fronteras, con el fin de lograr el desarrollo sustentable de la región” (artículo 2) y establece, para tres ámbitos de actividad, un sistema de objetivos y acciones comunes.

Para alcanzar estos objetivos, el plan se propone establecer los mecanismos para mejorar la asistencia recíproca y el intercambio de información entre los organismos de control, de seguridad y policiales; la ejecución simultánea y coordinada de actividades operativas; la implementación de sistemas informáticos y de comunicaciones comunes; así como mejorar la capacitación del personal.¹² El Plan crea, asimismo, las secciones nacionales, las cuales son las encargadas de asegurar la concreción de los objetivos y actividades señaladas en el plan.

Los ámbitos en los cuales recaen la coordinación y cooperación en materia de seguridad son los siguientes. El primero de ellos, que el plan llama el “ámbito delictual”, describe acciones referidas al control del narcotráfico, el terrorismo, el tráfico de menores, el contrabando, el robo y hurto de automotores y el crimen organizado; un segundo aspecto señalado en el Plan es el “ámbito de ilícitos ambientales” y, finalmente, un tercero se refiere al “ámbito migratorio”. El plan es objeto de mucha atención en las reuniones de los ministros del Interior del Mercosur, y ha sido modificado en varias oportunidades con el objeto de adaptar las acciones previstas a las primeras experiencias de terreno, aunque también esas modificaciones han sido objeto de alteraciones luego de los atentados del 11 de septiembre en los Estados Unidos de América.¹³

El escenario descrito, por demás dinámico y poco conocido, pretende demostrar que existe un movimiento en el cual los derechos nacionales inician un camino de armonización normativa y las prácticas, sobre todo de las autoridades administrativas que intervienen en el espacio de lo penal, se aproximan a través de la coordinación y la cooperación. No obstante, este desarrollo de que se dio cuenta opera en el nivel de cada Estado parte. Pero otro movimiento paralelo, cualitativamente distinto, también se anuncia.

¹² En este último orden, ha sido creado un Centro de coordinación de la capacitación policial de los países del bloque. Cf. CMC/DEC. 16/00.

¹³ En efecto, el Plan fue “adecuado” a la nueva situación internacional respecto del terrorismo muy recientemente, ver CMC/DEC. 09/02. Otras modificaciones, algunas ligadas al control migratorio y de fronteras, se han hecho al Plan, como CMC/DEC. 13/01 (terrorismo, tráfico ilegal de migrantes, entre otros), CMC/DEC. 06/00 (tráfico de menores), CMC/DEC. 08/00 (ilícitos financieros), CMC/DEC. 10/00 (ilícitos ambientales), o también CMC/DEC. 12/00 (tráfico ilícito de material radioactivo).

II. El surgimiento de un campo penal supranacional

A diferencia del caso en que el Derecho Comunitario provoca el acercamiento de los campos penales nacionales gracias a la armonización y la cooperación, ciertos instrumentos normativos del Mercosur definen directamente infracciones y sanciones e incluso, en algún caso, crean el procedimiento y las instancias encargadas de aplicar dichas sanciones. En este último caso, la perspectiva cambia: los Estados, hasta el momento poseedores del monopolio de la creación del Derecho Penal, comparten ese papel con la institución supranacional. Se asiste el surgimiento de un campo penal nuevo, de carácter supranacional.

En este contexto, primero, se analizarán los instrumentos de Derecho Comunitario que crean un verdadero poder de sanción penal administrativo y, segundo, se describirán aquellos que definen normas penales, en sentido clásico del término, normas unificadas para la subregión.

1. *El Derecho quasi-penal: los primeros pasos*

La definición, por los órganos comunitarios, de infracciones y sanciones que deben aplicarse a conductas que se producen de una parte y de la otra de la frontera pero siempre dentro de la unión aduanera, marca un cambio cualitativo respecto de lo que se ha analizado hasta aquí.

Ejemplo de esto son el *Acuerdo sobre transporte de mercancías peligrosas* y el Protocolo de Fortaleza de 1996, relativo a la protección de la libre competencia.

Aunque ambos acuerdos se caracterizan por la definición única de infracciones y sanciones quasi-penales dentro de la unión aduanera, una diferencia importante los separa: la autoridad de aplicación. Mientras en el primer caso son las autoridades nacionales las encargadas de la aplicación del acuerdo, el segundo crea un órgano especial, comunitario, para aplicar el Protocolo.

El *Acuerdo sobre transporte de mercancías peligrosas* (CMC/DEC. 02/94) se aplica al transporte de este tipo de mercaderías entre los países del Mercosur; el transporte interno, en cambio, continúa rigiéndose por las leyes nacionales. Unos años más tarde, el CMC adoptó una norma complementaria (CMC/DEC. 8/97) incorporando una lista de infracciones y de sanciones con el objeto de hacer posible a los Estados partes la aplicación de las disposiciones del acuerdo.¹⁴

Esta norma define infracciones leves, graves y muy graves y un sistema de penas correspondiente a cada una de ellas (artículos 6 y 10). Si bien la descripción de las infracciones previstas excede el objeto de este trabajo, vale la pena analizar con más

¹⁴ Es necesario subrayar que este acuerdo no es el único instrumento de este tipo. En efecto, la decisión Mercosur/CMC/DEC. 6/94, artículos 22, 23, 24 así como la decisión Mercosur/CMC/DEC. 2/91, artículos 25 y 26, ambas referidas al certificado de origen de los productos, también establecen sanciones administrativas comunes.

detenimiento el sistema de penas, descrito de forma bastante precisa. El acuerdo prevé tres tipos de pena: la multa, la suspensión del permiso (de transporte) y la caducidad del permiso (artículo 5).

Las infracciones leves son sancionadas con multa de US\$ 500, las graves con US\$ 3.000 y las muy graves con US\$ 6.000. La multa es de aplicación acumulativa cuando se cometan simultáneamente dos o más infracciones de igual o diferente gravedad (artículo 11). La reincidencia (artículos 12, 13 y 14) también ha sido prevista y se aplica al caso del infractor que comete una nueva falta habiendo sido sancionado antes por otra infracción, dentro de un plazo no superior a un año, caso en el cual se le aplica la multa correspondiente a la falta inmediata superior. La suspensión del permiso puede alcanzar entre los 30 a los 180 días y está prevista para los casos de acumulación de sanciones; la caducidad del permiso, por su parte, sanciona la comisión de dos infracciones muy graves (artículo 14).

En fin, la encargada de determinar la sanción aplicable, en el marco de lo previsto en el Acuerdo, deberá tomar “en consideración la gravedad de la infracción cometida y sus circunstancias atenuantes y agravantes” (artículo 5). El acuerdo se preocupa igualmente de asegurar los derechos de la defensa,¹⁵ al obligar a las autoridades de aplicación de cada país a hacer saber a sus homólogos de los otros Estados partes las normas y procedimientos para ser difundidos entre las empresas transportistas autorizadas (artículo 3).

El caso del Protocolo de Fortaleza (PF) es diferente de la norma anterior, ya que, por primera vez, los Estados miembros otorgan al Mercosur un poder propio de sanción.

El PF se aplica a los actos practicados por las personas físicas o jurídicas, de derecho privado o público, que tengan por objeto producir o que produzcan efectos sobre la competencia en el ámbito del Mercosur o que afecten el comercio entre los Estados partes (artículo 2), mientras que los actos que afecten la libre competencia dentro de los Estados son competencia exclusiva de cada uno de ellos (artículo 3).

El PF señala que constituyen infracción a las normas del Protocolo “independientemente de culpa, los actos, individuales o concertados [...] que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de posición dominante en el mercado relevante de bienes y servicios en el ámbito del Mercosur o que afecten el comercio entre los Estados partes” (artículo 4); la simple conquista resultante del proceso natural fundado en la mayor eficiencia del agente económico con relación a sus competidores no caracteriza una ofensa a la competencia (artículo 5).

¹⁵ En un contexto en el cual las legislaciones nacionales de los Estados partes presentan diferencias importantes; cf. J. Salomoni, “Procedimiento administrativo y Mercosur; una aproximación a los principios emergentes de los distintos ordenamientos aplicables”, en *Actualidad en el Derecho Penal Público*, n° 8, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

Como puede observarse, el artículo 4 PF realiza un trato unitario de las infracciones ligadas a las prácticas anticompetitivas y a aquellas referidas al abuso de posición dominante, a diferencia del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), que las trata separadamente (artículos 85 y 86). Sin perjuicio de ello, es evidente la influencia del Derecho europeo en esta materia. Por su parte, el artículo 6 PF enumera, a título indicativo, una lista de comportamientos anticompetitivos, donde la influencia europea se observa nuevamente, aunque el PF no prevé ninguna excepción parecida a la del artículo 85.3 del TCE.

Es pertinente subrayar que, cuando el PF fue adoptado por el CMC, el Derecho argentino preveía sanciones penales para los comportamientos anticompetitivos en el mercado interno, es decir, existía una distancia considerable entre el Derecho nacional y el comunitario. Por efecto de ello, podía darse una situación por demás absurda, puesto que una acción anticompetitiva que sólo tuviera efectos en el mercado interno era susceptible de provocar una sanción más gravosa que si la acción tenía efectos anticompetitivos en el mercado regional.

En efecto, las normas internas en cuestión eran la ley 22.262 de 1980 y el artículo 159 del Código Penal, que definían la competencia desleal y el abuso de posición dominante en términos bastante parecidos a los del PF. Sin embargo, podían observarse dos diferencias importantes: en primer lugar, el dolo es un elemento indispensable del delito en el Derecho argentino, por aplicación de las reglas generales del Derecho Penal, lo que excluye la posibilidad de una responsabilidad objetiva, en clara contradicción con el PF, que considera como posible el hecho de cometer esas infracciones “independientemente de culpa”.¹⁶ En este caso, el PF constituye un paso atrás considerable respecto del Derecho argentino,¹⁷ aunque diferente es el caso respecto de la legislación brasileña, que admite la responsabilidad objetiva (ley 8.884/94). En segundo lugar, el Derecho argentino exige además que la actividad anticompetitiva provoque un perjuicio al interés económico general (ley 22.262, artículo 1) e incluso la jurisprudencia tuvo la oportunidad de pronunciarse a este respecto.¹⁸ Por otra parte, al no admitir excepciones, el PF se convierte en una norma muy rígida, lo que le ha valido severas críticas.¹⁹

Sin dudas provocado, al menos parcialmente, por la evolución del Derecho Comunitario en esta materia, el Parlamento argentino sancionó una nueva ley que regula la competencia desleal y el abuso de posición dominante en el mercado. Se trata de la

¹⁶ Cf. V. Caliendo P. da Silveira, *Defesa da concorrência no Mercosul*, LTr, San Pablo, 1998, p. 195.

¹⁷ N. Spolansky, “Derecho penal, mercado competitivo y Mercosur”, *Revista La Ley*, 29.9.1997, Buenos Aires.

¹⁸ A. Gas SA y otros c/ Agip, 12/3/92, CN Penal Económica, sala II.

¹⁹ L. Velazco San Pedro, “La defensa de la competencia en la UE y en Mercosur”, en *Mercosur y la Unión Europea: dos modelos de integración económica*, Lex Nova, Valladolid, 1998.

ley 25.156 (BO 20.9.99), que extrae de la materia penal común estas conductas, para radicarlas en el ámbito estrictamente administrativo y civil y comercial. No obstante, en cuanto a las infracciones tipificadas, la ley argentina no hace mención de la responsabilidad objetiva (por lo que las normas comunes que exigen el dolo son de aplicación) y la afectación del interés económico general sigue siendo un elemento del tipo.

En cuanto al sistema de sanciones, las infracciones al protocolo son reprimidas con multa, con la prohibición de participar en el régimen de compras públicas y con la prohibición de contratar con instituciones financieras públicas de cualquiera de los Estados (artículo 28). Las sanciones comportan siempre la orden de cesación de la práctica anticompetitiva en cuestión, cuyo incumplimiento es sancionado con una multa diaria (artículo 27, § 1).

Respecto de la multa, para la determinación de la sanción se deben tener en cuenta tres criterios: el lucro obtenido con la práctica infractora, la facturación bruta o los activos envueltos en la operación (artículo 28, 1). La decisión CMC/DEC. 02/97 incorpora un anexo al PF y precisa los montos de las multas, que pueden alcanzar hasta un 150% de los lucros obtenidos con la práctica infractora, hasta el 100% del valor de los activos involucrados o hasta el 30% del valor de la facturación bruta de la empresa en el último ejercicio, excluidos los impuestos. En todo caso, las multas no podrán ser nunca inferiores a la ventaja obtenida, cuando ésta sea cuantificable.

Las otras sanciones previstas, como se ha dicho, excluyen al operador económico del mercado de contrataciones con las instituciones públicas. Una sanción adicional puede ser aplicada por las autoridades nacionales: la de no conceder al infractor incentivos de cualquier naturaleza o facilidades de pago de sus obligaciones de naturaleza tributaria (artículo 28, § 1).

Con el objeto de determinar la sanción en concreto, la autoridad de aplicación del Protocolo deberá tener en cuenta la gravedad de los hechos y los daños provocados a la competencia en el Mercosur (artículo 29).

Es evidente que, respecto del Derecho argentino en vigencia en su momento, el PF fue muy innovador en cuanto a la variedad de sanciones previstas, no así respecto de la legislación brasileña, que contaba ya con una abanico importante de sanciones. La nueva ley argentina de defensa de la competencia se ha inspirado en el PF en materia punitiva (artículo 46, ley 25.156) y se encuentran allí actualmente las mismas sanciones descritas en el protocolo.

En cuanto a la autoridad de aplicación, el PF introduce un notable cambio en razón de la creación del Comité de Defensa de la Competencia (CDC). Siguiendo la misma lógica que toda la estructura del Mercosur, el CDC es un órgano intergubernamental compuesto por las autoridades nacionales encargadas de aplicar la legislación de defensa de la competencia en cada uno de los Estados partes (artículo 8).

En lo que se refiere al procedimiento, los órganos nacionales inician el trámite previsto en el Protocolo, de oficio o por la presentación fundada de una parte legítimamente interesada, y comunica el asunto al CDC, el cual decide, luego de un análisis

técnico preliminar, si realiza una investigación o si archiva el asunto, esto último, *ad referendum* de la Comisión de Comercio (CC). Si el CDC decide iniciar la investigación, debe establecer, para cada caso, las pautas para definir la estructura del mercado relevante, los medios de prueba de las conductas y los criterios de análisis de los efectos económicos de la práctica bajo investigación (artículo 14). Los órganos nacionales de aplicación realizan la investigación teniendo en cuenta las pautas definidas por el CDC y le presentan luego sus conclusiones (artículos 14 y 18).

Si la práctica anticompetitiva presenta riesgos de daño irreparable a la libre competencia, el CDC está autorizado a ordenar medidas preventivas, incluida la de poner fin a la práctica bajo investigación u ordenar volver al estado anterior. Si las medidas preventivas no son respetadas, el CDC puede infligir una multa a la parte infractora, *ad referendum* de la CC (artículo 13).

En cualquier momento del procedimiento, el CDC puede homologar un compromiso de cesación de la práctica bajo investigación sin que ello signifique confesión ni reconocimiento de la ilicitud de la conducta analizada (artículo 22). El incumplimiento del compromiso puede motivar una sanción de multa diaria. El monto de la multa diaria (artículos 23, 27 y 13) puede alcanzar hasta el 1% de la facturación bruta de la empresa en el último ejercicio (anexo PF, artículo 2).

El CDC, una vez que el procedimiento ha concluido, define la práctica infractora, establece la sanción a aplicar y eleva el asunto a la CC, que se pronuncia a través de una directiva. Si la CC no llega a un consenso sobre la cuestión, debe presentar las distintas alternativas al GMC. La falta de consenso en esta última instancia permite activar el procedimiento de solución de controversias del Protocolo de Brasilia, reemplazado actualmente por el Protocolo de Olivos. La autoridad nacional del domicilio del infractor es la encargada de aplicar la sanción dictada.

De esta forma, a través de la definición de infracciones y sanciones cuya investigación y ejecución corresponde a las autoridades nacionales, o a través de la creación de infracciones y sanciones cuya determinación corresponde, en cambio, a un órgano intergubernamental; el Mercosur se introduce en un área nueva, la del Derecho Penal, penal-administrativo o quasi-penal, según la denominación y clasificación variable que se puede encontrar en cada país.

En todo caso, se trata, por un lado, de una lista de comportamientos prohibidos que conllevan una sanción punitiva y que se caracterizan por su finalidad de prevención general y por su contenido aflictivo contra el autor de la violación.²⁰ Por otro lado, nótese que estas normas pretenden proteger un bien jurídico distinto, que tiene sus homólogos en los derechos nacionales, pero que exceden esos ámbitos territoriales; se trata de la protección de la seguridad del transporte y de la libre competencia

²⁰ G. Grasso, "Nouvelles perspectives en matière de sanctions communautaires", *Revue de Sciences Criminelles et de Droit Pénal Comparé*, 1993-265, París.

transfronterizos y dentro del Mercosur. Las mismas infracciones cuyos efectos lesivos se circunscriban al ámbito o mercado nacional continúan siendo de competencia de los derechos nacionales.

A pesar de estas novedades, los instrumentos hasta aquí analizados no han querido calificar estas infracciones de *penales*, a pesar del hecho de que en algunos de los Estados partes ciertos comportamientos eran, en ese momento, sancionados con penas de prisión (hasta 6 años en Argentina en la ley derogada). Ahora bien, resta analizar si el Mercosur, en cuanto órgano no nacional (intergubernamental, según el POP), puede producir normas penales, entendidas en el sentido clásico y restrictivo del término.

2. *Un Derecho Penal del Mercosur, ¿es posible?*

Hasta aquí han sido analizadas normas jurídicas comunitarias que establecen sanciones punitivas de carácter penal-administrativo en el ámbito del Derecho del transporte y de la competencia. Pero es muy diferente el caso cuando los Estados partes del Mercosur, a través de una norma jurídica del tipo que hemos analizado, deciden *unificar* la definición de los delitos y, al menos parcialmente, de las sanciones, para comportamientos que se encuentran ya definidos como delitos en el orden jurídico nacional.

Es el caso del contrabando, la defraudación aduanera y las declaraciones inexactas, comportamientos prohibidos por el Código Aduanero argentino (artículos 863 y ss.). En especial, el contrabando es calificado de delito y es sancionado con pena de prisión (de seis meses a ocho años). Ahora bien, como anexo al POP, se ha incorporado el Código Aduanero del Mercosur, que propone la unificación de las normas en la materia para todos los países del Mercosur, considerándolo como un único territorio aduanero. Este anexo contiene un título IX sobre las infracciones aduaneras y se definen las tres infracciones que acaban de ser mencionadas, con las sanciones aplicables.

El POP fue aprobado por el CMC en 1994²¹ y aprobado también por los Parlamentos de los Estados partes. No tuvo la misma suerte, en cambio, el anexo que contiene el Código Aduanero del Mercosur, puesto que no ha sido aprobado todavía por todos los Estados partes, condición necesaria para su vigencia.²² A pesar de ello, los Parlamentos no han rechazado el proyecto y éste continúa en estudio, al menos

²¹ El hecho de que se trate de un protocolo no deja de tener interés, ya que los protocolos son parte integrante del Tratado de Asunción y, según la Constitución argentina, los tratados son superiores a las leyes (artículo 75, inciso 22). En consecuencia, las infracciones penales incorporadas en el protocolo no podrían ser modificadas ni derogadas posteriormente por la ley.

²² Diferentes aspectos técnicos de este proyecto han sido objeto de críticas; uno de ellos es la introducción de normas penales en un instrumento de carácter comunitario. Se ha sostenido que los aspectos penales deben quedar reservados a la competencia exclusiva de cada Estado; cf. J. C. Vázquez, "El Código Aduanero del Mercosur y el delito de contrabando", *Revista de Derecho del Mercosur*, febrero de 1998, p. 158, La Ley, Buenos Aires.

formalmente, y no debe olvidarse que la idea de profundizar la unión aduanera persiste. El análisis es, por estas razones, aún pertinente, aunque debe recalarse que se trata de una norma que no se encuentra todavía en vigencia.

El título IX comienza por enunciar los principios generales, en los cuales se establece que constituye una infracción “toda acción u omisión, voluntaria o involuntaria, que resulte de la inobservancia, por parte de la persona física o jurídica, de las normas establecidas en el este Código o en sus normas de aplicación” (artículo 156). Desde el inicio, el Código Aduanero del Mercosur, además de situarse desde el Derecho Penal clásico de imputación subjetiva personal, se aventura también a establecer el principio de la *responsabilidad penal de las personas jurídicas*, existente en materia aduanera en Argentina,²³ aunque también se ha señalado que la estructura de imputación para personas físicas es sumamente deficiente para establecer la responsabilidad penal de una persona moral.²⁴

Las normas de imputación del Código Aduanero del Mercosur (artículo 165) también precisan la responsabilidad de los directores o de los representantes de las empresas. Acto seguido, se observa el principio según el cual la “*intención*” no es un elemento de la infracción, principio que otras disposiciones posteriores reafirman (artículos 165.6 y 165.7) y que, esta vez, contradicen los principios en vigor en el Derecho argentino, aplicable incluso para el caso de las personas jurídicas. El Código establece, además, algunas normas generales de Derecho Penal tales como el *ne bis in idem*, la retroactividad de la norma punitiva más favorable o el principio *in dubio pro reo* (artículo 157).

Más adelante el Código define las sanciones y las normas aplicables (artículos 159 a 163). El legislador comunitario prevé distintos tipos de sanciones (artículo 159) que llama *penalidades* (también utiliza el sustantivo *pena*, por ejemplo en los artículos 160 y 167), tales como la multa, la pérdida de la mercadería objeto de la infracción, la pérdida del medio de transporte que conduzca la mercadería al momento de cometer la infracción, y admite que la autoridad aduanera aplique sanciones administrativas tales como las suspensiones o cesaciones temporarias o definitivas de los permisos de importación y exportación. El Código establece también las condiciones de prescripción de la acción y de las sanciones (artículo 161).

²³ Esta afirmación debe ser, sin embargo, relativizada, puesto que, en materia de infracciones aduaneras (que el Código equipara a contravenciones), se prevé la responsabilidad solidaria de las personas jurídicas respecto de los hechos de sus dependientes (artículo 903, Código Aduanero) y la pena de multa. No existe previsión alguna, en cambio, en cuanto al contrabando. La responsabilidad penal de personas jurídicas también existe, en Argentina, en materia cambiaria (ley 19.359), abastecimiento (ley 20.680) y en materia tributaria (ley 24.769).

²⁴ Cf. D. Baigún, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Buenos Aires, Depalma, 2000.

En cuanto al contrabando, las diferencias entre el Derecho argentino y el proyecto de Código Aduanero del Mercosur conciernen, además de las ya analizadas referidas a la ausencia de “intensión” y a la responsabilidad penal de las personas jurídicas —ambos elementos previstos en la norma comunitaria—, el sistema de penas. En efecto, el Código Aduanero del Mercosur (artículo 167.1) introduce una serie de penas no conocidas para este delito en el Derecho argentino, a saber:

- a. la pérdida de la mercadería objeto de la infracción;
- b. la pérdida del medio de transporte que conduzca la mercadería en el momento de constatación de la infracción;
- c. la multa del 100% del valor del vehículo, al responsable de la infracción, cuando éste no pertenezca al infractor y cuando se compruebe que el propietario no ha participado, activa o pasivamente, en la comisión de la infracción;
- d. la multa de tres veces el valor de la mercadería en infracción cuando el valor de la mercadería en infracción fuera notoriamente desproporcionado al valor del vehículo sujeto a la pena de pérdida, y su propietario no sea reincidente específico; y
- e. en todos los casos, se aplica acumulativamente, una multa del 30% del valor de la mercadería.

Finalmente, el Código agrega que la tentativa de contrabando es sancionada con las mismas penas que la infracción consumada (artículo 167.2) y que “las penalidades serán aplicadas sin perjuicio de lo que establezca la legislación penal de cada Estado parte” (artículo 167.3), lo que permite pensar que los Estados pueden imponer, además, penas de prisión.

Lo que se acaba de analizar es, sin dudas, la tentativa más acabada para unificar, no ya para armonizar, como lo anunciaba el POP, una parte del Derecho Penal de los Estados partes. Por el momento no es más que una tentativa pero que continúa siendo una opción que los Estados partes han considerado en el marco de la construcción de la integración regional.

Independientemente de la opinión que se tenga al respecto, la misma creación de una institución distinta de los Estados pero creada por Estados, como es el caso del Mercosur, ha hecho aparecer nuevos bienes jurídicos propios de la institución supranacional y distintos a los de los Estados partes. En efecto, si el Mercosur tiene un presupuesto autónomo, sus miembros tendrán interés de protegerlo de toda maniobra fraudulenta. En el mismo sentido, si el Mercosur cuenta con una burocracia propia, los Estados partes tendrán interés en proteger la institución subregional de posibles actos de corrupción de esos funcionarios.

¿Cuál es la repuesta más adecuada? ¿Cuál es el lugar del Derecho Penal en la integración regional?

* * *

A lo largo de este trabajo se ha intentado describir un fenómeno en curso: la internacionalización del campo penal, fenómeno del cual el Mercosur es un ejemplo que se observa también en otros lados. Este fenómeno no es nuevo si se examina, por ejemplo, la proliferación de los instrumentos de protección de los derechos humanos o la Corte Criminal Internacional. En cambio, sí resulta más innovador el surgimiento de un campo penal transnacional ligado a un espacio regional de integración económica.

En la experiencia europea, el Derecho Penal de la integración está experimentando un desarrollo importante, aunque de manera un poco desordenada. Se puede afirmar que, cuanto más se profundiza la integración, el Derecho Penal confirma más aún su presencia. En efecto, a partir del Tratado de Maastricht, uno de los tres pilares de la Unión Europea está reservado a la cooperación policial y judicial en materia penal.²⁵

El Mercosur, conscientemente o no, parece avanzar sin dudar en esta misma vía, a pesar de las crisis ya cíclicas que sufre. De esta forma, el proceso de fortalecimiento del Mercosur proclama su decisión de integrar los campos jurídicos, los instrumentos de cooperación se multiplican y los primeros esfuerzos de armonización de las legislaciones dan sus frutos. Además de ello, en la medida en que su institucionalización se refuerza, la aparición de nuevos bienes jurídicos, esta vez propios del bloque económico y no de los Estados partes, parecería requerir una protección a través del Derecho, lo que hace surgir un nuevo centro de producción y aplicación de normas —supranacional— que a veces son normas penales.

Este trabajo no pretende más que describir un fenómeno y —ojalá— promover la discusión a este respecto; de ninguna manera pretende tratar todos los problemas que se plantean desde el Derecho Penal respecto de las normas analizadas. En esta línea de debate, y ligadas al fenómeno general de producción de normas por esta instancia supranacional, algunas reflexiones parecen pertinentes desde el punto de vista de la estructura institucional del Mercosur y respecto de la técnica que se está utilizando para la producción del Derecho Comunitario.

Respecto de las cuestiones institucionales, es necesario resaltar el desequilibrio existente entre la creciente capacidad de creación de normas y la baja calidad del *control democrático* de esa actividad, puesto que no existe ningún sistema de representación política directa de los ciudadanos de la subregión en las instituciones comunitarias. Este “déficit democrático”, ya presente en la discusión europea, es todavía más chocante en el joven Mercado Común del Sur, donde es evidente que el Foro Consultivo Económico y Social y la Comisión Parlamentaria Conjunta no son suficientes para llenar ese vacío.

²⁵ Cf. S. Manacorda, “Criminalité économique et contexte international”, en M. Delmas-Marty (bajo la dirección de), *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, IV, Éditions de la Maison des Sciences de l’Homme, París, 1996.

El segundo desequilibrio que debe ser destacado se refiere a la distancia entre, una vez más, la creciente producción normativa y la ausencia de *control de legalidad*, puesto que los Estados partes han rechazado, durante un período prolongado, la idea de establecer una jurisdicción permanente que permita lograr una interpretación uniforme del orden jurídico comunitario. En efecto, los Estados partes decidieron, en un primer momento, implementar un sistema de solución de conflictos a través de un tribunal arbitral *ad hoc* (Protocolo de Brasilia), cuya constitución es siempre precedida de negociaciones diplomáticas directas.²⁶ Este sistema fue muy criticado, por cuanto la ausencia de seguridad jurídica provocada por la incertidumbre en la interpretación de las normas no favorece la profundización del proceso de integración.²⁷

Las críticas parecen haber recogido ciertos frutos, puesto que el Protocolo de Olivos de febrero de 2002, que deroga el Protocolo de Brasilia, establece un sistema un tanto más ágil de solución de controversias y crea una jurisdicción arbitral permanente, el Tribunal Permanente de Revisión, compuesto de cinco árbitros y con sede en Asunción, ante el cual las partes pueden presentar un recurso (“limitado a las cuestiones de Derecho y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo”)²⁸ contra una decisión del tribunal *ad hoc*. No obstante, las controversias son siempre precedidas de negociaciones diplomáticas y la legitimación para presentarse ante el tribunal continúa reservada a los Estados partes y no a los particulares, quienes deben presentar sus reclamos ante la Sección Nacional del GMC para que éste lo presente al GMC y el litigio se plantee.

En cuanto a los aspectos técnicos, parecería claro que el proceso de integración regional provoca un efecto de *expansión de los Derechos Penales nacionales*, ya que la aparición de nuevos bienes jurídicos merece —opinión que parece ser la de los Estados partes— una protección penal.

Respecto de la técnica jurídica empleada, los acuerdos y los protocolos al TA han sido, hasta el momento, los más utilizados en este ámbito, hecho que provoca la intervención del legislador nacional para incorporarlos al derecho interno. Sin embargo, otras normas que prevén sanciones penales-administrativas toman la forma de decisiones del CMC y son incorporadas al derecho interno por decretos del Poder Ejecutivo.

Siempre respecto a las cuestiones técnico-normativas, la forma como se describen las infracciones (y delitos) en los instrumentos comunitarios del Mercosur parece confirmar el pronóstico de Jesús Silva Sánchez, para quien “el derecho penal de la

²⁶ Las negociaciones diplomáticas se han mostrado muy eficaces, puesto que el tribunal arbitral sólo ha sido constituido ocho veces hasta la fecha. Cf. laudos arbitrales del 28.4.99 (comunicados DECEX), del 27.9.99 (carne de cerdo), del 10.3.00 (productos textiles), del 21.5.01 (pollos), del 29.9.01 (bicicletas), del 9.1.02 (neumáticos), del 19.4.02 (fitosanitarios) y del 21.5.02 (IMESI).

²⁷ Por todos, cf. J. Kleinheisterkamp, *Legal certainty in the Mercosur: The uniform interpretation of community law*, en *NAFTA: Law and Business Review of the America*, otoño 1999.

²⁸ Protocolo de Olivos, artículo 17.2.

globalización y de la integración supranacional será un derecho menos garantista, donde las reglas de imputación relativizarán las garantías político-criminales, sustantivas y procesales”.²⁹ El PF y el Código Aduanero del Mercosur, como se ha analizado, confirman esta tendencia, en especial por la previsión de la responsabilidad penal objetiva, que algunos de los países de bloque no conocen en su legislación penal nacional.

En otro orden, aun cuando haya sido ratificada por todos los países del Mercosur, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) no es mencionada en ninguno de los textos comunitarios. Es importante señalar a este respecto que el artículo 28.3 de la CADH establece que “cuando dos o más Estados partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención”. En ese contexto, y teniendo presente que los órganos comunitarios han sido dotados de un poder de sanción, ¿el Mercosur podría ser considerado responsable de una violación a la CADH?³⁰ *A priori*, la respuesta sería negativa, ya que el Mercosur no es parte de la CADH. Los Estados partes, en cambio, podrían llegar a ser condenados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por una posible violación al artículo 28.3 de la Convención.

En fin, el surgimiento de un orden jurídico supranacional y, más particularmente, de un derecho penal regional, reclama una profunda reflexión sobre la estructura institucional que ha sido creada, en especial, una discusión clara sobre el problema del control democrático y del control de legalidad. El proceso de integración debe, ciertamente, ser profundizado en el sentido de una mayor institucionalización, pero ésta sería incompleta si una integración política no comenzara a plantearse, incluso en la agenda de la sociedad civil, con el objetivo de alcanzar un nivel aceptable de legitimidad democrática.

El proyecto aún es joven y, quizás por esa razón, el modelo de integración que propone no ha sido bien definido todavía. Sin embargo, el Mercosur es un proyecto que merece ser profundizado, no sólo porque difícilmente los Estados partes puedan integrarse aisladamente, en condiciones razonables y dignas, a la economía mundial, sino porque es también una buena forma de deshacerse de fronteras artificiales que impiden reconocerse como parte de una herencia común, con problemas comunes que reclaman una solución conjunta.

²⁹ J. Silva Sánchez, “El Derecho Penal ante la globalización y la integración supranacional”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n° 24, 1998.

³⁰ Aun cuando se considere que el artículo 28.3 CADH no es de aplicación al Mercosur, éste tiene poder de aplicar sanciones y nada impide que los órganos del Mercosur violen, por ejemplo, las normas del debido proceso.