

**Revista de la Secretaría del
Tribunal Permanente de Revisión**
**Revista da Secretaria do
Tribunal Permanente de Revisão**
Cooperación Jurídica Internacional
Cooperação Jurídica Internacional



RSTPR

Año 5
Nº 10
2017

Asunción
República
del Paraguay

**COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA PENAL EN EL MERCOSUR:
EL CIBERCRIMEN**

Santiago Deluca y Enrique del Carril

**NECESIDAD DE PROFUNDIZACIÓN DE LA COOPERACIÓN
JURISDICCIONAL INTERNACIONAL Y EL RECONOCIMIENTO DE LOS
FALLOS EXTRANJEROS EN EL ÁMBITO INTERAMERICANO**

Eduardo Tellechea Bergman

**COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E O DIÁLOGO DAS FONTES NO
DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO CONTEMPORÂNEO**

André de Carvalho Ramos

**ASISTENCIA PENAL INTERNACIONAL Y EXTRADICIÓN EN LOS DELITOS
DE CRIMEN ORGANIZADO TRANSFRONTERIZO: MERCOSUR Y FUENTE
NACIONAL URUGUAYA**

Carlos Álvarez Cozzi

COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL Y PENAL

Ana Elizabeth Villalta Vizcarra

**BUENAS PRÁCTICAS Y NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA COOPERACIÓN
PENAL EN EL MERCOSUR**

Juan José Cerdeira

**COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E DEVER GERAL DE
COOPERAR**

Saulo Stefanone Alle

**VIDEOCONFERENCIA, COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL Y
DEBIDO PROCESO**

Jesús José Tirado Estrada

**COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA EM MATÉRIA CIVIL NA UNIÃO EUROPEIA
E COBRANÇA DE CRÉDITOS. IMPORTÂNCIA DA TRAMITAÇÃO
PREJUDICIAL URGENTE**

Joana Covelo de Abreu

**DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS NO SÉCULO XXI: DESAFIOS
AO ESTADO BRASILEIRO**

Eraldo Silva Jr.

**INCORPORACIÓN DE MECANISMOS DE COOPERACIÓN JUDICIAL
INTERNACIONAL EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA**

Bolívar Augusto Espinoza

PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Amanda Thereza Lenci Paccola

DIFICULDADES ATUAIS DO SISTEMA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

José Augusto Lindgren-Alves

DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO PENAL EN EL CIBERESPACIO

Pierre Gilles Bélanger



RSTPR

Rev. secr. Trib. perm. revis.

Año 5, Nº 10, 2017

ISSN: 2307-5163 (impreso)

ISSN: 2304-7887 (en línea)

Av. Mcal. López 1141 casi Gral. Melgarejo

CP 1532, "Villa Aucinera"

Teléfono: 595 21 221411

Asunción, República del Paraguay

Revista semestral de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión creada para la publicación de artículos académicos que traten temas generales del derecho como regionalismo, integración, organizaciones internacionales y en especial el derecho del MERCOSUR.

Los idiomas de la revista son los idiomas oficiales del MERCOSUR: español y portugués.

Los artículos son inéditos, de rigor científico y se someten al análisis de un consejo técnico, bajo la modalidad *blind review*, es decir, de forma anónima. Los miembros del consejo técnico son profesores, estudiosos e investigadores con notable trayectoria académica y poseen plena libertad para criticar, revisar, aprobar y reprobar los artículos presentados. Su identificación es reservada y se considera la revisión emitida como si fuera de la revista.

En lo que se refiere a la forma, los artículos deben atender a criterios y requisitos establecidos en la Norma Editorial. Tales criterios de formato constituyen, conjuntamente con el análisis de contenido, condición esencial para su publicación, por lo que serán sometidos a consideración del Equipo Editorial.

La Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión busca construir un espacio académico jurídico y se reserva el derecho de rechazar el trabajo sobre temas estrictamente políticos o ideológicamente sensibles.

Revista semestral da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão criada para a publicação de artigos acadêmicos que tratam de temas direta ou indiretamente relacionados ao direito do MERCOSUL, tais como o direito da integração, o direito das organizações internacionais, o direito internacional privado e o direito internacional geral.

Os idiomas da revista são os idiomas oficiais do MERCOSUL: português e espanhol.

Os artigos são inéditos e de rigor científico e se submetem à análise de um conselho técnico na modalidade *blind review*, ou seja, de forma anônima. Os membros do conselho técnico são professores, estudiosos e pesquisadores com notável trajetória acadêmica e possuem plena liberdade para criticar, revisar, aprovar e reprovar os artigos apresentados. Sua identidade se mantém preservada e o parecer emitido é considerado da revista.

No que se refere à forma, os artigos devem atender a critérios e requisitos estabelecidos nas Normas Editoriais. Tais critérios de forma constituem - junto à análise de conteúdo - condição essencial de sua submissão à Equipe Editorial para que a publicação seja considerada.

A Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão busca constituir espaço acadêmico jurídico e se reserva o direito de rejeitar trabalhos sobre temas estritamente políticos ou ideologicamente sensíveis.

RSTPR is a law journal published twice yearly by the Secretariat of the Permanent Court of Revision of MERCOSUR. It releases articles on issues directly or indirectly related to the MERCOSUR and its law system, such as regional integration law, international organizations, private international law and, of course, general international law.

Its working languages are the official languages of MERCOSUR: Portuguese and Spanish.

Papers must be original and their scientific character is checked by ad hoc consultants. This technical board evaluates qualitatively the content and style of each submission under *blind peer review* principles. Professors, scholars and researchers with remarkable academic career take part on this board and are free to criticize, review, approve and disapprove the submitted articles. Their identity is preserved and the opinion is considered that of the journal.

Papers must meet the criteria and requirements established in the Author Guidelines to be considered by the editorial board for publication.

The Law Journal of the Secretariat of the Permanent Court of Revision intends to conform a space for academic production on law and reserves the right to reject any paper which contains strictly political or ideological opinions.



EDITOR JEFE

Juan Emilio Oviedo Cabañas, Tribunal Permanente de Revisión

EQUIPO EDITOR

Maidier Méndez, Tribunal Permanente de Revisión
Juan Emilio Oviedo Cabañas, Tribunal Permanente de Revisión

COORDINACIÓN TÉCNICA Y DIAGRAMACIÓN

Ruth Navarro, Tribunal Permanente de Revisión

SOPORTE DIGITAL

Manuel Fernández, Tribunal Permanente de Revisión

COLABORADORES

Mirzza Vargas, Tribunal Permanente de Revisión
Renata Cenedesi, Tribunal Permanente de Revisión

ISSN 2304-7887 (en línea)
ISSN 2307-5163 (impreso)

Año 5, N° 10, octubre 2017.



La reproducción total o parcial de esta publicación podrá ser hecha siempre que se cite la fuente.
Se agradece comentarios y/o sugerencias a través del correo revista@tprmercosur.org.
Las opiniones contenidas en los artículos son de exclusiva responsabilidad de los autores.

A reprodução total ou parcial desta publicação é permitida sempre que é citada a fonte.
Comentários e/ou sugestões são bem-vindos no correio eletrônico revista@tprmercosur.org.
As opiniões contidas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores.

CONSEJO EDITORIAL

- Alberto do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, Brasil
Alberto Manuel Poletti Adorno, Universidad Columbia del Paraguay, Paraguay
Alfredo Mario Soto, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Ana Cristina Paulo Pereira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Antonio Celso Alves Pereira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Antônio Pereira Gaio Júnior, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil
Atilio Alterini, In Memoriam
Augusto Jaeger, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil
Bruno Rodrigues de Almeida, In Memoriam
Calogero Pizzolo, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Carlos Francisco Molina del Pozo, Universidad de Alcalá de Henares, España
Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Daniel José Pavón Piscitello, Universidad Católica de Córdoba, Argentina
Enrique C. Barreira, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Jorge Luiz Fontoura Nogueira, Tribunal Permanente de Revisión, Brasil
José Antonio Moreno Rodríguez, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, Paraguay
José Antonio Moreno Ruffinelli, Universidad Nacional de Asunción, Paraguay
José María Gamio, Tribunal Permanente de Revisión, Uruguay
Lilian del Castillo, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Liliana Rapallini, Universidad Nacional de La Plata, Argentina
Luiz Olavo Baptista, Universidade de São Paulo, Brasil
Marilda Rosado, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Miguel Angel Ciuro Caldani, Universidad Nacional de Rosario, Argentina
Nadia de Araújo, Tribunal Permanente de Revisión/Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil
Natasha Suñé, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Noemí B. Mellado, Universidad Nacional de La Plata, Argentina
Paula Wojcikiewicz Almeida, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Brasil
Paulo Borba Casella, Universidade de São Paulo, Brasil
Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Raphael Carvalho de Vasconcelos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Roberto Ruiz Díaz Labrano, Universidad Nacional de Asunción, Paraguay
Roque Silguero, Universidad Nacional de Formosa, Argentina
Sandra Cecilia Negro, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Santiago Deluca, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Sidney Guerra, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Silvina Barón Knoll, Universidad Nacional de Cuyo, Argentina
Soledad Villagra de Biedermann, Universidad Nacional de Asunción, Paraguay
Susana Czar de Zalduendo, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Umberto Celli Junior, Universidade de São Paulo, Brasil
Violeta Liliana Chantal González Valdez, Universidad Católica de Asunción, Paraguay
Wagner Menezes, Universidade de São Paulo, Brasil
Welber Barral, Universidade de São Paulo, Brasil
Wilson Nerys Fernández, Universidad de la República, Uruguay
Yeny Villalba, Universidad Columbia del Paraguay, Paraguay

TABLA DE CONTENIDO

PRÓLOGO – PRÓLOGO

Juan Emilio Oviedo Cabañas 7

ARTÍCULOS ORIGINALES – ARTIGOS ORIGINAIS

Cooperación internacional en materia penal en el MERCOSUR: el cibercrimen

Santiago Deluca y Enrique del Carril 13

Necesidad de profundización de la cooperación jurisdiccional internacional y el reconocimiento de los fallos extranjeros en el ámbito interamericano

Eduardo Tellechea Bergman 29

Cooperação jurídica internacional e o diálogo das fontes no Direito Internacional Privado contemporâneo

André de Carvalho Ramos 56

Asistencia penal internacional y extradición en los delitos de crimen organizado transfronterizo: MERCOSUR y fuente nacional uruguaya

Carlos Álvarez Cozzi 73

Cooperación jurídica internacional en materia civil y penal

Ana Elizabeth Villalta Vizcarra 98

Buenas prácticas y nuevas tecnologías en la cooperación penal en el MERCOSUR

Juan José Cerdeira 117

Cooperação jurídica internacional e dever geral de cooperar

Saulo Stefanone Alle 132

Videoconferencia, cooperación judicial internacional y debido proceso

Jesús José Tirado Estrada 153

Cooperação judiciária em matéria civil na União Europeia e cobrança de créditos. importância da tramitação prejudicial urgente

Joana Covelo de Abreu 174

Direito internacional dos refugiados no século XXI: desafios ao Estado brasileiro

Eraldo Silva Júnior 196

Incorporación de mecanismos de cooperación judicial internacional en la legislación penal ecuatoriana

Bolívar Augusto Espinoza 216

Proteção internacional dos direitos humanos <i>Amanda Thereza Lenci Paccola</i>	227
CONTRIBUCIONES ESPECIALES – CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS Dificuldades atuais do sistema internacional de direitos humanos <i>José Augusto Lindgren-Alves</i>	246
Derechos humanos y el derecho penal en el ciberespacio <i>Pierre Gilles Bélanger</i>	274
NORMA EDITORIAL	287

PRÓLOGO

En la oportunidad de conmemorarse los quince años de la suscripción del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR, suscripto en fecha 18 de febrero de 2002, la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión presenta con placer la décima edición de la Revista Jurídica, RSTPR. En esta ocasión los artículos versan sobre la cooperación jurídica internacional en materia penal y civil, con algunos aportes especiales en derechos humanos, en la perspectiva de la actualidad e importancia que los dos temas encierran.

El proceso de integración intergubernamental del MERCOSUR ya posee como *acquis communautaire* significativos avances en la crucial disciplina de la cooperación jurídica intra bloque, la cual se transforma en una herramienta de gran importancia multilateral, como proveedora de seguridad jurídica, de asistencia jurídica y de combate a la criminalidad organizada. La vida de los bloques económicos como familias políticas poseedoras de interacciones como todas las demás familias, genera *onus y bonus*. En ese sentido, la dilatación de espacios criminógenos potenciales, así como la mundialización de los hechos punibles y sus matices, requieren de más y mejor cooperación multilateral, como los acuerdos adoptados en el MERCOSUR.

De hecho, por medio del Protocolo de Olivos, se instaló una fórmula de cooperación jurídica inter jurisdiccional con las opiniones consultivas, las cuales pueden llegar a deliberación del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, a través de las Cortes Supremas de Justicia de los Estados Parte del bloque.

La firma de instrumentos internacionales en la materia ha cobrado especial relevancia para articular esfuerzos entre los Estados, contribuir en la armonización de las legislaciones de los países y desarrollar mecanismos de cooperación mutua para lograr los objetivos establecidos en estos documentos.

Desde siglos pasados se ha intentado legislar sobre la cooperación jurídica entre los países. En tal sentido el *Tratado de Montevideo* de 1889 inicia los primeros pasos en la asistencia jurídica, seguidos por los de 1933 y de 1940. La *Convención de Viena* de 1988 sobre el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, la *Convención de Nassau* de 1992 sobre Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales, la *Convención de Palermo* de 2000 sobre Crimen Organizado Transnacional,

la *Convención de las Naciones Unidas* de 2003 contra la Corrupción, son ejemplos candentes de ese proceso.

En el MERCOSUR, la cooperación jurídica ha sido objeto de particular atención, con la adopción de diversos compromisos inter partes, entre los cuales cabe destacar el *Protocolo de las Leñas* (1992), el cual trata sobre la Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materias Comercial, Laboral y Administrativa; en 1994, el *Protocolo de Ouro Preto*, que versa sobre Medidas Cautelares; el *Protocolo de San Luis* firmado en 1996 para incentivar la Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Parte; así como los Acuerdos sobre Extradición entre los países del MERCOSUR, firmados en diciembre de 1998.

Tales instrumentos multilaterales, ya de uso corriente en el bloque económico y que forman parte de la rutina de las prácticas estatales, representan el esfuerzo no solamente de la diplomacia, sino también de los profesores e investigadores, en la siempre importante contribución de la academia al progreso del derecho. Desarrollar una publicación como la presente revista es, también por dichas razones, reconocer el esfuerzo colectivo de importantes especialistas, no solamente de la región, sino también de Europa y las Américas, con aportes en derecho comparado siempre tan enriquecedores en la enseñanza jurídica.

Es importante comentar, a modo de presentación de la revista que el lector podrá encontrar entre los artículos publicados, además de textos de referencia histórica e institucional, contribuciones que abordan las facetas múltiples de la nueva criminalidad transnacional, a partir de las tecnologías que pueden aportar nuevos problemas para la sociedad, por ejemplo, los delitos cibernéticos, que desafían los conceptos tradicionales de jurisdicción y de soberanía. En tal sentido, esa misma tecnología puede traer aportes formidables y soluciones facilitadoras a la *persecutio criminis*. En ese contexto, por ejemplo, las importantes videoconferencias y las nuevas formas electrónicas de comunicación y de comunicación procesal, aptas para proporcionar, si son bien utilizadas, celeridad, diligencia y oportunidad a la Justicia.

Igualmente, resulta relevante en los contenidos atinentes a la cooperación judicial, lo referente al rol y funciones de las Autoridades Centrales, inclusive más valorizadas en el ámbito de la cooperación regional, como ductos idóneos en la realización de la justicia y la prevención de la impunidad. Ellas tienen la misión de continuar facilitando y fortaleciendo la labor de Jueces y Fiscales en la aplicación de los acuerdos internacionales. Elementos clásicos del derecho internacional privado también son oportunamente traídos a colación, a modo de ejemplo, los elementos de conexión, los exhortos y cartas rogatorias, además de los foros y redes de cooperación jurídica internacional.

Por último, pero con especial relevancia, deseo expresar los sinceros agradecimientos a los revisores y demás miembros del equipo editorial, a los generosos autores de los artículos, muchos de los cuales tuve la oportunidad de conocer en mis actividades profesionales anteriores, cuando actué en el marco de la cooperación jurídica internacional en la República del Paraguay. Profesionales ejemplares y juristas destacados, que participaron en los procesos de elaboración y de implementación de varios de los protocolos y acuerdos citados, de quienes mucho aprendí no solamente en el plano técnico y científico jurídico, sino también en el plano de las relaciones personales, sin el cual el conocimiento es apenas un adorno funcional. A todos, mis más efusivas muchas gracias.

Octubre, 2017.



Juan Emilio Oviedo Cabañas
Secretario del TPR

PRÓLOGO

No ensejo da comemoração dos quinze anos da assinatura do Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no MERCOSUL, celebrado em 18 de fevereiro de 2002, a Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão apresenta prazerosamente a décima edição de sua Revista Jurídica, RSTPR. Nesta ocasião, os artigos versam a cooperação jurídica internacional em matéria penal e civil, com alguns aportes especiais em direitos humanos, na perspectiva de atualidade e importância que os dois temas encerram.

O processo de integração intergovernamental do MERCOSUL já possui como *acquis communautaire* também significativos avanços na crucial disciplina de cooperação jurídica intra bloco, a qual transforma-se em ferramenta de grande importância multilateral, como provedora da segurança jurídica, de assistência jurídica e de combate à criminalidade organizada. A vida dos blocos econômicos, como famílias políticas possuidoras de interações como todas as demais famílias, gera *ônus* e *bônus*. Nesse sentido, a dilatação de espaços crimínógenos potenciais, bem como a mundialização do crime e de suas nuances, requerem sempre mais e melhor cooperação multilateral, como os acordos que têm sido adotados no MERCOSUL.

De fato, por meio do Protocolo de Olivos, instalou-se uma forma de cooperação jurídica inter jurisdicional com as opiniões consultivas que podem chegar à sua deliberação, encaminhadas pelas Cortes Supremas dos Estados Parte do bloco.

A firma de instrumentos internacionais na importante matéria ganhou especial relevância nas agendas comuns, para articular esforços entre os Estados, a contribuir com a harmonização das legislações nacionais e desenvolver mecanismos de cooperação mútua, na consecução dos objetivos assinalados pacticiamente.

Desde séculos busca-se legislar sobre cooperação jurídica entre países. Em tal sentido, o *Tratado de Montevideú* de 1889, lança os primeiros passos em matéria de cooperação jurídica, seguido pelos tratados de 1933 e de 1940. Depois, a *Convenção de Viena*, de 1988, sobre o Tráfico Ilícito de Substâncias Estupefacientes e Psicotrópicas, a *Convenção de Nassau*, de 1992, sobre a Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais, a Convenção de Palermo, de 2000, sobre Crime Organizado Transnacional, e a *Convenção das Nações Unidas* sobre

Corrupção, são exemplos candentes desse progresso.

No MERCOSUL, a cooperação jurídica tem sido objeto de particular atenção, com a adoção de diversos compromissos inter partes, dentre os quais cabe destacar o *Protocolo de Las Leñas*, de 1992, acerca da Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Comercial, Laboral e Administrativa; depois, em 1994, o *Protocolo de Ouro Preto*, que também tratava de questões referentes à medidas cautelares; o *Protocolo de São Luís*, firmado em 1996, para incentivar a assistência jurídica mútua em matéria penal; bem como os Acordos de Extradicação entre os países do MERCOSUL, firmados em dezembro de 1998.

Tais instrumentos multilaterais, já de uso corrente nas lides do bloco econômico de que aqui se cuida, fazem parte das rotinas das práticas estatais; representam o esforço, não apenas das diplomacias, como também de professores e pesquisadores, na sempre importante contribuição acadêmica ao progresso do direito. Desenvolver uma publicação como a presente revista é, também por tais razões, reconhecer o esforço coletivo de importantes especialistas não apenas da região, mas como da Europa e das outras Américas, com aportes de direito comparado sempre tão enriquecedores dos estudos jurídicos.

Cumpra ainda comentar a título de apresentação da revista que o leitor poderá encontrar dentre os artigos publicados, além de textos de apelo histórico e institucional, também contribuições que abordam as facetas múltiplas da nova criminalidade transnacional a partir das tecnologias que podem aportar novos problemas para a sociedade, por exemplo, os delitos cibernéticos, que desafiam conceitos tradicionais de jurisdição e mesmo de soberania. No entanto, trata-se da mesma tecnologia que pode trazer aportes formidáveis e soluções facilitadoras da *persecutio criminis*, a lembrar, nesse contexto, as importantes videoconferências e as novas formas eletrônicas de comunicação e de comunicação processual, aptas a proporcionar, se bem utilizadas, celeridade, expediência e oportunidade à Justiça.

É ainda relevante nos conteúdos atinentes à cooperação judicial, as referências ao rol e as funções das Autoridades Centrais, ainda mais valorizadas no âmbito da cooperação regional, como ductos indispensáveis à realização da justiça e prevenção da impunidade. Elas possuem a missão de continuar facilitando e fortalecendo o trabalho dos juízes e promotores na aplicação dos acordos internacionais. Elementos clássicos do direito internacional privado também são oportunamente trazidos à balha, a exemplo dos elementos de conexão, dos exortos e das cartas rogatórias, além de foros e redes de cooperação jurídica internacional.

Por último, mais com especial relevo, desejo expressar sinceros agradecimentos aos revisores e demais membros da equipe editorial, aos

generosos e solícitos autores dos artigos colacionados, muitos dos quais tive a oportunidade de conhecer em minhas atividades profissionais pregressas, quando atuei na cooperação jurídica internacional da República do Paraguai. Profissionais exemplares e juristas de escol, que participaram no processo de elaboração e de implementação de vários dos protocolos e acordos citados, com quem muito aprendi não apenas no plano técnico e científico jurídico, como também no plano das relações pessoais, sem o que o conhecimento é apenas um adorno funcional. A todos, o meu mais efusivo muito obrigado.

Octubre, 2017.



Juan Emilio Oviedo Cabañas
Secretário do TPR

COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA PENAL EN EL MERCOSUR: EL CIBERCRIMEN

COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL NO MERCOSUL: O CIBERCRIME

*Santiago Deluca**
*Enrique del Carril***

Resumen: *En el MERCOSUR no existe un derecho penal común, no obstante observarse una creciente corriente orientada a la adopción de normas generales de política criminal tendiente a combatir diversos actos delictivos. Ello se cristaliza en la creación de normas de cooperación internacional en materia penal, con el objeto de lograr la asimilación y adecuación “macro” de las legislaciones penales de los Estados Parte.*

Es justo reconocer que en este trabajo no se pretende elaborar un corpus iuris por simple traslación de conceptos o legislación mercosureña, todo lo contrario. Por medio del análisis de las particularidades jurídicas del proceso de integración y sus instrumentos de derecho se busca dejar sentado que el MERCOSUR se encuentra encaminado en la creación de un espacio integrado de cooperación en materia penal, más allá del aspecto puro y exclusivamente económico. Y, principalmente, analizar cómo se presenta hoy en día la modalidad conocida como cibercrimen y la utilidad de las herramientas señaladas para lograr combatirlo.

Resumo: *Não existe um direito penal comum no MERCOSUL, apesar disso se pode observar uma tendência crescente para a adoção de regras gerais de política criminal destinadas a combater vários atos criminosos. Isso se cristaliza na criação de normas de cooperação internacional em matéria penal, com o objetivo de alcançar a assimilação e a adaptação “macro” das leis penais dos Estados Parte.*

É justo reconhecer que este artigo não pretende elaborar um corpus iuris por simples tradução de conceitos ou legislação do MERCOSUL, muito pelo contrário. Através de uma análise das peculiaridades legais do processo de integração e dos seus instrumentos jurídicos, procura-se estabelecer que

* Asociación de Estudios de Integración -AdEI, Argentina.

** Ministerio Público Fiscal de Buenos Aires, Argentina.

E-mail: delucasantiago@hotmail.com

Recibido: 08/09/2017. Aceptado: 10/10/2017.

o MERCOSUL se destina a criar um espaço integrado de cooperação em questões criminosas, além de suas particularidades puramente econômicos. É, principalmente, analisar como é apresentado hoje a modalidade conhecida como cibercrime e a utilidade das ferramentas indicadas para combatê-lo.

Palabras clave: Cibercrimen, Cooperación penal, Traslado de condenados, Extradición, MERCOSUR, Derecho de la integración

Palavras-chave: Cibercrime, Cooperação penal, Transferência de pessoas condenadas, Exatradção, MERCOSUL, Direito da integração

1. ASPECTOS PRELIMINARES: EL DERECHO DEL MERCOSUR

Ya se ha dicho¹ que el núcleo central -constitutivo- de las fuentes del derecho o *fuerza primaria* nos ubica frente al Tratado de Asunción² y sus Protocolos Adicionales.

Esta normativa originaria es de carácter jurídico-internacional. Se fundamenta en el consentimiento estatal, formado a través de los procedimientos constitucionales de cada uno de los Estados Parte³. Y, a su vez, por tratarse de normas convencionales internacionales sujetas a las reglas del derecho internacional en materia de tratados -es decir a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados⁴- se instrumentan a través del sistema jurídico internacional previsto para los Tratados celebrados en forma solemne.

Junto a los instrumentos jurídicos mencionados, pero en una escala jerárquica inferior, encontramos las *fuentes derivadas*, conformadas por los actos adoptados por los órganos del MERCOSUR para la aplicación o ejecución de los principios y objetivos establecidos por dicho Tratado y Protocolos.

En este contexto y a los efectos de permitir el correcto desarrollo del proceso de integración, el Protocolo de Ouro Preto⁵ enumera taxativamente las fuentes jurídicas del MERCOSUR, fija una prelación

1 DELUCA, Santiago. "El MERCOSUR tras la suspensión de Paraguay y el ingreso de Venezuela: ponderación del Laudo TPR N°1/2012". *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*. 2013, n° 16.

2 Suscripto el 26 de marzo de 1991 dando inicio al proceso de integración mercosureño. En adelante TA.

3 Profundizar en PEROTTI, Alejandro. *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*. sl: Fundación Konrad Adenauer, 2004.

Asimismo, se recomienda la lectura de KLEIN VIEIRA, Luciane. "La reforma de las constituciones de los Estados Partes del MERCOSUR". En *LL*. 25 de julio de 2012, p. 4-7.

4 Suscripta el del 23 de mayo de 1969. Sobre el tema MANGAS MARTÍN, Araceli, LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. *Instituciones y derecho de la Unión Europea*. 2ª ed. sl: McGraw-Hill, 1999; FLOREAL GONZÁLEZ, Flavio. "MERCOSUR: un orden jurídico debilitado y dispar. La necesidad de un cambio". En *LL*, año 54, n° 61, p. 2.

5 Firmado el 17 de diciembre de 1994. En adelante POP.

normativa y establece un orden⁶. Es decir, una imposición racional entre las normas que lo integran y una relación de subordinación y jerarquía⁷, clasificándolas en tres grupos diferentes⁸.

Además de estos instrumentos jurídicos convencionales encontramos otra categoría constituida por el conjunto de normas aplicables en el ordenamiento jurídico del MERCOSUR -incluso no escritas- que se traducen en actos atípicos o *sui géneris*, como los principios generales del derecho o la jurisprudencia, o cuyo origen es exterior al ordenamiento jurídico del bloque, como el derecho surgido de las relaciones exteriores o el derecho complementario emanado de los actos convencionales celebrados entre los Estados Parte para la aplicación del TA⁹.

2. LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA PENAL EN EL MERCOSUR

La cooperación en materia judicial penal se traduce en acuerdos entre Estados surgidos de la necesidad de comunicarse, ya sea para procurarse pruebas e información, o bien para pedirse y obtener la entrega de individuos ubicados fuera de sus territorios para someterlos a proceso o cumplimiento de una condena.

Los tribunales nacionales aceptan la participación de órganos jurisdiccionales de otros Estados, o requieren o excitan esa participación cuando lo estiman conveniente a los fines del proceso penal instaurado en su propia jurisdicción. Ello implica -en definitiva- la comunicación para obtener medios de prueba e información y la comunicación de personas acusadas o condenadas¹⁰.

Si se hace un rápido repaso de las decisiones emanadas del Consejo Mercado Común¹¹ desde el año 1991¹² a la fecha, podrán encontrarse sendas y variadas normas que abarcan la más diversa índole. Lo mismo ocurre con los pronunciamientos de los Jefes de Estado, que reflejan en forma fiel los objetivos perseguidos por quienes se encuentran en cada momento a cargo de la conducción del MERCOSUR en oportunidad de

6 Ver artículos 10 y 13 T A o 9, 15 y 20 POP.

7 SAN MARTINO DE DROMI, María Laura. De la nueva historia del Derecho. A propósito del objeto, método y fuentes del Derecho del MERCOSUR. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997, p. 100.

8 JARDEL, Silvina; BARRAZA, A. MERCOSUR: aspectos jurídicos y económicos. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998, p. 83-85. Resultan interesantes los planteos y cuestionamientos que efectúan los autores respecto de la implicancia y finalidad de la enumeración que lleva a cabo el artículo 41 POP.

9 DELUCA, Santiago. *Unión Europea y MERCOSUR: los efectos del derecho comunitario sobre las legislaciones nacionales*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, Cap. II.

10 DIBUR, José Nicasio; DELUCA, Santiago. *Extradiciones: tratados y convenios*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2006.

11 En adelante CMC.

12 26 de marzo de 1991, fecha de suscripción del Tratado de Asunción, constitutivo del Mercado Común del Sur.

ejerger la Presidencia Pro Témporte¹³.

Particularmente, en lo que atañe al tema que nos incumbe, pueden mencionarse entre tantas otras: CMC/Dec. N° 06/92 Recomendación a los gobiernos de los Estados Parte para la ratificación de la convención interamericana sobre restitución internacional de menores; CMC/Dec. N° 2/96 Protocolo de asistencia jurídica mutua en asuntos penales; CMC/Dec N° 5/98 Plan de cooperación y asistencia recíproca para la seguridad regional en el MERCOSUR; CMC/Dec. N° 14 y N° 15/98 Acuerdo sobre extradición entre los Estados Parte del MERCOSUR, Bolivia y Chile; CMC/Dec. N° 16/99 y 17/99 Acuerdo de Asunción sobre restitución de vehículos automotores terrestres y/o embarcaciones que trasponen ilegalmente las fronteras entre los Estados Parte del MERCOSUR, Bolivia y Chile; CMC/Dec. N° 22/99 Plan general de cooperación y coordinación recíproca para la seguridad regional; CMC/Dec. N° 3/01 Programa de acción del MERCOSUR al combate de los ilícitos en el comercio internacional; CMC/Dec. N° 34 y N° 35/04 Proyectos de acuerdo sobre traslado de personas condenadas entre los Estados Parte del MERCOSUR y entre los Estados Parte del MERCOSUR y la república de Bolivia y la república de Chile; CMC/Dec. N° 36/04 Sistema de intercambio de información de seguridad del MERCOSUR (SISME); CMC/Dec N° 37/04 Proyecto de acuerdos contra el tráfico ilícito de migrantes, entre los Estados Parte del MERCOSUR, la república de Bolivia y la república de Chile; CMC/Dec. N° 17/05 Protocolo de Asunción sobre compromiso con la promoción y protección de los derechos humanos del MERCOSUR; CMC/Dec. N° 13/05; Protocolo sobre el traslado de personas sujetas a regímenes especiales; CMC/Dec. N° 16/06 Acuerdo marco sobre cooperación en materia de seguridad regional entre los Estados Parte del MERCOSUR y la república de Bolivia, la república de Chile, la República de Ecuador, la República de Perú y la República Bolivariana de Venezuela; CMC/Dec. N° 48/10 Acuerdo sobre la orden MERCOSUR de detención y procedimientos de entrega entre los Estados Parte del MERCOSUR y Estados Asociados.

A la luz del vasto plexo normativo reseñado, si se parte de la consideración inequívoca de que el MERCOSUR, como todo proceso de integración que se precie de tal reconoce un claro e indiscutible origen económico comercial¹⁴, más allá de que la elaboración de una teoría que

¹³ Al respecto, es dable aclarar que tales pronunciamientos no revisten interés mayor que desde el punto de vista político.

¹⁴ En efecto, ha de señalarse que el fundamento jurídico internacional del MERCOSUR, que le permite desarrollarse como tal y lo exceptúa de extender los mayores beneficios que se otorgan los Estados Parte a otros países latinoamericanos e incluso de otras latitudes pero que también forman parte de la Organización Mundial de Comercio, es la inscripción del Tratado de Asunción de 26 de marzo de 1991 como un Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica -el ACE N°18- al amparo del Tratado de Montevideo de 1980 constitutivo de ALADI. Proceso de integración latinoamericano que -a su vez- permite la

sostenga la existencia de dos pilares complementarios al económico supera los objetivos fijados para este trabajo¹⁵, puede afirmarse la coexistencia de estos dos pilares complementarios. Más concretamente, uno atinente a Política Exterior y Seguridad Común y otro a Interior y Justicia¹⁶.

Centraremos nuestro análisis en el último de estos “pilares”.

3. EL PROTOCOLO DE SAN LUIS DE 1996

El *Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal*¹⁷ reconoce en sus considerandos que la cooperación en materia jurídica contribuye a profundizar la reciprocidad de intereses de los Estados Parte 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.

Su objeto radica en 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, la incautación, transferencia de bienes decomisados y otras medidas de naturaleza similar, aseguramiento de bienes a efectos del cumplimiento de sentencias judiciales que impongan indemnizaciones multas, etc.¹⁸.

Es decir, se prevé una amplia gama de actividades a desarrollarse en el ámbito del Estado requerido que de otra forma no sería posible llevar a cabo, ya que se violaría la actividad jurisdiccional por él desplegada. En cuyo caso, de no contarse con esta herramienta de cooperación, se verificaría una serie de consecuencias negativas en los Estados requirentes que obstaculizarían el buen funcionamiento de su aparato judicial.

Por su parte, no obstante la facultad discrecional que se otorga a los Estados para solicitar la asistencia en materia penal a otro Estado parte del MERCOSUR, se prevé que los Estados pueden rechazar la prestación de asistencia si el requerimiento se refiere a un delito militar,

formación de procesos de integración sub regionales en razón de su inscripción al amparo de la Cláusula de Habilitación aprobada en el marco de la Ronda de Tokio del GATT de 1979, que posibilita a los Estado en vía de desarrollo formar este tipo de asociaciones aun cuando no cumplan con los requisitos del art. XXIV del GATT, excepcionándose de aplicar el principio de no discriminación en sus dos variantes de trato nacional y nación más favorecida, establecido en el artículo I del GATT.

15 Tal como se sucedió en la UE a partir del Tratado de Maastricht de 1991 y hasta la entrada en vigencia el 1 de enero de 2009 del Tratado de Lisboa.

16 Sobre el particular se recomienda ampliar en DELUCA, Santiago. “El MERCOSUR necesita su Maastricht”. *Revista Pensar en Derecho*. 2012. n° 1. DELUCA, Santiago. “Es correcto hablar de un derecho penal del MERCOSUR?”. En *Derecho Penal Empresario*. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2010.

17 Suscripto en San Luis, Argentina, el 25 de junio de 1996, aprobado mediante CMC/Dec. N°2/96 y con vigencia desde el año 2000.

18 Artículo 2.

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 requerido¹⁹.

En cuanto al procedimiento a seguir, se establece una autoridad de aplicación única en cada Estado que centraliza los requerimientos de asistencia 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 delitos²⁰.

Al respecto cabe señalar que, si bien no resulta posible acceder a información específica relacionada a causas judiciales en trámite, desde el ámbito de la Procuración General de la Nación Argentina se ha puesto de manifiesto ya en 2007 que la totalidad de las solicitudes de asistencia y cooperación en materia penal cursadas por Estados miembros o asociados del MERCOSUR, son efectuadas sobre la base e invocación de los términos de este Protocolo²¹.

Dentro de las facultades otorgadas a los Estados requeridos, se destaca la vaguedad de los motivos por los cuales éstos pueden rechazar un pedido de asistencia concreto, así como el hecho de que las autoridades pueden postergar el cumplimiento de un pedido si, a su criterio, éste puede constituir un obstáculo a un proceso en curso²².

Por último, vale la pena poner de relieve que si bien especialistas en la materia se han expresado en favor de una cooperación judicial horizontal, que permitiría a los jueces y fiscales de los Estados Parte comunicarse directamente entre ellos con las ventajas que ello conlleva, en el Estado actual del proceso de integración ello no se observa como posible, principalmente y sin mencionar otros motivos, por el carácter intergubernamental que presenta el MERCOSUR²³.

4. EXTRADICIÓN EN EL MERCOSUR

Puede decirse con parte de la doctrina que la extradición es *“el acto por el cual un Estado entrega a un individuo a otro Estado que lo reclama, a objeto de someterlo a un juicio o a la ejecución de una pena”*²⁴, cuyo

19 Artículo 5.

20 Artículo 3 y 4.

21 Informe producido por la Procuración General de la Nación a solicitud de la Sub Comisión de Asuntos Penales de la Comisión del MERCOSUR de la Federación Argentina de Colegios de Abogados.

22 Artículo 9.

23 Intergubernamentalidad que surge del texto expreso del artículo 2 del Protocolo de Ouro Preto y que implica -ni más ni menos- la no delegación de competencias propias de los poderes públicos de los Estados hacia las instituciones u órganos del proceso de integración.

24 SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Act. por Guillermo J. Fierro. Buenos Aires: Editorial TEA, 1992, tomo I, p. 235.

Asimismo, FIERRO, Guillermo J. *“La ley penal y el derecho internacional”*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Tea, 1997, p. 614-616. Los autores, en forma concordante, llevan a cabo un minucioso repaso de las diferentes acepciones del instituto de la extradición efectuadas por la

objeto consiste en la entrega o traslado forzoso de una persona desde un territorio estatal a otro, fundado en la existencia de un tratado bilateral o multilateral, de una ley interna o de una convención internacional que imponen la obligación de extraditar, a causa de la presunta o cierta comisión anterior por parte de la persona requerida de una infracción punible cuyo juzgamiento o castigo es de competencia del Estado requirente²⁵.

El instituto de la extradición fue incluido en el marco normativo del MERCOSUR a partir de la aprobación de las CMC/Dec. N°14/98 y N°15/98²⁶.

Como ya hemos dicho en anterior oportunidad²⁷, ambas normas adoptan el sistema de cuantificación de la pena para la concesión de la extradición, previendo como límite que el delito sea punible en ambos Estados con una pena privativa de libertad cuyo máximo no sea inferior a dos años. Sin embargo, establecen que basta con que uno de los delitos cumpla con esta exigencia para que la extradición sea concedida por los demás²⁸.

En lo que hace a la opción que se otorga al ciudadano del Estado requerido para ser juzgado o cumplir condena en el país, se establece el principio general de la no invocabilidad de la nacionalidad, excepto cuando exista una cláusula constitucional que en forma expresa impida la remisión de sus súbditos. No obstante, en estos casos la decisión de dar curso al extrañamiento quedará en manos del Estado requerido (cláusula facultativa)²⁹.

Esta acertada cláusula permitirá a los países que vean impedida la extradición de sus nacionales por imposición constitucional, sortear este impedimento incluyendo en su orden jurídico interno normas que, por su carácter comunitario³⁰, admitirían hacer excepción a aquél principio constitucional, en virtud de las relaciones recíprocas que se crean entre las normas de uno y otro orden.

Por último, un dato curioso respecto de estas normas se presenta al analizar su aplicabilidad espacial, por cuanto prevén que el Acuerdo de extradición entrará en vigor, con relación a los dos primeros Estados

doctrina, tanto nacional como internacional.

25 Vid. FIERRO, Guillermo J. Op. cit., p. 616.

26 Ambas decisiones fueron firmadas en Río de Janeiro el 10 de diciembre de 1998 y regulan la extradición en el ámbito del MERCOSUR en forma idéntica. La primera entre los Estados Parte y la otra entre los Estados Parte, Bolivia y Chile.

27 Del CARRIL, Enrique; DELUCA, Santiago. "La Extradición en el Ámbito del MERCOSUR". Sup. Dcho. Penal. 2003, vol 11.

28 Artículo 2.1 y 2.3.

29 Artículo 11.1 y 11.2.

30 Si bien la cuestión de si el derecho del MERCOSUR es o no "derecho comunitario" resulta controvertida, consideramos que el derecho de la integración del MERCOSUR es un todo independiente diferente al derecho de los Estados Parte y en vías de consolidación, por lo cual no resulta correcto tratarlo como mera cooperación internacional aun cuando la cuestión terminológica pueda no ser la más exacta. Al respecto DELUCA, Santiago. *Unión Europea y MERCOSUR: efectos del Derecho Comunitario en las legislaciones nacionales*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal Culzoni.

Parte que lo ratifiquen, en un plazo de treinta días a contar de la fecha en que el segundo país deposite su instrumento de ratificación. Y, para los demás Estados Parte que lo ratifiquen, entrará en vigor el trigésimo día a partir del depósito de sus respectivos instrumentos de ratificación³¹.

La trascendencia de la metodología escogida para la aplicación de estas normas resulta del hecho de que contraría el sistema de vigencia simultáneo de las normas del MERCOSUR establecido por el Protocolo de Ouro Preto³², propio de todo esquema de integración de índole intergubernamental, habilitando a partir de entonces lo que se ha dado a conocer en el ámbito europeo como integración en distintas velocidades³³.

Es decir que hoy en día estas decisiones tienen plena operatividad sólo respecto de Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Paraguay y Uruguay que ya las han internalizado³⁴. No así para Argentina, que continúa aplicando el régimen de la Ley 24767 o los tratados bilaterales o multilaterales que la vinculan con sus socios del MERCOSUR, impidiendo la armonización y unificación normativa sobre la materia.

5. TRASLADO INTERNACIONAL DE CONDENADOS ENTRE LOS ESTADOS PARTE DEL MERCOSUR, BOLIVIA Y CHILE

Los Acuerdos de Traslados de Personas Condenadas entre los Estados Partes del MERCOSUR entre sí y entre éstos con la República de Bolivia y la República de Chile son instrumentos que poseen idéntico contenido y responden -literalmente- a la letra de la Dec. CMC N° 34/04. Además de cumplir en forma real con los compromisos asumidos por los Estados Parte de dar protección y fomento de los derechos humanos en toda la región³⁵.

Esta nueva normativa completa los esquemas de cooperación en materia penal ya existentes que unen a los Estados Parte en forma bilateral y simplifica la labor jurisdiccional, generando como pocas veces se ha visto en el MERCOSUR la tan anhelada armonización y asimilación legislativa³⁶.

31 Artículo 31.

32 Artículo 38 POP.

33 Característica propia de un esquema supranacional que dota al proceso de mayor dinamismo -entre otras cosas-. Igualmente, debemos lamentar que esta metodología no ha sido utilizada con posterioridad, a excepción de la llamada "*supranacionalidad atenuada*" empleada para la reorganización del Parlasur respecto de la cantidad de parlamentarios que posee cada Estado Parte. Aunque corresponde señalar que dicha similitud no resulta del todo idéntica en su formulación a la utilizada en las decisiones bajo análisis.

34 Chile incorporó a su legislación interna la decisión en 2012 y Ecuador por adhesión a partir del 30 de junio de 2008.

35 Voluntad que se reflejó expresamente en sus considerandos al sostener que la rehabilitación social del condenado es una finalidad *humanitaria*.

36 Aunque aún no sea posible referirse a la operatividad de las CMC/Dec. n°14/98 y n°15/98 que intentan regir las cuestiones atinentes a la extradición en el MERCOSUR.

Máxime cuando ellas, el traslado de condenados a sus países de origen y el Protocolo de San

La primera nota de interés que puede señalarse es que ya no es necesario remitirse a la ley interna para encontrar un marco regulatorio general que dé respuesta -obviamente parcializada- a los desfases existentes entre cada uno de los tratados especiales que unen a los Estados Parte en la materia, así como se diluyen las diferencias de trato que giraban en torno de los criterios de cooperación con los Estados según se aplicara una norma de derecho internacional específica o -ante su ausencia- el principio de reciprocidad.

Las demás notas se desprenden de sus estipulaciones específicas.

Así, se prevé un gran avance mediante la ampliación de las situaciones por las cuales se puede acceder al traslado. Anteriormente sólo se daba curso a los traslados para casos de condenas firmes y ejecutoriadas de privación de libertad³⁷. Como consecuencia de esta nueva normativa también se accede a él en casos de condena condicional o libertad condicional, anticipada o vigilada³⁸.

En cuanto a la parte faltante de la pena no puede ser inferior a 1 año para su procedencia, salvo acuerdo en contrario³⁹.

Se reafirma la necesidad de contar con el consentimiento y conocimiento de las condiciones legales por parte del condenado. Y se agrega la obligación para los Estados Parte de informar sobre el contenido de este Acuerdo a todo⁴⁰ condenado por sus tribunales y la posibilidad de que el Estado receptor verifique que el consentimiento y conocimiento en cada caso particular es tal, a fin de evitar situaciones anómalas que puedan ser -en realidad- expulsiones encubiertas unilaterales por voluntad del Estado sentenciador⁴¹.

Se recepta un criterio amplio y se acepta que el origen de la petición sea respecto de un nacional o residente legal y permanente del Estado receptor⁴².

Se unifica el criterio en la valoración del delito, correspondiéndole a ambos Estados el análisis en torno a la doble subsunción. No obstante, se establece que no debe atenderse para ello a las diferencias de denominación que puedan tener los delitos en cada Estado, la concordancia debe serlo en la substancia⁴³.

Se unifica también el criterio en torno a quién puede solicitar el traslado, facultándose a ambos Estados, al propio condenado o a tercera

Luis -con sus agregados- vendrían a representar desde el ámbito normativo del MERCOSUR lo que la Ley 24.767 representa en el ámbito interno de la República Argentina.

37 Tal como acontecía en Argentina por aplicación de las previsiones de la Ley 24.767 o de los tratados bilaterales y multilaterales.

38 Artículo 2, inciso 1, segundo párrafo.

39 Artículo 3, inciso 6.

40 La negrita es propia.

41 Artículo 3, inciso 2, artículo 4 y artículo 5, inciso 4.

42 Artículo 2 in fine.

43 Artículo 3, inciso 3.

persona en su nombre⁴⁴.

La facultad para denegar el traslado recae sobre ambos Estados; aunque dicha decisión debe ser fundada⁴⁵.

La pena continúa cumpliéndose conforme la Ley del Estado receptor y su revisión será facultad exclusiva del sentenciador⁴⁶.

Se mantiene la imposibilidad de investigar o procesar al condenado trasladado por hechos iguales, así como que los gastos del traslado corren por cuenta del Estado sentenciador hasta el momento de la entrega⁴⁷.

Se prevén también dos cláusulas que favorecen su aplicación y agilizan su trámite: la ausencia de necesidad de legalizaciones y la posibilidad de utilización de todo tipo de medios tecnológicos para la remisión de informes y documentación⁴⁸.

6. LOS DESAFÍOS QUE PLANTEA LA LUCHA CONTRA EL CIBERCRIMEN

Por su parte, la cuestión de la criminalidad informática viene generando profundos cambios en el ámbito de la asistencia judicial internacional. Por un lado, porque la ubicuidad de los delitos de base tecnológica dejan, muchas veces, perplejas a las jurisdicciones locales por la dificultad en la determinación de nociones que parecerían tan básicas como el lugar de ocurrencia del delito o las normas procedimentales para la obtención de la prueba.

Por el otro, porque la misma lógica de la Sociedad de la Información ha puesto en consideración nuevos actores en la investigación tecnológica de los delitos. Hoy día confluyen en la investigación del delito informático tanto los propios Estados a través de sus órganos judiciales y de seguridad como los actores privados que prestan servicios relacionados con internet y que, por sus características trascienden fronteras y jurisdicciones

En suma, circundando a la asistencia judicial internacional clásica -aquella que ocurre entre Estados Nacionales y/o organismos internacionales- se van sucediendo colaboraciones y entrecruzamiento de información para la investigación criminal provista a los órganos judiciales sin distinción de nacionalidad por parte de las prestadoras de servicios en internet (ESP) y de las prestadoras del servicio de internet (ISP).

Esta virtual asistencia internacional no se rige, como es obvio, por los convenios internacionales, sino que se va construyendo a partir

44 Artículo 5, inciso 1.

45 Artículo 8, inciso 1, segundo párrafo.

46 Artículo 10, incisos 2, 3 y 4 y artículo 11.

47 Artículo 8, inciso 3 y artículo 10, inciso 1.

48 Artículos 13 y 15. Ambas cláusulas se presentan en consonancia con los términos del artículo 2 inciso k del Protocolo de San Luis.

de manuales de buenas prácticas, guías de acción para fuerzas de la ley (Law Enforcement Guidelines) propuestas por las compañías de internet a partir de la propia interpretación de las normas locales que las obligan e, incluso, por relaciones interpersonales que generan vínculos de confianza entre las empresas y las instituciones.

En este marco algo caótico y en constante evolución, el papel de los organismos internacionales resulta fundamental ya que son los únicos capaces de generar practicas uniformes que vinculen a los Estados y, principalmente, provean a los particulares de un marco normativo que les dé previsibilidad y los proteja de eventuales consecuencias jurídicas (incluso penales) en las que hoy día pueden recaer por estar lidiando con una infinidad de sistemas jurídicos diferentes⁴⁹.

Quizás el esfuerzo más logrado para conseguir esta armonización se haya alcanzado en el ámbito europeo a partir de la Convención de Budapest⁵⁰ y el protocolo de Lanzarote. Puesto a consideración de los Estados Miembro el 23 de noviembre de 2001 por el Consejo de Europa, este convenio tiene la particularidad de que fue abierto a la firma de cualquier país del mundo⁵¹.

Y si bien este modelo, inédito, parecería desdibujar el sistema de homogeneización normativa que ejercen los órganos de la Unión Europea, esta opción parece acertada teniendo en cuenta que, como se dijo, el problema de la cibercriminalidad se resiste a ser enmarcada en límites territoriales, aunque sea tan extenso como la misma Europa.

Por otra parte, la Convención de Budapest se enmarca en la práctica usual en estos tiempos en lo que hace a instrumentos bilaterales para la lucha contra algún tipo de criminalidad. En su primera parte establece un glosario de definiciones a utilizar⁵², para luego proponer figuras penales específicas⁵³ que, como es común en estos instrumentos, sirven tanto como modelo normativo para los países firmantes como también suplen para la doble subsunción en los supuestos que esta sea exigida por los órdenes nacionales de los Estados⁵⁴.

A continuación, establece mecanismos de colaboración internacional, las pautas tradicionales para la determinación de la jurisdicción de los delitos y, por fin, la base jurídica para la asistencia internacional y la extradición⁵⁵.

Hasta el momento este instrumento es el único en la materia que se encuentra vigente, aunque otros órdenes internacionales como la

49 SCHIFF BERMAN, Paul. "From International Law to Law and Globalization". *Columbia Journal of Transnational Law*, 43, p. 485.

50 DÍAZ GÓMEZ, A. "El delito informático, su problemática y la cooperación internacional como paradigma de su solución: El Convenio de Budapest". *REDUR* 8, 2010, p. 169-203.

51 Artículos 37 y 38.

52 Capítulo 1.

53 Capítulo 2, sección 1.

54 Artículo 24.

55 Capítulo 1, sección 2, capítulo 1, sección 3 y capítulo 3 respectivamente.

Organización de los Estados Americanos o la propia Naciones Unidas están realizando ingentes esfuerzos para la elaboración de convenios similares. En las Naciones Unidas, por ejemplo, se aprobó el capítulo relacionado con el cibercrimen en el marco de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen (UNODC, por sus siglas en inglés), que se encuentra en plena búsqueda de consensos para celebrar un convenio de estas características. Por su parte, la OEA ha generado la Estrategia Interamericana Integral para Combatir las Amenazas a la seguridad cibernética⁵⁶ que ha puesto el tema en agenda en el ámbito interamericano.

7. EL CIBERCRIMEN Y EL MERCOSUR

En lo que hace al tema que nos ocupa, esto es el MERCOSUR, si bien no existe un proyecto de elaboración de un instrumento internacional similar, se han planteado interesantes propuestas para la coordinación y cooperación en cuestiones de cibercrimen y ciberseguridad.

Recientemente, en el Comunicado Conjunto de los Presidente de los Estados Parte del MERCOSUR⁵⁷ se destacó la importancia de las Reuniones de Autoridades sobre Privacidad y Seguridad de la Información del MERCOSUR para la proposición de políticas e iniciativas comunes en el área de seguridad cibernética, la privacidad, la protección de los datos personales, la confianza en el uso de Internet, la prevención y el combate al cibercrimen, mediante estrategias y políticas de promoción de la coordinación local y regional respetando las particularidades de los Estados Parte. Esta reunión, denominada RAPRISIT, si bien tiene características más técnicas que jurídicas, viene haciendo importantes contribuciones para la planificación de una estrategia conjunta en materia de seguridad informática y combate contra el cibercrimen.

Sería deseable que este órgano tomara definitivo protagonismo en el análisis de la normativa de los Estados Parte con el objeto de determinar si éstas alcanzan los estándares deseados en materia de protección de datos personales.

Otra vez aquí, el ejemplo de la experiencia europea es encomiable. Mediante la directiva Directiva 95/46/CE se establecieron los presupuestos mínimos para el tratamiento de datos personales, que establece un mínimo común para los países miembros. Además, establece un procedimiento de control para terceros países en el caso de trasmisión de datos fuera del contexto europeo⁵⁸.

⁵⁶ AG/RES. 2004 (XXXIV-O/04).

⁵⁷ Suscripta en la Ciudad de Asunción el 21 de diciembre de 2015, en ocasión de la XLIX Reunión Ordinaria del Consejo del Mercado Común.

⁵⁸ Artículo 25. Principios: 1. Los Estados miembros dispondrán que la transferencia a un país tercero de datos personales que sean objeto de tratamiento o destinados a ser objeto de

Este procedimiento, conocido comúnmente como de “puerto seguro” (safe harbour) ha demostrado ser un interesante control sobre el tratamiento de los datos personales tanto para adentro como afuera de Europa⁵⁹.

Pero más allá de estas promisorias noticias y si bien, como se dijo, no existe un ámbito ni un instrumento específico para cuestiones relacionadas con la cibercriminalidad, los tratados referidos cuentan con herramientas que pueden responder a las exigencias planteadas en la lucha contra esta problemática.

Más arriba se hizo mención a estos instrumentos y su operatividad dentro del MERCOSUR, por lo que resultaría reiterativo insistir en ello. Sin embargo, en lo que hace a este tipo de delitos donde la velocidad en que ocurren los hechos y la volatilidad de la prueba exigen respuestas inmediatas y eficaces, si bien los instrumentos de asistencia mutua en asuntos penales del MERCOSUR, como la mayoría de los instrumentos de la materia, no tienen referencias expresas a la prueba digital, la viabilidad de la medida de colaboración puede encuadrarse en la posibilidad de requerir documentos u otros elementos de prueba⁶⁰.

En definitiva, la cuestión de lo que podríamos denominar el “ciberderecho” se encuentra aún en sus primeros albores y los órdenes jurídicos nacionales no alcanzan a generar una legislación comprensiva y adecuada de estas nuevas realidades⁶¹. Esto responde básicamente a que, por su naturaleza, las nuevas tecnologías y la Sociedad de la Información exceden la lógica de los Estados, circunscriptos en límites geográficos bien determinados donde pueden -solo dentro de ellos-

tratamiento con posterioridad a su transferencia, únicamente pueda efectuarse cuando, sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones de Derecho nacional adoptadas con arreglo a las demás disposiciones de la presente Directiva, el país tercero de que se trate garantice un nivel de protección adecuado.

2. El carácter adecuado del nivel de protección que ofrece un país tercero se evaluará atendiendo a todas las circunstancias que concurran en una transferencia o en una categoría de transferencias de datos; en particular, se tomará en consideración la naturaleza de los datos, la finalidad y la duración del tratamiento o de los tratamientos previstos, el país de origen y el país de destino final, las normas de Derecho, generales o sectoriales, vigentes en el país tercero de que se trate, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países.

3. Los Estados miembros y la Comisión se informarán recíprocamente de los casos en que consideren que un tercer país no garantiza un nivel de protección adecuado con arreglo al apartado 2.

4. Cuando la Comisión compruebe, con arreglo al procedimiento establecido en el apartado 2 del artículo 31, que un tercer país no garantiza un nivel de protección adecuado con arreglo al apartado 2 del presente artículo, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para impedir cualquier transferencia de datos personales al tercer país de que se trate.

59 Respecto de la República Argentina, se consideró que “garantiza un nivel adecuado de protección por lo que respecta a los datos personales transferidos desde la Comunidad” mediante la decisión C(2003)1731.

60 Artículo 2 inc. h y artículo 23 del Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales del MERCOSUR.

61 SUZOR, Nicolas. “The role of The Rule of Law in Virtual Communities”. *Berkeley Technology Law Journal*, vol 25, 1817.

imponer sus exigencias jurídicas⁶².

De allí que, como se dijo, las regulaciones internacionales de los fenómenos relacionados con las tecnologías de la información exigen un ámbito más amplio para su aplicación.

CONCLUSIONES

De lo dicho puede sostenerse que la normativa MERCOSUREña, junto con la generalidad de la normativa internacional, no posee hasta el día de hoy un marco específico para hacer frente a la realidad cada vez más extendida del cibercrimen.

Sin embargo, por un lado, los instrumentos de asistencia judicial mutua en asuntos penales se presentan como herramientas útiles -aun con el acotado alcance que revisten- para paliar esta ausencia.

Se verifica una creciente preocupación en los órganos centrales del MERCOSUR para asumir esta conflictividad y, en ese sentido, anhelamos la generación de un marco normativo adecuado para hacerle frente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Del CARRIL, Enrique; DELUCA, Santiago. “La Extradición en el Ambito del MERCOSUR”. *Sup. Dcho. Penal*. 2003, vol 11.

DELUCA, Santiago. “El MERCOSUR necesita su Maastricht”. *Revista Pensar en Derecho*. 2012. n° 1.

DELUCA, Santiago. “El MERCOSUR tras la suspensión de Paraguay y el ingreso de Venezuela: ponderación del Laudo TPR N°1/2012”. *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*. 2013, n° 16.

DELUCA, Santiago. “Es correcto hablar de un derecho penal del MERCOSUR?”. En *Derecho Penal Empresario*. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2010.

DELUCA, Santiago. *Unión Europea y MERCOSUR: efectos del Derecho Comunitario en las legislaciones nacionales*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal Culzoni.

DELUCA, Santiago. *Unión Europea y MERCOSUR: los efectos del derecho comunitario sobre las legislaciones nacionales*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.

DÍAZ GÓMEZ, A. “El delito informático, su problemática y la cooperación internacional como paradigma de su solución: El Convenio de Budapest”. *REDUR* 8, 2010, p. 169-203.

DIBUR, José Nicasio; DELUCA, Santiago. *Extradiciones: tratados y*

62 ZITTRAIN, Jonathan. “Be Careful What You Ask For: Reconciling a Global Internet and Local Law”. Harvard Law School Public Law, Research Paper No. 60, <http://ssrn.com/abstract_id=395300>

convenios. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2006.

FIERRO, Guillermo J. *La ley penal y el derecho internacional*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Tea, 1997.

FLOREAL GONZÁLEZ, Flavio. "MERCOSUR: un orden jurídico debilitado y dispar. La necesidad de un cambio". En *LL*, año 54, n° 61, p. 2.

JARDEL, Silvina; BARRAZA, A. *MERCOSUR: aspectos jurídicos y económicos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.

KLEIN VIEIRA, Luciane. "La reforma de las constituciones de los Estados Partes del MERCOSUR". En *LL*. 25 de julio de 2012, p. 4-7.

MANGAS MARTÍN, Araceli, LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. *Instituciones y derecho de la Unión Europea*. 2ª ed. sl: McGraw-Hill, 1999.

PEROTTI, Alejandro. *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*. sl: Fundación Konrad Adenauer, 2004.

SAN MARTINO DE DROMI, María Laura. *De la nueva historia del Derecho. A propósito del objeto, método y fuentes del Derecho del MERCOSUR*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.

SCHIFF BERMAN, Paul. "From International Law to Law and Globalization". *Columbia Journal of Transnational Law*, 43, p. 485.

SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Act. por Guillermo J. Fierro. Buenos Aires: Editorial TEA, 1992, tomo I.

SUZOR, Nicolas. "The role of The Rule of Law in Virtual Communities". *Berkeley Technology Law Journal*, vol 25, 1817.

ZITTRAIN, Jonathan. "Be Careful What You Ask For: Reconciling a Global Internet and Local Law". *Harvard Law School Public Law, Research Paper*, n° 60. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract_id=395300>

RESUMEN BIOGRÁFICO

Santiago Deluca es Abogado y Doctor en Derecho. Especializado en Derecho de la Competencia, Estudios Internacionales, Administración y Gestión de Instituciones Públicas. Profesor universitario. Preside la Asociación de Estudios de Integración -AdEI. Autor de libros y artículos de la especialidad. Secretario del TPR, en el período 2008-2011. Desde 2012 ejerce como abogado en comercio internacional, aduanas y arbitrajes. Ejerce la Coordinación Penal de la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación.

Enrique del Carril es Abogado y Magíster en Magistratura y Derecho Judicial. Director del Cuerpo de Investigaciones Judiciales del Ministerio Público Fiscal de Buenos Aires. Profesor grado y posgrado en derecho constitucional, delitos informáticos y nuevas tecnologías. Premio La

Ley al fortalecimiento del Poder Judicial y Premio del National Center for Missing & Exploited Children de los EUA por sus aportes a la lucha contra la pornografía infantil en internet.

NECESIDAD DE PROFUNDIZACIÓN DE LA COOPERACIÓN JURISDICCIONAL INTERNACIONAL Y EL RECONOCIMIENTO DE LOS FALLOS EXTRANJEROS EN EL ÁMBITO INTERAMERICANO

NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DA COOPERAÇÃO JURISDICCIONAL INTERNACIONAL E O RECONHECIMENTO DOS FALHOS ESTRANGEIROS NO ÁMBITO INTERAMERICANO

*Eduardo Tellechea Bergman**

Resumen: *El incremento contemporáneo de los litigios suscitados en torno a las relaciones privadas internacionales y consecuentemente de los casos de cooperación jurisdiccional internacional en sus distintos niveles o grados y de reconocimiento de sentencias extranjeras, impone la necesidad de actualizar y profundizar las soluciones hoy vigentes a nivel continental con miras a una mejor realización transnacional de la justicia.*

Resumo: *O incremento contemporâneo dos litígios suscitados em torno às relações privadas internacionais e consequentemente dos casos da cooperação jurisdiccional em seus distintos níveis e de reconhecimento de sentenças estrangeiras impõe a necessidade de atualizar e aprofundar as soluções hoje vigentes a nível continental com miras a uma melhor realização transnacional da justiça.*

Palabras clave: Cooperación jurisdiccional internacional, Reconocimiento de sentencias extranjeras, Jurisdicción internacional indirecta, Jurisdicción internacional exclusiva

Palavras-chave: Cooperação jurídica internacional, Reconhecimento das sentenças estrangeiras, Jurisdição internacional indireta, Jurisdição internacional exclusiva

* Universidad de la República, Uruguay.
E-mail: comitasgentiumhuber@gmail.com
Recibido: 16/06/2017. Aceptado: 01/09/2017.

1. INTRODUCCIÓN

La cooperación jurisdiccional internacional, actividad procesal desplegada en un Estado al servicio de un proceso tramitado o a tramitarse en otro, tradicionalmente ha sido fundada en la reciprocidad, la conveniencia o la *comitas gentium*¹, asentándose hoy en una práctica creciente entre las naciones que responde a la preocupación que la justicia no resulte frustrada por fronteras nacionales que se erijan en obstáculos a su realización². En tal sentido Alcalá Zamora advertía hace más de medio siglo, con palabras que aún conservan plena vigencia: “el progreso incesante de los medios de comunicación y las cada día mayores relaciones mercantiles entre las naciones del mundo, son factores que contribuyen a fomentar y aún a exigir la cooperación entre los distintos Estados de la tierra”³. Los Principios de ASADIP sobre Acceso Transnacional a la Justicia (en adelante Principios de ASADIP), aprobados en su redacción actual en ocasión de las X Jornadas de ASADIP de Buenos Aires de noviembre de 2016, disponen coincidentemente en el Capítulo 4, “Cooperación interjurisdiccional”, artículo 4.1, “La cooperación interjurisdiccional es un deber ineludible de los Estados, no solamente en la realización de actos de mero trámite como las notificaciones y citaciones, sino también en todos aquellos actos o medidas necesarias para la consecución de los fines del proceso, incluyendo la cooperación cautelar así como la identificación, conservación y producción de pruebas”⁴.

1 Noción que en su origen, en el siglo XVII, Ulrico Huber le atribuyera un sentido más profundo que el de mera cortesía internacional, fundándola en el interés común y la convención tácita entre las naciones. MEIJERS, Eduard Mauritz. “L’histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir de Moyen Age spécialement dans l’Europe occidentale. En: *Recueil des Cours. Académie de Droit International*. 1933, vol 49, III, p. 543-686.

2 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “Dimensión judicial del caso privado internacional. Análisis de la cooperación de mero trámite, probatoria y cautelar en el ámbito interamericano y del Mercosur. En: *XXXIV Curso de Derecho Internacional*. Washington: Organización de Estados Americanos. Comité Jurídico Interamericano, 2007, p. 221-222. En conformidad, SENTÍS MELENDO, Santiago. “El auxilio entre jueces de distinta jurisdicción”. *La Ley*. 1956, n° 48, p. 70. Ídem, MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Derecho Internacional Privado*, 8ª. ed. Madrid: ATLAS, 1978, p. 499 y ss.; ARAÚJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado - Teoria e Prática Brasileira*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 266-267; GASPARD, Renata Alvarez y KLEIN, Luciane. “La cooperación jurídica internacional en Brasil: especial referencia al diálogo entre el DIPr. autónomo y convencional y los derechos humanos”. En: MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio y MARQUES, Claudia Lima (ed.). *Los servicios en el Derecho Internacional Privado. Jornadas de la ASADIP 2014*. Porto Alegre - Asunción: Gráfica e Editora RJR, 2014, p. 191-217.

3 Palabras citadas por CAPPELLETTI, Mauro. “Riconoscimento delle sentenze straniere e basi idiologiche della interpretazione giuridica”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. 1975, vol 3, n° 22/23, p.33.

4 En igual sentido, SCOTTI, Luciana. “El acceso a la justicia en el Derecho Internacional Privado argentino: nuevas perspectivas en el Código Civil y Comercial de la Nación”. En: *El acceso a la justicia en el derecho internacional privado - Jornadas de ASADIP* (2015, Asunción).

2. LAS SOLUCIONES CLÁSICAS

El auxilio jurídico internacional alcanza importantes desarrollos en la región ya en la segunda mitad del siglo XIX.

El Tratado de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1889⁵ en el Título III, “Del cumplimiento de los exhortos, sentencias y fallos arbitrales”, prevé soluciones pioneras para la época, tales, las resultantes del artículo 5, que realiza una prolija enumeración de los requisitos que las sentencias extranjeras deben cumplir para su reconocimiento y del artículo 10, que expresamente contempla los exhortos que “refieran a embargos”⁶, permitiendo de este modo el surgimiento de una jurisprudencia que en el caso de Uruguay, hizo posible un progresivo diligenciamiento de las solicitudes de cooperación cautelar rogadas por los tribunales de otros Estados Partes. El Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1889 también legisló sobre asistencia cautelar internacional en el Título X, “De las falencias”, artículos 37 y 38.

En el marco uruguayo - argentino la cooperación jurídica se afianza en los albores del siglo veinte con la firma en Montevideo, el 7.9.1903, del Convenio Ampliatorio del Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1889, en vigor desde el 4.10.1907, por canje de instrumentos de ratificación efectuado en Buenos Aires. Acuerdo que adelanta soluciones que textos continentales y regionales recién acogerían décadas más tarde. Tales, la exclusión en el artículo 1 del requisito de la legalización para acreditar la autenticidad de los exhortos transmitidos vía diplomática o consular, exigido genéricamente por el artículo 3 del Tratado de 1889, y la consagración de la gratuidad en la tramitación de las rogatorias libradas de oficio, artículo 3. Gratuidad que recién sería recibida más de setenta años después por el Protocolo

5 El Tratado fue ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay; Colombia adhirió. Actualmente varias de sus disposiciones han sido sustituidas entre los Estados Partes por regulaciones posteriores. Argentina, Paraguay y Uruguay aprobaron el Tratado de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1940 y posteriormente pasaron a ser Partes, al igual que Colombia y Perú, de las Convenciones Interamericanas de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y Recepción de Pruebas en el Extranjero y de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares y Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros y el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias. Argentina y Uruguay también son Partes del Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero. Bolivia ratificó las Convenciones sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. La cooperación judicial internacional y el reconocimiento de los fallos extranjeros entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay hoy se presta en aplicación de los Protocolos [del MERCOSUR] de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional, Decisión CMC 05/92 y de Ouro Preto de Medidas Cautelares, Decisión CMC 27/94.

6 Cabe recordar que en el Congreso de Montevideo de 1888-1889, el Miembro Informante, Dr. Gálvez, Delegado de Perú, al explicar el contenido del artículo 10 señaló expresamente: “en este artículo se estatuye que cuando los exhortos o cartas rogatorias contengan comisiones de trascendencia, como son las de *practicar embargos...*”, *Actas de los Tratados de Montevideo de 1889*, p. 337.

Adicional de Montevideo de 1979 a la Convención Interamericana de Panamá de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, artículo 5⁷.

El Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940, aprobado por Argentina, Paraguay y Uruguay, respecto a su precedente de 1889, excluye a nivel multilateral la exigencia de la legalización en relación a las rogatorias transmitidas vía diplomática o consular, artículo 11, párrafo final; desarrolla la cooperación cautelar internacional, artículos 12 a 14, sólo contemplada de manera proteica por el anterior Tratado, constituyendo un valioso y directo antecedente de la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, legislando también sobre la materia en el Título IV, “Del concurso civil de acreedores”, artículos 18 y 19; y prevé además procedimientos específicos aplicables tanto a la ejecución de las sentencias y fallos arbitrales extranjeros y a aquellos emanados de tribunales internacionales, artículo 7, cuanto a los casos en que se trate de hacer valer como prueba la autoridad de cosa juzgada del fallo foráneo, artículo 9. El Tratado de Derecho Comercial Terrestre de 1940, vigente entre los mismos países que el de Derecho Procesal, al igual que su similar de 1889, también contempla la cooperación cautelar internacional, Título VIII, “De las quiebras”, en especial, artículos 43 y 44.

3. REGULACIONES ACTUALES A NIVEL CONTINENTAL Y REGIONAL

Pluralidad de variables intervinientes entre las que destacan el desarrollo de los medios de comunicación en sus distintas modalidades y una creciente flexibilización de las fronteras nacionales consecuencia de proceso de integración y de la globalización, más allá de dificultades puntuales, han coadyuvado en las últimas décadas a una acentuada internacionalización de la vida humana, ámbito en el que destaca el crecimiento cuasi exponencial registrado por las relaciones privadas internacionales⁸. Panorama determinante de un significativo incremento de litigios suscitados en torno a dichas relaciones y consecuentemente de casos de cooperación judicial intencional y reconocimiento de fallos extranjeros⁹, constituyendo dichas

7 El artículo 5 del Protocolo Adicional de Montevideo a la Convención Interamericana de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, así como el artículo 6 del Protocolo Adicional de La Paz a la Convención Interamericana de 1975 sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, supusieron un importante avance respecto a lo que preveían las referidas Convenciones que ponían las costas y demás gastos originados en el cumplimiento de las rogatorias a cargo de los interesados, respectivamente, artículos 12 y 7. El principio de gratuidad en la tramitación de los exhortos es recibido con amplitud en el ámbito del Mercosur por el Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional, Decisión CMC 05/992, artículo 15.

8 En coincidencia, FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. *Jurisdicción Internacional en Materia Contractual*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995, p. 25 y ss.

9 TELLLECHEA BERGMAN, Eduardo. *Derecho Internacional Privado*. Montevideo: La Ley, 2010, p. 3 y 4; ídem, entre otros, SCOTTI Luciana B Op. cit., p. 213-214.

cuestiones una de las áreas más relevantes del actual DIPr.¹⁰

Consecuencia de dicha realidad, así como de desarrollos convencionales a nivel interamericano y regional, se constata actualmente entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay un notorio incremento de la cooperación judicial internacional regulada por las Convenciones Interamericanas vigentes en la materia y los Protocolos del Mercosur. Regulaciones entre las que corresponde resaltar, por su importancia, las Convenciones Interamericanas de Panamá de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatoria y Recepción de Pruebas en el Extranjero y de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares y Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, cuyas soluciones son profundizadas en distintos aspectos por los acuerdos alcanzados en el Mercosur por los Protocolos de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional, Decisión CMC 05/92 y de Ouro Preto de Medidas Cautelares, Decisión CMC 27/94. Textos que procuraron atender necesidades emergentes del proceso de integración tomando en consideración lo previsto por las propias Convenciones Interamericanas¹¹, lo que permitió asegurar entre los países de la zona la prestación del espectro total del auxilio jurisdiccional internacional¹², pues a nivel interamericano Brasil es Estado Parte de las Convenciones sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, pero no de aquellas sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero y Cumplimiento de Medidas Cautelares.

En Uruguay como consecuencia de la aplicación de las citadas regulaciones interamericanas y regionales, se transmiten actualmente a través de la Autoridad Central miles de exhortos al año con los países del área. Asistencia jurisdiccional internacional a la que corresponde añadir un volumen igualmente significativo proveniente de la aplicación del Código General del Proceso, en adelante CGP, que atiende en defecto de tratado o convención el auxilio jurisdiccional y el reconocimiento de los fallos extranjeros¹³, Libro Segundo, Título X, “Normas Procesales Internacionales”, Capítulos: I. “Normas Generales”; II. “De la Cooperación Judicial Internacional”; III. “De la Cooperación

10 FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. “Propuestas para una evolución deseable del problema de la competencia judicial internacional”. En: OYARZÁBAL, Mario J.A. (Ed.). *Derecho procesal transnacional. Homenaje al Profesor Dr. Gualberto Lucas Sosa*. Buenos Aires: Ed. Ábaco, 2012, p.142.

11 Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, artículo 14. “Los Estados Partes que pertenezcan a sistemas de integración económica podrán acordar directamente entre sí procedimientos y trámites más expeditos que los previstos en esta Convención. Estos acuerdos podrán se extendidos a terceros Estados en la forma que resolvieren las partes”; ídem, Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, artículo 17.

12 Ver, TELLECHEA BERGMAN, Op. cit., p. 211- 260.

13 CGP, artículo 524, “Normas aplicables”, “En defecto de tratado o convención, los tribunales de la República deberán dar cumplimiento a las normas contenidas en el presente Título”.

Judicial Internacional en Materia Cautelar”; y IV. “Del Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Extranjeras”, artículos 524 a 543¹⁴.

4. DESARROLLOS PROPUESTOS

El incremento contemporáneo a nivel interamericano de la asistencia jurisdiccional internacional en sus distintos niveles impone la actualización de las regulaciones vigentes, a través de posibles y necesarios desarrollos.

4.1. Propuestas en materia de cooperación internacional de mero trámite y probatoria

La experiencia resultante de la aplicación de las Convenciones Interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y Recepción de Pruebas en el Extranjero, ambas con alto número de Estados Partes, permite constatar la necesidad de perfeccionar y profundizar algunas de sus soluciones¹⁵, tales:

4.1.1. Ampliación del ámbito material en el que los Estados se obligan a prestar cooperación

Ambas Convenciones, artículos 2, sólo comprometen auxilio en materia civil y comercial, previendo la posibilidad que los Estados puedan formular declaraciones ampliando su alcance a lo laboral, contencioso administrativo y penal, Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, artículo 16; Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, artículo 15. Opción que pocos países han ejercido, más allá que en la práctica algunos brinden asistencia jurisdiccional respecto a un elenco más extenso de temas. A nivel del Mercosur, el Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional contempla la cooperación de mero trámite y probatoria de manera más amplia, pues sin necesidad de declaración de los Estados abarca además del ámbito civil y comercial, el laboral y el administrativo [contencioso administrativo], Capítulo IV,

¹⁴ Las disposiciones del Título, “Informe” de los autores del Proyecto del Título X, “Normas Procesales Internacionales”, Profesores Doctores Opertti y Tellechea, a la Comisión Redactora del Código conformada por los Profesores Doctores Gelsi Vidart, Véscovi y Torello, buscaron asegurar un tratamiento homogéneo de la cooperación jurídica internacional y el reconocimiento de las sentencias extranjeras ante ausencia de regulaciones convencionales tomando en consideración y profundizando, en algunos casos, las soluciones consagradas a nivel interamericano, así, en materia de apreciación de la jurisdicción internacional como requisito para el reconocimiento del fallo extranjero, artículo 539.1.4.

¹⁵ Al respecto, TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “Desarrollos necesarios en el ámbito interamericano en materia de condición procesal del litigante extranjero y asistencia judicial internacional”. En: *Liber Amicorum Jürgen Samtleben. Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*. Max Plank Institute Fur Ausländisches Und Internationales Privatecht. Montevideo: FCU, 2002.

“Cooperación en Actividades de Mero Trámite y Probatorias”, artículo 5.

La consolidación de la asistencia jurisdiccional internacional a nivel continental impone contemplar a texto expreso el compromiso de los Estados a brindar auxilio en el ámbito laboral y contencioso administrativo, así como prever su prestación en cuestiones de familia y minoridad, materias en las que sin perjuicio de ser atendida la cooperación internacional en aspectos puntuales por regulaciones convencionales específicas¹⁶, la complejidad y variedad de los casos vinculados a las mismas torna imprescindible asegurar su prestación de modo general.

4.1.2. Propuestas referidas a la transmisión de exhortos

a) Extensión explícita a la cooperación probatoria de las distintas vías previstas por la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias

Mientras que la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias contempla las vías diplomática o consular, autoridad central, judicial y particular, artículo 4, a las que añade la comunicación directa entre jueces de frontera, artículo 7, la Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, artículo 11, sólo prevé los procedimientos diplomático o consular, autoridad central y judicial. Vías que entre los Estados Partes de ambas Convenciones corresponde ampliar a todas las demás enumeradas por la Convención sobre Exhortos, cuanto que la de Recepción de Pruebas en el artículo 14 dispone:

Esta Convención no restringirá las disposiciones de convenciones que en materia de exhortos o cartas rogatorias sobre la recepción u obtención de pruebas hubieran sido suscriptas o se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral entre los Estados Partes, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieran observar en la materia.

Y, precisamente, la Convención de Exhortos en el artículo 2.b, salvo reserva al respeto, comprende la recepción y obtención de pruebas y todos los Estados Partes de la Convención de Exhortos¹⁷ lo son también de la de Recepción de Pruebas.

b) Recepción de diferentes vías para la transmisión de exhortos en el ámbito del Mercosur

¹⁶ Tales, las Convenciones Interamericanas de Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias y sobre Restitución Internacional de Menores.

¹⁷ Excepto República Dominicana, que es Parte de la Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero pero no de la de Exhortos o Cartas Rogatorias.

El Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional si bien únicamente refiere a la autoridad central, artículos 2 y 5, con finalidad de ponerla en efectivo funcionamiento en la región, pues al momento de su aprobación sólo operaba en Argentina y Uruguay, en puridad no excluye las demás vías previstas por la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias de la que son Partes los cuatro Estados que han ratificado el Protocolo, por lo que corresponde concluir en la pertinencia de las mismas. En tal sentido el artículo 35 del texto de Las Leñas dispone: “El presente Protocolo no restringirá las disposiciones de las convenciones que sobre la misma materia hubieran sido suscriptas anteriormente entre los mismos Estados en tanto no lo contradigan”, y la posibilidad de empleo de pluralidad de medios para la transmisión de las solicitudes de auxilio internacional no sólo no contradice, sino que se inscribe en los objetivos enunciados por el Preámbulo del Protocolo: “promover e intensificar la cooperación” a través de “la adopción de instrumentos comunes que consoliden la seguridad jurídica”. En coincidencia, la Enmienda al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del Mercosur, Decisión CMC 07/02¹⁸ y el Acuerdo [espejo] de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, Decisión CMC 08/02¹⁹, expresamente admiten la multiplicidad de vías y en relación a la aplicación de disposiciones contenidas en anteriores convenciones establecen con mayor precisión que el texto que les precediera, artículo 35, “El presente acuerdo no restringirá las disposiciones de las convenciones que sobre la misma materia hubieren sido suscriptas anteriormente entre los Estados Partes, en tanto sean más beneficiosas para la cooperación”. Asimismo debe tenerse presente que el Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares, Decisión CMC 27/94, artículo 19, vigente entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, consagra con amplitud distintos procedimientos para la transmisión de rogatorias en un nivel de asistencia sensiblemente más complejo como es el cautelar y contempla, inclusive, la posibilidad de comunicación directa entre jueces de zonas de frontera, párrafo cuarto del artículo 9, por lo que no existe razón lógica para excluir la aplicación de estos modos respecto a auxilios de menor grado. La interpretación propuesta, favorable a la prestación de la asistencia jurisdiccional internacional así como a asegurar la realización de la justicia más allá de los límites de los Estados, es coincidente con la posición a la que arribaran las doctrinas

18 La Enmienda ha sido aprobada por Argentina, Brasil y Paraguay, no estando aún vigente.

19 El Acuerdo se encuentra vigente entre Argentina, Brasil, Paraguay, Chile y Ecuador, que adhirió el 30.6.2002.

de Argentina y Uruguay²⁰ en ocasión del XXV Congreso Argentino de Derecho Internacional, Sección de Derecho Internacional Privado, La Plata 26 y 27 de septiembre de 2013, que abordara el tema a partir de valioso relato de la Profesora Dra. María Blanca Noodt Taquela, referido a la “Aplicación de la norma más favorable a la cooperación judicial internacional”, concluyendo por unanimidad: “1.2. En caso de pluralidad de fuentes en principio aplicables y sin perjuicio de las normas de compatibilidad del derecho de los tratados en lo que fueren pertinentes, se deberá aplicar la norma más favorable a la cooperación judicial internacional” y “1.3. En particular la cooperación puede prestarse con el recurso a normas de distintas fuentes con arreglo a los métodos del Derecho Internacional Privado y a principios generales aceptados en la materia”. Conceptos acogidos por los Principios de ASADIP, que en el Capítulo 1, “Disposiciones y principios generales”, artículo 1.2, consagran el aforismo *in dubio pro cooperationis*, agregando que “los operadores jurídicos deben orientarse al favorecimiento de la cooperación jurídica internacional”.

El interés de facilitar la cooperación jurídica internacional torna conveniente legislar de manera explícita la pertinencia de la multiplicidad de vías para la transmisión de las rogatorias, evitando de este modo tener que recurrir a interpretaciones más o menos complejas para permitir al justiciable optar por uno u otro medio.

c) Propuestas atinentes a vías específicas de transmisión de los exhortos

c.1) Propuestas referidas a la vía autoridad central

Las autoridades centrales en tanto organismos especializados en DIPr. y cooperación jurisdiccional internacional, transmiten actualmente la mayoría de los exhortos entre los países de la región, superando de este modo el encadenamiento burocrático, cuasi kafkiano, resultante de la vía diplomática o consular. Vía que con frecuencia ha supuesto un serio obstáculo a la realización de la justicia, pues su complejo funcionamiento insume usualmente varios meses.

Las autoridades centrales, previstas por las Convenciones de La Haya de 1965 sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales o Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial y de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial, son recibidas a nivel interamericano a partir de las

²⁰ En el Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y en las Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional Privado celebradas en la Plata el 25.9.2013, que lo precedieran, participaron por Uruguay además del autor, los colegas Profs. Drs. Didier Opertti y Cecilia Fresnedo de Aguirre.

Convenciones de 1975 de Panamá sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, artículo 4 y Recepción de Pruebas en el Extranjero, artículo 11 y más tarde, por las Convenciones de 1979 de Montevideo Cumplimiento de Medidas Cautelares, artículo 13 y de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores, artículo 7. El Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional las organiza en el Capítulo II, “Autoridades Centrales”, artículo 2.

El actual funcionamiento de las autoridades centrales en los países de la región no debe suponer, empero, un obstáculo para que su actuación sea optimizada, ni a la posibilidad de utilizar otros medios igualmente idóneos para la transmisión de los pedidos de asistencia jurídica internacional.

Entre las propuestas tendientes a dinamizar y profundizar las autoridades centrales cabe mencionar:

c.1.1) Empleo de medios electrónicos

La puesta en funcionamiento de las autoridades centrales ha permitido acelerar significativamente el auxilio judicial internacional, pero la transmisión de las rogatorias al ser realizada a través del medio postal, generalmente correo certificado, requiere en los hechos un lapso de varios días para el envío del exhorto desde la autoridad central rogante a la rogada. La celeridad en la realización de la justicia impone analizar la posibilidad del uso de medios electrónicos tanto para la transmisión de los exhortos, cuanto para otras comunicaciones entre las autoridades centrales referidas al cumplimiento de los mismos. Posibilidad que cuando estos organismos fueran creados en los años sesenta y setenta del siglo veinte por las Convenciones de La Haya e Interamericanas no era previsible, pero que hoy constituye una realidad que permite a través de actuales tecnologías una comunicación instantánea y segura, capaz de acreditar la autenticidad del pedido. Al respecto cabe recordar que en el Mercosur el Protocolo de San Luis de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales, Decisión CMC 02/96, artículo 6.2, solución ya aplicada entre Brasil y Uruguay, contempla que las solicitudes de cooperación puedan ser transmitidas “por télex, facsímil, correo electrónico o similares”, debiendo ser confirmadas por documento original firmado por la autoridad requirente dentro de los diez días siguientes a su expedición. Los Principios de ASADIP, Capítulo 4, “Cooperación interjurisdiccional”, artículo 4.7, disponen al respecto:

En los actos de cooperación jurídica internacional, los jueces y demás operarios de justicia procurarán y favorecerán el uso de nuevas tecnologías de información y comunicación a su disposición, tales como comunicaciones telefónicas y videoconferencias, mensajes electrónicos

y cualquier otro medio disponible, siempre que se garantice la seguridad de las comunicaciones.

El Protocolo Iberoamericano de Cooperación Jurídica Internacional²¹, aprobado por la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana²² de Santiago de Chile de 2014, también contempla favorablemente el uso de los medios electrónicos al enunciar los “Principios Básicos en Materia de Cooperación Judicial Internacional”, numeral 6.

c.1.2) Puesta en funcionamiento de procedimientos que permitan fluida comunicación de las autoridades centrales con los tribunales y que eviten injerencias de la administración en la tramitación de las rogatorias

En aquellos ordenamientos en los que no esté prevista la comunicación directa entre las autoridades centrales y los tribunales del Estado al que pertenezcan en todo lo relativo a la recepción, transmisión de los pedidos de auxilio internacional y diligenciamiento de los mismos, ha de resultar conveniente posibilitar dicha comunicación eliminando la intermediación de otros organismos, lo que habrá de permitir un significativo acortamiento del tiempo que insume la tramitación de la asistencia.

En lo referido a evitar posibles interferencias de la administración en la prestación del acto cooperativo, resulta de interés lo dispuesto en el sistema judicial uruguayo por la Acordada 7134/92 de la Suprema Corte de Justicia, que a efectos de la determinación del turno de las sedes intervinientes en los trámites de los exhortos recibidos del extranjero toma en consideración la fecha de libramiento de éstos, evitando así toda manipulación al respecto y con tal finalidad la Suprema Corte aprueba anualmente una Planilla de Turnos referida al diligenciamiento de las rogatorias extranjeras. Con propósitos similares en cuanto a evitar injerencias en la tramitación de los exhortos, la Sección de Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional recomendó en el XXV Congreso Argentino de Derecho Internacional, Conclusión 2.3: “Asegurar en el mayor grado posible la independencia técnica de la autoridad central”.

c.1.3) Tecnificación

La compleja actividad a cargo de las autoridades centrales hace necesario capacitar a sus funcionarios en los distintos niveles y modalidades

²¹ El Protocolo fue declarado con valor de Acordada por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, Acordada 7815 de 20.8.2014.

²² La Cumbre Judicial Iberoamericana está constituida por los Presidentes de las Cortes y Tribunales Supremos de Justicia de los Estados de la Comunidad Iberoamericana de Naciones y los máximos responsables de los Consejos de la Judicatura.

de la asistencia jurisdiccional internacional. A tales efectos habrá de resultar conveniente al prever su funcionamiento en futuros textos atender la realización de encuentros periódicos entre autoridades centrales del continente con tal finalidad, así como para intentar homogeneizar sus actuaciones a través de la elaboración de guías de buenas prácticas.

c.1.4) Evaluar en los Estados en que fuera necesario por razones de extensión, la posible descentralización territorial de las autoridades centrales

Se persigue a través de esta iniciativa dotar al funcionamiento de las autoridades centrales de mayor agilidad y vinculación con el medio en el que actúan y con las necesidades de los justiciables y los operadores de la justicia. En coincidencia, Conclusión 2.2, emanada de la Sección de Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional en el antes mencionado XXV Congreso.

c.2) Propuestas referidas a otras vías de transmisión de exhortos

Por las opciones que ofrecen a la prestación de una eficiente asistencia jurídica, resulta de interés analizar posibles desarrollos atinentes a la vía particular y a la comunicación directa entre jueces fronterizos.

c.2.1) Vía particular

En esta modalidad el interesado retira la rogatoria de la sede exhortante y la remite a un corresponsal en el Estado rogado que de conformidad con la normativa de éste se encargará de hacerla llegar al tribunal competente para su diligenciamiento, por lo que se trata de un procedimiento que permite una transmisión rápida y reservada de las solicitudes de auxilio judicial.

El funcionamiento de esta vía se ve afectado en la práctica en razón que la misma, por su propia naturaleza, exige acreditar la autenticidad del exhorto foráneo. Acreditación que entre Estados no Partes de la Convención de La Haya de 5.10.1961 sobre Supresión de la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros²³ requiere de la legalización, con todas las demoras que ello supone.²⁴ Por

23 Uruguay aprobó la Convención por Ley 18.836 de 15.11.2011 y efectuó el depósito del instrumento de adhesión el 9.2.2012, habiendo entrado en vigor para el país, de acuerdo al procedimiento previsto en el artículo 12, el 14.10.2012.

24 La legalización es requerida en relación a la vía particular, entre otras, por la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, artículos 5. a y 6, examinados en su conjunto; ídem, Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero,

lo que ha de resultar conveniente para un más eficaz funcionamiento de la modalidad, impulsar que los países americanos que aún no lo hubieren hecho, aprueben la Convención y que una futura revisión del marco regulatorio interamericano contemple que entre Estados Partes de convenios que como el de La Haya prevean procedimientos más expeditos de acreditación de la autenticidad de los documentos extranjeros, se estará a los mismos.

c.2.2) Comunicación directa entre jueces fronterizos

Distintos convenios prevén esta vía en relación a la cual es excluido el requisito de la legalización. Tales, las Convenciones Interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, artículo 7 y sobre Tráfico Internacional de Menores, artículo 15 y Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares, artículo 19, párrafo cuarto. Esta modalidad de comunicación jurisdiccional se adecua a la realidad de las zonas de frontera, en las que el entorno sociológico favorece el surgimiento de relaciones privadas internacionales de todo tipo y de litigios suscitados en torno a las mismas y consecuentemente hace necesario atender un significativo volumen de cooperación internacional entre jueces muy próximos entre sí.

En la frontera argentino - uruguaya sobre el Río Uruguay ha comenzado a tener exitosa aplicación este tipo de comunicación judicial, inclusive en materia cautelar. Situación que no ocurre, lamentablemente, en la frontera con Brasil, país que en base a una interpretación de su jurisprudencia de la exigencia de su Constitución referida a que las rogatorias deben estar sujetas a un contralor centralizado, exequatur, ante el Superior Tribunal de Justicia²⁵, rechaza la posibilidad de remisión directa de exhortos entre jueces de zonas de frontera, aun cuando el tema, en puridad, refiere a la transmisión de las rogatorias y no a su control. Esta posición genera serias demoras que con frecuencia frustran la asistencia jurisdiccional y la propia realización de la justicia, cuanto que, vr. gr., un exhorto librado por un juez uruguayo de la ciudad fronteriza de Rivera a su homólogo de la contigua ciudad de Livramento, tiene que ser remitido a Montevideo para que la autoridad central de Uruguay lo envíe a la autoridad central en Brasilia para que ésta a su vez lo haga

artículos 10.1 y 13; Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares, artículo 19, párrafo tercero; Enmienda (no vigente), al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional entre los Estados del Mercosur, Decisión CMC 07/02, artículo 10, párrafo tercero. En la normativa de fuente nacional uruguaya, el CGP, Libro Segundo, Título X, "Normas Procesales Internacionales", Capítulo II, "De la Cooperación Judicial Internacional", artículo 527, "Exhortos o cartas rogatorias", numerales 1 y 2, consagra igual solución; en el mismo sentido, Decreto - Ley 15441 de 1.8.1983, "Se establecen normas para legalizar documentos extranjeros", artículos 1 y 5.

²⁵ Enmienda Constitucional 45 de 2004. Con anterioridad el contralor también era realizado de manera centralizada por el Supremo Tribunal Federal.

llegar al Superior Tribunal de Justicia, que efectuado el control ha de remitirlo al Juzgado de Livramento para su diligenciamiento, que luego lo devolverá a través del mismo camino.

Un correcto funcionamiento de esta vía, hasta ahora subutilizada, ha de permitir una eficaz asistencia jurisdiccional en las fronteras. Propuesta que resulta coincidente con las “Recomendaciones a los Estados Americanos para la integración fronteriza o vecinal”, adoptada por el Comité Jurídico Interamericano el 13.3.2014, en su 84 período ordinario de sesiones, CJI/RES.206 (L XXXIV-0/14). Al respecto cabe señalar que por Acordada no. 7885 de 21 de diciembre de 2016, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, resolvió designar “Juzgados de Frontera” a los efectos de la tramitación de las solicitudes de cooperación judicial internacional, a los Juzgados limítrofes con la República Argentina de los Departamentos de Artigas, Salto Paysandú, Río Negro, Soriano y Colonia, entrando a regir la presente Acordada para las comunicaciones cursadas a partir del primero de abril de 2017.

4.2. Propuestas en materia de cooperación cautelar internacional

Las medidas cautelares, providencias cuya finalidad es prevenir el daño resultante del retardo de una decisión jurisdiccional definitiva asegurando la eficacia de la misma, abarcan todas aquellas providencias dispuestas por los tribunales con el objeto de impedir actos de disposición o administración capaces de hacer ilusorio el resultado de un juicio²⁶.

En el ámbito del auxilio jurisdiccional internacional la cooperación cautelar constituye un nivel de asistencia de singular complejidad y creciente planteo, destinado a evitar que la sentencia extranjera al igual que “los guardias de la ópera bufa”, al decir de Calamandrei²⁷, llegue demasiado tarde, cuando ya no existan posibilidades de hacerla efectiva^{28,29}.

²⁶ En conformidad, FAIRÉN GUILLEN, Víctor. *Teoría del Ordenamiento Procesal*. Madrid: Tecnos, 1969, tomo 2, p. 899.

²⁷ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelare*. Padova: CEDAM, 1936, p.144.

²⁸ En similar sentido, COUTURE, Eduardo. “Los Embargos y el Tratado de Montevideo”, nota de jurisprudencia, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, 1939, t. XXXVII, p. 247, reflexionaba: “¿en qué sentido influye sobre este fenómeno [las medidas cautelares] la circunstancia de que los bienes que son objeto de garantías se hallen en el extranjero? Ni lógica ni moralmente puede influir en ninguno. Más aún, se puede decir que una vez que el Derecho Internacional ha llegado al punto de fijar criterios de competencia entre los Estados, la extensión de la potestad coercitiva hacia bienes radicados en otro territorio resulta absolutamente indispensable”.

²⁹ En materia de cooperación cautelar internacional con especial referencia al ámbito regional y al DIPr. uruguayo, ver, OPERTTI BADAN, Didier. *Exhortos y Embargos de Bienes Extranjeros. Medios de Cooperación Judicial Internacional*, Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio Fernández, 1976; TELECHEA BERGMAN, Op. cit., p. 47-68; VESCOVI, Eduardo.

Una medida cautelar adquiere cualidad internacional cuando adoptada por los tribunales del Estado con jurisdicción para conocer en el litigio cuyo resultado la cautela asegura, está destinada a cumplirse en otro. Ello sin perjuicio de medidas cautelares de urgencia, destinadas a asegurar el resultado de un juicio incoado o a incoarse en otro país, ordenadas por los magistrados del Estado de situación de los bienes o la persona a asegurar³⁰, pues, como señalara Opertti en ocasión de analizar el tema en la CIDIP II, “cuando hay un bien jurídico a proteger en el territorio de determinado juez, éste podrá adoptar esa medida en base al principio de la jurisdicción más próxima, sin mengua del principio de la competencia internacional, devolviendo el resultado obtenido al juez natural internacional”³¹. El tribunal que conoce del cumplimiento de una sentencia extranjera también puede ordenar por sí medidas de seguridad, las que en definitiva poseen naturaleza cautelar internacional, cuanto su finalidad está dirigida a asegurar la eficacia de un fallo dictado fuera de frontera. Así lo dispuesto por la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, artículo 7; el Protocolo del Mercosur de Medidas Cautelares, artículo 11, “Cooperación Cautelar en la Ejecución de Sentencia”; y a nivel de normas uruguayas de fuente nacional, el CGP, artículo 533, “Medidas previas a la ejecución”. Disposiciones que reconocen como precedente lo dispuesto por el artículo 8 del Tratado de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1940.

A nivel interamericano y del MERCOSUR la asistencia cautelar internacional es atendida por la Convención Interamericana de Montevideo sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares y el Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares que tiene como antecedente aquella y respondió a la necesidad de incluir en este nivel de cooperación a Brasil en tanto Estado no Parte del texto continental. Ambas regulaciones tratan acerca de la aplicación de las leyes y la competencia de los tribunales del Estado requirente y requerido, la oposición de tercerías de mejor derecho y de dominio o de otros derechos reales, y legislan de manera detallada tipos especiales de cooperación cautelar, entre ellos, los referidos a la cooperación cautelar en instancia de cumplimiento de sentencias extranjeras, Convención, artículo 7, Protocolo artículo 11, y a la custodia de menores, Convención, artículo 9, Protocolo

Derecho Procesal Internacional. Uruguay, el Mercosur y América. Montevideo: Ediciones IDEA, 2000, p. 131-149; FRESNEDÓ DE AGUIRRE, Cecilia. “Cooperación jurisdiccional internacional cautelar. Dificultades que presenta en la práctica. Una mirada desde Uruguay”. En: *Taller Participativo. Dificultades metodológicas del discurso del Derecho Internacional Privado. Cómo superarlas y hacerlo más accesible.* Buenos Aires: Universidad de Belgrano, The University of Ediburgh, Universidad de Buenos Aires, British Academy, 2004.

³⁰ Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, artículo 10.

³¹ OPERTTI BADÁN, Didier. Exposición en Tercera Sesión. Comisión I - CIDIP II. *Actas y Documentos Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado. (CIDIP II)*, vol. II, Washington D.C.: Organización de Estados Americanos, 1980, p. 52-53.

artículo 12; y además la Convención Interamericana consagra la denominada cooperación cautelar de urgencia por la jurisdicción más próxima, artículo 10. Tipo de asistencia no contemplada por el texto del MERCOSUR, en razón de dificultades invocadas por Brasil para aceptar esta modalidad en momentos en que recién abría sus tribunales al auxilio cautelar³².

No obstante la trascendencia de la cooperación cautelar para la configuración de un sistema integral de asistencia jurídica internacional en tanto el efectivo funcionamiento de este nivel incide directamente en la eficacia del reconocimiento de la sentencia extranjera, la Convención Interamericana ha sido ratificada por un reducido elenco de Estados: Argentina, Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, Paraguay y Uruguay. Realidad que a treinta y cinco años de aprobada la Convención impone abordar su reexamen.

En relación a una necesaria actualización de la cooperación cautelar internacional a nivel interamericano será de interés procurar:

4.2.1. Regulación adecuada de la cooperación cautelar preparatoria

Este tipo de asistencia es prevista sólo de manera escueta por el artículo 1 del texto interamericano cuando dispone: “Para efectos de esta Convención las expresiones “medidas cautelares...” se utilizan para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar los resultados o efectos de un proceso actual *o futuro...*” Por el contrario, el Protocolo de Ouro Preto si bien inicialmente también refiere de modo somero a las “medidas cautelares preparatorias”, artículo 3, atiende luego de manera detallada las mismas en los artículos 13, que contempla que la interposición de la demanda en el proceso principal fuera de los plazos previstos para hacerlo en la legislación del Estado requirente “producirá la plena ineficacia de la medida cautelar preparatoria concedida” y 14, que exige que el tribunal exhortante al transmitir la rogatoria comunique al requerido el plazo contado a partir del cumplimiento de la cautela en el que la demanda deberá ser presentada en el proceso principal y a la mayor brevedad, la fecha de presentación de la misma o el transcurso del plazo establecido por la legislación del exhortante sin que tal interposición hubiere ocurrido. Asimismo y a fin que comience a computarse el término referido, el artículo 15 dispone que la sede

32 Entre Argentina, Paraguay y Uruguay, Partes de la Convención sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, el auxilio cautelar de urgencia se presta en base a lo dispuesto por la misma. Solución confirmada por el propio texto del Protocolo, artículo 26 [de iniciativa de las Delegaciones de Uruguay y Argentina], que dispone: “Este Protocolo no restringirá la aplicación de disposiciones más favorables para la cooperación contenidas en otras convenciones sobre medidas cautelares en vigor con carácter bilateral o multilateral entre los Estados Parte”.

rogada comunique de inmediato a la rogante la fecha en la que dio cumplimiento a la medida solicitada y en su defecto, las razones por las cuales ésta no fue cumplida. Obligación de explicar el incumplimiento de la cooperación ya recibida a nivel interamericano en materia de asistencia probatoria por el Protocolo de 1984 a la Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, artículo 3, párrafo segundo, y que por su utilidad a la efectiva prestación del auxilio, juzgamos de interés extender en el ámbito continental respecto a la asistencia cautelar.

4.2.2. Posibilidad que los tribunales arbitrales puedan requerir por sí cooperación cautelar

Se trata de una competencia sobre la que entendemos pertinente reflexionar en el contexto interamericano, cuanto que se encuentra consagrada a nivel regional por los Acuerdos sobre Arbitraje Comercial Internacional entre los Estados Parte del Mercosur y entre los Estados Parte del Mercosur con la República de Bolivia y la República de Chile, respectivamente Decisiones CMC 03/98 y 04/98, artículo 19, párrafo cuarto de ambos textos³³, que contemplan inclusive que los Estados puedan autorizar a tribunales arbitrales a remitir directamente solicitudes de asistencia cautelar vía autoridad central a las autoridades jurisdiccionales de las otras Partes.

4.2.3. Supresión de la opción que la Convención Interamericana confiere a los Estados de limitar el alcance de la asistencia

Posibilidad restrictiva del alcance convencional prevista por el artículo 1, parte final, inconveniente a los fines de asegurar una homogénea y eficiente asistencia internacional, no admitida por el Protocolo de Medidas Cautelares que consagra una cooperación no sujeta a tales límites.

4.2.4. Comunicación directa entre jueces de frontera.

Se considera de interés atento a la índole y necesidades de las zonas de frontera incluir la comunicación directa en la materia entre jueces fronterizos, opción no contemplada entre las vías enumeradas por el artículo 13 de la Convención y que el Protocolo de Ouro Preto, artículo 19, párrafo cuarto, consagró expresamente. A nivel interamericano la comunicación jurisdiccional fronteriza directa sin necesidad de legalización es acogida en relación a la asistencia de mero trámite y probatoria por la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y de

³³ El Acuerdo del Mercosur ha sido aprobado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, Ley 17.834 de 23.9.2004; el Acuerdo Mercosur y Estados Asociados, aún no vigente, ha sido aprobado por Uruguay por Ley 17.751 de 26.3.2004.

manera amplia, por la Convención de México de 1994 sobre Tráfico Internacional de Menores, artículo 15.

4.2.5. Supresión de la legalización como requisito de alcance general

La Convención sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, artículo 14.a, trata la condición de manera genérica, no excluyendo expresamente de la misma la transmisión de exhortos vías diplomática, consular y autoridad central, modos que por su calidad de oficiales, doctrina y derecho positivo coinciden en no requerir la exigencia. Tal lo dispuesto por el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940 respecto a la transmisión de exhortos a través de agentes diplomáticos o consulares, artículo 11, parte final, y de modo más amplio, incluyendo la vía autoridad central y la comunicación directa entre jueces de frontera, por la Convención Interamericana de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias artículos 6 y 7³⁴. La disposición convencional en su redacción actual lleva a que en la práctica algunos países exijan la legalización para acreditar la autenticidad de las solicitudes de auxilio cautelar, cualquiera que fuere la vía empleada, cuando sólo correspondería requerir la condición en los casos de transmisión vía particular y ello, siempre que entre el Estado de origen de la solicitud y el rogado no exista una regulación convencional que como la Convención de la Haya de 5.10.1961 sobre Supresión de la Legalización consagre un procedimiento más expedito a los efectos.

4.3. Propuestas en materia de reconocimiento de fallos extranjeros

La coexistencia de pluralidad de ordenamientos jurídicos, presupuesto del Derecho Internacional Privado, impone solidaridad entre los Estados y universalidad en la justicia y, por consiguiente, corresponde reconocer, dadas ciertas condiciones, las resoluciones jurisdiccionales dictadas en el extranjero con miras a hacer efectiva la seguridad jurídica y el *comercium* internacional, evitando que las personas puedan quedar sujetas a decisiones jurisdiccionales contradictorias sobre un mismo asunto dictadas en distintos países. Como precisara Opertti,

...un sentimiento elemental de justicia, señala que las decisiones dictadas por los jueces de un Estado no deben quedar reducidas a su

34 La Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, artículo 13, también excluye la legalización cuando los exhortos sean transmitidos vía consular o diplomática o por conducto de las autoridades centrales.

ámbito territorial cuando en él no obtienen el acatamiento voluntario de las partes involucradas y requieren de alguna forma de reconocimiento en los demás Estados³⁵.

Y ello es así ante la necesidad imperiosa de dar continuidad a las situaciones jurídicas más allá de las fronteras³⁶.

El reconocimiento y la ejecución de los fallos extranjeros requiere a nivel interamericano desarrollos que faciliten una más adecuada circulación internacional, tales:

4.3.1. Desarrollos en la apreciación del requisito de la jurisdicción internacional del tribunal de origen

La jurisdicción³⁷ plantea en su dimensión internacional dos interrogantes básicas: ¿ante los jueces de qué Estado ha de corresponder incoar una demanda vinculada a un caso privado internacional? y ¿los jueces de qué Estado son los que deben haber dictado un fallo para que éste se encuentre en condiciones que su eficacia sea reconocida en otro? La primera de las cuestiones refiere a la “jurisdicción internacional directa” y a la “jurisdicción internacional indirecta” la segunda³⁸. Conceptos vinculados en definitiva a la apreciación de la jurisdicción en dos momentos procesales distintos, al momento de plantearse la demanda o después de dictado el fallo^{39,40}.

35 OPERTTI BADÁN, Didier. *Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales Extranjeras*. Washington: OEA, 1976, p. 2.

36 En conformidad, FERNÁNDEZ ROSAS, José Carlos; SÁNCHEZ LORENZO Sixto. *Curso de Derecho Internacional Privado*, 2ª. ed. Madrid: Ed. Civitas, 1993, p. 103.

37 “Actividad pública realizada por órganos competentes nacionales o internacionales, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se aplica el orden jurídico establecido para dirimir conflictos y controversias mediante decisiones eventualmente factibles de ejecución”, COUTURE, Eduardo. *Vocabulario Jurídico*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1960, p. 381. BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante. “Teoría General del Proceso - Enseñanza de la misma”. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República*. 1967, vol 18, p.120, la define como “el poder - deber atribuido a órganos estructuralmente imparciales para excluir la insatisfacción jurídica”.

38 BARTIN, Étienne Adolphe. *Étude sur les effets internationaux des jugements*. Paris: Librairie générale de droit et jurisprudence, 1907. GUTTERIDGE, Harold Cooke. “Les conflits des lois de compétence judiciaire dans les actions personnelles”. En: *Recueil des Cours*. La Haye: Académie de Droit International, 1933, vol 44, n° 1, pp. 111-198.

39 OPERTTI BADÁN, Didier. “Algunas Reflexiones Sobre Jurisdicción Internacional y Jurisdicción Exclusiva”. En: OYARZÁBAL, Mario, J.A. (Ed.). *Derecho Procesal Internacional. Homenaje al Profesor Dr. Gualberto Lucas Sosa*. Buenos Aires: Ed. Ábaco, 2012, p. 178.

40 GOLDSCHMIDT, Werner. “Jurisdicción Internacional Directa e Indirecta”. *Respuesta al Cuestionario Provisional Acerca de la Jurisdicción Internacional enviado por la Consultoría Jurídica de la Organización de Estados Americanos a los Participantes en la Reunión de Expertos, 9 a 15 de abril*. Washington D. C.:

El análisis de derecho comparado muestra que se acude a distintos criterios con finalidad de constatar la jurisdicción internacional indirecta. Hay regulaciones que remiten a lo que disponga en la materia ya la legislación del Estado donde se invoca el fallo, calificación *lex fori*, ya del país de origen del mismo, calificación *lex causae*, y otras, que prevén soluciones específicas sobre jurisdicción internacional referidas al reconocimiento de los fallos extranjeros.

La calificación *lex fori* en tanto determinación de la jurisdicción internacional del tribunal que dictó el fallo de acuerdo al Derecho del país receptor del mismo, supone una solución fuertemente restrictiva a la circulación internacional de las sentencias⁴¹ y consecuentemente a la adecuada protección del justiciable. Éste habiendo obtenido una decisión favorable en un juicio tramitado con las garantías del debido proceso, puede luego ver frustrados sus derechos cuando en el Estado donde se pretenda el reconocimiento no sea reconocida en razón de haber sido dictada por tribunal que de acuerdo a las normas de dicho país careciere de jurisdicción para conocer en una causa que al momento de plantearse quizás le era absolutamente ajena.

La Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, artículo 2, literal d, sujeta el requisito de la jurisdicción internacional, no obstante los inconvenientes que presenta la calificación *lex fori*, a lo que disponga la ley del Estado en el que el fallo deba surtir efectos. Solución que se aparta tanto de su antecedente directo, el Proyecto del Comité Jurídico Interamericano de Convención sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 21.1.1977, que en el artículo 1, al enumerar las condiciones requeridas para el reconocimiento consagra en el literal d la calificación *lex causae*, sin otro límite que la jurisdicción exclusiva del foro requerido⁴², cuanto de los Proyectos presentados por las Delegaciones de Uruguay y México a la Comisión I de la CIDIP II, que tuviera a cargo el tratamiento del tema⁴³. El Proyecto uruguayo, de fecha 26.4.1979⁴⁴, en el Capítulo Quinto, “De los requisitos

OEA,1980, p. 36, precisa que los conceptos de jurisdicción internacional directa e indirecta responden a distinta teleología, el primero está vinculado a la idea de evitar la denegación de justicia, “ningún litigio debe quedar sin juez competente”, en tanto el segundo refiere al reconocimiento de las sentencias extranjeras firmes.

41 En conformidad, ALFONSÍN, Quintín. “La ejecución extraterritorial de las sentencias en materia civil y comercial”. *Revista de Derecho Público y Privado*. 1954, p. 266 ss.; OPERTTI Didier (1984) “La Tercera Conferencia Especializada en Derecho Internacional Privado - CIDIP III”. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 2, p. 164.

42 OPERTTI BADÁN, Didier, Op. cit., *Actas y Documentos de la Segunda Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado*, p. 271.

43 En relación al Proyecto presentado por Uruguay, ver documento citado en nota 42 pp. 275 - 286; y respecto al presentado por México, ver mismo documento, p. 287 - 295.

44 El Proyecto sigue los lineamientos del Anteproyecto preparado por OPERTTI BADAN, Didier. *Exhortos y embargos de bienes extranjeros. Medios de Cooperación Judicial Internacional*, Op. cit.

para el reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera”, exigía dentro de aquellos de naturaleza procesal, artículo 9.1, “provenir de juez o tribunal internacional competente”, agregando en el párrafo segundo de dicho numeral: “En caso de existir normas internacionales entre los Estados Partes en materia de competencia se estará a las mismas” y preveía ya en calidad de artículo 21 de la Convención, ya de Protocolo a la misma, regulaciones específicas para la apreciación de la jurisdicción internacional indirecta. El Proyecto mexicano de fecha 27.4.1979, artículo 12, contempló también un tratamiento específico para la jurisdicción internacional.

En razón de lo expuesto nos pronunciamos por superar fórmulas conducentes a considerar que los únicos criterios jurisdiccionales válidos son los consagrados por la ley del foro y analizar soluciones más favorables a la circulación internacional de los fallos, en línea con desarrollos ya existentes a nivel interamericano y regional. Tales, aquellos consagrados por las Convenciones Interamericanas de La Paz de 1984 sobre Competencia en la Esfera Internacional para Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, únicamente ratificada por México y Uruguay que, no obstante su limitado ámbito espacial, supuso un valioso intento a nivel continental en el que la jurisdicción internacional indirecta es regulada en base a criterios concretos acordados por los Estados; y de Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias⁴⁵, artículo 11.a, que condiciona la jurisdicción internacional a que “el juez o autoridad que dictó la sentencia haya tenido competencia en la esfera internacional de conformidad con los artículos 8 y 9 de esta Convención”. Solución lógica, pues si los Estados a través de un texto convencional indican a los magistrados y a las partes cuáles han de ser los jueces competentes para conocer de un caso internacional, corresponde concluir que la sentencia dictada en aplicación de tales disposiciones proviene de jurisdicción intencional competente. En el Mercosur, los Protocolos de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, Decisión CMC 1/94, artículo 14, “La jurisdicción como requisito para el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales” y el no vigente de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo, Decisión CMC 10/96, artículo 12, “Jurisdicción intencional indirecta”, adoptan igual criterio.

En el derecho uruguayo de fuente nacional, el CGP, Libro Segundo, Título X, “Normas Procesales Internacionales”, Capítulo IV, “Del Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Extranjeras, artículo 539, “Eficacia de las sentencias”, acoge la calificación *lex causae*, disponiendo en el numeral 1.4, “que el tribunal sentenciante tenga jurisdicción en la esfera internacional para conocer del asunto, de

⁴⁵ Convención con un alto número de ratificaciones, aprobada por Uruguay por Ley 17.334 de 17.5.2001.

acuerdo con su derecho, excepto que la materia fuere de jurisdicción exclusiva de los tribunales patrios”. Jurisdicción que alude a la potestad de los tribunales de un Estado de conocer en relación a un caso o grupo de casos de modo excluyente, de forma tal que si los jueces de otros países conocieran de ellos la consecuencia ha de ser la denegación del reconocimiento de las sentencias dictadas⁴⁶. Frente a interpretaciones que maximizan el alcance de la jurisdicción internacional exclusiva y en definitiva comprometen el derecho del justiciable a acceder a la justicia, entendemos que corresponde una conceptualización cuidadosa que evite una expansión del criterio capaz de transformarlo en serio obstáculo al reconocimiento y circulación internacional, necesaria y de principio, de las decisiones jurisdiccionales extranjeras. Coincidimos con Opertti, en carta con reflexiones referidas al tema que nos enviara en septiembre de 2002, en que la jurisdicción exclusiva debe ser de interpretación estricta y su determinación debe estar “sujeta a criterios de racionalidad que deben tener en cuenta la solución particular del asunto, en consonancia en nuestro DIPr. con la Convención de Normas Generales de DIPr. [CIDIP II, 1979], artículo 9, al consagrar la equidad del caso concreto...”, agregando,

Queda de manifiesto que la jurisdicción exclusiva no funciona como si fuera una autorización en blanco para rechazar el fallo extranjero sino como un mecanismo de defensa del orden jurídico nacional, cuando inequívocamente, estamos en presencia de una solución jurisdiccional que le atribuye al Estado uruguayo el conocimiento del caso que se trata.

En esfuerzo por evitar la invocación excesiva de la jurisdicción exclusiva, alguna doctrina ha restringido su invocación a los casos en los que la jurisdicción asumida por los tribunales extranjeros afecte de manera manifiesta el orden público internacional del foro requerido⁴⁷.

El Proyecto uruguayo de Ley General de Derecho Internacional Privado, artículo 60, dispone:

La jurisdicción exclusiva de los tribunales de la República tiene carácter excepcional, debe interpretarse restrictivamente, y carece de fuero de atracción sobre cuestiones que puedan plantearse sobre el mismo asunto. En especial y a modo de ejemplo, se considera materia de jurisdicción

46 En coincidencia, entre otros, GONZALO CAMPOS. Julio Diego. “Competencia judicial internacional de los tribunales españoles”. En: *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, 1987, p. 302. BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante. Acota al respecto que la condición de foro exclusivo conlleva la de ser un foro único cuantitativamente y excluyente, cualitativamente, de toda otra jurisdicción. BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante. *El Proceso Civil, Comercial y Penal en América Latina*. Buenos Aires: Depalma, 1989, p.210.

47 Tal la posición de GOLDSCHMIT, Werner. Op. cit., p. 103.

exclusiva de la República las estrictamente concernientes a: derecho reales sobre bienes situados en ella, sistemas registrales organizados por ésta, régimen de protección de la propiedad intelectual e industrial en su territorio y arrendamiento de bienes inmuebles situados en su territorio si fuere de aplicación el régimen estatutario.

Limitación a la jurisdicción exclusiva recibida por recientes textos, entre otros, el Reglamento Europeo (UE) 1215 de 12.12.2012 Relativo a la Competencia Judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil, Capítulo III, Sección 6, “Competencias exclusivas”, artículo 24; y el Código Civil y Comercial de la República Argentina, Libro Sexto, “De las Disposiciones Comunes a los Derechos Reales y Personales”, Título IV, “Disposiciones de derecho internacional privado”, Capítulo 2, “Jurisdicción internacional”, artículo 2609, “Jurisdicción exclusiva”. En consonancia con lo expuesto, los Principios de ASADIP, artículo 3.1, disponen: “Los supuestos en los que se pretenda ejercer jurisdicción exclusiva deben concebirse e interpretarse restrictivamente.”

En función de lo expuesto consideramos que en materia de jurisdicción internacional indirecta será deseable concretar a nivel interamericano un Protocolo que ofrezca una regulación específica sobre el tema y sea capaz de lograr una efectiva aprobación por los Estados. Y de no ser ello posible, será necesario concluir en aquellos casos en los que en relación a la materia resuelta por la sentencia extranjera esté vigente entre el Estado de origen de la decisión y aquel en el que se plantee el reconocimiento una regulación convencional sobre la jurisdicción internacional directa, que el fallo cumple con la condición de provenir de tribunal internacionalmente competente⁴⁸; y ante la hipótesis de inexistencia de regulación jurisdiccional convencional, que la jurisdicción del tribunal que dictó la sentencia sea apreciada de acuerdo a su derecho, excepto que la materia fuere de jurisdicción exclusiva del Estado donde el fallo es invocado.

4.3.2. No revisión del mérito de la causa materia del proceso en que se dictó el fallo

Si bien la normativa continental sobre eficacia de sentencias extranjeras no ha abordado el tema de modo general, excluyendo sólo de manera expresa la revisión del fondo de la sentencia extranjera en relación al reconocimiento de los fallos extranjeros en materia de

⁴⁸ Así lo resultante a nivel interamericano, tal como se indicara, del artículo 11.a de la Convención de Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias y en el Mercosur, del artículo 14 del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual; ídem, lo previsto por el artículo 9, numeral 1, párrafo segundo, del Proyecto uruguayo sobre el tema presentado en ocasión de la CIDIP II.

alimentos, Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, artículo 13, el rechazo a la revisión del fondo alcanza amplio consenso en derecho comparado, excepto los controles que resulten necesarios para evitar violaciones a los derechos sustantivos fundamentales. La no revisión del fallo extranjero se encuentra expresamente consagrada tanto a nivel de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Convenio de 1.2.1971 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial, artículo 8⁴⁹, cuanto en el ámbito europeo desde la Convención de Bruselas de 27.9.1968 Relativa a la Competencia Judicial y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil, artículo 34 *in fine*, hasta el Reglamento (UE) 1215 del 12.12.2012 en la materia, artículo 52. El Derecho uruguayo excluye la revisión del fondo a texto expreso, CGP, artículo, 538.2^{50,51}; y los Principios de ASADIP precisan, Capítulo 7, “Eficacia de decisiones extranjeras”, artículo 7.5, “La revisión del fondo de la decisión extranjera, así como la revisión de la determinación de la legislación aplicable al fondo del litigio, son contrarias al derecho de acceso transnacional a la justicia. Se entienden excluidas de esta regla los controles que sean necesarios para evitar violaciones a derechos sustantivos fundamentales”.

Consideramos que una nueva regulación interamericana deberá consagrar la no revisión del fondo del fallo foráneo de modo general y expreso, con vistas a facilitar su efectivo reconocimiento internacional.

4.3.3. Regulación del procedimiento aplicable al control del fallo extranjero

A diferencia de lo dispuesto por el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940 que previó procedimientos específicos para la ejecución de sentencias, fallos arbitrales extranjeros y fallos dictados por tribunales internacionales, artículo 7, así como para los casos en que se trate de hacer valer como prueba la autoridad de cosa juzgada de los mismos, artículo 9, la Convención Interamericana de 1979 sobre Eficacia Extraterritorial de la Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, artículo 6, remite a lo dispuesto en la materia por el derecho del Estado “en que se solicita su cumplimiento”. Solución también adoptada por el Protocolo del Mercosur sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional, Capítulo V “Reconocimiento

49 Así como también, entre otros, por el Convenio de 1996 de Protección de Niños, artículo 27.

50 En igual sentido, Convenio entre Uruguay y España de Cooperación Jurídica aprobado por Uruguay por Ley 16.864 de 10.9.1997, artículo 11.I; y Convención entre Uruguay y Francia de Cooperación Judicial en Materia Civil y Comercial, aprobada por Uruguay por Ley 17.110 de 12.5.1999, artículo 20, párrafo segundo.

51 En Francia la revisión de fondo ha sido rechazada a partir del *arrêt Munzer*, Sentencia de la Corte de Casación de 7.11.1964, “*Caso Munzer c/ señora Munzer*”.

y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales”, artículo 24, que, no obstante planteos uruguayos, optó por seguir la fórmula del texto interamericano. Esta remisión a la ley del Estado de invocación del fallo hace posible la aplicación de procedimientos centralizados en tribunales superiores. Solución prevista por las normas de fuente nacional vigentes en varios países, lo que provoca importantes demoras en el reconocimiento de la eficacia del fallo extranjero y con frecuencia, un perjudicial distanciamiento entre el tribunal superior encargado de controlar la sentencia y el lugar donde la misma habrá de surtir efectos.

En razón de lo expuesto nos pronunciamos por la pertinencia de examinar con vistas a un nuevo texto de alcance continental, la posibilidad de consagrar convencionalmente un procedimiento específico para el contralor de los fallos extranjeros, simple y descentralizado, del tipo que hoy acoge la Convención Interamericana de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias en el artículo 13, solución con antecedentes en disposiciones ya citadas del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940. Regulación que habrá de facilitar significativamente una más adecuada circulación internacional de las sentencias.

Tales, algunas propuestas que consideramos de interés concretar con miras a una necesaria profundización y actualización del marco convencional vigente a nivel interamericano en materia de cooperación jurisdiccional internacional y reconocimiento de fallos extranjeros.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFONSÍN, Quintín. “La ejecución extraterritorial de las sentencias en materia civil y comercial”. *Revista de Derecho Público y Privado*. 1954, p. 266.

ARAÚJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado - Teoria e Prática Brasileira*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante. “Teoría General del Proceso - Enseñanza de la misma”. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República*. 1967, vol 18, p.120

BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante. *El Proceso Civil, Comercial y Penal en América Latina*. Buenos Aires: Depalma, 1989.

BARTIN, Étienne Adolphe. *Étude sur les effets internationaux des jugements*. Paris: Librairie générale de droit et jurisprudence, 1907.

GUTTERIDGE, Harold Cooke. “Les conflits des lois de compétence judiciaire dans les actions personnelles”. En: *Recueil des Cours*. La Haye: Académie de Droit International, 1933, vol 44, n° 1, p. 111-198.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelare*. Padova: CEDAM, 1936, p.144.

CAPPELLETTI, Mauro. “Riconoscimento delle sentenze straniere e basi ideologiche della interpretazione giuridica”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. 1975, vol 3, n° 22/23, p.33.

COUTURE, Eduardo. “Los Embargos y el Tratado de Montevideo”, nota de jurisprudencia, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, 1939, t. XXXVII, p. 247.

COUTURE, Eduardo. *Vocabulario Jurídico*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1960

FAIRÉN GUILLEN, Víctor. *Teoría del Ordenamiento Procesal*. Madrid: Tecnos, 1969, tomo 2.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. *Jurisdicción Internacional en Materia Contractual*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. “Propuestas para una evolución deseable del problema de la competencia judicial internacional”. En: OYARZÁBAL, Mario J.A. (Ed.). *Derecho procesal transnacional. Homenaje al Profesor Dr. Gualberto Lucas Sosa*. Buenos Aires: Ed. Ábaco, 2012.

FERNÁNDEZ ROSAS, José Carlos; SÁNCHEZ LORENZO Sixto. *Curso de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed. Madrid: Ed. Civitas, 1993.

GASPAR, Renata Alvarez y KLEIN, Luciane. “La cooperación jurídica internacional en Brasil: especial referencia al diálogo entre el DIPr. autónomo y convencional y los derechos humanos”. En: MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio y MARQUES, Claudia Lima (ed.). *Los servicios en el Derecho Internacional Privado. Jornadas de la ASADIP 2014*. Porto Alegre – Asunción: Gráfica e Editora RJR, 2014, p. 191-217.

GOLDSCHMIDT, Werner. “Jurisdicción Internacional Directa e Indirecta”. *Respuesta al Cuestionario Provisional Acerca de la Jurisdicción Internacional enviado por la Consultoría Jurídica de la Organización de Estados Americanos a los Participantes en la Reunión de Expertos, 9 a 15 de abril*. Washington D. C.: OEA, 1980.

GONZALO CAMPOS. Julio Diego. “Competencia judicial internacional de los tribunales españoles”. En: *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, 1987.

MEIJERS, Eduard Mauritz. “L’histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir de Moyen Age spécialement dans l’Europe occidentale. En: *Recueil des Cours. Académie de Droit International*. 1933, vol 49, III, p. 543-686.

MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Derecho Internacional Privado*, 8ª ed. Madrid: ATLAS, 1978.

OPERTTI BADÁN, Didier. “Algunas Reflexiones Sobre Jurisdicción Internacional y Jurisdicción Exclusiva”. En: OYARZÁBAL, Mario, J.A. (Ed.). *Derecho Procesal Internacional. Homenaje al Profesor Dr. Gualberto Lucas Sosa*. Buenos Aires: Ed. Ábaco, 2012.

OPERTTI BADAN, Didier. *Exhortos y embargos de bienes extranjeros. Medios de Cooperación Judicial Internacional*. Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio Fernández, 1976.

OPERTTI BADÁN, Didier. Exposición en Tercera Sesión. Comisión I - CIDIP II. *Actas y Documentos Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado. (CIDIP II)*, vol. II, Washington D.C.: Organización de Estados Americanos, 1980.

OPERTTI BADÁN, Didier. *Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales Extranjeras*. Washington: OEA, 1976.

SCOTTI, Luciana. “El acceso a la justicia en el Derecho Internacional Privado argentino: nuevas perspectivas en el Código Civil y Comercial de la Nación”. En: *El acceso a la justicia en el derecho internacional privado – Jornadas de ASADIP (2015, Asunción)*.

SENTÍS MELENDO, Santiago. “El auxilio entre jueces de distinta jurisdicción”. *La Ley*. 1956, n° 48, p. 70.

TELECHEA BERGMAN, Eduardo. *Derecho Internacional Privado*. Montevideo: La Ley - Uruguay, 2010.

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “Desarrollos necesarios en el ámbito interamericano en materia de condición procesal del litigante extranjero y asistencia judicial internacional”. En: *Liber Amicorum Jürgen Samtleben. Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*. Max Plank Institute Fur Ausländisches Und Internationales Privatecht. Montevideo: FCU, 2002.

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “Dimensión judicial del caso privado internacional. Análisis de la cooperación de mero trámite, probatoria y cautelar en el ámbito interamericano y del Mercosur. En: *XXXIV Curso de Derecho Internacional*. Washington: Organización de Estados Americanos. Comité Jurídico Interamericano, 2007. p. 221-222.

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. *Derecho Internacional Privado*. Montevideo: La Ley, 2010.

VESCOVI, Eduardo. *Derecho Procesal Internacional. Uruguay, el MERCOSUR y América*. Montevideo: Ediciones IDEA, 2000.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Eduardo Tellechea Bergman es Profesor de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Director, 1985 - 2011, de la Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional de Uruguay. Delegado a las CIDIP. Presidente, 1992 - 2011, de la Delegación de Uruguay a la Comisión Técnica de Ministros de Justicia del MERCOSUR.

COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E O DIÁLOGO DAS FONTES NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO CONTEMPORÂNEO

COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL Y EL DIÁLOGO DE LAS FUENTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CONTEMPORÂNEO

*André de Carvalho Ramos**

Resumo: *O presente artigo analisa as diferentes fontes da cooperação jurídica internacional, que representa hoje uma importante área do direito internacional privado, com foco no diálogo das fontes para solucionar eventuais conflitos normativos.*

Resumen: *El presente artículo analiza las diferentes fuentes de la cooperación jurídica internacional, que hoy representan una importante área del derecho internacional privado, centrándose en el diálogo de las fuentes para solucionar eventuales conflictos normativos.*

Palavras-chave: Cooperação jurídica internacional, Direito internacional privado, Diálogo das fontes

Palabras clave: Cooperación jurídica internacional, Derecho internacional privado, Diálogo de fuentes

1. INTRODUÇÃO

O Direito Internacional Privado (DIPr) consiste em um conjunto de normas (nacionais ou internacionais) que regula (i) a escolha de uma regra de regência sobre fatos transnacionais (também chamados de fatos mistos, fatos interjurisdicionais ou fatos anormais), bem como a fixação de uma jurisdição para solucionar eventuais litígios sobre tais fatos, além de estudar as fórmulas de *cooperação jurídica internacional* entre Estados¹.

* Universidade de São Paulo, Brasil.

E-mail: carvalhoramos@usp.br

Recibido: 14/09/2017. Aceptado: 12/10/2017.

¹ Para parcela da doutrina, o DIPr conta também com o *objeto ampliado*, com a inclusão da “condição jurídica do estrangeiro” e “nacionalidade”. Ver mais sobre o objeto do DIPr em LIPSTEIN, Kurt. “The general principles of private international Law”. *Recueil des Cours de*

O objeto da disciplina implica no reconhecimento do outro, fazendo que o Direito Internacional Privado seja uma matéria de *tolerância e respeito as diferenças*, como apregoa Erik Jayme².

Assim, na atualidade, o Direito Internacional Privado preocupa-se também com uma consequência importante desse *reconhecimento do outro*: a implementação de pedidos e decisões de um ordenamento jurídico em outro. Fortalece-se, diariamente, um segmento importante e de amplo espectro (abrangendo causas cíveis), do novo Direito Internacional Privado, que é a *cooperação jurídica internacional*.

Fica, evidente, que há *aspectos processuais* que compõem o objeto do Direito Internacional Privado. Por isso, o presente artigo enfocará a essência desses aspectos processuais, que consiste na *cooperação jurídica internacional*.

O pilar do presente estudo sobre a cooperação jurídica internacional consiste no reconhecimento da existência de uma *pluralidade de fontes* que rege a matéria, que advém de normas internacionais e nacionais. Neste artigo, abordarei o desafio da cooperação jurídica internacional no Direito Internacional Privado contemporâneo na realização do *diálogo das fontes* na cooperação jurídica internacional, evitando que divergências entre normas nacionais e internacionais acarretem denegação de justiça e impedimentos à cooperação.

Para tanto, serão analisados os modelos da cooperação jurídica internacional, mostrando as diferentes abordagens da temática: desde o modelo soberanista até o modelo integracionista.

Após, serão detalhadas as normas internacionais e nacionais que regem a cooperação jurídica internacional no Brasil.

Finalmente, serão expostos os modos pelo qual eventuais antinomias e divergências são solucionadas pelos diferentes tipos de *diálogo das fontes*.

2. MODELOS DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

A cooperação jurídica internacional (CJI) consiste no conjunto de regras internacionais e nacionais que rege atos de colaboração entre Estados, ou mesmo entre Estados e organizações internacionais, com o objetivo de facilitar e concretizar o acesso à justiça³.

l'Académie de Droit International de La Haye. 1972, vol. 135, 1972, p. 97-229, em especial p. 104-105. RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Mayer. *O objeto do direito internacional privado*. Rio de Janeiro: José Konfino - Editor, 1956, p. 45 ("o problema do objeto").

2 JAYME, Erik. "O Direito Internacional Privado no novo milênio: a proteção da pessoa humana em face da globalização". Em ARAUJO, Nadia de e MARQUES, Claudia Lima (Eds.). *O novo Direito Internacional. Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 03-20.

3 Nesse sentido e voltado à cooperação jurídica internacional em matéria penal, ver ABADE, Denise Neves. *Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional*. Saraiva: São Paulo, p. 27. Casella e Sanchez utilizam a denominação "cooperação judiciária internacional".

Essa temática desenvolveu-se no Direito Internacional motivada pela existência de Estados soberanos cujo poder restringe-se, em geral, aos limites de seu território. Tal restrição impulsiona o Estado a solicitar cooperação dos demais para *aplicar o direito* em casos que envolvam condutas fora do seu território. Na medida em que as situações transnacionais multiplicam-se, a necessidade de elaboração de normas internacionais sobre cooperação aumenta proporcionalmente.

As formas de cooperação variaram ao longo dos séculos no Direito Internacional para atender as necessidades dos Estados de regular as mais diversas situações transnacionais.

Do ponto de vista histórico, a extradição em sentido amplo e entendida como o pedido de entrega de pessoas de um Estado a outro, pode ser considerada a espécie cooperacional mais antiga, com antecedentes remotos na Antiguidade Oriental⁴. Contudo, a extradição em sentido estrito, que é modalidade de cooperação jurídica internacional em matéria penal pela qual um Estado entrega outro indivíduo para ser processado penalmente ou para cumprir pena criminal em outro Estado⁵ surgiu somente no século XVIII, na Europa, com a celebração do tratado de 1765, entre Espanha e França⁶.

A evolução da cooperação jurídica internacional em um mundo dividido em uma constelação de soberanias estatais mostra que, de início, sua realização era fundada na cortesia entre Estados, não sendo uma obrigação internacional. Essa fase da cooperação preservava fortemente a soberania estatal, prevalecendo a normatividade *interna* na regulação da cooperação. Nesse período, afirma-se o predomínio da *lex fori* na interpretação dos atos a serem cumpridos provenientes do Judiciário estrangeiro e do uso da ordem pública para impedir a sua aplicação indireta. Trata-se, então, de um *modelo soberanista* de cooperação jurídica internacional⁷.

Posteriormente, a cooperação jurídica internacional passa a contar com *modelo intergovernamental* oriundo de convenções internacionais celebradas pelos Estados, os quais uniformizam o tratamento dado aos

CASELLA, Paulo Borba; SANCHEZ, Rodrigo Elian (Eds.). *Cooperação Judiciária Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. O CPC de 2015, como veremos abaixo, utiliza a terminologia “cooperação jurídica internacional”, adotada neste artigo.

4 Para Bassignoni, a extradição internacional existiu na antiguidade entre os caldeus, egípcios e chineses, sob a forma de entrega recíproca forçada de fugitivos. BASSIGNONI, M. Cherif. “International extradition in american practice and world public order”. *Tennessee Law Review*, vol. 36, n.1, 1968, p. 01-30, em especial p. 01.

5 Para Accioly, a extradição é “o ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo, acusado de fato delituoso ou já condenado como criminoso, à justiça de outro Estado, competente para julgá-lo e puni-lo”. ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. Prefácio de Paulo Borba Casella. 3ª ed. São Paulo: Quartier Latin/FUNAG, 2009, p. 505.

6 GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz. *La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*. Granada: Comares, 2005, p. 5.

7 ANDOLINA, Italo (Ed.). *Cooperazione Internazionale in Materia Giudiziaria*. Catania: Libreria Editrice Torre, 1996, em especial p. 21.

pedidos de colaboração interjurisdicional, fornecendo efetividade a provimento judicial estrangeiro no território de cada contraente. Esse modelo é típico do Direito Internacional, no qual a reciprocidade e a necessidade de cooperação amenizam a desconfiança com as diferenças entre os sistemas internos de direito material⁸.

Na segunda metade do século XX, surge o terceiro modelo, que vem a ser o *modelo da integração*, supranacional, no qual as regras do bloco integracionista eliminam também barreiras à circulação dos pedidos cooperacionais. Esse modelo é caracterizado pela existência de (i) regras comuns elaboradas pelo próprio bloco e também pela (ii) afirmação do *princípio do reconhecimento mútuo*, pelo qual um pedido realizado de acordo com o direito de um Estado (membro do bloco) deve ser considerado adequado e, em geral, cumprido por outro Estado.

O Brasil encontra-se plenamente inserido no segundo modelo, já tendo celebrado diversos tratados cooperacionais, tendo sido previsto, no Código de Processo Civil, que a cooperação jurídica internacional poderá ser prestada mesmo sem a celebração de tratado com o outro Estado, caso haja promessa de reciprocidade (artigo 26, § 1º). A inserção brasileira no terceiro modelo é ainda incipiente, embora o país faça parte do Mercosul (Mercado Comum do Sul), eis que os tratados cooperacionais celebrados no âmbito do Mercosul pouco diferem, em conteúdo, dos tratados celebrados fora do bloco. Faltam ainda (i) aprofundar a confiança e o (ii) reconhecimento mútuo, que foram essenciais para que a cooperação jurídica dentro da União Europeia se tornasse mais célere e simplificada do que a cooperação com terceiros Estados.

Com base nesses dois últimos modelos, outras espécies de cooperação foram criadas pelos Estados, gerando o desenvolvimento de uma diversidade de espécies cooperacionais no Direito Internacional, com os mais variados objetos, tanto em matéria criminal quanto em matéria cível.

3. AS FONTES INTERNACIONAIS E NACIONAIS DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

3.1. Aspectos Gerais

No Brasil, o Direito Internacional Privado no seu segmento

8 ANDOLINA, Italo (Ed.). *Cooperazione Internazionale in Materia Giudiziaria*. Catania: Libreria Editrice Torre, 1996, em especial p. 24.

9 CPC, 2015. “Artigo 26. A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará: (...) § 1º Na ausência de tratado, a cooperação jurídica internacional poderá realizar-se com base em reciprocidade, manifestada por via diplomática”. Contudo, o Brasil desistiu, expressamente, da reciprocidade na homologação de sentença estrangeira (salvo a execução fiscal), de acordo com o artigo 26, § 2º: “Não se exigirá a reciprocidade referida no § 1º para homologação de sentença estrangeira”.

referente à cooperação jurídica internacional possui fontes de origem internacional e nacional, inclusive com dispositivos constitucionais que tratam de algumas espécies cooperacionais.

Essa duplicidade de fontes normativas acarreta complexidade na análise do tema, uma vez que será necessário verificar a convergência e diálogo entre as fontes, evitando-se, por exemplo, que o Brasil adote determinada conduta em um pedido cooperacional que venha a violar compromissos internacionais (o que implicará no futuro, na retaliação e negativa de cooperação do Estado ofendido) ou, vice-versa, que o Brasil negocie e depois celebre tratados de cooperação de duvidosa constitucionalidade.

3.2. As fontes internacionais

As fontes do Direito Internacional são: (i) os tratados, (ii) os costumes internacionais, (iii) os princípios gerais de direito, (iv) ato unilateral, (v) resoluções vinculantes de organizações internacionais e, ainda, (vi) doutrina e (vii) jurisprudência. O rol de fontes aceito pelo Direito Internacional consta do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ) de 1946 (sucessora da Corte Permanente de Justiça Internacional, cujo estatuto, de 1920, foi reproduzido pela nova Corte).

No campo da cooperação jurídica internacional, os tratados representam importante fonte normativa, uma vez que oferecem segurança jurídica sobre o modo de realizar a cooperação, bem como asseguram sua continuidade enquanto o tratado for válido internacionalmente. Essa fonte da CJI é a que mais se desenvolve hoje no mundo.

O Brasil já ratificou e incorporou internamente dezenas de tratados cooperacionais nas suas mais diversas espécies: da extradição à transferência de sentenciados. Há tratados celebrados pelo Brasil no bojo das relações bilaterais (os chamados tratados bilaterais) e ainda multilaterais, que abrangem mais de dois Estados. Um dos tratados mais longevos é a Convenção Panamericana de Direito Internacional Privado (Código Bustamante), que rege a extradição e a carta rogatória.

Além disso, a CJI é um dos temas mais discutidos na Organização das Nações Unidas na atualidade, o que patrocinou a edição de vários tratados multilaterais constantemente aplicados no Brasil contendo normas cooperacionais, como a Convenção de Palermo de combate ao Crime Organizado Transnacional (de 2000¹⁰) ou a Convenção de Mérida de Combate à Corrupção (2003¹¹).

Também o Brasil participa ativamente de dois foros especializados, que produzem tratados multilaterais voltados à CJI (entre outros temas) no Direito Internacional Privado: a Conferência da Haia de Direito

10 Promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.015, de 12 de março de 2004.

11 Promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

Internacional Privado e as Conferências Especializadas Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) da Organização dos Estados Americanos (OEA).

É possível ainda encontrarmos *acordos ad hoc* realizados por Estados que não possuem tratado cooperacional, para que a cooperação solicitada seja realizada sob *promessa de reciprocidade*. Ofertada a promessa de reciprocidade, o Estado ofertante fica *obrigado* a cumpri-la em momento subsequente, caso lhe seja igualmente submetida uma demanda cooperacional por outro Estado.

No campo do *costume internacional*, existe debate sobre a existência de um costume internacional que obrigaria os Estados, em boa fé, a realizar atos de cooperação jurídica internacional. Esse costume teria sido forjado a partir da criação da ONU, cujo tratado institutivo (Carta de São Francisco) estipula, em seu artigo 13, o objetivo da organização de fomentar a cooperação entre os Estados. Além disso, a Resolução 2.625 (XXV), de 24 de outubro de 1970, da Assembleia Geral da ONU sobre as “relações amistosas e cooperação entre Estados, em conformidade com os princípios da Carta da ONU” previu sete princípios para reger tais relações, entre eles o “dever dos Estados de cooperar entre si de acordo com a Carta da ONU” (princípio n. 4).¹² Contudo, o princípio n. 3 da mesma Resolução prevê o “dever de não interferência nos assuntos domésticos do Estado, de acordo com a Carta da ONU”.¹³ Para Denise Neves Abade, cotejados esses dois princípios, ficam admitidos os tradicionais limites na aplicação direta ou indireta do direito estrangeiro, como o uso da ordem pública de Direito Internacional Privado para *negar* a cooperação pretendida¹⁴. Assim, não há prática internacional consistente (ainda) que reconheça tal costume ou explicita seus contornos..

No que tange aos *princípios gerais de direito internacional*, o princípio da boa fé é lembrado por Nadia de Araujo, no sentido de obrigar os Estados a cooperar com outro Estado sem desconfianças ou excessos¹⁵.

Graças às suas fontes internacionais, a CJI insere-se no ambiente do Direito Internacional, inclusive com a possibilidade de apelo a *cortes internacionais* e ameaças de *retorsão*. Por isso, o estudo da CIJ não pode se resumir ao texto dos tratados celebrados pelo Brasil, mas

12 In verbis: “The duty of States to co-operate with one another in accordance with the Charter”. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/a25r2625.htm>. Acesso em 24/03/2017>

13 In verbis: “ The principle concerning the duty not to intervene in matters within the domestic jurisdiction of any State, in accordance with the Charter”. [Acesso em 24/03/2017] Disponível em: <<http://www.un-documents.net/a25r2625.htm>>

14 ABADE, Denise Neves. *Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 39.

15 ARAUJO, Nadia de. “A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a atuação do Estado Brasileiro no plano interno e internacional”. In *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos – Matéria Penal*. Brasília: Ministério da Justiça, 2008, p. 39-55, em especial p. 40.

deve alcançar a (i) interpretação internacional desses mesmo tratados e (ii) os mecanismos postos à disposição do Brasil para fazer valer a cooperação contra a vontade de Estados que, indevidamente, querem opor obstáculos à sua concessão.

As normas internacionais do Direito Internacional Privado em seu segmento “cooperação jurídica internacional” impõem uma interpretação adequada, que leve em consideração sua inserção no Direito Internacional. Uma negativa indevida de CJI por um Estado que tenha um tratado cooperacional com o Brasil não é somente um tema de direito interno, mas é uma *denegação de justiça e violação de compromisso* a ensejar reação brasileira até que o Estado faltoso cumpra adequadamente a cooperação pleiteada – o que, obviamente, auxiliará o regular desenvolvimento do processo.

3.3. As fontes nacionais: a soberania e o Estado Constitucional Cooperativo

Os Estados têm interesse na elaboração de normas internacionais cooperacionais e também na participação de organizações e redes internacionais que estimulam a atuação conjunta e convergente de todos os envolvidos para fazer cumprir suas próprias normas e decisões – que dependem de atos sujeitos a outra jurisdição. Consolida-se uma *nova visão de soberania*, que é exercida justamente pela participação dos Estados em diálogos internacionais que permitam ações em conjunto, cumprindo os objetivos de acesso à justiça, outrora implementados de modo isolado¹⁶.

O “olhar internacionalista”, então, atende melhor os interesses do Estado de Direito no atual momento, substituindo uma visão nacionalista tradicional. Ironicamente, a cooperação por meio de normas e ação em rede preserva a soberania dos Estados, que se desgastaria pela incapacidade de fazer frente aos problemas transfronteiriços.

A soberania, então, possui, nesse momento, duas dimensões que interagem: (i) a dimensão negativa, que consiste na vedação de atos considerados ofensivos aos interesses da comunidade nacional e (ii) a dimensão positiva, que implica na vontade de celebrar normas e de participar de organizações e redes internacionais de cooperação justamente para a realização de objetivos nacionais, que seriam impossíveis de alcançar pela ação isolada do Estado em seu território.

Consolida-se o “Estado que coopera”, denominado *Estado Constitucional Cooperativo* por Häberle, que é caracterizado por sua abertura para o Direito Internacional e ainda por sua vocação constitucional de auxílio à realização internacional das tarefas da

16 SLAUGHTER, Anne-Marie. “Sovereignty and Power in a Networked World Order” in *Stanford Journal of International Law*, vol 40, 2004, p. 283-328, em especial p. 285.

comunidade dos Estados. Para Häberle, o Estado Constitucional Cooperativo é aquele, que premido pelos fluxos transfronteiriços, age disposto à cooperação internacional¹⁷.

Porém, ao lado da nova caracterização de soberania, a *realização cooperativa dos direitos humanos* é outra consequência do Estado Constitucional Cooperativo e da cooperação jurídica internacional no Direito Internacional Privado. Qualquer Estado que busque proteger direitos humanos tem interesse na cooperação jurídica internacional, que assegura, em última análise, o *direito de acesso à justiça*. Como tutelar, por exemplo, os direitos da criança se os Estados não cooperassem em casos de subtração ilícita de menores? Como assegurar os direitos de propriedade de vítimas de estelionatário ou ainda os direitos difusos de uma coletividade em caso de corrupção envolvendo funcionários públicos, se os Estados receptores do dinheiro ilicitamente obtido não cooperassem?

A CF/88 adota esse modelo de “Estado Constitucional Cooperativo” e já no artigo 4º, IX, determina que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelo «princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade». No parágrafo único do mesmo artigo 4º, há a previsão de que o Brasil «buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”. Esses dispositivos constitucionais devem, no mínimo, sugerir o estatuto supralegal interno dos tratados de cooperação e integração, como os do Mercosul e, também, os tratados de cooperação jurídica internacional (CJI)¹⁸. Também deve ser realçada a menção, como *fundamento do Estado Democrático de Direito* brasileiro, da promoção da *dignidade da pessoa humana* (artigo 1º, III), o que impulsiona a cooperação jurídica internacional como forma de implementação do direito de acesso à justiça.

Além desses dispositivos genéricos, a CF/88 possui regras específicas sobre cooperação jurídica internacional, ao regular a carta rogatória e a homologação de sentença estrangeira, (artigo 105, I, “i”), bem como a extradição (artigo 5º, LI e LII e artigo 102, I, “g”) e a previsão genérica de julgamento de “causas baseadas em tratado” (artigo 109, III).

Inicialmente, o artigo 5º, LI, da CF prevê que nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, (i) em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou (ii) de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei. Além disso, dispõe o inciso seguinte (LII) que não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião. De acordo com o artigo 102, I, “g”,

17 HÄBERLE. P. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. de Marcos Augusto Maliska e Eise Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 70-71.

18 Defendi essa posição em relação aos tratados mercosulinos em RAMOS, André de Carvalho. “A integração regional e a Constituição vinte anos depois”. *Revista de Informação Legislativa*. 2008, vol 179, p. 317-330, 2008.

cabe ao Supremo Tribunal Federal o julgamento da *extradição* (espécie de cooperação jurídica internacional em matéria penal), quando o Brasil for Estado Requerido (extradição passiva). Em relação à extradição, a Lei 13.344/2017 (que revogou a Lei 6.815/80 – o Estatuto do Estrangeiro) possui normas gerais sobre o processo extradicional (artigos 81 a 99).

Além disso, a CF/88 estipula, em seu artigo 105, I, “i”, que compete ao Superior Tribunal de Justiça “a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias”. A competência do STJ para conceder *exequatur* e homologar sentenças estrangeiras foi resultado da Emenda Constitucional nº 45, pondo fim à competência do Supremo Tribunal Federal nessas duas temáticas, que havia sido estabelecida desde a Constituição de 1934.

Por sua vez, o artigo 109, III, da CF/88 prevê que compete à Justiça Federal julgar as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional, o que fundamenta a atuação dos juízes federais de 1º grau na análise dos pedidos de assistência jurídica pela via do *auxílio direto* e também na *transferência de processos*, inclusive criminais.

Assim, a CF/88, por possuir dispositivos principiológicos e, ainda, regras sobre veículos cooperacionais, valorizou a cooperação jurídica internacional. Restaria, é claro, ao legislador a elaboração de uma *Lei Geral de Cooperação Jurídica Internacional*, para orientar o aplicador (na ausência de tratados) ou mesmo o negociador dos futuros tratados de CJI.

No DIPr de matriz legal, há certa regulamentação da CJI na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB; Lei n. 12.376/2010)¹⁹, em especial no artigo 15, que trata da homologação de sentença estrangeira.

Em outros diplomas nacionais, há regramentos esparsos sobre a CJI. Em primeiro lugar, a Parte Geral do Código Penal, elaborada em 1984, trata da aplicação extraterritorial da lei penal brasileira, o que pode redundar em pleitos cooperacionais (artigo 7º). Além disso, o Código Penal estabelece que a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas (artigo 8º), o que exige cooperação para que o Brasil conheça os termos da sentença estrangeira. Além disso, a sentença estrangeira penal, quando a aplicação da lei brasileira produzir na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para (i) obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis, bem como para sujeitar o condenado à (ii) medida de segurança. No caso da sujeição à medida de segurança, o Código Penal exige tratado de extradição com o Estado de origem da sentença criminal estrangeira ou, na falta de tratado, requisição

¹⁹ Conferir os comentários aos artigos da Lei em RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016.

do Ministro da Justiça.

Por sua vez, o Código de Processo Penal traz dispositivos sobre a Carta Rogatória e a Homologação de Sentença Estrangeira Criminal (artigos 780 a 790). No plano cível, o Código de Processo Civil estabelece regras sobre jurisdição (já vistas) e cooperação jurídica internacional (26 a 41).

O Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça, em virtude da competência constitucional do tribunal na concessão do *exequatur* às Cartas Rogatórias e à homologação de sentença estrangeira, possui regras atualizadas de cooperação jurídica internacional após a Emenda Regimental nº 18/2014, tendo sido revogada a antiga Resolução nº 09/2005, que regia a temática. No Supremo Tribunal Federal, o Regimento Interno possui regras sobre extradição.

Esses dispositivos permitem o rechaço de uma eventual visão *xenófoba* e *chauvinista*, refratária à essência do DIPr, que é a *gestão da diversidade jurídica*, aplicada aos fatos transnacionais. Assim, eventual recusa à cooperação jurídica internacional deve ser tida como inconstitucional, pois ameaça a cooperação entre os povos e amesquinha direitos, entre eles a igualdade entre nacionais e estrangeiros e o acesso à tutela jurídica justa.

3.4. O novo CPC e a importância de uma lei geral de cooperação jurídica internacional

O Código de Processo Civil de 2015 inovou ao introduzir expressamente a temática da “cooperação jurídica internacional” (CJI) como um capítulo próprio do seu texto, dos artigos 26 a 41, superando o laconismo do CPC de 1973.²⁰

Consagrou-se a terminologia “cooperação jurídica internacional” e houve o reconhecimento do *princípio da especialidade* pelo qual a cooperação jurídica será regida por tratado de que o Brasil faz parte, que deve, contudo, observar (i) o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente; (ii) a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados; (iii) a publicidade processual, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou na do Estado requerente; (iv) a existência de autoridade central para recepção e transmissão dos pedidos de cooperação; e (v) a espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras (artigo 26 do CPC).

Sobre a exigência do respeito ao devido processo legal no Estado Requerente, entendo que, para dar precisão a esse conceito, é importante

²⁰ Trata-se do Capítulo II (“Da cooperação jurídica internacional”) do Título II (“Dos limites da jurisdição nacional e da cooperação internacional”) do Livro I (“Das normas processuais civis”) do CPC.

que sejam utilizados *parâmetros internacionais* referentes ao *devido processo legal*, o que condiz com o contemporâneo Direito Internacional Privado à luz dos direitos humanos.

Por sua vez, na falta de tratado, a cooperação jurídica internacional pode ser realizada mediante a promessa de reciprocidade pela via diplomática.

A redação final do novo CPC abriu uma significativa exceção à reciprocidade cooperacional no que tange à homologação de sentença estrangeira: o Brasil desistiu de introduzir a reciprocidade na homologação de sentença estrangeira, com exceção das sentenças estrangeiras de execução fiscal²¹.

Essa desistência brasileira representa, corretamente, o desejo do Estado em possibilitar acesso à justiça e reconhecimento de situações jurídicas consolidadas aos que são beneficiados por sentenças estrangeiras no nosso território (dentro dos limites materiais do direito estrangeiro, como o respeito à ordem pública), o que está em linha com a proteção de direitos humanos. Contudo, cabe à diplomacia brasileira identificar e convencer os Estados estrangeiros que se negam a homologar as sentenças brasileiras para que seja também protegido o direito ao acesso à justiça de quem obteve sentenças brasileiras e necessita executá-las extraterritorialmente.

Ficou expressamente vedada a prática de atos cooperacionais no Brasil que (i) contrariem ou que (ii) produzam resultados incompatíveis com as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro (artigo 26, §3º).

Esses condicionantes mostram a abertura da CJI à gramática dos direitos humanos, com exigências relativas ao devido processo legal no Estado Requerente e, ainda, de respeito às “normas fundamentais que regem o Estado brasileiro”, o que inviabiliza (i) a cooperação com ditaduras ou mesmo democracias em conjuntura de pânico, que perseguem e discriminam grupos minoritários e (ii) o cumprimento interno de pedidos cooperacionais ofensivos aos direitos humanos no Brasil (mesmo que oriundos de Estados democráticos).

Há também determinações referentes ao processamento interno dos pedidos cooperacionais, como tratamento igualitário aos estrangeiros, acesso à justiça e assistência jurídica (o que exigirá intervenção da Defensoria Pública da União em determinados pedidos cooperacionais), bem como publicidade (evitando a surpresa ao indivíduo que será atingido por um pedido cooperacional).

Quanto à autoridade central, há o reconhecimento da sua importância na comunicação com outros Estados, sem ter sido estipulada a sua exclusividade, o que permite o desenvolvimento de

21 CPC, artigo 961, § 4o Haverá homologação de decisão estrangeira para fins de execução fiscal quando prevista em tratado ou em promessa de reciprocidade apresentada à autoridade brasileira.

outras fórmulas de comunicação da CJI, como a via do contato direto entre autoridades (ver abaixo as diferentes vias de comunicação na CJI).

Quanto às espécies cooperacionais, o CPC regula importantes veículos de assistência jurídica internacional, como a carta rogatória e o auxílio direto, bem como o pedido de execução de decisão estrangeira por meio da regulamentação da ação de homologação de sentença estrangeira.

Finalmente, o CPC trouxe uma importante cláusula de abertura para a evolução do objeto (conteúdo) da CJI ao listar os atos cooperacionais, prevendo, no final, que a cooperação poderá ter como objeto “qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira” (artigo 27, VI)²². Com isso, consagrou-se o *princípio da não tipicidade* das espécies cooperacionais, podendo novos pedidos serem agregados à CJI no futuro.

4. DIÁLOGO DAS FONTES NA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

A evolução das fontes acima exposta demonstrou a coexistência de dois fenômenos: (i) a *expansão* do número de tratados voltados à cooperação jurídica internacional e (ii) a *inexistência* de uma sistematização formal empreendida pelos Estados, que conciliasse as regras internacionais e nacionais. Esses dois fenômenos estão interligados: ao mesmo tempo em que os fluxos transfronteiriços intensificam-se, os Estados preferem incrementar a regulação jurídica plural da cooperação jurídica internacional, sem maior preocupação com unidade ou sistematicidade das fontes.

De fato, a globalização acelerou a edição de novos tratados em diversos entes sem nenhuma unidade orgânica entre eles, como se viu acima, que se somaram às leis locais, gerando acúmulo de regras e fragmentação da regulação normativa e jurisdicional em uma multiplicidade de normas internas e internacionais.

Há, então, o risco da perda de sistematização e consistência interna da temática da cooperação jurídica internacional do DIPr, que deixaria de existir como um corpo coerente de princípios e regras. Para vencer esse desafio, há duas soluções possíveis: a resolução do conflito e o diálogo entre as fontes.

A opção pela *resolução do conflito entre as fontes* consiste no uso de critérios para resolver as antinomias entre as regras internacionais e nacionais, de forma cronológica, hierárquica e de especialidade. É a solução tradicional para o enfrentamento da existência de

²² *In verbis*: “Artigo 27. A cooperação jurídica internacional terá por objeto: I - citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial; II - colheita de provas e obtenção de informações; III - homologação e cumprimento de decisão; IV - concessão de medida judicial de urgência; V - assistência jurídica internacional; VI - qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira”.

uma pluralidade de fontes regulando o mesmo fenômeno (os fatos transnacionais). Seria obtida a segurança jurídica e preservada a igualdade e o tratamento justo entre os envolvidos, pois não existiria a possibilidade de aplicação diferenciada de normas para casos idênticos.

Ocorre que nem sempre é clara a opção dos Estados pela superação das normas anteriores pela edição de uma regra nova. Por isso, Erik Jayme defendeu a coordenação flexível entre as fontes do DIPr, por intermédio do diálogo entre elas²³, obtendo-se harmonia e não exclusão entre as fontes.

O “diálogo das fontes” consiste na aplicação simultânea, coerente e coordenada entre regras internas e internacionais, que possuem campos convergentes, mas não mais totalmente coincidentes ou iguais²⁴, gerando a convivência e unidade sistêmica do DIPr. Há, então, influências recíprocas entre as fontes, o que permite a adoção de solução normativa mais adequada ao caso concreto.

O diálogo das fontes internacionais e nacionais do DIPr envolve normas de tratados globais (por exemplo, negociados sob os auspícios da ONU ou da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado), regionais (por exemplo, os negociados sob os auspícios da OEA - CIDIPs) e de integração (como os produzidos na União Europeia ou Mercosul), além das normas nacionais.

De acordo com Marques, as formas pelas quais o diálogo pode ocorrer são múltiplas: (i) *diálogo de aplicação direta*, no qual as regras nacionais ou regras de tratados diversos incidem sobre os Estados partes comuns, exigindo coordenação; e (ii) o *diálogo de aplicação indireta* (diálogo de inspiração ou diálogo narrativo)²⁵.

O diálogo de aplicação direta pode ser subdividido em (i) diálogo de complementaridade e subsidiariedade; (ii) diálogo sistemático de coerência e (iii) diálogo de coordenação e adaptação sistemática²⁶.

O *diálogo de complementaridade e subsidiariedade* consiste no uso suplementar de regras previstas em leis ou outros tratados, suprindo eventuais lacunas e tendo como finalidade o cumprimento de determinado valor do DIPr. Como exemplo de complementaridade,

23 JAYME, Erik. “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*. 1995, vol 251, 1995, p. 9-267, em especial p. 259.

24 MARQUES, Claudia Lima. “O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme”. In: MARQUES, Cláudia Lima (Ed.). *Diálogo das Fontes – Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012. p. 18-66, em especial, p. 19-20.

25 MARQUES, Claudia Lima. “Procédure civile internationale et MERCOSUR: pour un dialogue des règles universelles et régionales”. *Uniform Law Review – Revue de Droit Uniforme*, 2003, p. 465-484, em especial p. 469.

26 MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p.465-484, em especial p. 479. Ver também MARQUES, Claudia Lima. “Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do ‘diálogo das fontes’ no combate às cláusulas abusivas”. *Revista Direito do Consumidor*. 2003, nº 45, p. 71-99, em especial p. 73.

é possível citar que o Protocolo de Las Leñas completa os Tratados de Montevideu de 1940, que estavam centrados no reconhecimento de sentenças judiciais e arbitrais, além das cartas rogatórias. Outro exemplo é o uso da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (que estabelece as regras gerais do DIPr²⁷) em conjunto com dispositivos convencionais, de modo a permitir a complementação das lacunas entre os diplomas. Ainda, cita-se o artigo 35 do Protocolo de Las Leñas sobre cooperação jurídica internacional cível do Mercosul, que não proíbe a incidência das disposições das convenções que anteriormente tiverem sido assinadas sobre a mesma matéria entre os Estados Partes, desde que sejam mais benéficas à cooperação pretendida.

Por sua vez, o *diálogo de coordenação e adaptação sistemática* consiste no reconhecimento de outros diplomas normativos referentes ao tema, que podem inclusive levar à priorização de uma regra.

Já o *diálogo de sistemático de coerência* busca coordenar a aplicação de regras nacionais e tratados de DIPr, podendo uma regra ser utilizada como base conceitual de outra, respeitando-se os valores da disciplina. Exemplo desse diálogo é o disposto no art. 9º da Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, que prevê que as diversas leis que podem ser competentes para regular os diferentes aspectos de uma mesma relação jurídica serão aplicadas de maneira harmônica, procurando-se realizar os objetivos de cada uma das legislações. As dificuldades que forem causadas por sua aplicação simultânea serão resolvidas levando-se em conta as exigências impostas pela *equidade* no caso concreto²⁸.

Diferentemente do diálogo de aplicação direta, o diálogo de aplicação indireta consiste na invocação de normas internacionais ou nacionais não vinculantes que inspiram e fundamentam a interpretação de outras normas. Esse diálogo é também chamado por Jayme de “diálogo narrativo”, sendo baseado na força persuasiva das normas, que, por conter valores, influenciam a tomada de decisão sobre outras²⁹. Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal fez uma aplicação narrativa do “Código Bustamante”, ao transpor as regras deste tratado a fato transnacional oriundo de Estado não parte³⁰.

27 RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016.

28 Incorporado internamente pelo Decreto nº 1.979, de 9 de agosto de 1996.

29 JAYME, Erik. “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne” in *Recueil des Cours de la Académie de Droit International de la Haye*. 1995, vol 251, p. 09-267, em especial p.74 e p. 144.

30 Consta do acórdão: “Observou-se, algures, aplicar-se, no Brasil, o Código Bustamante exclusivamente aos súditos dos países que o adotaram. Não parece apoiado em boa razão o asserto; os tratados, sim, apenas obrigam as partes contratantes; mas um Código, seja qual for a sua origem, é lei no país que o promulgou, rege o direito por ele regulado, qualquer que seja a nacionalidade das pessoas que naquele território o invoquem.” Supremo Tribunal Federal, Sentença Estrangeira nº 993, julgamento em 17 de julho de 1940, Revista dos Tribunais, vol CXXXI, Fascículo nº. 502, p. 824-828, em especial p. 828a.

A existência dessas diferentes fontes do DIPr demonstram a complexidade do regramento dos fatos transfronteiriços, que conta com regras domésticas, internacionais estrito senso e ainda transnacionais, o que exige do intérprete tanto o manejo das regras de conflito (critérios de superação das antinomias, como o critério cronológico, hierárquico e da especialidade), quanto a busca do “diálogo das fontes”³¹, fazendo nascer o novo DIPr.

CONCLUSÃO

A cooperação jurídica internacional é fruto da existência de Estados soberanos cujo poder restringe-se, em geral, aos limites de seu território, o que os impulsiona a solicitar *cooperação* dos demais para aplicar o direito em casos que envolvam condutas fora do seu território.

Na medida em que os casos transnacionais (aqueles com contato com outra jurisdição) multiplicam-se, a necessidade de elaboração de normas internacionais de cooperação aumenta proporcionalmente.

Esse incremento do número de casos transfronteiriços impulsiona os Estados a negociar tratados de cooperação jurídica internacional, gerando o risco de existirem conflitos entre tratados ou mesmo entre tratados e normas nacionais.

O exercício do *diálogo das fontes* pode ser instrumento para gerar coerência e consistência nesse manancial de regras de cooperação jurídica internacional, gerando um ambiente de respeito a direitos de todos os envolvidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABADE, Denise Neves. *Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. Prefácio de Paulo Borba Casella. 3ª ed. São Paulo: Quartier Latin/FUNAG, 2009, p. 505.

ANDOLINA, Italo (Ed.). *Cooperazione Internazionale in Materia Giudiziaria*. Catania: Libreria Editrice Torre, 1996.

ARAÚJO, Nadia de. “A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a atuação do Estado Brasileiro no plano interno e internacional”. In *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos – Matéria Penal*. Brasília: Ministério da Justiça, 2008.

31 MARQUES, Claudia Lima. “*Laudatio* para Erik Jayme – memórias e utopia”. MARQUES, Claudia Lima e ARAÚJO, Nadia de (Ed.). *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio : Renovar, 2005, p. 15-25, em especial p. 22.

AYME, Erik. “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*. 1995, vol 251, 1995, p. 9-267

BASSIONI, M. Cherif. “International extradition in american practice and world public order”. *Tennessee Law Review*, vol. 36, n.1, 1968, p. 01-30.

CASELLA, Paulo Borba; SANCHEZ, Rodrigo Elian (Eds.). *Cooperação Judiciária Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz. *La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*. Granada: Comares, 2005.

HÄBERLE. P. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. de Marcos Augusto Maliska e Eise Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

JAYME, Erik. “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne” in *Recueil des Cours de la Académie de Droit International de la Haye*. 1995, vol 251, p. 09-267.

JAYME, Erik. “O Direito Internacional Privado no novo milênio: a proteção da pessoa humana em face da globalização”. Em ARAUJO, Nadia de e MARQUES, Claudia Lima (Eds.). *O novo Direito Internacional. Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 03-20.

LIPSTEIN, Kurt. “The general principles of private international Law”. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*. 1972, vol. 135, 1972, p. 97-229.

MARQUES, Claudia Lima. “Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas”. *Revista Direito do Consumidor*. 2003, n° 45, p. 71-99.

MARQUES, Claudia Lima. “*Laudatio* para Erik Jayme – memórias e utopia”. MARQUES, Claudia Lima e ARAUJO, Nadia de (Ed.). *O novo direito internacional : estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio : Renovar, 2005, p. 15-25.

MARQUES, Claudia Lima. “O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme”. In: MARQUES, Cláudia Lima (Ed.). *Diálogo das Fontes – Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012. p. 18-66.

MARQUES, Claudia Lima. “Procédure civile internationale et MERCOSUR: pour un dialogue des règles universelles et régionales”.

Uniform Law Review – Revue de Droit Uniforme, 2003, p. 465-484.

RAMOS, André de Carvalho. “A integração regional e a Constituição vinte anos depois”. *Revista de Informação Legislativa*. 2008, vol 179, p. 317-330.

RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016.

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Mayer. *O objeto do direito internacional privado*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1956.

SLAUGHTER, Anne-Marie. “Sovereignty and Power in a Networked World Order” in *Stanford Journal of International Law*, vol 40, 2004, p. 283-328.

RESUMO BIOGRÁFICO

André de Carvalho Ramos é Professor de Direito Internacional Privado e Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco). Doutor e Livre-Docente em Direito Internacional (USP). Visiting Fellow do Lauterpacht Centre for International Law (Cambridge). Membro da Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP). Membro da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. Diretor do Ramo brasileiro da International Law Association (2017-2019). Procurador Regional da República.

ASISTENCIA PENAL INTERNACIONAL Y EXTRADICIÓN EN LOS DELITOS DE CRIMEN ORGANIZADO TRANSFRONTERIZO: MERCOSUR Y FUENTE NACIONAL URUGUAYA

ASSISTÊNCIA PENAL INTERNACIONAL E EXTRADIÇÃO EM DELITOS DE CRIME ORGANIZADO TRANSFRONTEIRIÇO: MERCOSUL E FONTE NACIONAL URUGUAIA

*Carlos Álvarez Cozzi**

Resumen: *Se analizan los principales instrumentos de asistencia penal internacional y extradición contra la delincuencia organizada transnacional aprobados por los Estados del MERCOSUR para enfrentar a un fenómeno global que moviliza cientos de millones de dólares en todo el orbe. Dichos instrumentos, para una lucha más eficaz, prevén nuevas formas especializadas tales como novedosas formas de investigación, la videoconferencia, el agente encubierto, la vigilancia electrónica, las entregas vigiladas, como medios de prueba. Porque a la transnacionalización de la delincuencia organizada, debe seguir la cooperación interestatal de la comunidad internacional, como única forma de lucha contra el flagelo del crimen organizado transfronterizo.*

Resumo: *São analisados os principais instrumentos de assistência penal internacional e extradição contra a criminalidade organizada transnacional aprovada pelos Estados do MERCOSUL enfrentar mesmo um fenômeno global que mobiliza centenas de milhões de dólares em todo o mundo. Esses instrumentos, para uma luta mais eficaz, preveem novas formas especializadas, como novas formas de investigação, videoconferência, agente secreto, vigilância eletrônica, entregas supervisionadas, como evidências. Porque à transnacionalização do crime organizado, deve seguir a cooperação interestadual da comunidade internacional como a única maneira de combater o flagelo do crime organizado transfronteiriço.*

* Universidad de la República, Uruguay.
E-mail: alvarezcozziabog@gmail.com
Recibido: 16/08/2017. Aceptado: 14/09/2017.

Palabras clave: Asistencia penal internacional, Crimen Organizado transnacional, MERCOSUR

Palavras-chave: Assistência Penal Internacional, Crime Organizado Transnacional, MERCOSUL

1. INTRODUCCIÓN

La globalización también ha influido acelerando la difusión de los delitos organizados transnacionales. El narcotráfico se ha visto potenciado por el lavado de activos y la financiación del terrorismo internacional. Asimismo, estos delitos se presentan vinculados con la corrupción de algunos funcionarios públicos y gobernantes. A la extensión de estos fenómenos de delitos organizados por verdaderas mafias internacionales debe seguir la coordinación estatal interdependiente de la comunidad organizada para el combate efectivo de estos delitos. Los medios previstos por el derecho internacional penal son la asistencia penal internacional (de trámite, probatoria, cautelar) y la extradición. Desde 1988 con la fundante Convención de Viena de 1988 (Naciones Unidas) sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, pasando por las posteriores Convenciones contra la Corrupción, interamericana de 1996 y de Naciones Unidas de 2003, la de Nassau de 1992 sobre Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales, la de Palermo de 2000 sobre Delito Organizado Transnacional, y por otro lado los protocolos y acuerdos regionales del MERCOSUR, los instrumentos internacionales han tomado una relevancia notoria. Por ello se hace necesaria la difusión de las soluciones provistas por los mismos entre los operadores jurídicos como jueces y fiscales. El módulo se propone analizar todas estas cuestiones, estudiando también aspectos prácticos.

2. ASISTENCIA PENAL INTERNACIONAL GENERAL

2.1. Concepto

La asistencia penal internacional es la entreatyada jurídica consistente en actos procesales que una autoridad judicial o fiscal de un Estado le solicita a otra autoridad del Estado rogado. La misma puede ser solicitada por sede judicial o fiscal cuando el Derecho interno del Estado requirente así lo autoriza. Los sistemas jurídicos que autorizan a los representantes del Ministerio Público a librar pedidos de asistencia son los que organizan su sistema penal bajo la forma acusatoria, en tanto en ellos son los fiscales, como titulares de la acción penal estatal, los que instruyen la investigación delictual. Los titulares de la asistencia son siempre los Estados por medio de sus agentes, como vimos, jueces o fiscales, jamás los particulares. Estos pueden denunciar

delitos, dar la “notitia criminis” o ser afectados o concernidos por la asistencia pero jamás tener legitimación activa directa en la asistencia.

2.2. Clases de asistencia

Los tipos o clases de asistencia son: de trámite, probatoria y cautelar. Las mismas varían en intensidad de afectación del ordenamiento jurídico del Estado rogado. Mientras que las solicitudes de asistencia de mero trámite o impulso procesal como citaciones, notificaciones o emplazamientos no generan afectación en el Estado rogado por su diligenciamiento, sirviendo al juicio penal que se lleva adelante en el Estado requirente, las de asistencia procesal probatoria como declaración de testigos, entrega de documentos, realización de pericias, etc., tienen más incidencia que las anteriores, pero igualmente interesan más al Estado requirente que lo que afectan al requerido. Pero la demostración de que este tipo de medidas son un grado más intenso de asistencia que las de mero trámite radica en que, por ejemplo, en los artículos 17 y ss. del vigente Protocolo de San Luis de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados parte del MERCOSUR, y 20 y 22 de la Convención Interamericana de Nassau de 1992 sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, se distingue entre testimonios en el Estado requerido y los que se piden sean prestados en el Estado requirente. En este segundo caso, la normativa convencional citada preceptivamente establece que el Estado requirente deberá proporcionar los gastos de traslado de la persona que debe declarar en el rogante, así como la persona citada deberá de prestar su consentimiento para el traslado y se le deberá, conforme al artículo 20 del citado Instrumento, otorgar el correspondiente salvoconducto. Se busca que la citación de la persona al Estado requerido no se pueda convertir en una extradición oblicua. En caso en que se solicite el interrogatorio de la persona en el Estado rogado, se deberá acompañar el texto del mismo para que el juez rogado pueda practicarlo.

La asistencia cautelar es el tercer grado que genera mayor incidencia o afectación en el Estado rogado. Puede ocasionar gravamen irreparable porque afecta a personas o bienes, tales por ejemplo como la ocupación y entrega de objetos, incautaciones, bloqueos de cuentas bancarias, etc. Es por esta razón que para este tercer grado de asistencia que las normas convencionales exigen la doble incriminación para poder prestar la asistencia por parte del Estado rogado, mientras que, en los tipos anteriores de asistencia, de trámite y probatoria, tal requisito no es exigido.

2.3. Titulares de la asistencia

Los titulares de la asistencia son exclusivamente los Estados, nunca los particulares. Quienes actúan por los Estados, como ya vimos,

son los jueces en los Estados en que éstos llevan adelante la instrucción o los fiscales, en aquellos países en que está consagrado el proceso acusatorio, conforme a su Derecho interno. No puede el particular, ni siquiera el afectado por la medida, pretender tener legitimación activa directa para la asistencia penal internacional. Puede si presentarse exponiendo su perjuicio. En un importante caso de asistencia de hace algunos años entre los Estados Unidos y el Uruguay (“Mark Poltera”) en que había sido estafado un banco norteamericano (La Salle Bank) por dicha persona de nacionalidad suiza, la Justicia de ese país solicitó, vía autoridades centrales, y obtuvo del nuestro primero la medida cautelar de bloqueo de cuenta de dicha persona en un banco “off shore” que operaba en Uruguay (Deutsche Bank) por casi un millón de dólares. Dentro del plazo previsto por el vigente Tratado de Asistencia Jurídica Mutua entre nuestro país y los Estados Unidos de América, llegó luego al Uruguay el pedido fundado de incautación y transferencia de fondos por ser provenientes del delito, a lo cual el Juzgado Letrado de la Instancia en lo Penal de 9. Turno hizo lugar y ordenó la transferencia de dichos fondos al banco indicado por la autoridad central norteamericana. En dicho proceso, abogados uruguayos invocando un poder del banco perjudicado por el delito, comparecieron ante el Juez rogado solicitando se le hiciera entrega a ellos de dicha suma, lo cual fue denegado por la sede nacional atento a lo que se viene de exponer en cuanto a que los titulares de la acción y por ello los legitimados son las autoridades estatales, nunca los particulares.

2.4. Caracteres de la asistencia penal internacional

La asistencia penal internacional tiene caracteres propios que hacen de ella una figura autónoma, totalmente distinguible de la cooperación civil, comercial y de familia. Responde a principios diferentes por ser los únicos titulares de la misma, según se vio, las autoridades públicas de los Estados requirente y requerido. Los particulares o bien serán denunciante o concernidos o afectados por la asistencia penal internacional pero nunca titulares o agentes de la misma.

Asimismo especial mención tiene la responsabilidad de los Estados en el diligenciamiento de los pedidos de cooperación. Cada Estado será responsable por las medidas que adopte en el cumplimiento de la asistencia. La ley interna regulará la misma y determinará la cuantía de la misma ante la existencia de daños. Ninguno de los Estados parte será responsable por los daños que puedan surgir de los actos de las autoridades del otro Estado parte. De allí que es fundamental que el Estado requerido, antes de ordenar las medidas pedidas en concepto de asistencia por el Estado requirente, tenga en cuenta esta disposición (ver por ejemplo el artículo 31 de la Convención Interamericana de Nassau

sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, de 1992).

También corresponde señalar que las autoridades deben cuidar que las medidas de asistencia no se puedan transformar en extradiciones oblicuas, razón por la cual se prevén las inmunidades, el salvoconducto y otras garantías (artículos 20 y 22 de la citada Convención Interamericana de Nassau y 17 y ss. y 20 del Protocolo de San Luis de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados parte del MERCOSUR).

En materia de doble incriminación es relevante destacar que expresamente no se exige para las medidas de asistencia, como forma de facilitar su solicitud y diligenciamiento. La Convención Interamericana de Nassau así lo establece en su artículo 5. En el caso del Uruguay también lo exige en su normativa de fuente nacional, para los casos de medidas sobre bienes tales como cautelas, inmovilizaciones, confiscaciones o transferencias, registros, levantamiento de secreto bancario, por el numeral 3 del artículo 77 de la Ley N° 17016 sobre Estupefacientes así como el artículo 34 de la Ley N° 17060 sobre Corrupción.

2.5. Límites a la asistencia penal

Los textos convencionales existentes, excluyen de la asistencia a ciertas figuras delictivas como son los delitos políticos, militares y tributarios (artículos 8 y 9 de la Convención Interamericana de Nassau y 5 del Protocolo de San Luis de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados parte del MERCOSUR). Resultan ser exclusiones razonables dispuestas por los textos convencionales atento a la especialidad de los mismos. Asimismo el lit. e. del artículo 9 de la Convención de Nassau así como el lit. e. del artículo 5 del Protocolo de San Luis, establecen que los Estados rogados podrán negarse a cooperar cuando el pedido afecte el orden público, la soberanía, la seguridad o los intereses públicos fundamentales del mismo.

2.6. Forma y contenido de la solicitud de asistencia

Los requisitos documentales son regulados por el artículo 10 de la Convención Interamericana de Nassau y por el artículo 6 del Protocolo de San Luis de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales del MERCOSUR. Siguen las regulaciones clásicas de los textos convencionales.

2.7. Vía o vías de cooperación

La vía de cooperación moderna elegida fue la autoridad central debido a su original celeridad y eficiencia. Ella se encuentra prevista por el numeral 8 del artículo 7 de la Convención sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes de Viena, artículo XVIII de la Convención Interamericana

contra la Corrupción, artículo 3 del Protocolo de San Luis del MERCOSUR. Asimismo, en la normativa de fuente nacional uruguaya tanto para narcotráfico (Ley 17016), corrupción (Ley 17060), como para lavado de activos (Leyes 17343 y 17835) también se prevé la autoridad central como única vía de cooperación. No obstante, como se entiende que siempre debe estarse a la facilitación de la cooperación, es admisible que el pedido provenga por la vía diplomática, que también es oficial, aunque sea más lenta, para diligenciamiento por parte de la autoridad requerida. Lamentablemente, en los últimos años, en Uruguay, con la actual conducción de la Autoridad Central, se ha producido un enlentecimiento de la cooperación, que de alguna manera desnaturalizó el ideal de su creación en el Derecho Europeo en la década de los años 60 del siglo XX.

2.8. Ley aplicable a la asistencia

Es una clásica regulación la que prevé que el Derecho del Estado requirente regule el libramiento del pedido de asistencia así como que la ley procesal interna del Estado requerido sea la que regule el diligenciamiento de la medida. Así lo establecen el artículo 7 de la Convención de Viena sobre Estupefacientes, el artículo 10 de la Convención de Nassau y los artículos 7 y 8 del Protocolo de San Luis del MERCOSUR.

2.9. Deber de confidencialidad

Este deber es asimismo fundamental para asegurar el diligenciamiento de los pedidos y su éxito. El clima de confianza entre requirente y requerido se asegura con este deber. El Estado requirente no podrá utilizar la información que le proporcione el Estado requerido para otros fines para el que la solicitó. En casos excepcionales sólo podrá hacerlo con expresa autorización del Estado que le envió la información. Se prevé la limitación al uso de información o pruebas por el artículo 25 de la Convención Interamericana de Nassau, por el artículo 10 del Protocolo de San Luis del MERCOSUR.

2.10. Deber de informar entre las autoridades centrales sobre el cumplimiento de la medida

Este es otro de los deberes básicos sobre los que se asienta la asistencia penal. Ello permite a los magistrados del Estado requirente conocer que pasa en el Estado requerido con el diligenciamiento de la medida e incluso pedir para estar presentes en el Estado rogado cuando se cumpla la misma. En los textos antiguos no aparecía su consagración pero en los modernos lo encontramos en los artículos 16 de Nassau y 11 de San Luis respectivamente.

2.11. Textos convencionales multilaterales antiguos con pocas disposiciones sobre asistencia penal internacional: los Tratados de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889 y 1940

En el artículo 39 del Tratado de 1889 así como en el 38 del Tratado de 1940, se establece que los objetos del delito incautados al delincuente serán remitidos al Estado requirente. Incluso estas disposiciones podrían ser consideradas que ni siquiera son de asistencia al estar la incautación de los objetos estrechamente vinculada con las consecuencias del delito por el que se solicita la misma extradición.

2.12. Textos convencionales multilaterales modernos reguladores de la asistencia

2.12.1. La “Convención de Nassau de 1992 (OEA) de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales” y su Protocolo Facultativo de 1993

Han sido ratificados por nuestro país. Pensamos que la Convención es un buen texto, en tanto ello le permite tener tratado con los países americanos con soluciones modernas de asistencia. Consagra soluciones clásicas en materia de asistencia tales como en el artículo 5 la no exigencia de la doble incriminación para la prestación de asistencia salvo las medidas refieran a embargos, secuestros, inspecciones e incautaciones, registros domiciliarios y allanamientos. Es decir que el Estado rogado puede no prestar la asistencia citada cuando el delito perseguido en el requirente no lo sea en el suyo. Incluye dentro de su ámbito de aplicación (artículo 7) actos como medidas de trámite, de prueba y cautelares. Excluye por el artículo 8, la asistencia cuando sea en relación a delitos militares así como por otras situaciones previstas por el artículo 9 como delitos tributarios, delitos políticos o conexos, si afecta el orden público, la soberanía, la seguridad o los intereses públicos fundamentales. Prevé la existencia de autoridades centrales para su aplicación en el artículo 3. Entre las medidas incluidas en la asistencia se encuentran también el registro, embargo, secuestro y entrega de objetos (artículos 13 y 14). En los artículos 17 y siguientes se regula la asistencia probatoria testimonial y por el 20 el traslado de detenidos para declarar en el Estado requirente pero con el salvoconducto previsto por el artículo 22. Por el artículo 24 se regula la remisión de antecedentes e informaciones así como la limitación en el uso de la información y pruebas por el artículo 25 en que se dispone que solo con autorización expresa de la Autoridad Central del Estado rogado, el rogante podrá utilizar la información para otros fines. Finalmente, por el artículo 31 se establece que la ley interna de cada Estado regulará la responsabilidad

por daños que pudieran emerger de los actos de sus autoridades en la ejecución de esta Convención.

2.12.2. El “Protocolo de San Luis de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados parte del MERCOSUR”

Fue suscrito el 25 de mayo de 1996 en San Luis, Argentina y aprobado por Decisión del CMC n° 02/996. Fue producto de la elaboración de la Comisión Técnica de la Reunión de Ministros de Justicia del MERCOSUR.

Sigue soluciones clásicas de la asistencia, similares a las ya mencionadas previstas en la Convención Interamericana. El artículo 2 limita el alcance de la asistencia a los actos de trámite, probatorios (prueba documental, pericial y testimonial en el Estado rogado y en el Estado rogante) y cautelares como embargo de bienes, entrega de documentos y elementos de prueba, incautación, transferencia de bienes decomisados y otras medidas de naturaleza similar. Se prevé en el artículo 3 la vía autoridad central para el envío y recepción de los pedidos de asistencia. En cuanto a las autoridades que pueden librar pedidos, el artículo 4 es muy claro en cuanto a que solo pueden ser jueces o fiscales, no previéndose autoridades administrativas. En el 94 Encuentro de la Comisión Técnica de la Reunión de Ministros de Justicia del MERCOSUR, que tuvo lugar en Montevideo en septiembre de 2007, la Delegación de Brasil solicitó poder incluir a las autoridades policiales como legitimadas para librar pedidos de asistencia, lo cual fue desestimado por las restantes delegaciones de los Estados miembros del MERCOSUR así como por los Estados asociados en virtud de la claridad de la disposición comentada del Protocolo. La posibilidad de denegación de la asistencia por parte del Estado rogado está prevista por el artículo 5 y refiere a los delitos militares, delitos políticos o conexos, delitos tributarios, orden público u otros intereses esenciales del Estado requerido. En caso de denegar el pedido, está expresamente previsto que el Estado rogado deberá de informar al rogante de las razones en que se funda tal denegatoria, salvo cuando se trata de la no entrega de copias de documentos oficiales no accesibles al público, en cuyo el Estado rogado no tiene por qué expresar los motivos de su negativa. La forma y contenido de la solicitud están regulados por el artículo 6 y en cuanto a la ley aplicable a los pedidos de asistencia el artículo 7 establece que el diligenciamiento de las solicitudes se regirá por la ley del Estado requerido, previéndose también que el Estado requirente pueda pedir formalidades especiales para el diligenciamiento las que podrán no ser observadas por el Estado rogado si éstos fueran incompatibles con su ley interna. La confidencialidad de la información así como la imposibilidad de mantener tal carácter por parte del Estado rogado están previstos por el artículo 10. La información sobre el cumplimiento (fundamental en la economía del Protocolo) está regulada por el artículo 11. Esta es básica

para que las autoridades del Estado requirente puedan presenciar, con anuencia de la autoridad del Estado rogado, las pruebas a diligenciarse en éste. La limitación para el empleo de la información o prueba obtenida está regulada por el artículo 12, en que salvo consentimiento previo del Estado requerido (solución similar a la Convención Interamericana de Nassau), el Estado requirente sólo podrá emplear la información o la prueba obtenida en la investigación o el procedimiento indicado en la solicitud. En este mismo sentido, el suscrito a título personal fue co-redactor en el año 2006 de un “protocolo informal sobre confidencialidad de la información”, a nivel del Grupo de Expertos en Asistencia Penal y Extradición de los Estados miembros de la OEA, publicado en la página web del Grupo.

Los costos de la asistencia, previstos por el artículo 13, serán soportados por el Estado requerido salvo los derivados de pericias, traducciones y transcripciones, los gastos extraordinarios que provengan del empleo de procedimientos especiales y los costos del viaje de las personas referidas por los artículos 18 y 19 (declaración testimonial en el Estado requirente).

En cuanto a las formas de asistencia previstas por el Capítulo III se encuentran: la notificación (artículo 14); la entrega de documentos (artículo 15), que como ya se vio supra, en caso de copia de documentos oficiales, cuando el Estado rogado niegue la asistencia no estará obligado siquiera a expresar los motivos de la denegatoria; la declaración testimonial en el Estado requerido (artículo 17), para lo cual el requirente deberá enviar el interrogatorio y los datos de la persona a interrogar; la declaración testimonial en el Estado requirente (artículo 18), con consentimiento de la persona involucrada y haciéndose cargo el Estado requirente de los gastos de traslado y estadía; el traslado de personas sujetas a procedimiento penal (artículo 19), el salvoconducto a otorgar en los casos de traslado de personas para prestar declaración (testigos o peritos) con el límite máximo de hasta 10 días después en que la persona ya no sea necesaria en el Estado requirente. Se prevé asimismo como forma de asistencia la localización o identificación de personas (artículo 21). Es frecuente que en pedidos de asistencia probatoria, solicitados a nuestro país por parte de Brasil y de Argentina, por los que se pretende la declaración de personas en el Estado requirente, se olviden estas disposiciones. Ello determina que nuestras sedes judiciales, previo informe de la Autoridad Central uruguaya, exijan a los mismos el cumplimiento de las citadas normas, en tanto que, de lo contrario, podríamos estar frente a extradiciones oblicuas, lo que no es querido por el Protocolo. Reiterada jurisprudencia tanto judicial como administrativa nacionales han confirmado esta posición, agregando que, cuando existan elementos suficientes, el Estado requirente que cite a una persona a declarar en su Estado como imputado, lo que en realidad debe de hacer es solicitar la extradición de la misma y no este

tipo de medidas de asistencia penal internacional.

En un segundo escalón de intensidad en la asistencia se prevén en el artículo 22 las medidas cautelares sobre bienes que se someterán en la traba a la ley y a la jurisdicción del Estado requerido. Este asimismo resolverá según su ley, cualquier solicitud relativa a la protección de los derechos de terceros sobre los objetos que sean materia de medidas cautelares, lo que también en doctrina se denomina como “derechos del concernido”. En este segundo escalón de asistencia también el Protocolo prevé la entrega de documentos (artículo 23), la custodia y disposición de bienes y la autenticación de documentos y certificaciones (artículo 24). Este Protocolo tiene un alcance general para la asistencia penal, es decir, aplicable para todos los delitos salvo como se vio, los excluidos expresamente. Veremos las diferencias existentes con las formas más especializadas de asistencia penal en materia de narcotráfico, lavado de activos y financiación del terrorismo y corrupción, es decir, en la lucha contra el delito organizado transnacional. Este protocolo prevé también la existencia de las autoridades centrales para la cooperación internacional. Con base en este texto se solicitó por Brasil a nuestro país, que la prestó rápidamente, -y mereció recientes elogios a nuestra Autoridad Central en varios foros internacionales-, asistencia penal en el caso “Cabo Verde”, contra el lavado de activos, con medidas de bloqueos cautelares de cuentas bancarias, actualmente en trámite, por lo que no puedo proporcionar más datos.

2.13. Normas de fuente nacional

En materia de normas de fuente nacional, en asistencia penal internacional general, aplicables en ausencia de tratado, el vigente Código del Proceso Penal de 1980 prácticamente no contiene ninguna. El nuevo Código del Proceso Penal (Ley No. 19.293), constituyente de un sistema procesal acusatorio, que luego de varias prórrogas, entrará en vigencia el 1° de noviembre de 2017, lamentablemente carece de regulación sobre asistencia penal internacional, por lo que doctrinariamente propusimos una solución analógica al respecto (“Nuevo Código del Proceso Penal uruguayo y la asistencia penal internacional”).

3. ASISTENCIA PENAL INTERNACIONAL ESPECIALIZADA EN LA LUCHA CONTRA EL DELITO TRANSNACIONAL ORGANIZADO

3.1. Concepto

El concepto de asistencia en este caso es el mismo que para la asistencia penal internacional general ya visto, con la particularidad de que se trata en este caso de delitos organizados transnacionales, solamente

cometidos por integrantes o colaboradores de organizaciones criminosas internacionales y no por simples particulares. Como veremos, los textos convencionales que la regulan han desarrollado más profundamente los instrumentos de la misma. Es que al delito transnacional organizado los Estados deben de responder con formas organizadas y modernas de asistencia penal internacional para intentar neutralizar a dichas verdaderas multinacionales del crimen.

3.2. Clases

También en este caso las clases, al igual que en la asistencia penal internacional general son: de trámite, probatoria y cautelar. Con la particularidad de un mayor y especial desarrollo en el segundo y tercer escalón de la cooperación, según se verá.

3.3. Protagonistas y afectados por la asistencia

Al igual que en la asistencia general, los titulares de la cooperación son los Estados, que actúan mediante los titulares de sus órganos como jueces y fiscales. Nunca los particulares tienen legitimación directa. Podrán si dar la noticia criminis, aportar prueba y ser afectados por las medidas de asistencia, según se vio y presentarse alegando perjuicios.

3.4. La Convención de Naciones Unidas de 1988 sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, aprobada por Uruguay por Ley 16759 de 7.9.1994, ratificada y en vigencia

Este tratado, pionero en la lucha contra el delito organizado transnacional, previó un importante capítulo sobre la asistencia penal internacional. El artículo 5 regula detalladamente el decomiso de productos derivados del delito del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Las formas de asistencia judicial recíproca están reguladas por el artículo 7. Prevé recepción de declaraciones de personas, presentación de documentos, la realización de inspecciones e incautaciones, el examen de objetos y lugares, facilitación de información y elementos de prueba, entrega de documentos, identificar o detectar el producto, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios, cualquier otra forma de asistencia autorizado por el derecho interno del Estado requerido, declaración de detenidos en un Estado para que su declaración se utilice en otro, la imposibilidad de alegar secreto bancario para negar la asistencia requerida. El artículo 8 prevé la remisión de antecedentes penales y el artículo 9 regula otras formas de cooperación y capacitación: armonía de ordenamientos jurídicos, establecer canales de comunicación entre

sus organismos y servicios competentes a fin de facilitar el intercambio rápido y seguro de información sobre los delitos de narcotráfico, cooperación en la realización de investigaciones conjuntas (que luego desarrollará el artículo 19 de la Convención de Palermo de 2000 sobre Delito Transnacional Organizado). Asimismo se pactaron programas específicos de capacitación de los organismos competentes y promover el intercambio de expertos, previendo la existencia de funcionarios de enlace. Como una novedad, el artículo 11 reguló el instituto de la entrega vigilada. El artículo 17 reguló la asistencia en el tráfico ilícito por mar de sustancias sicotrópicas. Se estableció la existencia de autoridades centrales para esta Convención.

3.5. “La Convención Interamericana contra la Corrupción” de 1996, aprobada por Uruguay por Ley 17008 de 25 de setiembre de 1998, ratificada por nuestro país y en vigencia

Esta importante Convención elaborada por el sistema interamericano para la lucha contra otro delito transnacional organizado como es la corrupción, regula la asistencia y cooperación en el artículo XIV y las medidas sobre bienes por el artículo XV, previendo la identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación y el decomiso de los bienes obtenidos o derivados de la comisión o del producto de dichos bienes. Por el artículo XVI se establece que el Estado requerido en la asistencia no podrá alegar el secreto bancario. De manera que así se asegura el éxito de las investigaciones en materia de lucha contra la corrupción. Se establece por el artículo XVIII la existencia de las autoridades centrales encargadas de la asistencia.

3.6. “La Convención de NNUU contra la Corrupción”, suscrita en 2003

Ha sido aprobada en 2006 y ratificada por el Uruguay. Contiene también soluciones avanzadas en materia de asistencia penal en la misma línea de las convenciones anteriores. Así por el artículo 31 se regulan los embargos, incautaciones y decomisos del producto del delito. Por el artículo 32 se prevé la protección de testigos y peritos y por el artículo 33 la de denunciantes. El artículo 36 prevé la existencia de autoridades especializadas para la Convención. En el artículo 40 se prevé que no podrá alegarse por los Estados el secreto bancario para impedir la asistencia, al igual que en la Convención Interamericana. La jurisdicción se regula por el artículo 15 para la persecución de este delito internacional. El artículo 43 prevé las medidas de asistencia penal internacional en la misma línea de las soluciones vistas.

3.7. La Convención de Palermo (Naciones Unidas) de 2000 sobre Delito Organizado Transnacional

Esta moderna convención prevé un rico capítulo sobre la asistencia penal internacional. Las Naciones Unidas asumieron la cuestión de la prevención del delito como una de sus responsabilidades ya en 1950 a través de la resolución 415 (V) de la Asamblea General. Esta decisión fue reafirmada por resoluciones posteriores, entre las que pueden mencionarse la 731 F (XXVII) del 18 de diciembre de 1972, 32/59 y 32/60 del 8 de diciembre de 1977, 35/171 del 15 de diciembre de 1980 y 36/21 del 9 de noviembre de 1981 relativas a la promoción y fortalecimiento de la cooperación internacional en esta esfera. En el año 1989, la Resolución de la Asamblea General 44/1971 del 8 de diciembre, invitó al Consejo Económico y Social a solicitar al Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia que prestara atención al fomento de la cooperación internacional en la lucha contra la delincuencia organizada. El Octavo Congreso de las NNUU sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente de 1990, prestó especial atención a la cuestión la cooperación internacional en la lucha contra el delito organizado transnacional. La idea de preparar una Convención de las NNUU contra el crimen organizado transnacional se planteó formalmente por primera vez en la Conferencia Ministerial Mundial sobre Delincuencia Organizada Transnacional, celebrada en Nápoles, Italia del 21 al 23 de noviembre de 1994.

La Convención define materialmente en los artículos 2 y 8 que se entiende por grupo estructurado, grupo delictivo organizado, delito grave, bienes, producto del delito, embargo preventivo o incautación, decomiso, entrega vigilada, funcionario público.

El blanqueo del producto se regula por el artículo 6, definiéndolo materialmente. Así se definen la conversión o transferencia de bienes, la ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza u origen de los bienes, etc. El artículo 8 regula la corrupción en forma material o directa, así como el artículo 23 establece la obstrucción de la justicia. El Capítulo II del instrumento versa sobre las medidas contra el blanqueo de dinero y la corrupción. El decomiso y la incautación están previstas por el artículo 12. La asistencia penal internacional se desarrolla en el artículo 13. Se prevé la localización, el embargo preventivo, la incautación del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos. Por otra parte, el artículo 14 regula la disposición del producto del delito o de los bienes decomisados. La jurisdicción está prevista por el artículo 15, asumiendo los Estados parte la obligación de establecer su jurisdicción con respecto a los delitos transnacionales organizados. Se prevén los criterios de territorialidad en la comisión del delito y de nacionalidad de los agentes de la conducta delictiva.

Como forma especial de asistencia se prevé el traslado de condenados (artículo 17). En cuanto a las formas de asistencia se prevé: el deber de cooperar (artículos 1 y 2), las formas para hacerlo (párrafos 3, 4 y 5): recepción de testimonios, documentos, inspecciones, incautaciones, embargos preventivos, examen de objetos y lugares, pericias, entrega de objetos, identificación del producto del delito, traslado de personas para declarar, información bancaria, etc. Los párrafos 10 a 12, 18 y 27 prevén las medidas de cooperación en materia de prueba testimonial, tanto en el Estado requerido como en el requirente. Se prevé la existencia de las autoridades centrales por el párrafo 13. Los requisitos de las solicitudes de asistencia se regulan por los párrafos 14 y 15. Vinculado con esto se pacta la reserva de la información transmitida (párrafos 19 y 20), la posibilidad de denegación de la asistencia (párrafos 8, 9, 21 a 23 y 26), fundada en el orden público internacional, soberanía, seguridad u otros intereses fundamentales del Estado requerido. Los gastos se prevén por el párrafo 28. Sigue la solución clásica de que los mismos corren por cuenta del Estado requerido salvo los que supongan erogaciones especiales o cuantiosos. Se prevén otras formas de cooperación, que profundizan la asistencia: a. investigaciones conjuntas, artículo 19, mediante la celebración de acuerdos bilaterales o multilaterales. Este tema está en agenda justamente de la Comisión Técnica de la Reunión de Ministros de Justicia de los Estados del MERCOSUR y asociados aunque limitado al delito de trata de personas; b. remisión de actuaciones penales, artículo 21; establecimiento de antecedentes penales, artículo 2; cooperación en materia de cumplimiento de la ley, artículos 26 y 27; desarrollo económico y asistencia, artículo 30.

Otros elementos novedosos lo constituyen las técnicas especiales de investigación, artículo 20, entrega vigilada, vigilancia electrónica y operaciones encubiertas.

Por los artículos 24 y 25 se regula la protección de testigos, lo que es fundamental para asegurar que éstos se animen a declarar contra las organizaciones criminales transnacionales que tanto poderío ostentan y sin cuya previsión mucho se dificultaría su concreción. Se prevé por ejemplo la videoconferencia como medio de asegurar el anonimato de los testigos. La capacitación y la asistencia técnica, fundamentales para entrenar a los agentes de la asistencia, están previstas por el artículo 29. Finalmente las medidas de prevención de la delincuencia transnacional están previstas por el artículo 31.

3.8. Normativa de fuente nacional uruguaya en materia de asistencia contra el narcotráfico, lavado de activos y corrupción

Varias leyes nacionales, dictadas en los últimos años a consecuencia de la ratificación por el país de las Convenciones antes vistas en materia

de lucha contra la delincuencia organizada transnacional, regulan los delitos de narcotráfico, lavado de activos y corrupción así como establecen normas sobre asistencia penal internacional. En ausencia de tratado, dicha normativa resulta aplicable para los casos nacionales.

3.8.1. Ley 17016 modificatoria del DL 14294 sobre Estupefacientes y sustancias sicotrópicas

Regula por primera vez en el Derecho nacional la figura del lavado de dinero producto del narcotráfico, artículos 54 y ss. En los artículos 75 y ss. de esta Ley se regula la asistencia penal internacional previéndose la vía autoridad central en el artículo 76. Las medidas comprendidas por el artículo 75 se prevén medidas de mero trámite, prueba y cautelar o de inmovilización, confiscación, decomiso o transferencia de bienes. El artículo 77 regula el cumplimiento de oficio por parte de las autoridades rogadas nacionales de acuerdo a la ley nacional.

Expresamente no se exige la doble incriminación en el diligenciamiento de los pedidos (artículo 77, numeral 2) salvo en las medidas cautelares que puedan causar daño irreparable como embargos, registros, levantamiento de secreto bancario, entrega de objetos y documentos, etc., en que sí se exigirá por el Estado uruguayo que la conducta perseguida sea delito también en su país, para poder prestar asistencia. El artículo 78 prevé expresamente que solo las autoridades nacionales tienen competencia para tomar medidas en instancia de cooperación, quedando las autoridades extranjeras impedidas totalmente de actuar en territorio nacional. Sí podrán estar presentes con autorización de los jueces uruguayos competentes. El artículo 80 regula por la ley interna uruguaya las eventuales responsabilidades por daños que pudieran emerger de la prestación de asistencia y el Estado uruguayo se reserva el derecho de repetir contra los Estados requirentes.

3.8.2. Ley 17343 de 25 de mayo de 2001 (Lavado de activos)

Esta ley amplió el elenco de delitos precedentes del lavado de activos que la ley hasta ese momento preveía solamente que fuera el narcotráfico. Se agregaron terrorismo, contrabando superior a US 20.000, (de infeliz inclusión en tanto el Estado rogado no está obligado a prestar asistencia en delitos tributarios) tráfico ilícito de armas, explosivos, municiones o material destinado a su producción, tráfico ilícito de órganos, tejidos y medicamentos, tráfico ilícito de personas, extorsión, secuestro, proxenetismo, tráfico ilícito de sustancias nucleares, de obras de arte, animales o materiales tóxicos. No introdujo modificaciones en materia de asistencia penal internacional.

3.8.3. Ley 17835 (Sistema de Prevención y Control del Lavado de activos y de la Financiación del terrorismo) de 23 de setiembre de 2004

Esta ley amplió fundamentalmente el elenco de sujetos obligados a reportar y dispuso de más instrumentos para el Estado (en especial a la Unidad de Información y Análisis Financiero del BCU) para el control de este tipo de delitos transnacionales como es el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. En lo atinente a la lucha contra el delito, aplicable a los pedidos de asistencia judicial internacional, se dispone por el 9, que el juez podrá disponer la circulación y la entrega vigilada de dinero en efectivos, metales preciosos u otros instrumentos monetarios, sustancias tóxicas, estupefacientes, precursores, etc. Por el artículo 11 se regulan las mencionadas entregas vigiladas pero no se previó en la ley el agente encubierto.

3.8.4. Ley 17060 contra la Corrupción, de 23 de diciembre de 1998

Esta ley fue la consecuencia nacional de la aprobación y ratificación de la Convención Interamericana de 1996.

Se regularon los delitos de corrupción y en lo atinente a las normas de asistencia penal internacional, aplicables con los países no unidos con el Uruguay por texto convencional, se previó en el Cap. VII “Ámbito internacional” el cohecho y soborno internacionales (artículo 29), el blanqueo de dinero (artículo 30), la previsión de la vía autoridad central por el artículo 34, la exigencia de la doble incriminación para prestar asistencia internacional (artículo 36) y la reserva de la información obtenida por el Estado requirente (artículo 36).

3.8.5. Ley 18494 de 5 de julio de junio de 2009. Control y prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo

Por esta norma se agregaron sujetos obligados a reportar operaciones sospechosas de lavado de activos (artículo 2), se agregaron delitos precedentes al de lavado de activos (artículo 8), modificando las leyes 14.294, 17.016 y 17.835. Asimismo se regularon medidas cautelares, decomiso entrega vigilada, vigilancias electrónicas, la figura del colaborador, los agentes encubiertos y protección de víctimas y testigos.

4. LA EXTRADICIÓN EN LOS INSTRUMENTOS GENERALES

4.1. Concepto y naturaleza jurídica

Por extradición se entiende toda entrega que un Estado soberano efectúa a otro, previa solicitud de este último, de una persona que se encuentre en el Estado requerido, para que pueda ser juzgada, o que habiendo ya sido declarada culpable dentro del territorio del Estado requirente, se le haga cumplir la pena impuesta¹.

Operti² entiende que se debe de ubicar a la extradición dentro del Derecho Internacional General, cuyos protagonistas son los Estados y no los particulares. Agrega que la extradición está desligada de la asistencia penal porque responde a principios diversos. Coincidimos con esta afirmación porque -a diferencia de Cervini³ que considera que insistir con la diferenciación de institutos puede derivar en una pérdida de garantías del concernido en la asistencia- creemos que admitir las diferencias entre ambos, no deja a la asistencia sin garantías. Porque si bien los agentes de ella son exclusivamente los Estados, como venimos de ver, en algunos textos convencionales se establece claramente que el Estado requerido es el responsable por los daños que se puedan ocasionar en el cumplimiento de las medidas (por ej. artículo 26 del Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre Uruguay y Estados Unidos de América), sin que pueda excusarse en que las pidió otro Estado.

4.2. Clases

Las clases principales de extradición son activa y pasiva, desde la óptica del Estado que pide o que recibe el pedido de extradición. Asimismo se distingue la llamada extradición simplificada o abreviada, en que el reclamado acepta, ante el juez rogado y en presencia de su defensor, su entrega inmediata al Estado reclamante. Se trata naturalmente de una decisión judicial en todos los casos. La extradición en tránsito para algunos autores es un mero acto administrativo y está prevista en los textos convencionales (Por ej. artículo 27 del Acuerdo de Extradición del MERCOSUR).

4.3. Fuentes

La doctrina distingue entre las fuentes nacionales y convencionales. Resulta fundamental la existencia de tratados porque hay Estados que

1 GARCÍA BARROSO, Casimiro. *El Procedimiento de extradición*. sl.: Colex, 1996.

2 OPERTTI en *Curso de Cooperación Penal Internacional*, 1994.

3 CERVINI, Raúl. Principios de cooperación judicial penal internacional en el protocolo del MERCOSUR. Disponible en: < <http://wold.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/2010/cervini-004.pdf>>

no conceden la extradición si no existe tratado. Nuestro país, y otros latinoamericanos, en cambio, aún en ausencia de convención, conforme a lo establecido por el artículo 13 del Código Penal, puede tramitar solicitudes de extradición.

4.4. Principios generales de la extradición

a) Preferencia de las normas convencionales sobre las nacionales: Es un principio clásico del Derecho Internacional General. Surge de los textos convencionales y en el caso del Uruguay además de la normativa procesal penal de fuente nacional.

b) Obligación internacional de conceder la extradición cuando se cumplen los requisitos: Es también un principio convencional en la materia.

c) Principio de legalidad: Son objeto de extradición las personas que cometieron delitos con una pena generalmente fijada en dos años como mínimo. El sistema antiguo en cambio y ya abandonado por los Estados, era de la lista de delitos.

d) Principio de jurisdicción internacional: En principio es competente para solicitar la extradición al Estado requerido, el juez del Estado requirente donde se cometió el delito por el que se reclama a la persona que se encuentra en el otro Estado.

4.5. Tratados Multilaterales y del MERCOSUR sobre Extradición

Uruguay es parte de tratados multilaterales como lo son los de Montevideo de Derecho Penal Internacional de 1889 y 1940. Contienen soluciones propias de la época y continúan en vigencia con algunos países. A nivel subregional en 1998 se suscribió el Acuerdo de Extradición entre los Estados parte del MERCOSUR y se elaboró otro espejado entre los Estados parte del MERCOSUR y Bolivia y Chile. Ambos han sido aprobados por el Uruguay. El texto del MERCOSUR actualmente es aplicable por nuestro país con Paraguay y Brasil, mientras que aún no se aplica con la República Argentina, con el cual rige el bilateral suscrito en 1996.

Las principales soluciones consagradas en estos textos refieren a la procedencia de la extradición por delitos graves, es decir, con pena probable a recaer que no sea inferior a los dos años, es decir, de penitenciaria. Se prevé la exigencia de la doble incriminación para otorgar la extradición en todos los casos. Se excluyen los delitos políticos y los conexos con la expresa exclusión en los tratados modernos de los

delitos de sangre, atentados, etc. dentro del concepto de delito político. Asimismo son excluidos los delitos militares. Se regula en ellos el arresto preventivo con fines de extradición, siguiendo las soluciones clásicas.

Nuestro país no ratificó la Convención Interamericana de Extradición de Caracas, 1981.

Asimismo el Uruguay es parte de muchos tratados bilaterales sobre extradición, antiguos del siglo XIX y XX (Gran Bretaña, Italia, Suiza, Francia) y modernos, suscritos varios de los últimos en la década de los noventa, como con España, Argentina y Chile (ver lista completa en “EXTRADICIÓN, Normas Nacionales y Convencionales”, 2ª. Edición, 1997, del autor de este trabajo, Editorial Universidad).

4.5.1. Vías

Los tratados prevén la vía diplomática para el envío y recepción de pedidos de extradición en forma casi exclusiva y excluyente. Sólo en algunos pocos tratados se previó que la Cancillería lo introduzca al sistema judicial patrio, o lo haga egresar de él, hacia el exterior, por intermedio de la Autoridad Central uruguaya (con Argentina y España por ejemplo), lo que no agrega nada y hace enlentecer la cooperación. Máxime el estado actual en que se encuentra la Autoridad Central. Por lo que entendemos que menos se justifica que se sustituya la vía diplomática por la autoridad central en el reciente Tratado de Extradición suscrito entre nuestro país e Italia.

4.6. Normas nacionales

A nivel del derecho de fuente nacional, la extradición tiene escasa regulación. Se refieren a ella los artículos 13 y 14 del Código Penal Ordinario, el artículo 9 del Código Penal Militar. El vigente CPP de 1980 no contiene regulación sobre la extradición y sí la contiene el nuevo CPP, aprobado por Ley No. 19.293, prorrogado en su vigencia varias veces, que regirá desde el 1º de noviembre de 2017, artículos 329 y ss, que prevé el arresto preventivo y el proceso de extradición aplicables en ausencia de tratados. cuya vigencia está suspendida. En su momento, año 2004, ante la no vigencia del Código y en tanto éste tiene una buena regulación de la extradición pasiva, propusimos el desglose de este capítulo y su aprobación por norma separada a fin de llenar el vacío sobre el tema en nuestra legislación. Actualmente se encuentra trabajando una comisión para la aprobación de un nuevo CPP. Esperamos que en el mismo se mantenga la buena regulación que presentaba el texto que tiene la vigencia suspendida.

5. LA EXTRADICIÓN PREVISTA EN LOS INSTRUMENTOS ESPECÍFICOS DE LA LUCHA CONTRA EL DELITO TRANSNACIONAL ORGANIZADO

Constituyen soluciones específicas entre los Estados para asegurar la entrega de personas que han cometido delitos transnacionales organizados.

5.1. La Convención de NNUU de 1988 sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas

El artículo 6 de este texto regula la extradición. Se destaca el numeral 3 de este artículo, por el que se establece que si una parte supedita la extradición a la existencia de un tratado y recibe de otra parte un pedido con la cual no tiene tratado de extradición, podrá considerar la Convención de Estupefacientes como base jurídica para otorgar la misma respecto de los delitos a los que se aplica este artículo. El numeral 7 establece la obligación de los Estados en acelerar los procedimientos de extradición, lo que se justifica plenamente en el combate al delito organizado transnacional.

5.2. La Convención Interamericana de OEA de 1996 sobre Corrupción

El artículo XIII regula el instituto. Prevé también (numeral 3) que a falta de tratado bilateral entre los Estados parte se podrá tomar como base jurídica para conceder la extradición la sola pertenencia a esta Convención, lo que está en el mismo sentido que la solución antes examinada de la Convención de NNUU de Estupefacientes de 1988. Asimismo por el numeral 6 se establece que en caso de que un Estado no entregue a nacionales se obliga a encausarlos por la comisión del delito que se le imputa por parte del Estado requirente, lo que busca que en este tipo de delitos organizados transnacionales, las conductas no queden impunes nunca.

5.3. La Convención de NNUU contra la Corrupción de 2003

Contiene la previsión del artículo 44 sobre el instituto en solución similar a la Convención Interamericana. La pertenencia a la Convención será base suficiente entre los Estados parte para solicitar y otorgar extradiciones aunque no tengan entre sí tratado bilateral.

5.4. La Convención de Palermo de 2000 sobre Delincuencia Organizada Transnacional

Regula la extradición en el artículo 16. El mismo requiere que para que proceda la extradición en el ámbito de la Convención, que se trate de conductas incluidas como delitos en la misma, de participación en un grupo delictivo organizado, blanqueo del producto del delito, corrupción y obstrucción a la justicia, es decir, que el delito implique la participación de un grupo organizado. Se exige que la persona se encuentre en el Estado requerido. Se prevé el requisito de la doble incriminación. En caso que la solicitud de extradición se base en varios delitos graves diferentes y alguno de ellos no se encuentre comprendido en el ámbito del artículo 16, el Estado requerido podrá aplicar lo dispuesto en este último, también con respecto a dichos delitos. Cuando los Estados involucrados no tengan entre sí tratado de extradición, podrán considerar como base para la misma la vigencia entre ellos de esta Convención de Palermo, solución ya vista en anteriores textos y que busca facilitar la entrega en el combate contra el delito transnacional organizado. Las condiciones de la extradición se regulan en los párrafos 7 a 9. En cuanto a la nacionalidad del extraditado (párrafos 10 a 12) se establece que si el Estado rogado no accede al pedido en base a que se trata el requerido de un nacional suyo, tiene la obligación de juzgarlo. Si el Estado rogado para acceder a la extradición solicitada lo condiciona a que, cuando recaiga sentencia, el mismo sea devuelto al Estado donde se encontraba, la extradición podrá concederse condicionalmente. Asimismo, si se denegase la extradición de un nacional para cumplir la sentencia en otro Estado, aquél podrá hacer cumplir la condena impuesta o el resto pendiente de la misma.

La denegación de la extradición está regulada en los párrafos 14 a 16. Se puede fundar en que el Estado requirente pueda imponer una pena o castigar a una persona por razones de sexo, raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opiniones políticas o que su cumplimiento ocasionara perjuicios a la posición de esa persona por cualquiera de estas razones. Se establece que no se podrá denegar una solicitud de extradición por el único motivo de considerar que el delito entraña también cuestiones tributarias. Antes de denegar la extradición, el Estado rogado deberá consultar al Estado requirente para darle oportunidad de presentar sus opiniones y proporcionar información pertinente a su alegato.

CONCLUSIONES

Se advierte una clara evolución en los instrumentos de asistencia penal internacional entre los textos aplicables en general a todos los delitos de los que aplican a los delitos transnacionales organizados como

el narcotráfico, el lavado de activos y financiamiento del terrorismo y la corrupción. Por eso es necesario difundirlos, sobre todo entre los aplicadores del Derecho, para que los utilicen.

Creemos con el magistrado de la Audiencia Nacional de España, Javier Gómez, que la asistencia penal internacional es tan fuerte como el punto más débil de la cadena (jueces-fiscales-autoridades centrales). Y por ello en una reunión de puntos de contacto de IBERRED, hace unos años, nos proponía una estrecha colaboración basada en la confianza mutua entre los operadores del Derecho y las autoridades centrales, por ser ella imprescindible. Esa misma postura es la que venimos observando en todos los foros: mundial, Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, en reunión de autoridades centrales en materia penal, Brasilia, noviembre de 2007; continental, en Reunión de Ministros de Justicia y Procuradores Generales de las Américas (REMJA), así como en su Grupo de Expertos en Asistencia Penal Internacional y Extradición; y regional, a nivel de la Comisión Técnica de la Reunión de Ministros de Justicia del MERCOSUR y Estados Asociados.

El elenco de medidas probatorias y cautelares se ha enriquecido notoriamente (incautaciones, entrega de objetos, bloqueo de cuentas, transferencia de fondos, no posibilidad de oponer el secreto bancario, etc.) si observamos en particular la Convención de Palermo y la comparamos con los tratados que regulan la asistencia para los delitos comunes. Esto está impuesto por la urgencia y la necesidad del éxito de los Estados en el combate contra el crimen organizado. Asimismo en lo atinente a la extradición, en las convenciones antes analizadas, se observa un mayor interés en asegurar la entrega de los delincuentes respetando siempre las garantías del debido proceso.

En materia de extradición, a nivel convencional insistimos que debe mantenerse la vía diplomática para el envío y recepción de las demandas extradicionales, como hasta ahora ha sucedido y no cambiarla por la autoridad central, por las razones que dimos en el numeral 1.7 de este artículo, referidas a la asistencia penal internacional pero perfectamente válidas para la extradición.

Creemos existe déficit a nivel de la normativa de fuente nacional, en el caso uruguayo, en lo atinente a la asistencia jurídica internacional en los delitos comunes, no en los de delincuencia organizada, en que existen como vimos las Leyes 17016, 17835, 18.494 y 17060, por no regular la misma el Código del Proceso Penal de 1980 ni el nuevo que regirá desde el 1° de noviembre de 2017. Ello genera problemas a la hora de tramitar pedidos de asistencia, tanto activos como pasivos, en ausencia de tratados, por lo que propusimos la solución analógica que indicamos en el numeral 1.13, in fine de este trabajo; mientras que en lo relativo a la extradición activa y pasiva, cuando no exista tratado vigente, el tema sí se reguló por el nuevo Código del Proceso Penal uruguayo,

artículos 329 y ss., que entrará a regir el 1° de noviembre de 2017.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ COZZI, Carlos. (Ed.). *Curso de Cooperación Penal Internacional*. Valencia: Editor Carlos Álvarez, 1994.

ÁLVAREZ COZZI, Carlos. *El arresto preventivo en los procesos de extradición*. Montevideo: LJU T, 2004.

ÁLVAREZ COZZI, Carlos. *Extradición, normas nacionales y convencionales*. 2ª ed. Montevideo: Editorial Universidad, 1997.

ÁLVAREZ COZZI, Carlos. *La asistencia y la extradición en los delitos de narcotráfico y lavado de activos*. Montevideo: Editores Asociados, 2001.

ÁLVAREZ COZZI, Carlos. *La videoconferencia como medio probatorio en los procesos penales internacionales*. Disponible en: <<http://pensamientopenal.com.ar/doctrina/38171-videoconferencia-medio-probatorio-procesos-penales-internacionales>>

ÁLVAREZ COZZI, Carlos. *Nuevo Código del Proceso Penal uruguayo y la asistencia penal internacional*. Disponible en: <<http://pensamientopenal.com.ar/doctrina/44228-nuevo-codigo-del-proceso-penal-uruguayo-y-asistencia-penal-internacional>>

AMBOS, Kai. *Cooperación y asistencia judicial con la corte penal internacional*. Disponible en: <http://www.kas.de/wf/doc/kas_10584-1522-4-30.pdf?080602222526>

CERVINI, Raúl. *Principios de cooperación judicial penal internacional en el protocolo del MERCOSUR*. Disponible en: <<http://wold.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/2010/cervini-004.pdf>>

CONGRESO SUDAMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. *Tratado sobre derecho penal internacional*. Montevideo, 23 de enero de 1889. Disponible en: <<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6fccc1804972a650ae78ffcc4f0b1cf5/Tratado+de+Derecho+Penal+Internacional+de+Montevideo.pdf?MOD=AJPERES>>

INSTITUTO SUPERIOR IBERO-AMERICANO DE ESTUDOS CRIMINAIS. *Curso de Cooperación Penal Internacional*. Montevideo: Carlos Álvarez Editor, 1994. MERCOSUR. *Protocolo de San Luis de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados parte del MERCOSUR*, 1996. Disponible en: <<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/6766534.HTML>>

NACIONES UNIDAS. *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*. Viena, 20 de diciembre de 1988. Disponible en: <https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf>

NACIONES UNIDAS. *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Palermo, Italia, 15 de noviembre de 2000. Disponible en: <<https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCebook-s.pdf>>

NACIONES UNIDAS. *Convención Interamericana contra la Corrupción*. Caracas, Venezuela, marzo 29 de 1996. Disponible en: <<https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-58.html>>

NACIONES UNIDAS. *Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal*. Nassau, Bahamas, 23 de mayo de 1992. Disponible en: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-55.html>>

SANDOVAL MESA, Jaime Alberto. *Instrumentos internacionales de cooperación judicial en materia penal, en la lucha contra los principales agentes de criminalidad en el derecho colombiano*. Disponible en: <<file:///C:/Users/Admin/Documents/Dialnet-InstrumentosInternacionalesDeCooperacionJudicialEn-3626830.pdf>>

URUGUAY. PODER LEGISLATIVO. *Ley N° 17.016 del 7 de octubre de 1998. Normas referentes a estupefacientes y sustancias que determinen dependencia física o psíquica*. Montevideo, Registro Nacional de Leyes y Decretos, 1998.

URUGUAY. PODER LEGISLATIVO. *Ley N° 17008 del 25 de setiembre de 1998. Aprueba la Convención Interamericana contra la Corrupción*. Montevideo, Registro Nacional de Leyes y Decretos, 1998.

URUGUAY. PODER LEGISLATIVO. *Ley N° 17060 del 10 de diciembre de 1998. Normas referidas al uso indebido del poder público (corrupción)*. Montevideo, Registro Nacional de Leyes y Decretos, 1998.

URUGUAY. PODER LEGISLATIVO. *Ley N° 17343 del 23 de mayo de 2001. Relativa a estupefacientes y sustancias que determinen dependencia física o psíquica*. Montevideo, Registro Nacional de Leyes y Decretos, 2001.

URUGUAY. PODER LEGISLATIVO. *Ley N° 17835 del 14 de septiembre de 2004. Sistema de prevención y control del lavado de activos y de la financiación del terrorismo*. Montevideo, Registro Nacional de Leyes y Decretos, 2004.

URUGUAY. PODER LEGISLATIVO. *Ley N° 18494 del 5 de julio de*

2009. *Control y prevención de lavados de activos*. Disponible en: <<https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/leyes/ley/18494>>

VIEIRA, Manuel. *Extradición*. Montevideo: FCU, 2001.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Carlos Álvarez Cozzi es Catedrático Grado 5, Titular de la Unidad Curricular de Derecho Privado, desde 2005 y Coordinador de la Unidad Académica Jurídica, desde 2012. Profesor de posgrado en la UPAE, FCEA, UdelaR. Profesor Adjunto de Derecho Internacional Privado, FD, UdelaR, 1993-2012.

COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL Y PENAL

COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA CIVIL E PENAL

*Ana Elizabeth Villalta Vizcarra**

Resumen: *La importancia de la Cooperación Jurídica Internacional en la actualidad, en esta etapa de la globalización y con una intensificación de los medios de comunicación y de los procesos de integración, que provocan un mayor desplazamiento de personas, incrementando los asuntos jurídicos transfronterizos, los que deben solucionarse en el marco de la cooperación jurídica internacional a través de la coordinación de sus Autoridades Centrales, tanto en el ámbito internacional como en el regional, particularmente en el interamericano a través de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado, CIDIPs.*

Resumo: *A importância da Cooperação Jurídica Internacional na atualidade, nesta etapa da globalização e com uma intensificação dos meios de comunicação e dos processos de integração, que provocam uma maior deslocação de pessoas, incrementando os assuntos jurídicos transfronteiriços, os que devem solucionar no marco da cooperação jurídica internacional através da coordenação de suas autoridades centrais, tanto no âmbito internacional como no regional, particularmente no interamericano através das Conferências Especializadas Interamericanas sobre Direito Internacional Privado CIDIPs.*

Palabras clave: Cooperación Jurídica Internacional, asuntos jurídicos transfronterizos, Autoridades Centrales Interamericano, CIDIPs

Palavras-chave: Cooperação Jurídica Internacional, assuntos jurídicos trans-fronteiricos, Autoridades Centrais Interamericano, CIDIPs

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El incesante desplazamiento de bienes y personas, la apertura gradual del comercio, el aumento de los litigios en los Tribunales y

* Comité Jurídico Interamericano, El Salvador.
E-mail: aevillalta@yahoo.com
Recibido: 12/09/2017. Aceptado: 28/09/2017.

otros factores que introducen elementos extranjeros en los procesos, determinan la necesidad de una cooperación procesal Jurídica y Judicial a nivel internacional.

En ese sentido, es que los juzgadores han determinado la necesidad, que en estos casos para impartir justicia requieran del auxilio de sus homólogos en otros Estados procurando así el auxilio internacional, con el objeto de poder obtener: los emplazamientos y citaciones en el extranjero; notificar una actuación procesal a alguna de las partes; ejercitar una medida cautelar; las legalizaciones; la obtención de pruebas en el extranjero (incluyendo la documental, la testimonial, la declaración de Parte, la pericial, entre otras); la eficacia extraterritorial de las Sentencias y otras resoluciones judiciales, así como laudos arbitrales.

De tal manera, que el Derecho Procesal Internacional se ha convertido en una parte del Derecho Internacional Privado que resuelve conflicto de leyes procesales. En este sentido, el profesor José Luis Siqueiros ha definido la Cooperación Procesal Internacional de la siguiente manera:

Es una parte del Derecho Procesal Internacional, que a su vez es una rama importante y complementaria del Derecho Internacional Privado, su contenido comprende las reglas de jurisdicción y de competencia, así como la solidaridad y el auxilio que recíprocamente se presten los Tribunales de diferentes países para la administración de la justicia.

Hoy en día, a la Cooperación Jurídica Internacional, suele denominarsele: Cooperación Procesal Internacional, Cooperación Jurídica y Judicial Internacional, Cooperación Judicial Internacional, Asistencia Jurídica Internacional, Asistencia Judicial Mutua, entre otros, en el marco del presente Informe la llamaremos Cooperación Jurídica Internacional y Cooperación Jurídica Interamericana.

Se ha dicho que el mundo se hace cada vez más pequeño y más globalizado, con una intensificación de los medios de comunicación y de los procesos de integración, que provoca un mayor desplazamiento de las personas y por ende un incremento de los asuntos jurídicos susceptibles de presentar aspectos transfronterizos, haciendo necesario establecer nuevas soluciones en el marco de la Cooperación Jurídica Internacional.

El desarrollo de los medios de comunicación internacional en todas sus modalidades contribuye a la libre circulación de bienes y personas; el incremento de negocios internacionales a distancia sin necesidad de desplazamiento de los contratantes, el desarrollo galopante de los procesos de integración, así como el crecimiento de las economías y la globalización han provocado el aumento de las relaciones entre particulares de diversos Estados y por ende de la Cooperación Jurídica Internacional. La cual, hoy en día radica en una práctica generalmente

aceptada por los Estados y en el deber de prestar un auxilio jurídico internacional.

Los Procesos de integración en la actualidad deben tener como uno de los temas principales de su agenda, los mecanismos de cooperación jurídica internacional, para que dichos procesos cuenten con una adecuada seguridad jurídica. En ese sentido, la Cooperación Jurídica Internacional se convierte en una exigencia del Estado de Derecho, para la protección de los derechos e intereses de las personas, así como para lograr la armonía y el respeto de los valores en las Sociedades. Al fortalecer la cooperación jurídica internacional, volviéndola más ágil y eficaz, se fortalecen las relaciones comerciales, el intercambio y los negocios internacionales.

La realidad nos ha demostrado que, en el proceso de globalización, en la medida en que más crece y se desarrolla el comercio internacional, aumentan a su vez los conflictos de carácter internacional, entre personas de distintos Estados, planteándose de esta manera un reto a los procesos de integración, los cuales deben respetar y garantizar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos, culturales y ecológicos.

Para que un proceso de integración se fundamente en una seguridad jurídica debe contar con un adecuado sistema de cooperación judicial entre los Estados Miembros, volviéndose de esta manera la cooperación jurídica internacional en una exigencia no solo del mercado sino también en una exigencia para la protección de los derechos de las personas.

En sus inicios la cooperación jurídica internacional se sustentaba en prestarse una Asistencia Mutua, fundamentada en el Principio de Reciprocidad únicamente. Hoy en día la globalización y la internacionalización en la vida de las personas provoca que los Estados se pongan de acuerdo en alcanzar mecanismos que permitan la protección de los derechos e intereses de las personas frente a las situaciones privadas internacionales¹.

En ese sentido, es necesario fortalecer y facilitar la cooperación jurídica internacional, eliminando barreras y obstáculos innecesarios, así como ir armonizando procedimientos y legislaciones a través de una mayor coordinación entre las Autoridades Centrales, Autoridades Competentes y Operadores encargados del funcionamiento de la cooperación jurídica internacional, aprovechando al máximo las nuevas tecnologías, estructurando de tal manera mecanismos de información, bases de datos, así como redes de asistencia judicial mutua que agilicen estos procesos, a fin de que la misma se vuelva más eficiente, expedita y eficaz.

La cooperación jurídica internacional constituye toda actividad que tiene por finalidad, el coadyuvar con la justicia extranjera en su ejercicio jurisdiccional en todos sus niveles. Entre los principios fundamentales generales en que se sustenta la cooperación jurídica internacional

¹ FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. *Derecho Internacional Privado*. Córdoba: Advocatus, 1998.

tenemos: el de utilidad; el de cortesía internacional (*Comitas Gentium*); el de reciprocidad; el de equidad y justicia. Actualmente, la cooperación jurídica internacional está sustentada en dos Principios aceptados por la Comunidad Jurídica Internacional siendo estos: el Principio de Igualdad jurídica de los Sistemas Legales de los Estados y el Principio de Buena Fe de los actos administrativos y judiciales de los Estados.

La Cooperación Jurídica Internacional se ha convertido en la actualidad, y en este mundo globalizado, en uno de los instrumentos más eficaces y necesarios para el combate de la delincuencia organizada transnacional, así como en cualquier actividad de auxilio judicial, propiciada por el continuo y cotidiano hecho del tránsito de personas entre los Estados, lo que ha provocado su evolución hacia la incorporación de nuevas estructuras y mecanismos de cooperación jurídica internacional que facilitan la aplicación de los instrumentos internacionales existentes sobre cooperación jurídica internacional con el objeto de mejorarla, simplificarla y acelerarla.

En cuanto a la cooperación jurídica internacional en materia penal, conviene tener presente que el derecho penal internacional comprende el conjunto de reglas jurídicas que determinan las condiciones en las cuales deben auxiliarse mutuamente los Estados para la administración de justicia. Dicha cooperación se manifiesta ante la necesidad de brindar una respuesta al hecho de que, mientras la defensa social en materia penal se ejerce primordialmente en ámbitos limitados (Principio de Territorialidad), la delincuencia no conoce barreras y se internacionaliza.

En ese sentido, la cooperación jurídica internacional en materia penal, puede definirse: como un conjunto de actos de naturaleza jurisdiccional, diplomática o administrativa que involucra a dos o más Estados y que tiene por finalidad la persecución y la solución de un hecho delictivo ocurrido en territorio cuando menos, de uno de tales Estados.

Por tanto, la cooperación jurídica internacional encuentra su fundamento en la lucha contra el crimen organizado y los Estados deben cooperar con la finalidad de evitar que uno de los Estados se convierta en un área de impunidad para los delincuentes por el hecho de encontrarse en su territorio cuando están acusados por otro Estado. La asistencia judicial internacional precisa de una mayor rapidez en la persecución y el enjuiciamiento de los autores de los delitos tipificados en los textos penales de los distintos cuerpos legislativos internacionales.

La cooperación jurídica internacional actualmente se ha incrementado por el desarrollo de los medios de comunicación, la creciente flexibilización de las fronteras entre los Estados, esto ha provocado un notorio aumento en los casos privados internacionales como en el comercio y el transporte internacional, así como también en los casos de familia, de menores, de cuotas alimenticias, de sustracción

internacional de menores, etc.².

De tal manera que cada vez es más frecuente los divorcios de cónyuges domiciliados en diferentes países, los reconocimientos de hijos, las demandas de cuotas alimenticias entre demandantes y demandados que viven en distintas jurisdicciones, los reclamos sobre restitución o sustracción internacional de menores, los litigios relativos a contratación internacional, entre otros.

Esto ha provocado en el Continente americano un aumento significativo de los Exhortos, Comisiones o Cartas Rogatorias, así como el reconocimiento de Sentencias o Laudos arbitrales extranjeros, incrementando de esta manera el trabajo de las Autoridades Centrales en materia de cooperación judicial internacional.

Ahora es normal la tramitación de diligencias en el extranjero, como notificar, citar, emplazar, trabar una medida cautelar en el extranjero o ejecutar en otro país una sentencia, haciéndose necesario contar con una Asistencia Judicial Internacional cada vez más ágil y efectiva, evitando que las fronteras se transformen en obstáculos para la realización de la justicia sino por el contrario deben tornarse ágiles y flexibles.

En cuanto al ámbito penal, la lucha contra todas las formas de criminalidad demanda la necesidad de contar con herramientas jurídicas que fortalezcan la cooperación judicial internacional, con el fin de facilitar la asistencia legal mutua en materia de investigaciones, procesamientos y diligencias judiciales, dado el crecimiento de la delincuencia organizada transnacional, la cual ha perfeccionado sus técnicas de una manera cada vez más sofisticada para evadir la justicia.

En ese sentido, es necesario el fortalecimiento de los sistemas nacionales de justicia y de la cooperación judicial internacional para poder combatir eficazmente delitos como el narcotráfico, el lavado de dinero, la corrupción, el terrorismo, el tráfico de armas, el tráfico y la trata de personas, los delitos de lesa humanidad, entre otros. Hay que tomar en cuenta que en la actualidad la delincuencia se internacionaliza y no conoce fronteras.

La cooperación jurídica internacional es la colaboración o asistencia legal mutua entre Estados, con el objeto de practicar las diligencias que sean necesarias en el desarrollo de un proceso que se ventila en el territorio de otro Estado.

La cooperación puede consistir en una gran cantidad de medidas como el intercambio de información; actuaciones judiciales; localización e identificación de personas y bienes; recepción de testimonios o interrogatorio de imputados, testigos o peritos; traslado de personas privadas de libertad para rendir testimonio en otro país; traba de embargos; secuestro o decomiso de bienes, entre otros.

² TELLECHEA BERGMAN, E. *Dimensión Judicial del Caso Privado Internacional*. OEA XXXIV, 2007, p. 211-260.

La cooperación jurídica internacional se fundamenta preferentemente en los instrumentos internacionales bilaterales o multilaterales, y, a falta de éstos debe aplicarse los Principios de Cooperación Judicial, la legislación interna del Estado requerido y de manera especial en el Principio de Reciprocidad.

El desarrollo del derecho y de la cooperación jurídica internacional constituyen elementos necesarios para coadyuvar y fortalecer los procesos de integración ya que la creciente integración económica de los Estados; la necesidad de preservar un medio ambiente sostenible y sustentable; el progreso de las telecomunicaciones, de la ciencia y la tecnología; los flujos migratorios masivos; la lucha conjunta contra el narcotráfico, la corrupción, el terrorismo, el tráfico de armas, el tráfico de personas y el crimen organizado en general, han creado las condiciones necesarias para que exista una mayor cooperación entre los Estados.

La cooperación jurídica internacional se ha convertido en la era de la globalización, en uno de los mecanismos más eficaces y necesarios en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, razón por la cual la cooperación entre Estados ha ido evolucionando hacia la incorporación de nuevas estructuras y mecanismos con el objeto de facilitar la aplicación de los instrumentos internacionales existentes, esto ha llevado en la actualidad a la creación de redes de cooperación jurídica internacional.

Estas redes facilitan el auxilio judicial internacional con el objetivo de mejorar, simplificar y acelerar la cooperación jurídica internacional, convirtiéndose en modelo de buenas prácticas, constituyéndose además en Foros permanentes de discusión y análisis de los problemas de cooperación judicial en los litigios transfronterizos donde se plantean, como lo son el conocer el derecho interno de otros países, de conocer los Instrumentos Internacionales de que son Parte y su forma de aplicación, su forma lingüística, etc. Gracias a la existencia del Auxilio o de la Asistencia Judicial Internacional, los Estados pueden prestarse mutua asistencia y apoyo para poder resolver los problemas transfronterizos.

Hay que tomar en cuenta que las fronteras tienen cada vez menos importancia para los delincuentes y los sistemas judiciales no pueden permanecer impenetrables ante la delincuencia organizada internacional. De igual manera en el orden civil, mercantil, de familia y menores se dan también problemas de mayor importancia que requieren para su solución de un sistema basado en la comunicación directa entre sus Autoridades y en el apoyo de una cooperación jurídica internacional, sustentada en una Red de Operadores Judiciales.

En el ámbito europeo esta Red Judicial tiene como marco un espacio judicial de libertad, seguridad y justicia, con el objeto de poder afrontar todos los litigios que tengan una incidencia transfronteriza, facultando de esta manera un efectivo acceso a la justicia.

2. MECANISMOS DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL Y AUTORIDADES CENTRALES

Con estas Redes se pretende mejorar y simplificar la Asistencia Judicial Mutua, volviéndola más eficiente, efectiva y eficaz; mantener un sistema actualizado de información pública con el establecimiento de una base de datos; perfeccionar la aplicación efectiva y práctica de los Instrumentos Internacionales entre los Estados Partes de la Red.

La tecnología juega un papel muy importante en los Sistemas de cooperación jurídica internacional, ya que se sustituyen los canales convencionales, lentos y formales, por los medios tecnológicos más recientes que se comunican con mayor rapidez y fluidez, a través de estructuras menos formales, que son los Puntos de Contacto, quienes deberán encontrar soluciones a todas las dificultades que puedan presentarse en una solicitud de cooperación jurídica internacional, así como facilitar la coordinación entre las distintas Autoridades.

En este orden de ideas, es ineludible la adopción de un nuevo sistema de cooperación jurídica Internacional frente a las realidades de este siglo, en el cual la asistencia judicial debe ser prestada directamente por los protagonistas reales de la misma, en el que se hace necesario y esencial un ambiente de confianza mutua, creando así una estructura ágil y específica, basada incluso en las tecnologías de información y comunicación.

Con la cooperación jurídica internacional, se puede evitar que las fronteras actúen como un freno contra la justicia y convertirse en una ventaja para los transgresores de las leyes, por lo que en la actualidad la asistencia judicial es una necesidad, ya que permite una colaboración fluida, ágil y eficaz entre los Estados en materia de justicia.

La cooperación jurídica internacional resulta indispensable para que los procesos de integración puedan dar lugar a la creación de grandes espacios económicos unificados y para dar seguridad a los intercambios comerciales. De allí la razón y la importancia de la Cooperación Jurídica Internacional frente a las nuevas formas de redes organizadas transnacionales, a los retos con los cuales se enfrenta el tráfico comercial en el proceso de globalización y ante una sociedad interrelacionada.

Las Autoridades Centrales son los Organismos Especializados en Cooperación Jurídica Internacional, son oficinas técnicas que están logrando que la Asistencia Jurídica Internacional se realice de una manera eficiente, expedita y eficaz, posibilitando una comunicación ágil entre las Autoridades.

Antes de la creación de las Autoridades Centrales en los procesos de Asistencia Legal Mutua, ésta se llevaba a cabo a través de la vía diplomática, que era el principal sistema de comunicación entre los Estados a través del camino tradicional de las relaciones internacionales, este sistema ha sido criticado por ser bastante burocrático por intervenir

por regla general los Ministerios de Justicia y de Relaciones Exteriores de los Estados interesados, lo que lo vuelve por regla general en un sistema lento. No obstante, lo anterior, todavía es utilizado por muchos Estados, que han hecho esfuerzos por volverlos más ágiles y eficaces. Las Autoridades Centrales, son aquellas que centralizan la función de cooperación jurídica internacional, siendo al mismo tiempo autoridades emisoras y receptoras de solicitudes de cooperación jurídica.

Los Estados, para suplir las deficiencias dadas en la tramitación de las solicitudes de asistencia, han creado la estructura de las Autoridades Centrales como sistema principal de comunicación, actualmente dicho sistema es utilizado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, por el Consejo de Europa, por la Organización de los Estados Americanos (OEA), por la Red Iberoamericana de Cooperación Judicial, convirtiéndose de esta manera las Autoridades Centrales, en una técnica de cooperación internacional entre Autoridades propia o exclusiva del Derecho Internacional, con mayor eficacia y seguridad jurídica.

3. LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL

La Cooperación Jurídica Internacional en el ámbito del MERCOSUR, ha conformado un conjunto de normas de asistencia judicial regional, sobre la base del respeto a la soberanía de cada país y al derecho positivo vigente de cada Estado. En ese sentido, y en orden cronológico han surgido: El “Protocolo de las Leñas”, constituido en Mendoza, Argentina, en mayo de 1992 y que trata sobre la cooperación y asistencia jurisdiccional en materias comercial, laboral y administrativa; el “Protocolo de Ouro Preto” suscrito en Brasil en diciembre de 1994 y que trata sobre Medidas Cautelares; el “Protocolo de San Luis” constituido en Argentina en 1996 y que trata sobre la Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales.

Estos tres Protocolos tienen como fundamento la función de las “Autoridades Centrales”, posteriormente se suscribe en diciembre de 1998 en Brasilia, Brasil, el “Tratado de Extradición del Mercosur”. La Cooperación Jurídica Internacional en el Mercosur se ha vuelto un instrumento de creciente aplicación para la realización de la justicia, más allá de las fronteras.

En el Sistema de la Integración Centroamericana SICA, la Cooperación Jurídica Internacional se ha desarrollado más en el ámbito penal, de tal manera que, en octubre de 1993 en Guatemala, se suscribió el Tratado de Asistencia Legal Mutua en Asuntos Penales entre las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, con el objeto de fortalecer y facilitar la cooperación judicial internacional entre los Órganos Administradores de Justicia de

la región. En diciembre de 2005 en Nicaragua, se adoptó la Orden de Captura y Extradición Simplificada en Centroamérica para volver los procedimientos de extradición más efectivos, expeditos y eficaces.

En diciembre 2007 en Guatemala, se adoptó la Convención Centroamericana de Protección de Víctimas y Testigos, para facilitar los mecanismos de cooperación judicial y combatir el crimen organizado transnacional.

En el ámbito civil en el año 2007, en la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) celebrada en Guatemala, se adoptó una Convención muy novedosa denominada “Tratado Regional de la Hipoteca Centroamericana”, el cual brinda mayor seguridad jurídica para la inversión inmobiliaria en la región, ya que amplía el acceso al crédito, al ser respaldados con garantía hipotecarias en cualquier país donde esté vigente el Tratado, homologando a su vez los trámites y costos.

En el Sistema Interamericano, en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), se viene organizando desde el año 2000 la Red Hemisférica de Intercambio de Información para la Asistencia Mutua en Materia Penal y Extradición “La Red”, con el objeto de incrementar y fortalecer el intercambio de información entre los Estados Miembros de la OEA, en el ámbito de la asistencia mutua en materia penal, con el objeto de volverla más ágil y eficaz, la que se fundamenta principalmente en la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal de 1992 y en la Convención Interamericana sobre Extradición de 1933.

Esta Red está conformada por tres componentes: un Sitio Público de Internet, un Sitio Privado de Internet y un Sistema de Comunicaciones electrónicas seguras.

El Sitio o Componente Público, brinda una información jurídica relacionada con la Asistencia Mutua en Materia Penal y Extradición de los Estados Miembros de la OEA, que ofrece procedimiento por país de Asistencia legal mutua en materia penal y extradición, así como el listado de los Instrumentos Internacionales bilaterales y multilaterales de los que son Parte.

El Sitio o componente privado, contiene información para las personas directamente involucradas en la asistencia mutua penal y extradición, como lo es: información sobre reuniones, los Puntos de Contacto, un glosario de términos, entre otros.

El Sistema de Comunicación Electrónico Seguro tiene como finalidad el facilitar el intercambio de información entre las Autoridades Centrales que tramitan la asistencia mutua en materia penal y extradición. Este Sistema además de ser un servicio de correo electrónico seguro e instantáneo, proporciona también un espacio para reuniones virtuales e intercambio de información y documentos.

Actualmente la Organización de los Estados Americanos (OEA), está desarrollando una Red de Cooperación Jurídica Hemisférica en materia de Derecho de Familia y Niñez, conocida como “La Red”, que comprende la cooperación judicial y asistencia mutua en estas materias, la cual se fundamenta principalmente en la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias de 1989, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989, la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores de 1989 y la Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores de 1984.

Esta Red también está integrada por tres componentes: un sitio público en internet, un sitio privado en internet y un sistema de comunicaciones electrónicas seguras.

El sitio o componente público, consiste en un sitio de internet que contiene información de libre acceso relativa a cómo proteger y hacer valer los derechos de los niños y las familias, contiene además información sobre legislación y autoridades competentes en el Sistema Interamericano.

El Componente o Sitio Privado, pone a disposición de los usuarios designados un espacio en internet con información privada y de acceso restringido, en el cual se puede intercambiar información y documentación.

El Sistema de Comunicación Electrónica Segura, posibilita el intercambio de información auténtica y confidencial entre las Autoridades designadas para la Red, así como un espacio para reuniones virtuales e intercambio de documentos.

En el ámbito iberoamericano se ha creado una Red Iberoamericana de Cooperación Judicial en materia penal y civil, conocida como IberRed, la cual fue adoptada en Cartagena de Indias (Colombia), en octubre de 2004, y está integrada por los Ministerios de Justicia, los Ministerios Públicos y Fiscalías Generales y los Órganos o Poderes Judiciales de los países de la Comunidad Iberoamericana de Naciones y que tiene como objeto optimizar la cooperación judicial en materia penal y civil entre los países de dicha Comunidad, creando de esta manera un espacio judicial iberoamericano, que hará más fluida, ágil y eficaz la cooperación judicial entre los Estados Iberoamericanos, en materia de justicia.

4. COOPERACIÓN JURÍDICA INTERAMERICANA

La importante contribución del Sistema Interamericano al desarrollo del Derecho Internacional Privado en el Continente es innegable, una de estas manifestaciones ha sido su proceso de codificación, que ha facilitado la elaboración y aprobación de instrumentos jurídicos de interés colectivo, los cuales han fortalecido la cooperación internacional hemisférica.

Esto quedó plasmado en la Declaración de Panamá sobre la

Contribución Interamericana al Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional de 1996, que al respecto manifestó:

La Organización de los Estados Americanos constituye el principal e insustituible foro donde los Estados Miembros, en igualdad de condiciones, adoptan normas jurídicas, tanto de Derecho Internacional Público como de Derecho Internacional Privado, para regular las relaciones en el ámbito hemisférico, ello ha permitido la constitución de un rico patrimonio regional que ha representado una valiosa contribución de la Organización de los Estados Americanos a la consolidación de un orden internacional pacífico, justo e igualitario.

Es por ello, que la cooperación jurídica internacional y la codificación siempre han jugado un papel fundamental en la Organización.

El proceso de codificación en la Organización de los Estados Americanos arranca en la Segunda Conferencia Internacional Americana, celebrada en México en 1902, cuando se suscribe la “Convención para la formación de Códigos de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado de América”.

Es en la Sexta Conferencia Internacional Americana, celebrada en La Habana, Cuba en 1928, cuando se aprueba el Tratado de Derecho Internacional Privado denominado “Código de Bustamante”, en honor al jurista cubano Antonio Sánchez de Bustamante, siendo el primer Código completo referido a esta disciplina comprendiendo 437 artículos y que regula de manera muy amplia el derecho civil internacional, el derecho comercial internacional, el derecho penal internacional y el derecho procesal internacional. Constituyendo el Código Bustamante un referente de particular importancia para el desarrollo del Derecho Internacional Privado en el continente americano.

En 1950 se le encargó al “Comité Jurídico Interamericano”, estudiar y analizar la posibilidad de revisar en lo que fuere conveniente el “Código de Bustamante”, a la luz de los “Tratados de Montevideo” de 1889-1890 y 1939-1940 y del “Restatement of the Law of Conflict of Laws”, elaborado por el American Law Institute, de los Estados Unidos de América, con la finalidad de unificar estas tres codificaciones y analizar las diferencias sistemáticas y técnicas existentes entre ellos y analizar además las Reservas hechas por los Estados al Código de Bustamante. En este estudio el Comité Jurídico Interamericano consultó a las Comisiones Nacionales de Codificación, a las entidades dedicadas al estudio del Derecho Internacional Privado, así como a los tratadistas más destacados de la materia.

En 1951, el Comité Jurídico Interamericano elaboró un primer informe relativo al método para realizar la codificación. En un segundo

informe el Comité Jurídico Interamericano estimó que el “Código puede ser revisado para ser mejorado en diversos puntos, con el objeto de aproximarse a la uniformidad de las reglas del Derecho Internacional Privado de los distintos países americanos, especialmente en la Ley Aplicable al Estado Civil y Capacidad de las Personas”. El Comité elaboró también un estudio comparativo sobre las disposiciones del Código de Bustamante, los Tratados de Montevideo y las normas contenidas en el Restatement of the Law of Conflict of Laws y lo presentó a consideración de los gobiernos para sus observaciones, obteniéndose únicamente observaciones de Estados Unidos y Ecuador.

Ante esto, el Comité Jurídico Interamericano recomendó: “a) limitar la obra de unificación al Código Bustamante y a los Tratados de Montevideo”; b) señalar un método eficiente para fijar claramente en cuanto a las diferentes relaciones jurídicas, la posición de los países no ratificantes o ratificantes con Reservas, y c) recomendar a los Gobiernos que examinen el Estudio Comparativo varias veces citado y todas o algunas de las cuestiones allí contenidas”.³

En 1959, se aprobó por el Consejo de Jurisconsultos una nueva Resolución en la que se exhortaba al Comité Jurídico Interamericano a que continuara su labor de revisión para obtener la unificación de las reglas de derecho internacional privado de los Estados Americanos, atenuando además las reservas hechas al Código.

En 1965 en la V Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, realizada en San Salvador, El Salvador, se recomendó que en 1967 se convocara una “Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado” que revisara ciertas partes del Código de Bustamante, entre ellas, las Reglas Generales, el Derecho Civil Internacional y Derecho Comercial Internacional. En ese sentido, el delegado colombiano doctor José Joaquín Caicedo Castilla, elaboró un nuevo proyecto de Código de Derecho Internacional Privado que sustituyera al Código de Bustamante, que contenía además los comentarios sobre las reformas señaladas al mismo Código. Al respecto el Comité Jurídico Interamericano recomendó la utilidad de que este Proyecto sea conocido por los gobiernos y por la Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado.

La Asamblea General de la OEA, previa consulta a los Estados Miembros, el 23 de abril de 1971 en su décima séptima sesión plenaria, convocó a la celebración de una Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado, con el propósito de discutir temas específicos sobre la materia, instalándose la segunda etapa de codificación del derecho internacional privado, en una forma sectorial y progresiva.

Es de esta manera, que surgen las Conferencias Interamericanas Especializadas de Derecho Internacional Privado, conocidas como el

³ Archivos del Comité Jurídico Interamericano.

“Proceso de las CIDIP’ s”.

En base a lo anterior, por resolución AG/RES. 48 (I-O/71) aprobada el 23 de abril de 1971, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, convocó a la “*Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado*” y encargó al Consejo Permanente la preparación de los proyectos de temario y el Reglamento de la Conferencia y encomendó al Comité Jurídico Interamericano que “prepare los estudios, informes y proyectos de Convenciones necesarios para uso de la mencionada Conferencia Especializada”.

En ese sentido, el Consejo Permanente de la Organización por Resolución CP/RES. 109 (120/74) de 20 de marzo de 1974, designó a la ciudad de Panamá, como sede de la Primera Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado.

La importancia de esta Conferencia Especializada de Panamá es que se inició el proceso de armonización de las normas sobre conflictos de leyes en América, con la aprobación de seis Convenciones Interamericanas, siendo estas: a) Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias; b) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas; c) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Cheques; d) Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero; e) Convención Interamericana sobre Régimen Legal de los Poderes para ser Utilizados en el Extranjero; y f) Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. Todas estas Convenciones fueron suscritas por los delegados de los Estados Miembros de la Organización, el 30 de enero de 1975, teniendo como fundamento los Proyectos de Convención respectivos elaborados por el Comité Jurídico Interamericano.

Siendo las Convenciones Interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero y sobre el Régimen Legal de los Poderes para ser utilizados en el Extranjero, las que nos interesan para esta temática de Derecho Procesal Internacional con especial énfasis en la cooperación judicial internacional.

Esta Conferencia solicitó a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) a que, en su Quinto Período Ordinario de Sesiones, a celebrarse en abril de 1975, convocara a la Segunda Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado, para que continúe con el estudio y la consideración de los temas que a juicio de los Estados Miembros de la OEA se consideren de mayor importancia y atención.

Por resolución AG/RES. (V-O/75), aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, de 19 de mayo de 1975, se convocó la “*Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II)*”, a celebrarse en Montevideo, Uruguay del 23 de abril al 8 de mayo de 1979.

La Asamblea General de la Organización encomendó al Consejo Permanente y al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de proyectos de temario, el Reglamento de la Conferencia y los estudios e informes sobre las materias a tratar.

Esta Segunda Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II) aprobó las siguientes Convenciones: 1) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Cheques; 2) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles; 3) Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros; 4) Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares; 5) Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero; 6) Convención Interamericana sobre el Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado; 7) Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado y 8) Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias. Estas Convenciones tuvieron como base los Proyectos de Convención elaborados por el Comité Jurídico Interamericano.

En la temática que nos ocupa nos interesan las Convenciones Interamericanas sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero y el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias.

La Segunda Conferencia Especializada solicitó a la Asamblea General de la Organización que convocara a la Tercera Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-III) y que considere la conveniencia de institucionalizar la “*Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP)*”, la que deberá reunirse cada tres años; así como recomendar a la Secretaría General de la OEA que continúe con la elaboración de documentos técnicos e informativos sobre los puntos del temario con el fin de facilitar las labores de la Tercera Conferencia y que además proporcione los servicios de Secretaría.

Por resolución AG/RES. 505 (X-O/80), aprobada por la Asamblea General de la OEA, el 27 de noviembre de 1980, fue convocada la “*Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-III)*”. En esta resolución, la Asamblea General encomendó al Comité Jurídico Interamericano que elaborara los informes, los proyectos de convenciones y las exposiciones de motivos que fueren necesarios para la Conferencia y recomendó al Consejo Permanente de la Organización que preparara los proyectos de temario y de reglamento para la CIDIP III y solicitó a la Secretaría

General que preparara los documentos técnicos e informativos sobre los puntos del temario y que proporcionara los servicios de Secretaría. El Consejo Permanente de la Organización, fijó la ciudad de La Paz, Bolivia como sede de la CIDIP-III, a celebrarse en 1984.

La Tercera Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado, se inició el 15 de mayo de 1984, con la participación de Delegados de 18 Estados Miembros de la Organización. En esta Conferencia se aprobaron las siguientes Convenciones: 1) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de adopción de Menores; 2) Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado; 3) Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras; 4) Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.

En la temática abordada, nos interesa la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras y el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.

Teniendo íntima relación en el tema de la Cooperación Judicial Internacional, las relacionadas con el Derecho Civil Internacional como lo son: la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores y la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado.

Esta Conferencia aprobó además varias resoluciones, entre ellas, la solicitud a la Asamblea General de la Organización para que convoque a la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-IV).

Por resolución AG/RES. 771 (XV-O/85) de 9 de diciembre de 1985, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos aprobó que se convocara a la "*Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado*". En dicha resolución, la Asamblea General de la Organización encomendó al Comité Jurídico Interamericano que elaborara los Proyectos de Convención y las Exposiciones de Motivos respectivas que fueren necesarias para la Conferencia; al Consejo Permanente de la Organización que prepara el proyecto de temario y el Reglamento de la CIDIP-IV y a la Secretaría General de la OEA, la preparación de los documentos técnicos e informativos sobre el temario y dar los servicios de Secretaría.

Por resolución CP/RES. 496 (731/88), el Consejo Permanente fijó la ciudad de Montevideo, Uruguay como sede de la CIDIP-IV, a celebrarse en 1989.

La Cuarta Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional

Privado se celebró del 9 al 15 de julio de 1989, en Montevideo, Uruguay, con la presencia de Delegados de 17 Miembros de la Organización. La Cuarta Conferencia aprobó tres Convenciones, siendo estas: 1) La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores; 2) La Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias y 3) La Convención Interamericana sobre el Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera. Además la Conferencia aprobó las bases para el estudio del tema relativo a la ley aplicable en materia de contratación internacional.

Nos interesa particularmente en esta temática de Cooperación Judicial Internacional, las Convenciones Interamericanas sobre Restitución Internacional de Menores y sobre Obligaciones Alimentarias, por regular la materia del Derecho Civil Internacional.

Por resolución AG/RES. 1024 (XIX-O/89) la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, convocó a la “*Quinta Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional privado (CIDIP-V)*”, encargando al Consejo Permanente de la Organización que prepara el Proyecto de temario y al Comité Jurídico Interamericano que elabora un Proyecto de Convención Interamericana sobre “Ley Aplicable en materia de Contratación Internacional”, un estudio sobre “Elaboración de Normas para la Regulación de Negocios Jurídicos Internacionales que lo requieran y Contratos Internacionales” y “Lineamientos Generales relacionados con un Proyecto de Convención Interamericana para la Represión del Tráfico Internacional de Menores”; a la Secretaría General que preparara los documentos respectivos y convocó además a una Reunión de Expertos en materia de Contratación Internacional.

En esta Quinta Conferencia Especializada Interamericana se celebraron dos Reuniones de Expertos, una en *Oaxetepec, Morelos, México* del 13 al 26 de octubre de 1993, sobre tráfico de niños, la que elaboró un Proyecto de Convención Interamericano sobre Tráfico Internacional de Menores y la otra Reunión de Expertos se celebró en *Tucson, Arizona* del 11 al 14 de noviembre de 1993, sobre Contratación Internacional.

El 20 de mayo de 1993, el Consejo Permanente en Sesión Extraordinaria fijó la ciudad de México como sede de la CIDIP-V, a celebrarse el 14 de marzo de 1994. Las Convenciones que se aprobaron durante la Quinta Conferencia Especializada fueron las siguientes: 1) La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y 2) La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, siendo esta última la que nos interesa en la temática abordada. Esta Conferencia recomendó a la Asamblea General de la Organización que convocara a la Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado.

Por resolución AG/RES. 1339 (XXIX-O/96) de la Asamblea General de la OEA, fue convocada la “*Sexta Conferencia Especializada*

Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI)”, que se celebró en la ciudad de Washington, D. C. del 4 al 8 de febrero de 2002, la que tuvo como documentos preparatorios la presentación y el informe del Comité Jurídico Interamericano titulado “CIDIP-VII y etapas sucesivas” (CJI/doc.74/01); el documento CIDIP-VI/doc.10/02; el informe preparado por la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la OEA, denominado “La historia del proceso de la CIDIPs” (CIDIP-VI/doc. 11/02); así como el producto de las reuniones de las delegaciones de Expertos a la CIDIP-VI.

Esta Conferencia, así como la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VII), celebrada del 7 al 9 de octubre de 2009 en la ciudad de Washington, D.C versaron sobre el tema de Garantías Mobiliarias.

Actualmente el mayor reto que afronta el Proceso de las Cidip’s en el Sistema Interamericano es el acercamiento entre el Civil Law (derecho civil o latino) y el Common Law (derecho anglosajón), lo que ha provocado que en el proceso codificador de la Organización de los Estados Americanos (OEA) no solamente se adopten Convenciones sino también Leyes Modelos, con el objeto de poder armonizar ambos Sistemas Jurídicos y lograr así una integración jurídica continental, tanto del sistema romanista principalmente de los países latinoamericanos, como del sistema anglosajón de los Estados Unidos, Canadá y los países del Caribe. Este interés por la uniformización se ha hecho presente a partir de la CIDIP V, donde hubo fuerte presencia por parte de las Delegaciones de Canadá y de los Estados Unidos.

El Proceso de la Cidip’s también mantiene una relación de coordinación y de colaboración con la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, ya que en la preparación de los proyectos de las Convenciones Interamericanas siempre se ha tomado en cuenta los textos de las Convenciones de La Haya, con el objeto de no duplicar esfuerzos. Actualmente hay mucha labor de coordinación entre estos dos organismos codificadores de la materia.

CONCLUSIÓN

El actual entorno internacional se encuentra plasmado por fuertes movimientos migratorios, es normal que las personas crucen las fronteras estatales generando un sinnúmero de relaciones jurídicas de carácter privado internacional, lo que ha provocado un aumento significativo de los litigios internacionales, los cuales pueden solucionarse a través de la cooperación jurídica internacional, ya que es un deber de los Estados, el prestarse la cooperación ya que la justicia no puede verse frustrada por las fronteras de los Estados.

La solicitud de auxilio jurídico internacional, hoy en día, se

fundamenta en el deber de los Estados de prestarlo, sobre todo ante este innegable proceso de globalización, que a medida que más crece se desarrolla el comercio internacional, aumentando a su vez los conflictos de carácter internacional, contribuyendo a su vez la revolución tecnológica y la diversificación de los medios de transporte y comunicación que han proporcionado a la humanidad una movilidad que nunca antes en la historia había tenido.

Esto ha provocado que las organizaciones delictivas se internacionalicen, ya que las fronteras están actuando como un obstáculo para la justicia y como una ventaja para el delito y los delincuentes, lo que hace necesario una cooperación judicial internacional más fluida, ágil y eficaz entre los Estados. Asimismo, resulta indispensable una Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, para que puedan dar lugar a la creación de espacios económicos unificados, a los que se les pueda brindar seguridad jurídica.

En consecuencia, se hace necesario la adopción de nuevos mecanismos de cooperación jurídica internacional que respondan a las realidades del presente siglo, por lo que cada vez más, la asistencia judicial será prestada directamente por los protagonistas reales del procedimiento, en un espacio de mutua confianza, en el cual las Redes de personas desempeñaran un papel central en el proceso.

Es conveniente tomar medidas entre los Estados de la Región para facilitar la Cooperación Jurídica Interamericana, en ese sentido, es indispensable la eliminación de obstáculos innecesarios; la armonización de procedimientos y legislaciones; lograr una mayor coordinación y capacitación entre las Autoridades Centrales y demás Autoridades encargadas en el funcionamiento de la cooperación jurídica internacional.

Hoy en día la internacionalización en la vida de las personas hace que los Estados deban ponerse de acuerdo para alcanzar mecanismos que permitan la protección de sus intereses frente a las situaciones privadas internacionales. La asistencia legal mutua fundamentada en la existencia de la Reciprocidad, ya no es suficiente en este tiempo, haciéndose necesario la adopción de nuevos mecanismos de Cooperación Jurídica Internacional, los cuales se han estado implementando exitosamente en el Continente Americano, a través de la Organización de los Estados Americanos (OEA) con la implementación de la Red de Asistencia Legal Mutua en Materia Penal y ahora, con la Red de Asistencia en materia de Derecho de Familia y Niñez, creándose de esta manera una Cooperación Judicial Interamericana para la región.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. *Derecho Internacional Privado*. Córdoba: Advocatus, 1998.

MAEKELT, Tatiana. *El desarrollo del Derecho Internacional Privado en las Américas*. Caracas, 2001.

OPERTTI BADÁN, Didier. *La Codificación del Derecho Internacional Privado. Análisis Comparativo de la labor realizada por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado y por la CIDIP*.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Historia del proceso de las CIDIPS*. Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales. Organización de Estados Americanos.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Resoluciones de la Asamblea General, del Consejo Permanente y del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

PARRA ARANGUREN, Gonzalo. *Codificación del Derecho Internacional Privado en América*. Caracas: Univ. Central de Venezuela, 1983.

TELLECHEA BERGMAN, E. *Dimensión Judicial del Caso Privado Internacional*. OEA XXXV, 2007.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Ana Elizabeth Villalta Vizcarra es Representante de El Salvador ante las Naciones Unidas, Corte Internacional de Justicia, Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA). Profesora invitada en las Cátedras de Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Privado, Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho de Integración en varias Universidades del Continente Americano.

BUENAS PRÁCTICAS Y NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA COOPERACIÓN PENAL EN EL MERCOSUR

BOAS PRÁTICAS E NOVAS TECNOLOGIAS EM COOPERAÇÃO PENAL NO MERCOSUL

*Juan José Cerdeira**

Resumen: *El presente aborda las diferentes problemáticas que presenta la cooperación jurídica en materia penal desde la perspectiva internacional del espacio MERCOSUR y Estados Asociados y la importancia que revisten las buenas prácticas y las nuevas tecnologías para el cabal desenvolvimiento de dicha cooperación internacional como instrumento de combate contra el crimen. En el desarrollo se expondrán los desafíos que se presentan actualmente en el marco regional, atento sus características como esquema de integración y seguidamente se expondrán algunas propuestas y soluciones como aporte.*

Resumo: *Este artigo discute os diferentes problemas apresentados pela cooperação jurídica em questões criminais a partir da perspectiva internacional do espaço MERCOSUL e dos Estados Associados e a importância das boas práticas e das novas tecnologias para o pleno desenvolvimento dessa cooperação internacional como instrumento de combate ao crime. O desenvolvimento apresentará os desafios atualmente apresentados no quadro regional, atento às suas características como um esquema de integração e, em seguida, expôs algumas propostas e soluções.*

Palabras clave: Cooperación Penal, MERCOUR, Tecnologías

Palavras-chave: Cooperação criminal, MERCOUL, Tecnologías

1. INTRODUCCIÓN

El presente aborda el desarrollo que ha tenido la asistencia jurídica penal en el ámbito del MERCOSUR, los pasos recorridos, los resultados obtenidos y los desafíos pendientes en la lucha contra el crimen.

* Universidad de Buenos Aires, Argentina.
E-mail: juanjocer@hotmail.com
Recibido: 15/09/2017. Aceptado: 10/10/2017.

El análisis se planteará desde la perspectiva de la República Argentina, en tanto inserto en el esquema mercosureño, con miras a brindar respuestas a las demandas que se producen en torno a la materia en el contexto regional.

Durante el desarrollo se verá de qué manera en el marco de diferentes foros del esquema regional intergubernamental se promueve la utilización de los instrumentos y mecanismos jurídico institucionales más propicios para la cooperación y a la instauración de las buenas prácticas y el uso de la tecnología como herramientas novedosas que procuran garantizar la sanción al delito y a la vez los derechos de las víctimas en su carácter de más vulnerables.

El propósito es garantizar un efectivo acceso a la justicia y a soluciones rápidas y eficaces que les permitan facilitar la cooperación más allá de sus fronteras nacionales.

La temática es un tema de suma relevancia y sensibilidad ya que en muchos casos se tratará de planteos jurídicos complejos.

Se pasará revista a las actividades que despliegan los distintos foros con incumbencias en el tema dentro de la estructura institucional del MERCOSUR y también la recepción que hacen los Estados de la región de las soluciones alcanzadas a nivel regional, quienes a través de las políticas públicas o a través de Autoridades Centrales o Coordinadoras promueven el desarrollo de diferentes mecanismos que les permiten avanzar en la lucha contra el crimen desde una perspectiva armónica.

2. LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN EL MERCOSUR

Desde la perspectiva regional del MERCOSUR y sus Estados Asociados, hay distintos aspectos de la cooperación penal que ameritan ser especialmente considerados, atento las particulares características que se han instrumentado desde ese espacio para el combate de la criminalidad¹.

Uno de ellos es el del papel de las Autoridades Centrales cuyo rol es fundamental ya que se trata de territorios que son muy dilatados y muchas veces los jueces no siempre pueden acceder fácilmente al conocimiento de todas las fuentes, o al complejo entramado jurídico necesario al momento de aplicación de ellas. Entonces, se hace necesaria la intervención de alguna institución estatal que sea de nexo y que le informe, las formas y procedimientos a seguir.

Por lo tanto, cabe resaltar la importancia que se le diera al tema de las Autoridades Centrales en el ámbito del MERCOSUR, ya que en el año 1996 con el Protocolo de San Luis² y en los Protocolos y Acuerdos

1 BOGGIANO, Antonio. *Derecho Penal Internacional*. Buenos Aires. Lexis Nexis- Abeledo Perrot, 2003 y 2006.

2 MERCOSUR. *Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Parte del MERCOSUR*. Aprobado por Decisión CMC N° 2/96

en materia de Asistencia Penal que le siguieron posteriormente, se hizo hincapié en la comunicación clara, frecuente y fluida entre Autoridades Centrales como uno de los medios más eficaces para el funcionamiento de la cooperación, sobre todo en la materia penal. Más recientemente los contemplan otros instrumentos de cooperación penal como el “Acuerdo Marco para la Creación de Equipos Conjuntos de Investigación³” o el “Acuerdo Orden MERCOSUR de Detención y Procedimientos de Entrega⁴”, elaborado todos ellos en el marco de la Reunión de Ministros de Justicia⁵.

En otro orden de ideas y como buena práctica, resulta interesante referirse a la tarea desarrollada en diferentes foros especializados en los que se está trabajando en la capacitación de jueces en materia internacional como forma de contribuir a la difusión y mejor aplicación de la nueva normativa.

En cuanto a la problemática de la cantidad de convenciones aplicables es una cuestión aparte que merece especial atención., en tanto hay demasiadas fuentes bilaterales, regionales, multilaterales., sobre los mismos temas entre las mismas partes.

Eso sumado a que en este espacio regional los países poseen territorios extendidos, los jueces a veces no pueden tomar conocimiento de todas las fuentes que se van sucediendo porque no hay suficientes capacitación, difusión y seminarios, jornadas, simposios que se ocupen del tema.

Por otra parte, las autoridades judiciales, muchas veces carecen del fluido contacto que debieran tener con las Autoridades Centrales, de lo que resulta un consecuente desconocimiento de las normas. Se torna pues necesario, que el juez, al momento de aplicar algunos de estos convenios o algunas de estas leyes, deba averiguar si está vigente en su país, si lo está en el Estado requirente o requerido, según el caso, si rige con el otro país, etc.

No menos relevante es el destacar que en los últimos años, se han venido desarrollando nuevos institutos jurídicos que ayudan a la lucha contra el crimen. Es el caso, por ejemplo, de los programas como el de “protección de víctimas y testigos”; o figuras como el “arrepentido”, “testigo protegido” o el “agente encubierto”⁶.

Con relación a las cláusulas de preservación de la seguridad nacional y del orden público, se está debatiendo últimamente la problemática que este tipo de normas genera para la efectividad de la cooperación, al ser utilizados como causales para denegar la asistencia

3 MERCOSUR. Decisión N° 22/10. *Acuerdo Marco de Cooperación entre los Estados Parte del MERCOSUR y Estados Asociados.*

4 MERCOSUR, Decisión CMC N° 48/10: *Acuerdo sobre Orden de Detención y Procedimientos de Entrega entre los Estados Parte del MERCOSUR y Asociados*

5 Disponible en <www.mercosur.int>

6 BAIGÚN, David. “El abogado y las buenas causas”. *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.* 2004, n°4.

solicitada o en su caso la extradición.

Los Estados, en general suelen aferrarse a este tipo de normas y esto también ha empezado a cuestionarse, por lo menos en cuanto a su postura estricta y se ha notado la dificultad que puede ocasionar la aplicación rígida de estos principios para el logro de los cometidos últimos de la cooperación.

Por eso es necesario generar nuevas ideas para la solución de ese tipo de barreras y agudizar la imaginación de los especialistas con miras a aportar novedosos elementos o herramientas que ayuden a la despolitización de estos conceptos y evitar de esa manera que esos delinquentes que trasponen las fronteras, busquen el amparo de una legislación más protectora para eludir la punición de sus ilícitos.

A continuación se esquematizará un listado de varias de las dificultades detectadas en la cooperación y el consiguiente desafío que ello implica.

1. Dificultad a considerar	2. Desafío
Entrada en Vigencia de Normas de fuente interna y convencional	Diferentes tipos de incorporación y consecuentes demoras en la entrada en vigencia.
Proliferación de Fuentes Convencionales sobre mismos temas entre mismas Partes.	Falta de difusión. Superposición de textos. Complicación en su aplicación por parte de operadores de la justicia.
Cláusulas en beneficio de la cooperación	Mantiene vigentes todos los tratados y dificulta la identificación del más efectivo.
Territorios muy extendidos.	Distancia entre operadores del derecho y las Autoridades Centrales o Coordinadoras.
Necesaria interconexión entre operadores de justicia	Casi nula. Exceso de celo en las áreas de su incumbencia. Trabajo en equipo.
Cooperación institucional horizontal por sectores o carteras de incumbencias.	Vinculación “intra país” y con los otros Estados.
Necesidad de Estadísticas, Bancos de Datos e Intercambio de Información.	Información sectorizada y descoordinada entre las fuentes productoras.
Recursos presupuestarios escasos	Falta de medios para informatizar sistemas, bancos de datos y promoción y utilización de los medios informáticos.

Se impone entonces un desarrollo de las dificultades apuntadas y los desafíos que ellos implican:

a) Entrada en vigencia

La entrada en vigencia de las fuentes internas en materia penal, suelen preceder de un largo período de análisis, dictámenes y discusión en los ámbitos nacionales. Desde la perspectiva argentina, suele haber varias carteras involucradas en su debate, el análisis de las características procesales de sus postulados y el consiguiente cuidado que merecen en atención al carácter federal de nuestro ordenamiento.

Por su parte, las fuentes bilaterales o multilaterales que se concluyen deben seguir un procedimiento de negociación, firma, aprobación legislativa y eventual ratificación o adhesión que demandará también un largo tiempo, muchas veces años, para su efectiva entrada en vigencia⁷.

Para el caso de los Protocolos y Acuerdos Mercosur, por ejemplo, es necesaria la aprobación legislativa de todos los Miembros Plenos, el depósito de los respectivos instrumentos de ratificación y finalmente con la notificación del depósito del último, a los 30 días entra en vigencia para el bloque regional⁸.

b) Proliferación legislativa

Como consecuencia de lo referido anteriormente, conviven en la materia, convenios de cooperación bilaterales, regionales y multilaterales, en muchos casos, que versan sobre las mismas materias, entre los mismos Estados. Por ejemplo, i) el Tratado de Montevideo de Derecho Penal de 1889; ii) las Convenciones Interamericanas; iii) los Protocolos y Acuerdos MERCOSUR; iv) los Convenios Iberoamericanos⁹; v) las Convenciones de la ONU, vi) muchos bilaterales en la materia entre los mismos países y sobre los mismos temas.

c) Cláusulas de compatibilidad y en beneficio de la cooperación

Entre las consecuencias sobrevinientes de la proliferación antes referida está la que se utiliza para evitar que se queden sin regulación en los nuevos convenios que se suscriben, cuestiones ya resueltas en otros que existen sobre la materia. Ello provoca que la técnica legislativa

⁷ HARDING, Christopher. "Exploring the intersection of European law and national criminal law". *European Law Review*. 2000, vol 25/4.

⁸ BOLDORINI, María.Cristina. y CZAR de ZALDUENDO, Susana. "La estructura jurídico-institucional del MERCOSUR después del Protocolo de Ouro Preto". En *Boletín Informativo*, 1995, n° 283, p.73-90.

⁹ a) Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos. a) Proyecto de Tratado Iberoamericano sobre Transmisión de Solicitudes de Cooperación Jurídica entre Autoridades Centrales; b) Tratado constitutivo de la IberRed (Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional), y otros de cooperación jurídica utilizables.

ensayara un tipo de fórmula que pretende facilitar la operatoria pero que en muchos casos puede llegar a entorpecerla. Son las cláusulas clásicas que preservan la aplicación de los anteriores o ulteriores tratados entre las mismas partes y en la misma materia, en tanto beneficien la cooperación, con lo que el panorama normativo convencional se torna más complejo, al necesitar los operadores de la justicia, conocer y decidir, cual fuente resulta aplicable a determinado caso que se le plantee¹⁰.

d) Extensión Territorial

Muchos de los países de la región tienen una gran extensión territorial y ello provoca que los justiciables y los aplicadores de convenios estén muy lejos de los centros de tramitación de los pedidos y de las autoridades centrales o coordinadoras de aplicación de los convenios. Esto se traduce en la dificultad de conocer, en muchos casos, la totalidad de los convenios o mecanismos vigentes sobre una materia y las bondades de utilizar uno u otro instrumento. Ello también genera quejas por el retardo para la solución de los casos en materia penal que, usualmente requieren un accionar sin demoras, especialmente en situaciones especialmente en materia de criminalidad compleja que involucran trata de menores o drogas. Ello finalmente origina reclamos de comunicación directa entre ellos –jueces, fiscales y operadores– especialmente en zonas de frontera, a fin de evitar la burocracia de las solicitudes a través de autoridades citas en las capitales.

e) Falta de medios

En muchos casos la falta de recursos es un tema que dificulta, tanto el conocimiento de las fuentes aplicables como la existencia de nuevas tecnologías o redes, que coadyuven a hacer posible la vinculación con otros operadores o actores de la cooperación a la hora de resolver casos transfronterizos.

Otra dificultad surge respecto del mantenimiento económico de las plataformas informáticas lo que provoca que sistemas que fueron de gran ayuda en su momento como lo fue el mecanismo “Groove de la OEA” haya perdido relevancia por no encontrar recursos para su mantenimiento y actualización adecuada.

En el caso de la IberRed (Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica) y su correo electrónico seguro (Iber@), a través de ambos se instituye un mecanismo de contactos informales previos para la tramitación transmisión de solicitudes de cooperación entre autoridades centrales.

Otro tema no menor lo representa, la estadística de casos de

10 FEROLA, Laura. “La Cooperazione Giudiziaria in Materia Penale: Origine, Problemi e Prospettive”. *Rivista di Diritto Europeo*, 1999, n° 1.

derecho internacional, ya que el tiempo promedio de solución de casos complejos, resultan cruciales a la hora de instrumentar bancos de datos regionales o en la necesidad de instalar nuevas tecnologías de comunicación – correos electrónicos seguros o equipos de video conferencia.

f) Falta de coordinación y control

A la dispersión de recursos logísticos, se suma el desafío de la coordinación entre las instituciones encargadas de la puesta en marcha de nuevos convenios de cooperación. Así se hace imprescindible la colaboración entre ellos, principalmente entre Autoridades Centrales, Judiciales y Defensorías -nacionales y provinciales o estatales-, por un lado y, las de estos con los operadores de la justicia, por el otro.

3. LOS FOROS PRODUCTORES DE NORMAS Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA BÚSQUEDA DE LA EFECTIVIDAD

Uno de los ámbitos de trabajo para encontrar respuestas a los desafíos y procurar lograr dar soluciones a las problemáticas que se presentan es el de la actividad desarrollada en los foros productores de normas y de las organizaciones intergubernamentales quienes vienen estudiando el tema en profundidad y ensayando e instrumentando prácticas novedosas y diferentes mecanismos tecnológicos, tanto de “hard law” como de “soft law” que coadyuven a mejorar la efectividad de las soluciones en materia de lucha contra la criminalidad.

Solo por citar algunos de ellos, enumeraremos a los que han generado algunas prácticas y herramientas novedosas en sus respectivos espacios de desarrollo en el ámbito del Mercosur; y de otros organismos intergubernamentales en los que el MERCOSUR está inserto, como por ejemplo la OEA; la Conferencia de Ministros de Justicia de Iberoamérica; o la UNODC de Naciones Unidas.

A continuación se pasará revista a alguna de esas buenas prácticas promovidas e instrumentadas.

a) Reunión de Ministros de Justicia del MERCOSUR

Es el foro que dentro de la estructura institucional del Mercosur tiene dentro de su cometido avanzar hacia la armonización legislativa en materias de cooperación jurídica y generar los instrumentos y mecanismos de la asistencia jurídica internacional que el proceso de integración le demande¹¹. En ese ámbito son varios los instrumentos

11 DREYZIN de KLOR, Adriana. “*El MERCOSUR. Generador de una fuente de Derecho Internacional Privado*”. Buenos Aires: Zavalía Editores, 1997. DREYZIN de KLOR, Adriana.

de cooperación jurídica que se han generado y que regulan en muchos casos cuestiones relacionadas con la cooperación penal.¹²

b) CIDIP-OEA

Es sabido que dentro del esquema interamericano, coexisten varios convenios que alcanzan dimensión continental y que han generado, por una parte, una gran cantidad de normativa en diferentes materias y aspectos relacionados con la temática que nos ocupa y que contribuye al entramado de fuentes aplicables sobre temas específicos, en la medida que muchos Estados de la región han ratificado o adherido a sus Convenciones,

c) La Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos

Se trata de una organización intergubernamental compuesta por los 22 Estados que comprenden Iberoamérica (España, Portugal, Centro y Sudamérica). En el marco de esta organización se han venido celebrando convenios de cooperación jurídica en materia penal, especialmente en materia de las problemáticas procesales en torno a la criminalidad compleja, que proponen armonizar o unificar soluciones entre los países de la región, dadas sus características comunes de historia y lenguaje¹³.

Mención especial merece la actividad informal desarrollada por la IberREd a través de sus Puntos de Enlace, que aglutina la actividad de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de los Estados, Ministerios Públicos y Ministerios de Justicia y Autoridades Centrales.

4. HACIA LA BÚSQUEDA DE SOLUCIONES Y RESPUESTA EFECTIVAS

Una vez reseñadas las diferentes dificultades que presenta la cooperación en el espacio mercosureño y los consiguientes desafíos a encarar, se volverá a esquematizar acerca de los desafíos que presenta la región en la materia para ir dando algunas de las respuestas que vienen aportando los Estados en el marco del contexto de integración regional que nos ocupa, con miras a demostrar el camino recorrido para la efectividad de las soluciones que se pueden considerar.

¹² “Hacia el ordenamiento jurídico del MERCOSUR en La Ley T°1996-C”, Buenos Aires, 1996, p. 1189-1201.

¹² CARBAJALES, M. “La armonización legislativa”. En *Revista de Derecho del Mercosur*. 1998, n° 4, año 2, p. 161-167.

¹³ Disponible: <www.comjib.org.es>

Desafío	Propuesta
Proliferación de Fuentes Convencionales sobre mismos temas entre mismas Partes.	a) En la nueva normativa de cooperación se fije la vigencia del convenio respecto de los otros; b) en los ya existentes, se establezcan prelación y guías orientativas para los operadores.
Cláusulas en beneficio de la cooperación	Elaboración de Guías y Manuales que orienten sobre la mejor fuente a aplicar basada en su eficiencia.
Interconexión entre operadores de justicia	Fomento de su inter-relacionamiento a través de autoridades coordinadoras y medios electrónicos.
Necesidad de Bancos de Datos e Intercambio de Información.	Cruzado de datos entre los sectores que registran distintos de información.
Extensión Territorial de los países	Utilización de los medios electrónicos y cursos de difusión y en el interior de los respectivos países, a través de redes sociales.
Recursos presupuestarios	Optimización de los existentes mediante la coordinación de sectores y asignación de partidas para la informatización de los sectores involucrados.

A continuación, entonces, se desarrollará el contenido de las iniciativas en curso o a instrumentar para encarar los desafíos.

a) Comunicación entre Autoridades:

Este sistema propicia una alternativa a las autoridades centrales y tiene como fin el permitir la directa comunicación entre jueces y operadores. Sin embargo, esta alternativa, con la salvedad explícita de la cooperación entre autoridades fronterizas, parece que desde la perspectiva de nuestra región, debería ser incorporada en forma gradual y experimental, para tomarla como ejemplo piloto desde lo nacional y evaluar su extensión a otros países de la región, hasta tanto se salven los obstáculos que aún subsisten, para su aplicación.

Por ejemplo, la imposibilidad en algunos países para permitir la comunicación directa entre magistrados y defensores -aún entre los de zonas de frontera- sin que se pase a través de las autoridades centrales ubicadas en las capitales.

La relevancia radica principalmente en la falta de difusión de muchos de los nuevos convenios y modalidades de la cooperación por parte de operadores en territorios muy dilatados o de difícil comunicación.

Entretanto, se torna necesario un punto común de contacto entre las autoridades de los diferentes Estados y dentro de cada uno de estos, con los respectivos organismos encargados de la aplicación del derecho.

La utilización de las TICs, (técnicas de la información y la comunicación) puede representar una gran ayuda para el diligenciamiento de soluciones “on line” o la descentralización de autoridades coordinadoras en Estados provincias y municipios como parte de buenas prácticas aportadas.

Como ejemplo se puede citar a la autoridad instaurada en el Tribunal Supremo de Justicia de la Provincia de Mendoza, en la Argentina.

b) Vinculación de redes e instituciones. El papel de las Autoridades Centrales y Coordinadoras

Es menester destacar la importancia que reviste el realizar encuentros conjuntos entre los diferentes actores jurídicos encargados de la aplicación de los convenios de cooperación. Así, intercambios de experiencias y encuentros conjuntos entre jueces, defensores y operadores de la justicia en general, será un muy buen punto de partida para la difusión de herramientas, intercambio de información y pautas para la aplicación de prácticas y tecnología moderna que permita agilizar la cooperación.

c) Las buenas prácticas y las nuevas tecnologías

Pueden señalarse también como iniciativas auspiciosas de cooperación en la materia, la constitución de redes y técnicas desarrolladas en la región y que han tomado algún referente en lo ya ensayado en el viejo continente. Entre ellos, por ejemplo, la “IberRed” en el ámbito iberoamericano, inspirada, a su vez, en la “Red Judicial Europea”. Esta “Red” es, como lo dice su nombre, una red de contactos entre autoridades encargadas de la aplicación de justicia entre los países del bloque iberoamericano, que comprende a los Ministerios de Justicia de los Estados Parte, a las Autoridades Centrales, al Ministerio Público y el Poder Judicial¹⁴.

Párrafo aparte merece la creación de la “Red Interamericana de Cooperación Jurídica” Groove, en el marco de la OEA, que ha alcanzado importantes logros a través del funcionamiento del correo electrónico seguro con firma encriptada “Groove” para la trasmisión y diligenciamiento de las solicitudes de cooperación en la materia.

Con el mismo espíritu en el ámbito de la Reunión de Ministros de

¹⁴ Eser y Lodogny. Principles and Procedures for a new Transnational Criminal Law. Freiburg in Brisgau: Max-Planck-Institut, 1992.

Justicia del Mercosur, se creó el “Foro de Autoridades Centrales”, que se reúne periódicamente con el fin de detectar las bondades y dificultades que genera la aplicación de los Protocolos y Acuerdos aprobados en su seno y en la inter vinculación de dichos instrumentos jurídicos con otros pre existentes o que se pongan en marcha, sobre los mismos temas entre las mismas partes

Finalmente, en el marco de Naciones Unidas, más específicamente en la UNODC, se han desarrollado diferentes “Guías” y “Manuales” de Buenas Prácticas que se ocupan de resolver las diferentes dificultades que plantea la aplicación de sus Convenios en materia de cooperación penal y criminalidad compleja.

d) Encuentros y Tareas de Difusión

La difusión de convenios, mecanismos y herramientas resulta esencial. En ese marco de acción se han propuesto distintos caminos, desde la identificación de elementos comunes y posturas de consenso en el marco regional mediante esquemas comparativos de soluciones normativas en el marco de la Reunión de Ministros de Justicia del MERCOSUR, como la elaboración de guías orientativas o leyes modelo que tomaran en cuenta los caracteres comunes de cada sistema nacional, para que pudieran luego ser trasladadas a su normativa interna en momentos de tornar operativas las normas convencionales adoptadas.

CONCLUSIONES

Como corolario del panorama presentado, las dificultades detectadas y los consiguientes desafíos sobrevinientes en el marco del MERCOSUR y de este espacio en su inserción en los sistemas interamericano e iberoamericano, cabe concluir que a la actividad desarrollada por los diferentes foros integrantes del sistema institucional mercosureño, tienden a la promoción de normas de cooperación armonizadas, a lo que se le pueden sumar diferentes propuestas que se han planteado para agilizar los pedidos de cooperación que tiene que ver con buenas prácticas o utilización de tecnologías manifestados en redes, correos seguros y encriptados o plataforma de sustentación para el desarrollo de solicitudes.

En materia de buenas prácticas, la actividad de puntos de contacto, enlaces o autoridades centrales ha demostrado también ser una buena alternativa para enfrentar los desafíos en la materia.

Para finalizar solo restaría destacar la importancia de la difusión a desarrollar entre los operadores de la justicia, acerca de la existencia de herramientas disponibles y propuestas a implementar para facilitar y agilizar la cooperación penal internacional.

En virtud de lo manifestado entonces se puede pasar revista al impacto de las soluciones instrumentadas o a implementar:

a) Armonización y tipificación de figuras

Ante la disparidad en la tipificación de las figuras delictuales en la fuente interna de cada país – por ejemplo, “terrorismo”, “lavado de activos” o “trata de personas”- se propone encarar una tarea de armonización conceptual como modelo, basada en características y elementos comunes a cada realidad nacional, para luego tomarlos como parámetros de legislación en la materia en cada nueva norma nacional que se dicte en los Estados, tanto en lo que se refiere a lo procesal como a la sustancial. Esos parámetros conceptuales de referencia, tendrán que armonizarse también con las penalidades asignadas a cada figura.

En esa tarea se debería procurar también la elaboración de normas operativas que tornen efectivos los numerosos convenios internacionales de cooperación que se han dictado y que tienen, en su mayoría normas programáticas. Asimismo, se propone se elaboren guías y manuales de buenas prácticas que demuestren a los operadores de la justicia el tratamiento que se le da a ciertas figuras, sin perjuicio de la definición del tipo legal que se le asigne. Es el caso, por ejemplo, del delito de “trata de personas”, en que varias de sus facetas están tratadas en las legislaciones domésticas pero que no responden al nombre de trata, sino identificado como delito “contra la integridad sexual”.

Otra manifestación en materia de armonización, que se aporta, es la idea de canalizar en convenios regionales operativos la normativa de convenciones más generales de índole programática.

b) Superposición normativa y cláusulas en beneficio de la cooperación

Para intentar resolver el tema de la gran cantidad de fuentes vigentes sobre las mismas materias y su compatibilidad con las nuevas que se elaboren entre las mismas Partes y sobre los mismos temas, se propone incorporar entre las “Disposiciones Generales” de los nuevos convenios de cooperación que se concluyan, cláusulas por la que la entrada en vigencia de los nuevos convenios vaya derogando los anteriores que se ocupen de esos mismos temas.

Por su parte, en lo que hace a los convenios ya vigentes, se impone realizar una tarea de sistematización de fuentes convencionales en base a la efectividad probada en su aplicación. En ese camino se puede fijar –si no se quiere derogar o denunciar- un orden de prelación regional convenido entre los operadores del derecho de un espacio común. Para ese resultado se impone efectuar una amplia convocatoria abierta a la

participación de jueces, fiscales, defensores, consejos de magistratura, Ministerios de Justicia, autoridades centrales de aplicación de convenios, académicos, empresarios y profesionales, quienes vuelquen sus inquietudes y acuerden guías de facilitación de la aplicación de convenios a nivel regional.

c) Cláusulas de “orden público” y “seguridad nacional”.

Ante los escollos que se han detectado por la inclusión de cláusulas de salvaguarda del orden público o de los intereses superiores del Estado, a la hora de combatir la criminalidad compleja en los espacios integrados, se propone redactar una carta fundamental común para la región o una convención que recoja principios uniformes de salvaguarda, limitados por el respeto a los derechos fundamentales y humanos vigentes en todo el espacio regional.

d) Reconocimiento de sentencias y extradición:

Se reconoce necesaria la búsqueda de mecanismos más modernos que permitan facilitar la extradición y el reconocimiento de sentencias en materias de interés común. Como punto de partida se deberá comenzar con la promoción de investigaciones de entreayuda para casos de crímenes transfronterizos graves, particularmente para los casos de crimen organizado, más específicamente la posibilidad de formar equipos conjuntos de tareas- tal como lo prescribe la Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada y siguiendo la tarea desarrollada en la materia en el ámbito del MERCOSUR.

Por otra parte, algunos de los convenios celebrados ya prevén la cooperación directa entre jueces de zonas de frontera. Dicha comunicación puede entonces, extenderse en lo interno, a la colaboración a prestar entre otras autoridades o sectores para contribuir al esclarecimiento de este tipo de delitos –aduanas, registros civiles, destacamentos de frontera, áreas de control integrado. Respecto a su instrumentación en los otros países que tienen algún obstáculo para su implementación, puede proponérseles para salvar esos obstáculos tomar en consideración la calidad de una normativa común en beneficio de la integración o basada en la ciudadanía única que detentan los habitantes de un mismo espacio regional y la consiguiente igualdad de trato a recibir entre ellos.

En el mismo sentido, se hace necesario avanzar aún más en el reconocimiento mutuo de los medios de prueba en los diferentes países y ayudarlos con la más rápida comunicación que trae aparejada la incorporación de las nuevas tecnologías, por ejemplo utilizando la videoconferencia.

Otra alternativa puede ser la del establecimiento de un sistema más ágil para la detención de delincuentes, estableciendo, sobre las pautas del convenio de cooperación policial regional, suscribiendo acuerdos interinstitucionales que permitan operaciones conjuntas para el arresto de delincuentes sobre bases de cooperación entre fuerzas para todos los Estados de la región, simplificando los requisitos para la detención y entrega.

e) Interpretación armónica

Ante la falta de un tribunal regional que interprete en forma unívoca la normativa en la materia y que instrumente y supervise un accionar conjunto para combatir la criminalidad que se presente a nivel transnacional, se hace necesaria la existencia de una interpretación unívoca para las autoridades judiciales, el ministerio público, las autoridades policiales y las fuerzas de seguridad.

Con los aportes y propuestas desarrolladas en los apartados precedentes se pretende proponer como aporte una serie de buenas prácticas para facilitar y agilizar la cooperación, utilizando las nuevas tecnologías y los medios electrónicos sin que ello vaya reñido con la necesaria seguridad jurídica que debe imperar en la asistencia en general y más aún en la materia penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAIGÚN, David. “El abogado y las buenas causas”. *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, n° 84.

BOGGIANO, Antonio. *Derecho Penal Internacional*. Buenos Aires: Lexis Nexis- Abeledo Perrot, 2003.

CERVINI, Raúl. “La Cooperación Judicial Penal Internacional: Concepto y Proyección”. *Ponencia en Curso de Cooperación Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Carlos Alvarez Editor, 1994.

GREGORIO GARZÓN, Clariana. Sobre la Noción de Cooperación en el Derecho Internacional. *Revista Española de Derecho Internacional*. 1976, n° 1, p. 33.

DE CASTELLO CRUZ, Luis. “Informe del Brasil. Cooperación Interamericana en los Procedimientos Penales”. *Revista Universidad Nacional Autónoma de México*. México. D.F., 1983.

DE PAVÍA, Agustín. “Asistencia Judicial Internacional en materia Penal”. *Ponencia presentada ante el II Seminario Internacional sobre Cartagena de Indias*, Colombia, febrero de 2003.

DREYZIN DE KLOR, Adriana. *El MERCOSUR y sus Dimensiones*. Buenos Aires: Editorial Zavalía, 1997.

ESER, Lodogny. *Principles and Procedures for a new Transnational Criminal Law*. Freiburg in Brisgau, 1992.

FEROLA, Laura. “La Cooperazione Giudiziaria in Materia Penale: Origine, Problemi e Prospettive”. *Rivista di Diritto Europeo*. 1999, n° 1.

GARCÍA, Luis M. “Auxilio Judicial Internacional y Soberanía Estatal. Problemas que plantea los principios de la validez material del derecho penal: jurisdicción concurrente y múltiple persecución penal”. *Revista La Ley* 1992-B. P. 928.

GARZÓN CLARIANA, Gregorio. “Sobre la Noción de Cooperación en el Derecho Internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*. N° 1, 1976, p. 33.

HARDING, Christopher. “Exploring the intersection of European law and national criminal law”. *European Law Review*. 2000, vol 25/4 Aug. 2000.

JAYME, Erik. “Identité Culturelle e Intégration: le Droit International Privé Posmoderne”. *Recueil de Cours*. 1995, tomo 251, p. 37

MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa. “El MERCOSUR y la Integración”. *Revista Colegio Público de Abogados*. 2003.

PIOMBO, Horacio. *Tratado sobre Extradición*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1998.

SIEBER, Ulrich. “Delitos Informáticos y otros Delitos contra la Tecnología de la Información”. *Publicación Max Planck Institut*. Friburg. Traducción del original en inglés por el Dr. Eugenio Zaffaroni.

SLOKAR, Alejandro. “Criminalidad Compleja”- Terrorismo y Cybercriminalidad. *Revista de la Subsecretaría de Política Criminal. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos*. 2004. p. 35.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Juan José Cerdeira es Abogado por la UBA. Doctor en Derecho Internacional (UNA). Profesor de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración, en diferentes Universidades Públicas y privadas en la Argentina y en el MERCOSUR. Investigador de la UNL en Argentina. Autor de diferentes artículos sobre integración. Negociador en el MERCOSUR otros foros internacionales.

COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E DEVER GERAL DE COOPERAR

COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL Y DEBER GENERAL DE COOPERAR

*Saulo Stefanone Alle**

Resumo: *O direito internacional clássico oferta argumentos à resistência dos Estados à cooperação jurídica internacional, especialmente em matéria criminal. Nesse sentido, o ponto principal é a necessidade indispensável de tratado, sob um viés voluntarista extremado. Entretanto, a atual ordem onusiana e a primazia dos direitos humanos deslocam o eixo do voluntarismo extremado a pautar o direito internacional. Evidencia-se, nessa linha, que o dever de cooperação jurídica internacional é um princípio previsto em convenções internacionais e que, além disso, decorre de princípios gerais de direito internacional, inclusive da igualdade soberana entre os Estados, e princípios de direitos humanos.*

Resumen: *El derecho internacional clásico ofrece argumentos a la resistencia de los Estados a la cooperación jurídica internacional, especialmente en materia criminal. En ese sentido, el punto principal es la necesidad indispensable de tratado, bajo un sesgo voluntarista extremado. Sin embargo, el actual orden onusiano y la primacía de los derechos humanos desplazan el eje del voluntarismo extremado a pautar el derecho internacional. Se evidencia, en esta línea, que el deber de cooperación jurídica internacional es un principio previsto en convenciones internacionales y que, además, se deriva de principios generales del derecho internacional, incluso de la igualdad soberana entre los Estados, y principios de derechos humanos.*

Palavras-chave: Dever geral de cooperar, Cooperação jurídica internacional, Voluntarista, Novas fronteiras do direito internacional

Palabras clave: Deber general de cooperar, Cooperación jurídica internacional, Voluntarismo, Nuevas fronteras del derecho internacional

* Universidade de São Paulo, Brasil.
E-mail: saulo@salle.com.br
Recibido: 10/08/2017. Aceptado: 28/09/2017.

1. INTRODUÇÃO

A cooperação jurídica internacional é frequentemente limitada pela literalidade aparentemente restritiva ou mesmo escassez de disposições específicas em tratados, especialmente em matéria criminal. De fato, algumas restrições historicamente reconhecidas pelo direito internacional são justificadas e respeitadas pelos textos das convenções sobre o tema, como por exemplo, aqueles atos que coloquem em risco sua soberania, sua segurança, sua ordem pública ou outros interesses fundamentais – como o princípio do *ne bis in idem*, entre outros. Entretanto, há uma premissa comum de que não existe um dever geral de cooperar, e que a cooperação e cada providência dela decorrente é condicionada a existência de uma disposição expressa e específica em tratado.

Em outra frente, há a perspectiva de que as convenções sobre cooperação refletem a preocupação com a simplificação de suas solenidades. Em destaque, a criação da figura da autoridade central, dispensando-se a via diplomática tradicionalmente instituída e mais lenta - essa via se revelou de forma marcante nos Acordos sobre Cooperação vigentes no âmbito do Mercosul¹. Nos seus termos, passa a preferir a cooperação por meio da autoridade central. Isso significa que as comunicações relativas à cooperação jurídica deixam de transitar por meio diplomático (político) para acontecer por intermédio de órgãos e profissionais especializados nos aspectos jurídicos. De fato, isso tende a facilitar imensamente a comunicação e a eficiência do processo cooperativo, mas não deve ser entendida como uma nova condicionante.

No entanto, a interpretação literal e restritiva, como, por exemplo, a que toma a Autoridade Central como um ator necessário e condicionante no processo cooperativo é equivocada – embora comum. Essa perspectiva é compatível com a evolução do direito internacional em uma determinada tendência voluntarista, mas merece ser revista. Em contraposição, a linha proposta, segundo a qual existe um dever geral de cooperar, parte da mesma premissa de Häberle, ao defender o Estado Constitucional Cooperativo. Para o autor, o aspecto central da cooperação, segundo os princípios fundamentais da Carta da ONU, está em que “o ‘direito comum de cooperação’ recebe dos direitos fundamentais os mais fortes impulsos, integra-os para ‘tarefas da comunidade’ e tem neles um garante confiável”².

Essa perspectiva é consistente com as bases atuais do direito

1 Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile, assinado em Buenos Aires, em 5 de julho de 2002 e, ainda, o Acordo sobre Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais entre os Estados-Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile, aprovado pelo Conselho de Ministros em Buenos Aires, em 18 de fevereiro de 2002.

2 HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. São Paulo: Renovar, 2007. p. 70.

internacional, embora ainda frequentemente contestada³ sob o argumento de inexistir uma norma expressa e cogente que obrigue os Estados a cooperarem. A questão, portanto, está essencialmente no fundamento, que é determinante para que a cooperação jurídica internacional se revele como um sistema desnecessariamente burocrático que lhe extrai a efetividade material ou, por outro lado, em um instrumental para efetividade de direitos e valores compartilhados pelos Estados.

A premissa de necessidade de tratado específico para admitir-se a cooperação, ou determinadas providências, é equivocada porque transforma um meio facilitador em condicionante. A questão deve ser vista não como de permissão, mas como de viabilidade. Por sua vez, o objetivo dos tratados de cooperação, específicos, deve ser visto não como condição para a existência da cooperação, mas sim como instrumental para torná-la mais simples e acessível.

Importa reforçar, sobre o contexto regional, que o Mercosul possui normas sobre cooperação jurídica envolvendo os Estados Partes – *Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile*⁴ e, ainda, o *Acordo sobre Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais entre os Estados-Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile*⁵ – que não figuram como meras enunciações a espera de confirmações específicas, mas como normas efetivas, de validade internacional e que geram direitos e obrigações, para utilizar a mesma expressão utilizada pelo Plenário do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, na Opinião Consultiva nº01/2008:

3.- Que as normas originárias do MERCOSUL, uma vez ratificadas e incorporadas às legislações nacionais conforme aos mecanismos internos de cada Estado Parte, tem validade internacional e geram direitos e obrigações⁶.

3 Abade diz: “Há autores, como Kai Ambos, que entendem que, no caso de cooperação jurídica entre Estados, não há nenhuma norma internacional geral que obrigue os Estados a cooperar – a cooperação, assim, dependeria da decisão soberana de cada Estado”. ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional*, p. 34. Refere-se a AMBOS, Kai. *Prosecuting International Crimes at National and International Level: Between Justice and Realpolitik*. In: KALEC, W. et al. (Eds.). *International prosecution of human rights crimes – part II*. Berlin, Heidelberg: Springer Verlag, 2007. p. 55-68.

4 O *Protocolo de Las Leñas* foi promulgado no Brasil pelo DECRETO Nº 6.891, DE 2 DE JULHO DE 2009.

5 Promulgado no Brasil pelo DECRETO Nº 8.331, DE 12 DE NOVEMBRO DE 2014.

6 TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO DO MERCOSUL. PLENÁRIO. OPINIÃO CONSULTIVA Nº 1/2008. SOLICITAÇÃO CURSADA PELA SUPREMA CORTE DE JUSTIÇA DA REPÚBLICA ORIENTAL DO URUGUAI COM RELAÇÃO AOS AUTOS DO JUIZADO LETRADO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA NO CIVIL DE 1º TURNO IUE 2-32247/07 “Sucessão Carlos Schnek e outros c/Ministério de Economia e Finanças e outros. Cobrança de pesos”.

Assim, ganha força a ideia de que a cooperação jurídica internacional não é mais mera questão de *comitas gentium*⁷. A discricionariedade estatal é delimitada pelo direito internacional, além das próprias regras de seu direito interno. A ruptura em questão com a *comitas gentium* – especialmente no âmbito processual penal –, no entanto, pode levar à tendência radicalmente oposta, atrelada a um legalismo extremo e fechado, sem grandes vantagens. Esse legalismo está relacionado com o voluntarismo extremo – para quem um tratado específico é condição de legalidade para a cooperação.

2. “QUAL VOLUNTARISMO (?)” E O DEVER GERAL DE COOPERAR

Uma reflexão útil, nesse contexto, sobre a formação do direito internacional em sua perspectiva demanda uma análise a partir de Grócio⁸, que pode ser referido como o jurista da tese de ruptura da autoridade papal. Embora não deixe de fazer alusões aos textos das sagradas escrituras cristãs⁹, sendo autor plenamente conectado aos argumentos e às questões religiosas, Grócio propõe a ruptura com a ideia de autoridade papal ou com o fundamento transcendente do direito. De fato, essa é uma diferença essencial em relação ao período anterior, como se pode notar das ideias de Vitoria, por exemplo¹⁰.

Grócio marca uma transformação na aplicação dos pressupostos religiosos; de fato, há uma alteração significativa na conformação da religião e do poder que dela decorre, no seu pensamento. É conveniente lembrar, nesse contexto, que o jurista holandês advoga, não por acaso, contra o princípio do *omni-insular* – princípio de direito público europeu do século XIII que reconhece o domínio papal sobre mares e ilhas¹¹. A participação holandesa na conquista marítima era pretensão

7 Casella pontua que a cooperação judiciária internacional (denominação que prefere adotar) “evoluiu a partir do mero sentido de deferência ou cortesia, em relação ao outro estado – como implícito no conceito de *comitas gentium*” em CASELLA, Paulo Borba. Fundamentos do direito internacional pós-moderno, p. 1225.

8 CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional no tempo moderno de Suarez a Grócio*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 170.

9 De acordo com Grócio, “da mesma maneira que esse preceito se refere a cidadãos privados, se refere também aos povos como povos e aos reis como reis (I Coríntios, XII, 19-26). Cada um deve, de fato, servir a Cristo [...]” GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Trad. Ciro Mioranza. Florianópolis: Unijuí, 2005. vol 1, p. 667.

10 Importa mencionar, entretanto, que a argumentação de Gentili, como de seus contemporâneos (predecessores e sucessores), é fortemente sustentada na alusão às sagradas escrituras cristãs – muito embora esse autor, diferente de Vitoria, afaste-se dos fundamentos transcendentais do direito. Em sua obra, Gentili, ainda na abertura, esclarece que “serão de grande valia para nós as coisas escritas nos livros santos de Deus e, sobretudo, aquelas que não parecem terem sido ditadas somente para os hebreus”, GENTILI, Alberico. *O direito de guerra*. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 60.

11 A esse respeito, Kantor diz: “O Tratado de Westfália inaugurava uma atitude secularizante frente ao problema do domínio e soberania territorial, esvaziando o direito de arbitragem

a que se antepunha a *bula Inter Coetera*¹² em favor dos ibéricos. Em outras palavras, a tentativa de construção de argumentos de autoridade apoiada na figura papal (elemento religioso) será contestada e definitivamente enfraquecida neste momento histórico, em sintonia com a tese grociana¹³.

Esses valores presentes nas ideias de Grócio¹⁴ – princípios da igualdade jurídica entre os Estados, dentre outros valores mencionados há pouco – serão encontrados nos tratados de Munster e Osnabruck, que colocam fim à Guerra dos Trinta Anos e compõem o chamado sistema de Vestfália de 1648¹⁵. Casella e Accioly¹⁶ lembram a importância de Vestfália como marco do direito internacional, conformador do que se conhece atualmente.

Anos mais tarde, Vatell (1714-1767) irá tratar da distinção entre o direito natural e o direito voluntário, sendo especialmente lembrado

papal. Oficialmente excluído do Tratado de Westfalia (Münster, 1648), por exigência da Espanha, de Veneza e da Santa Sé, Portugal foi então forçado a aceitar a doutrina do Mare Liberum de Grócio, posição que implicava revisões da *bula Inter Coetera* e do Tratado de Tordesilhas (1494). Grócio questionou as condições do *dominium* (não como direito de jurisdição, mas como posse de bens) e do alegado monopólio de navegação ibérico nos mares nunca navegados. Advogado da Companhia das Índias Orientais, opôs-se à argumentação portuguesa, rejeitando a legitimidade da doação pontifícia e as prerrogativas advindas da prioridade nos descobrimentos, assim como a justificativa de ocupação por costume ou por guerra justa nos mares e terras asiáticas. Descobrir, na concepção de Grócio, era ‘tomar posse de’ uma região que devia ser formalmente *res nullius*. O descobrimento só poderia criar títulos de domínio se acompanhado da posse, isto é, de bens móveis, se estes fossem apreendidos, ou, tratando-se de imóveis, se demarcados por meio de limites precisos e guardados por força permanente. Referindo-se à presença de padrões portugueses ou às cruzes de madeira espanholas nas rotas de navegação e nas costas, ele negava o valor jurídico dos cerimoniais de posse como critério de primazia e precedência na conquista. Argumento aliás que será restaurado pela diplomacia portuguesa no século XIX”. KANTOR, Íris. Usos diplomáticos da ilha-Brasil polêmicas cartográficas e historiográficas. *Varia hist.* 2007, vol 23, n° 37. [Acesso em: 29 nov. 2014] Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-87752007000100005&lng=en&nrm=iso>

12 A esse respeito, Mendonça anota: “Mediante as bulas dos papas Nicolau V, Calisto III, Xisto IV, a Coroa portuguesa assegura-se do domínio de terras e ilhas descobertas sob o influxo do Infante Navegador e seus sucessores. E, na vaga geografia do tempo, não se fazia uma ideia clara do que se concedia. [...] Quando os Reis Católicos obtiveram de Alexandre VI uma concessão análoga, a *bula Inter Coetera* (4 de maio de 1493) que lhes atribuía todas as terras e ilhas descobertas e por descobrir, cem léguas a oeste de qualquer das ilhas dos Açores e Cabo Verde, D. João II protestou contra o ato pontifício como lesivo para os seus direitos e ameaçou mandar uma armada às regiões descobertas por Colombo”. MENDONÇA, Renato. *História da política exterior do Brasil*. Brasília: FUNAG, 2013. p. 52.

13 Convém destacar que a ideia já era frágil, e contestada por Vitoria. A propósito, Casella esclarece que “É crucial o fato de Vitoria colocar a titularidade e a propriedade lastreadas no âmbito do direito natural e do direito humano, e não no plano do direito divino. A consequência da inaplicabilidade da lei divina para a determinação de título sobre o território é não se poder fundamentar a espoliação dos ameríndios com base na diferença de fé, ou em decorrência do fato de serem estes pagãos”. CASELLA Paulo Borba. *Direito internacional no tempo medieval e moderno até Vitória*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 617.

14 GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*, 2 v., passim.

15 CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e. *Manual de direito internacional público*, p. 84.

16 Ibidem, loc. cit.

por isso. Embora outros tenham trabalhado sobre o mesmo problema, é a Vattel – discípulo de Wolf – que a doutrina se refere, de modo geral, sobre a consolidação do voluntarismo no direito internacional:

Vattel abandona a concepção da *civitas maxima* de Wolf e põe seu foco na soberania e nas relações entre estados, o que vai ao ponto de enfraquecer o fundamento objetivo do direito internacional, na medida em que os estados se fazem os únicos juízes de seus atos, de seus direitos e deveres¹⁷.

Em passo de evolução, o direito internacional atual deve ser capaz de conciliar as diferenças profundas, sem permitir uma descrença absoluta e generalizada na paz com os outros. Esse tipo de pensamento – segundo o qual é impossível a paz com o “bárbaro” – sugere que só a guerra destrutiva é solução e que o bárbaro, portanto, não merece direito algum ou respeito. Esse desafio, por sua vez, demanda uma reflexão crítica sobre o voluntarismo inaugurado por Vattel.

Essa linha voluntarista ganhou força no direito internacional, a tal ponto de autores voluntaristas negarem, até mesmo, a possibilidade de aplicação dos princípios gerais¹⁸ – a que se refere o artigo 38, § 1-c, do Estatuto de Corte Internacional de Justiça – sem uma “*autorização convencional expressa*”. Em outras palavras, mesmo a aceitação convencional do texto do Estatuto de Corte Internacional de Justiça é insuficiente, sob essa perspectiva voluntarista mais extremada. É preciso, por outro lado, segundo essa perspectiva, uma autorização voluntária expressa para cada caso.

A mesma índole voluntarista está presente em visão de parte da doutrina, em relação ao dever de cooperação jurídica internacional. Até mesmo a despeito das disposições contidas em tratados multilaterais sobre criminalidade transnacional, parte importante da doutrina refere-se à necessidade de tratados específicos para viabilização da cooperação jurídica internacional, como se fosse impossível admitir um dever geral de cooperar – fundado em tratado já existente e expresso, ou sobre princípio. Assim, essa premissa voluntarista, que é marcante na jurisprudência brasileira, por exemplo, é sintetizada por Denise Abade ao afirmar que, “De fato, o Brasil adota, claramente, a corrente voluntarista, uma vez que os tribunais superiores brasileiros não aceitam a realização da cooperação

17 CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*, p. 706.

18 Pellet et al. esclarecem: “O caráter directamente aplicável foi colocado em questão pelos autores voluntaristas. Sem negar o valor jurídico destes princípios, eles pretendem que só na sequência de uma autorização convencional expressa, que deve intervir em cada caso, podem aplicar-se nas relações internacionais”. PELLEÛT, Alain et al. *Direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 355.

que não esteja amparada em acordo prévio ou ainda em promessa de reciprocidade”¹⁹.

Na verdade, a posição segundo a qual “o dever genérico de cooperação, baseado em princípios gerais de direito, costume ou ainda na Carta da ONU não é suficiente”²⁰ mostra-se incompatível com a própria tradição doutrinária. Rezek, com certa profundidade, lança uma importante perspectiva de que o consentimento não é apenas o criativo, como fonte do direito.

Nesse sentido, Rezek enuncia seu apreço pelo voluntarismo: “sistema jurídico autônomo, onde se ordenam as relações entre Estados soberanos, o direito internacional público – ou direto das gentes, no sentido de direito das nações – repousa sobre o consentimento”²¹. No entanto, vai além:

O termo vontade tem o grave inconveniente de induzir à idéia do consentimento criativo, e tão-somente deste. É irrecusável, no entanto, que os Estados vêm consentindo secularmente em torno de normas que lhe parecem, por um lado, advindas de um domínio diverso daquele de sua própria e discricionária inventividade e, por outro – e consequentemente –, imunes ao seu poder de manipulação²².

Assim, Rezek reconhece que o fundamento de validade dos princípios gerais não difere, em essência, daquele sobre o qual assentam os tratados e o costume: o consentimento. Refere-se, nesse sentido, a consentimento não expresso ou escrito, pelo qual são reconhecidos determinados princípios, a exemplo do *pacta sunt servanda*, da *lex posterior derogat priori* e do *nemo plus juris transfere potest quam ipse habet*²³.

Importa, neste ponto, um esclarecimento: a tese que se advoga é a de que o dever de cooperação jurídica internacional consiste em um princípio previsto em convenções internacionais e que, além disso, decorre de princípios gerais de direito internacional (inclusive da igualdade soberana entre os Estados), além de princípios de direitos humanos. É, portanto, uma realidade que se impõe, a despeito de eventualmente não constituir prática suficientemente corrente – que

19 ABADE, Denise Neves. Op. cit., p. 40.

20 Daí, a autora justificar: “Por isso, o foco deste trabalho está nos tratados internacionais de cooperação celebrados pelo Brasil.” (ibidem, loc. cit.). Refere-se, ainda, em rodapé: “Ver posição de vários Estados, em especial os Estados desenvolvidos em WOLFRUM, Rudiger. International law of cooperation. In: BERNHARDT, Rudolf (Ed.). *Encyclopedia of Public International Law*. New York: North Holland Publishing Co, 1992. p. 1242-1247.

21 REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 3.

22 Ibidem, p. 136.

23 Tradução livre: “os pactos devem ser mantidos; lei posterior derroga a anterior; ninguém pode transferir a outrem mais direitos do que possui ele próprio”. Ibidem, p. 135.

pudesse lhe conferir o *status*, ainda, de norma costumeira.

Sobre essa relação entre o costume como fonte de direito e a cooperação jurídica internacional e suas providências, importa uma observação. Como é amplamente aceito, e decorre inclusive da redação do artigo 38, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, a norma costumeira exige dois elementos: 1) a prática geral e 2) aceita como direito²⁴. O surgimento da cooperação jurídica²⁵, ou mais precisamente da extradição no direito internacional é frequentemente associada aos usos e costumes das guerras e das relações diplomáticas, passando a ser regulada a partir dos séculos XV e XVI²⁶. Importa citar, nesse sentido, ROLIN²⁷, para quem a negativa à extradição configura evidente violação ao direito internacional obrigatório, decorrente de práticas reconhecidas e observadas por todas as nações “civilizadas”, e, deste modo, com “valor de um direito positivo”. Contudo, a perspectiva adotada aqui é a que versa sobre um dever geral de cooperar que atinge, inclusive, determinadas providências cooperativas ainda incomuns ou não previstas expressamente em tratados. De fato, sustenta-se aqui que essas providências fundamentam-se em um dever geral de cooperar, quando compatíveis com o direito internacional dos direitos humanos na visão proposta por Haberle. Pois bem: sobre esse detalhe existe uma questão sobre a “prática corrente e aceita como direito”, razão pela qual o eixo da argumentação é deslocado da norma costumeira – como tradicionalmente desenvolveu-se a própria extradição – para os princípios e, sobretudo, para o direito internacional dos direitos humanos.

Enfim, a tese ora defendida é indiferente à tese voluntarista, só não se harmoniza com um tal voluntarismo extremado e estrito, apontado por Abade²⁸, que sustenta a necessidade de consentimento expreso e escrito para a prática de atos de cooperação jurídica internacional, como o auxílio direto em matéria penal, por exemplo. Esse voluntarismo extremado, como se quis demonstrar, é incompatível com a linha segundo a qual a vontade não precisa ser sempre e necessariamente criativa, mas pode ser também perceptiva.

Em outros termos, retornando a Rezek:

Isso determina a distinção entre o direito livre e originalmente forjado pelos Estados e o direito por estes não mais que reconhecido ou proclamado. A propósito, parece que grande parte do vigor da crítica

24 PELLET, Alain et al. *Direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 328.

25 A extradição é associada, inclusive, como o instituto do qual a cooperação jurídica internacional se desenvolveu. ABADE, Denise Neves. Op. cit., p. 47.

26 EGIDO, J. Puente. “L’ extradition em droit international”. *Recueil Des Cours, Collected Courses*. 1991, vol 231-VI., editado por Academie De Droit International De La Haye, p. 27.

27 ROLIN, Baron Albéric. *Quelques questions relatives à l’extradition*. *Recueil Des Cours, Collected Courses*, 1923, Volume 1, editado pela Academie De Droit International De La Haye, p. 190.

28 ABADE, Denise Neves. Op. cit, p. 40.

ao pensamento positivista deveu-se à fixação do observador na formula relativa a um direito internacional resultante, por inteiro, da vontade dos Estados²⁹.

Assim, a mera negativa da possibilidade de auxílio, fundada na interpretação restritiva das normas internacionais vigentes, às quais se considere insuficientes por carecerem de ato formal, expresso e prévio consubstanciado em um tratado específico de cooperação, não é compatível com o direito internacional. Não o é, nem mesmo sob uma perspectiva voluntarista, uma vez que determinadas relações jurídicas não precisam ser criadas, mas podem ser percebidas e admitidas. Apenas uma postura ostensivamente negativa quanto à cooperação, pautada em uma visão voluntarista extremada e incompatível com a atual conformação da soberania e com a ordem mundial, justifica essa exigência tão específica.

3. TRATADOS E DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO DO ESTADO COOPERATIVO

De fato, a realização de valores tidos como fundamentais e universais é uma tarefa da comunidade internacional. É que as fronteiras costumam ser um meio de subtrair-se ao direito estatal, em muitos casos. Considerando-se, pois, que o direito estatal – na maioria dos casos – reflete valores humanitários comuns, e permitir que alguém se subtraia ao controle oficial e das sanções respectivas implica em desprestigiar tais direitos.

Além disso, ao lado da ideia de comunidade internacional, a nova caracterização do conceito de soberania em andamento considera elementos e encontra vantagens na ideia de cooperação. A visão proposta nega a ideia de soberania como conceito estático, para a qual a cooperação implica na interferência externa em questões internas – ainda que por ato volitivo prévio do Estado demandado. Em outras palavras: não se trata mais de entender o dever de um Estado por cooperar como enfraquecimento de sua soberania, por limitação de suas possibilidades de se negar a tanto. Pelo contrário, a cooperação significa que suas decisões e seus atos, que estejam conforme o direito, serão respeitados mesmo além de suas fronteiras. Implica, desta forma, compreender a importância das interações estatais na afirmação da soberania estatal, enquanto instrumento para a realização de valores universais, no mesmo sentido abordado por Araújo³⁰.

²⁹ REZEK, Francisco. Op. cit., p. 136.

³⁰ ARAÚJO, Nadia. “A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do Estado brasileiro no plano interno e internacional”. In: BRASIL. SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA, DEPARTAMENTO DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS E COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL – DRCI. *Manual de cooperação jurídica internacional e*

Vale lembrar, nesse sentido, que a soberania de Jean Bodin (1530–1596) refere-se a um poder essencial à ideia de Estado, *supremo e ilimitado*³¹, já que a soberania se refere ao *suporte jurídico para a ação do rei com vista à construção do Estado*³². Casella aprofunda-se, para lembrar que a noção de governo, para Bodin, tem como fonte a razão, mas sob a fórmula do despotismo no qual nenhuma lei é sagrada a ponto de não poder ser mudada sob o império da necessidade³³.

Embora relacionada, em Bodin, com a justificação do absolutismo e à ideia de onipotência do Estado³⁴, conformou-se modernamente a parâmetros do direito positivo e à organização da sociedade internacional:

[...] contrariamente ao que escrevem os autores voluntaristas, a limitação da soberania não deriva da vontade do Estado, mas das necessidades da coexistência dos sujeitos de direito internacional. A soberania aparece, nestas condições, como a fonte das competências que o Estado recebe do direito internacional; estas não são ilimitadas mas nenhuma outra entidade as detém em maior grau³⁵.

Casella vai além, ao especificar a limitação imposta pelo direito internacional ao conceito de soberania:

O direito internacional se construiu como conjunto de princípios e de parâmetros de atuação internacional, impondo limites ao conceito de soberania: a regulação do direito internacional pós-moderno se faz impondo limites ao poder discricionário dos estados. A construção do conjunto de normas regentes da vida e do sistema internacional pressupõem a aceitação de valores, que se expressem por meio de normas, que, por sua vez, se traduzam em procedimentos internacionais adequados para a consecução dos fins para os quais foram criados³⁶.

Integram-se, nesse ponto, os direitos humanos³⁷, que assumem,

recuperação de ativos: cooperação em matéria civil. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, 2008.

31 PELLET, Alain et al. *Direito internacional público*, p. 433.

32 *Ibidem*, p. 52.

33 CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional no tempo medieval e moderno até Vitória*, p. 568.

34 PELLET, Alain et al. *Op. cit.*, loc. cit.

35 *Ibidem*, p. 434.

36 CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*, p. 1380.

37 A propósito, Dallari diz: “[...] a par de referência inicial na engenharia desse formidável aparato jurídico, cabe reconhecer para a *Declaração* um outro papel extremamente significativo, o de estabelecer os direitos humanos – e sua efetividade – como critério juridicamente reconhecido para aferição da paz e da estabilidade nas relações internacionais, anteriormente atestadas unicamente em função da constatação da ausência de conflitos armados envolvendo Estados. [...] Ocorre, dessa forma, a requalificação da noção de paz, que passa a incorporar o respeito aos direitos humanos como elemento essencial à sua materialização”. DALLARI, Pedro B. de

no sistema onusiano, uma centralidade inédita, dando profundidade aos objetivos, antes relacionados simplesmente à ideia de manutenção da paz e segurança previstos no preâmbulo do Pacto da Sociedade das Nações. Nesse contexto, os direitos humanos ascendem à condição de fins, expressos em normas e, mais do que isso, jurisprudência internacional – parâmetro de limitação ao poder discricionário dos Estados e que, assim, conforma uma nova concepção de soberania.

É certo que essa perspectiva de soberania, como um dever-poder relacionado à realização dos direitos humanos, merece ser incorporada – e propagada – pela cultura jurídica brasileira. É assim que, segundo a perspectiva de Häberle:

O Estado constitucional cooperativo se coloca no lugar do Estado constitucional nacional. Ele é a resposta jurídico-constitucional à mudança do Direito internacional de direito de coexistência para o direito de cooperação na comunidade (não mais sociedade) de Estados, cada vez mais imbricada e constituída, e desenvolve com ela e nela o “direito comum de cooperação”. A sociedade aberta dos interpretes da Constituição torna-se internacional³⁸.

Essa realidade, que se manifesta cada vez mais intensamente, implica ainda a superação do voluntarismo extremado, já que a discricionariedade estatal não encontra mais fundamento na soberania.

Destaque-se, paralelamente, que a doutrina de Pellet reconhece, também, determinados princípios que limitam a liberdade de ação dos Estados. Refere-se, nesse sentido, à exigência do respeito do direito internacional pelos Estados, à proibição de ingerência nos assuntos internos e à proibição de recurso à força, obrigação de resolução pacífica dos conflitos e dever de cooperar. Em relação a este último, o autor destaca o duplo interesse: é o “contraponto da soberania nos domínios em que esta é definida de maneira muito enérgica” e “prolonga o princípio da autonomia constitucional, convidando os Estados a encontrar fórmulas jurídicas adaptadas à diversidade dos seus sistemas económicos e políticos”³⁹.

4. NOVAS FRONTEIRAS DO DIREITO INTERNACIONAL: PAPEL DO ESTADO E PROTAGONISMO DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS ANTE A CRIMINALIDADE TRANSNACIONAL

Casella⁴⁰ contrasta os deveres negativos dos Estados, de abstenção,

Abreu. “Atualidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos”. *Política Externa (USP)*. 2008, vol 17, p. 55-65.

38 HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*, p. 71.

39 PELLET, Alain et al. *Op. cit.*, p. 446.

40 CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*, p. 913.

típicos do Estado liberal do século XIX, às normas positivas de mútua colaboração, do século XX, apoiando-se inclusive em Lafer – ainda que sobre o campo econômico. Evolui, todavia, a uma reflexão sobre Lindberg (1970), no que se tange à integração política internacional ser uma “evolução no tempo de um sistema coletivo de tomada de decisões entre os países, em substituição a meios e processos exclusivamente nacionais”. A razões são reconhecidas pela doutrina de um modo geral, que associa o fenômeno às transformações tecnológicas.

Evidenciam a necessidade de atuação positiva e mútua colaboração, o insistente tratamento da criminalidade transnacional em documentos internacionais, sempre associado, em passo de evolução, à cooperação jurídica internacional. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, ou Convenção de Mérida, é o último dos três importantes documentos da ONU que tratam da cooperação. A Convenção referida, assim como as precedentes, não são meros tratados internacionais aos quais os Estados aderem voluntariamente, mas consistem também em verdadeiros atos de organização internacional.

A adesão é livre e aberta a qualquer Estado, membro ou não da ONU; no entanto, antes disso, o texto constitui um ato de organização internacional⁴¹: elaboração da Convenção contra a Corrupção é decorrência

41 Sobre esse assunto, destacou-se: “Isso pode levar a uma conclusão bem traduzida por um dito popular: não se pode ser mais realista do que o rei. O direito, no âmbito interno ou externo, é uma ciência social, e dialoga constantemente com a sociedade; não é um trilho rigoroso e perfeito, e sua realização não pode ser confiada apenas ao poder de coação. Ao contrário, percebe-se, modernamente, que o poder pode ser mensurado pela legitimidade e pela efetividade e que, nesse contexto, a força da adesão voluntária e a construção consensual de normas são um elemento que confere especial eficácia ao direito (e poder a uma organização) – o que é salutar. O direito deve, nessa realidade, ser relacionado não simplesmente ao poder de coação, mas também ao poder de influência e de alteração da realidade.

[...] O Estatuto da CIJ decorre de um documento produzido antes mesmo da Segunda Guerra Mundial – pautado no Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI). Sua concepção é a de uma realidade já bastante alterada. Os próprios princípios norteadores da Sociedade das Nações e da ONU são fundamentalmente diversos e impactam (ou devem impactar) a leitura do dispositivo e da compreensão das fontes de direito internacional. A Carta da ONU é um documento que afirma, em primeiro plano, a função primordial dos Estados por promover, de maneira cooperativa, os direitos humanos – em contrapartida, o Pacto da Sociedade das Nações focava-se na manutenção da paz e da segurança como objetivos (no caso da ONU, são verdadeiros meios).

Por sua vez, uma perspectiva pautada na cooperação para a promoção dos direitos fundamentais deve se preocupar menos com o poder superior coator e mais com a efetividade de sua atuação. Seu foco privilegia a promoção dos valores eleitos e a ação efetiva dos Estados, desejando a adesão e o consenso e legando o uso da força à última instância.

A noção de cooperação existe no ambiente de uma comunidade internacional e pressupõe determinada caracterização do conceito de soberania. No esteio das ideias já referidas ao abordar o posicionamento de Peter Häberle e de Anne-Marie Slaughter, entende-se viável afirmar que a soberania pode ser encarada como o poder-dever dos Estados, ou seja, a soberania existe em virtude da promoção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Dessa perspectiva, nega-se a ideia de soberania como conceito estático, para a qual a cooperação implica a interferência externa em questões internas – ainda que por ato volitivo prévio do Estado demandado. Trata-se, nesse sentido, não de entender a insuperável necessidade de o Estado cooperar ou acatar as decisões de uma organização internacional pelo viés do enfraquecimento de sua soberania

da Resolução nº 55/61 (*An effective international legal instrument against corruption*), da Assembleia Geral da ONU. Essa Resolução pretendia o desenvolvimento de um documento, independente da Convenção de Palermo, embora relacionado, em função do reconhecimento do poder erosivo da corrupção ante a democracia, a economia, o desenvolvimento e o Estado de direito (*rule of law*).

Tão logo ficou pronto, o documento foi submetido à Assembleia Geral, aprovada pela Resolução nº 58/4 (*United Nations Convention against Corruption*). Essa, por sua vez, faz referência, entre outros documentos, à Resolução ECOSOC 2001/13, de 24 de julho de 2001, denominada Fortalecimento da Cooperação Internacional na Prevenção e Combate de Fundos de Origem Ilícita, Derivados de Atos de Corrupção, Incluindo Lavagem de Dinheiro⁴². Como se pode ver, trata-se de texto inicialmente aprovado pela Organização e, portanto, com efeitos jurídicos próprios. Mais do que isso, insere-se em um contexto de sucessivos atos.

Como destaca Soares⁴³, embora o ato de organização internacional não esteja na lista de fontes do artigo 38, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, “a importância crescente da diplomacia multilateral” tem ‘revolucionado as concepções clássicas do Direito Internacional Público’. Soares reconhece uma gradação na força normativa de cada ato, lembra das Resoluções do Conselho de Segurança – que, de fato, detém natureza formalmente vinculante e alto potencial coercitivo – que diferem, por exemplo, de um ato da Organização Mundial da Saúde sobre padronização de fármacos.

Seja como for, as organizações internacionais, conforme Alvarez⁴⁴, exercem um papel fundamental no direito internacional, permitindo

ou por limitação de suas possibilidades de se negar a tanto; ao contrário, há o fortalecimento de sua soberania à medida que a participação cooperativa promove as suas finalidades – promoção dos valores fundamentais com que o Estado (soberania) está comprometido. Com isso, compreende-se de maneira positiva a importância das interações estatais na afirmação da soberania estatal, enquanto instrumento para a realização de valores universais.

Desse ponto de vista, os poderes de uma organização internacional são poderes instituídos; podem ser criados de modo explícito, no tratado de constituição, ou de modo implícito. Tanto em um caso como no outro, são atribuídos pelos Estados e se relacionam com as finalidades de cada organização. Em qualquer perspectiva, ademais, os poderes das organizações internacionais são conferidos e delimitados pelos Estados – daí que não se possa dizer que as organizações internacionais lhes sejam superiores de alguma maneira. Não há completa derrogação de soberania.” ALLE, Saulo Stefanone. “Linhas diretrizes da OCDE para as empresas multinacionais e sua implementação no Brasil” [Dissertação de Mestrado em Direito Internacional]. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 47-49).

42 Tradução livre de: “Strengthening international cooperation in preventing and combating the transfer of funds of illicit origin, derived from acts of corruption, including the laundering of funds, and in returning such funds”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução nº 58/4 [United Nations Convention against Corruption] [Acesso em: 31 jul. 2016]. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf>

43 SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*, p. 118.

44 ALVAREZ, José E. *International organizations as law-makers*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 645.

a participação ativa de todos os Estados na construção do direito e criando um sistema jurídico especialmente útil para encarar as questões transnacionais. A esse respeito, o autor esclarece:

As OIs são vistas como principais veículos de transformação do direito internacional de estruturas rudimentares de relações bilaterais para sistemas de governança pressuposta na cooperação multilateral. As OIs proporcionam melhores oportunidades para todos os Estados, a despeito de riqueza ou poder, de participar da formação do direito. A realização do direito internacional na era da OI está agora aberta a Estados não europeus que teriam sido afastados como “incivilizados” no século XIX, e cada vez maior número de atores não estatais, de ONGs a corporações multinacionais (MNCs)⁴⁵.

Alvarez complementa, afirmando que as organizações internacionais têm produzido mais direito, de forma mais democrática e transparente. O autor lembra, ainda, que a cooperação promovida pela resolução de disputas no ambiente internacional, onde se pode incluir a atuação das Cortes Internacionais de modo geral, tem um papel fundamental, associado por alguns com a “*constitucionalização*” do direito internacional e, ainda, com o crescimento do fenômeno chamado de *transjudicial communication* – que envolve a interação entre as diversas Cortes Internacionais e, também, entre os tribunais nacionais. Alvarez assim conclui:

A tendência de judicializar as formas de resolução de litígios em regimes tão distintas como o comércio e o direito penal internacional é considerada como uma mudança fundamental, longe de soluções diplomáticas baseadas em afirmações grosseiras do poder. Não é de admirar que alguns veem a evolução, como a criação do TPI, como um momento “constitucional” para o sistema internacional⁴⁶.

Embora não endosse essa posição – quanto à Tribunal Penal Internacional ser uma expressão da constitucionalização – sugerindo ser

45 Tradução livre de: “IOs are seen as primary vehicles for transforming international law from rudimentary frameworks for bilateral barter to systems of governance premised on multilateral cooperation. IOs provide greater opportunities for all states, regardless of wealth or power, to participate in the formation of law. The making of international law in the age of IOs is now open to non-European states that would have been dismissed as “uncivilized” in the 19th century and to ever increasing number of non-state actors, from NGO to multinational corporations (MNCs)”, *Ibidem*, loc. cit.

46 Tradução livre de: “The turn to judicialized forms of dispute settlement in regimes as distinct as trade and international criminal law is regarded as a fundamental shift away from diplomatic solutions based on blatant assertions of power. It is small wonder that some see developments like creation of an ICC as a “constitutional” moment for the international system”. ALVAREZ, José E. Op. cit., p. 646.

radical demais, talvez, reconhece a mudança importante que o direito internacional tem sofrido, a partir das Organizações Internacionais. Reconhece, de modo central, uma alteração relevante no paradigma positivista sobre as fontes do direito internacional e, sobretudo, sobre o conceito de soberania⁴⁷.

Complementando essa perspectiva quanto ao alastramento do direito internacional, a partir da perspectiva de constitucionalização⁴⁸ da ordem jurídica internacional, convém citar Dallari:

Para o século XXI, por sua vez, vislumbra-se novo movimento transformador, cujos indícios já se faziam presentes de forma consistente no quarto final do século anterior e que tende a incrementar ainda mais a evolução do direito internacional público em direção à solidificação de uma ordem jurídica de regência da vida planetária. Trata-se da perspectiva de transnacionalização do direito público, por meio do qual os instrumentos do direito internacional público prestam-se não apenas a dar forma a conteúdos normativos acordados pontualmente pelos Estados, mas, indo além, tendem a ser utilizados para a viabilização de estruturas institucionais capazes de gerar, com crescente grau de autonomia e no ambiente político que se convencionou qualificar como globalização, comandos dotados de natureza jurídica⁴⁹.

Em síntese, a perspectiva da cooperação como um imperativo da ordem internacional, notadamente em função de questões relacionadas à criminalidade que ignora os limites fronteiriços, encontra amparo no direito produzido pelas organizações internacionais. Acrescente-se, nesse contexto, outras além da ONU, como a própria Organização para

47 Alvarez diz: “Este livro procurou apresentar uma visão mais equilibrada e menos otimista dos efeitos das OIs. Argumenta que algo profundo ocorreu na mudança para a organização internacional: a de que, conscientemente ou não, a institucionalização do direito internacional trouxe consigo mudanças significativas na natureza e no conteúdo de suas fontes positivistas, desde a entrada para atores legislativos distintos, mudando a concepção do estado e da ‘soberania’ e ampliando o leque de ferramentas para o seu cumprimento.” Tradução livre de: “This book has tried to present a more balanced, less sanguine view of the effects of IOs. It argues that something profound occurred with the move to international organization: that consciously or not, the institutionalization of international law brought in its wake significant changes in the nature and content of its positivist sources, provided the entrée for distinct law-making actors, changed the conception of the state and of ‘sovereignty’ and expanded the range of tools for compliance”. Ibidem, p. 647.

48 Dallari adverte que, “Na doutrina contemporânea do direito internacional público, diversos internacionalistas tem se debruçado sobre esse tema da constitucionalização do direito internacional público, fazendo-o de modo a gerar um leque de abordagens muito mais extenso e detalhado [...]”. DALLARI, Pedro B. de Abreu. “Atualidade dos Tribunais Administrativos de Organizações Internacionais” [Tese Livre-docência]. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 160.

49 DALLARI, Pedro B. de Abreu. “Atualidade dos Tribunais Administrativos de Organizações Internacionais”, p. 156. O autor cita, ainda, Alberto de Amaral Júnior e Antonio Augusto Cançado Trindade para reportar-se ao papel central que os Tribunais Internacionais passam a desempenhar nessa conformação do direito internacional público.

Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE)⁵⁰, que produziu a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000), na qual há insistentes menções à necessária cooperação internacional e, ainda, esforços, não apenas em nível nacional, “mas também na cooperação, monitoramento e acompanhamento multilaterais”⁵¹. Inclua-se, ademais, os Tribunais Internacionais, como se tem sustentado aqui, notadamente os de direitos humanos.

É inegável, nesse sentido, que o direito internacional caminha para a construção de um conjunto de deveres positivos (não meramente de abstenção) para a proteção de valores comuns, como desenvolvimento, segurança jurídica e democracia – todos ameaçados pela criminalidade transnacional.

5. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O REFORÇO DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA, NA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS INTERNACIONAIS QUE ENUNCIAM O DEVER GERAL DE COOPERAR

Casella pontua que a cooperação judiciária internacional (denominação que prefere adotar) “evoluiu a partir do mero sentido de deferência ou cortesia, em relação ao outro estado – como implícito no

50 A respeito desta nomenclatura, esclarece-se: “Sem grande aprofundamento linguístico, e mais em face de uma observação que atende à curiosidade despertada, pode-se concluir que a tradução mais literal do francês é apenas uma, mas do nome em inglês não. Do francês, a expressão *l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques* aparentemente só poderia resultar em Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômicos; já do inglês, *Organisation for Economic Co-operation and Development* poderia ser traduzido como Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento ou Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômicos. Como se pode ver, a maior diferença, dessa perspectiva, residiria em saber a que o termo *econômico* se refere.

Do ponto de vista histórico, por sua vez, a tradução que se mostra mais sedimentada prefere OCDE e não OCEDE, e não leva o *econômico* ao plural, sem, contudo, evidenciar a que o termo econômico se refere, mas indicando fazer alusão ao *desenvolvimento*. E é nessa linha que a mencionada Portaria no 92/2003 denota reportar-se à Organização, ao utilizar a nomenclatura *Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico*.

De fato, a primeira opção seria adotar diretamente a nomenclatura utilizada pela Portaria, como se tem feito, mas mostra-se correto – tanto pela observação linguística quanto pela tradução extraoficial proposta pela própria OCDE – relevar que o econômico diz respeito a ambos, ou seja, à *cooperação* e ao *desenvolvimento*. A opção mais adequada para o presente estudo científico inclina-se, portanto, para aquela que adiciona o “s” ao *econômico*, corrigindo assim o uso corrente e oficial (no tocante à Portaria no 92/2003) no sentido do que propõe a própria Organização, ainda que não oficialmente. Em face do exposto, este trabalho prefere empregar a nomenclatura *Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômicos* ALLE, Saulo Stefanone. *Op. cit.*, p. 17.

51 BRASIL. Presidência da República. Decreto no 3678, de 30 de novembro de 2000 [Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais] [Acesso 1 de agosto 2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>

conceito de *comitas gentium*⁵². Atualmente, reconhece, esse conceito ganha estruturação e ordenação técnicas, mas merece ser compreendido por outro prisma:

Além de normas gerais e abstratas, a experiência ensina a necessidade de adotar enfoque teleológico, no sentido de voltado para a consecução de resultados: como podem melhor e mais rapidamente ser atingidos os fins a que se destinam os mecanismos de cooperação judiciária internacional? A resposta a esta indagação deve ser o critério determinante⁵³.

A questão é que a cooperação jurídica internacional esteve atrelada a premissas que, embora insistam em permanecer, merecem atualização que acompanhe o direito internacional. A cortesia internacional e o princípio da reciprocidade são perspectivas cooperativas incompatíveis com o dever dos Estados de respeito e promoção dos direitos humanos – notadamente o acesso à justiça. Em outras palavras, o costume, a cortesia internacional e a reciprocidade não são simples complementos históricos de uma estrita legalidade internacional em matéria cooperativa; na verdade, foram complementadas – ou talvez redefinidas – por uma ordem internacional enunciada no preâmbulo da Carta de São Francisco que se ancora na cooperação entre as nações para a construção da paz e a proteção aos direitos humanos⁵⁴.

Entretanto, para além desse fundamento, o Estado tem o compromisso de promover o acesso à justiça, dependente da efetiva cooperação jurídica internacional, em razão do direito internacional dos direitos humanos. Trata-se, portanto, de um dever e não de uma faculdade a ser livremente barganhada por interesses políticos, uma legítima limitação à discricionariedade estatal.

Nessa ordem, os direitos humanos, sejam os de abstenção ou os de prestação, equiparam-se, uma vez que, como lembra Paulo Branco, o Estado é responsável por promovê-los:

Percebeu-se que aos Poderes Públicos se destinava a tarefa de preservar a sociedade civil dos perigos de deterioração que ela própria fermentava. Deu-se conta de que o Estado deveria atuar no seio da sociedade civil para nela predispor as condições de efetiva liberdade para todos. [...] Ganhou alento a percepção de que os direitos fundamentais possuem

52 CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*, p. 1225.

53 Ibidem, loc. cit.

54 ABADE diz: “Há uma segunda corrente representada por aqueles que reconhecem um dever de cooperar pautado pela existência de princípios gerais de Direito Internacional, ou de um costume internacional espelhado na Resolução da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas nº 2526(1970) e ainda pelo respeito às regras genéricas de cooperação entre Estados da Carta da Organização das Nações Unidas (ONU)”. ABADE, Denise Neves. Op. cit, p. 35.

uma feição objetiva, que não somente obriga o Estado a respeitar os direitos fundamentais, mas que também força a fazê-los respeitados pelos próprios indivíduos, nas suas relações entre si⁵⁵.

O Estado, por sua vez, evidencia-se como o responsável por agir para que os direitos fundamentais, inclusive os classicamente entendidos como de abstenção, sejam respeitados horizontalmente – o que induz à conclusão de que o Estado tem o dever de agir para promover todas as esferas de direitos humanos. Da mesma forma, o Estado tem o dever de agir para reprimir as violações ao direito à vida, à propriedade, dentre outros – e cooperar é um caminho necessário para o pleno cumprimento desse dever.

Ao analisar as ideias de Celso Lafer, Casella sugere, inspirado em Platão, o caminhar no sentido de uma possível e conveniente nova ordem, com ênfase na cooperação:

A conclusão se põe no sentido de insistir que a disjunção entre ordem e poder no sistema internacional abre, talvez, como oportunidade histórica única, brecha para a criação de nova ordem internacional, baseada na cooperação e no consenso, e onde se colocam como pressupostos: (i) modos para encorajar ganhos e vantagens conjuntas; (ii) meios para tornar a interdependência melhor e mais aceitável, ao invés de procurar simplesmente aprofundá-la; e (iii) caminhos que possibilitem a combinação de mecanismos de mercado com esquemas de organização, que administrem adequadamente as desvantagens atuais daqueles países cujo *locus standi* no plano econômico é insatisfatório⁵⁶.

A compreensão dessa perspectiva é clara também com a ideia de mandados de criminalização consolidados no direito internacional dos direitos humanos⁵⁷. Esses mandados representam o objetivo de prevenção e reparação de danos à vítima, em verdadeira sintonia com o princípio de acesso à justiça.

Além disso, importa refletir sobre outra perspectiva: o direito internacional privado clássico, como expresso na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, por exemplo, não faz nenhuma menção a tratado ou convenção para atos de cooperação, embora admita a aplicação e o reconhecimento de direito e de atos estrangeiros. Mais do que isso, determina que o juiz brasileiro julgue com base em direito estrangeiro, sem condição alguma a tratado.

Portanto, como se pode notar, o papel dos tratados de cooperação,

55 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 309.

56 CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*, p. 644.

57 Como bem desenvolvido por RAMOS, André de Carvalho. “Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos”. *RBCCrim*. 2006, vol 14, nº 62, p. 9-55.

em matéria penal notadamente, como condicionantes da cooperação jurídica internacional merece ser cuidadosamente revisado e esclarecido, assim como a relação entre sistemas distintos⁵⁸. Essa análise envolve tanto o estabelecimento de premissas do direito internacional quanto – e especialmente – a assimilação do direito internacional dos direitos humanos⁵⁹.

CONCLUSÃO

Não só no que toca à expressa menção aos tratados internacionais, mas também a atual ordem onusiana e a primazia dos direitos humanos deslocam o eixo do voluntarismo extremado a pautar o direito internacional. De fato, as teses que recusam o reconhecimento de um dever geral de cooperar estão sempre atreladas à ultrapassada concepção puramente voluntarista (criativa) do direito internacional, identificada muito mais com a ordem novecentista do que com o sistema atual.

Evidencia-se, nessa linha, que o dever de cooperação jurídica internacional é um princípio previsto em convenções internacionais e que, além disso, decorre de princípios gerais de direito internacional – inclusive da igualdade soberana entre os Estados, no sentido ora desenvolvido –, além de princípios de direitos humanos. Essa tese, vale destacar, é indiferente à tese voluntarista, e só não se harmoniza com um tal voluntarismo extremado e estrito – este último, sequer compatível com o direito internacional dos direitos humanos e já sob tendência de superação.

De fato, a visão renovada de soberania, como uma ferramenta para a realização dos valores fundamentais da humanidade – direitos humanos –, ou mesmo as posições que advogam a função de produtoras de direito, das organizações internacionais, que tomam expressiva força, corroboram as premissas de que toda a estrutura jurídica atualmente existente é suficiente para o reconhecimento de um dever geral de cooperar. Nesse contexto, valores tradicionais de cortesia e reciprocidade perdem espaço para o dever estatal de agir conforme o direito internacional voluntariamente construído, fundado em valores de direitos humanos (com destaque para o acesso à justiça) e, ainda,

58 De forma mais completa e detalhada, sobre o tema: ALLE, Saulo Stefanone. *Cooperação Jurídica Internacional e Auxílio Direto Ativo em Matéria Penal*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

59 A propósito da importância de estudos relacionando o direito internacional dos direitos humanos com a cooperação jurídica internacional, Abade, embora ao tratar especificamente da cooperação jurídica internacional passiva, aponta a necessidade de intensificação da atenção acadêmica sobre esse objeto: “Em primeiro lugar, é de se ressaltar a ausência de maiores estudos doutrinários publicados (livros ou artigos) no Brasil sobre a incidência dos direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional em matéria penal. Caso existissem tais estudos, poderia ter sido gerada uma visão acadêmica crítica que, ao identificar o caráter errático e a aplicação ‘à la carte’ (a depender do caso, os Tribunais utilizam uma determinada teoria), constrangeria os julgadores e os levaria, a princípio, a fundamentar com maior consistência as decisões futuras”. ABADE, Denise Neves. *Op. cit.*, p. 371.

amparado por diversos tratados que fazem alusão ao dever de cooperar e, mais detalhadamente, a providências cooperativas. Portanto, é incompatível a exigência de tratado específico como condição estrita para atos de cooperação.

Assim, fica marcada a centralidade do direito internacional e, sobretudo, do direito internacional dos direitos humanos, como fundamentos para reconhecimento do dever geral de cooperar, base para a compreensão da cooperação jurídica internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional*, p. 34.

ALLE, Saulo Stefanone. “Linhas diretrizes da OCDE para as empresas multinacionais e sua implementação no Brasil” [Dissertação de Mestrado em Direito Internacional]. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

ALVAREZ, José E. *International organizations as law-makers*. New York: Oxford University Press, 2006.

AMBOS, Kai. Prosecuting International Crimes at National and International Level: Between Justice and Realpolitik. In: KALEC, W. et al. (Eds.). *International prosecution of human rights crimes – part II*. Berlin, Heidelberg: Springer Verlag, 2007. p. 55-68.

ARAÚJO, Nadia. “A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do Estado brasileiro no plano interno e internacional”. In: BRASIL. SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA, DEPARTAMENTO DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS E COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL – DRCI. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria civil*. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, 2008.

BERNHARDT, Rudolf (Ed.). *Encyclopedia of Public International Law*. New York: North Holland Publishing Co, 1992.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto no 3678, de 30 de novembro de 2000* [Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais] [Acesso 1 de agosto 2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>

CASELLA Paulo Borba. *Direito internacional no tempo medieval e moderno até Vitória*. São Paulo: Atlas, 2012.

CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional no tempo moderno de Suarez a Grócio*. São Paulo: Atlas, 2014.

CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*, p. 706.

CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e. *Manual de direito internacional público*, p. 84.

DALLARI, Pedro B. de Abreu. “Atualidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos”. *Política Externa (USP)*. 2008, vol 17, p. 55-65.

DALLARI, Pedro B. de Abreu. “Atualidade dos Tribunais Administrativos de Organizações Internacionais” [Tese Livre-docência]. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

GENTILI, Alberico. *O direito de guerra*. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 60.

GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Trad. Ciro Mioranza. Florianópolis: Unijuí, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. São Paulo: Renovar, 2007.

KANTOR, Íris. Usos diplomáticos da ilha-Brasil polêmicas cartográficas e historiográficas. *Varia hist.* 2007, vol 23, n° 37 [Acesso em: 29 nov. 2014]. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-87752007000100005&lng=en&nrm=iso>

MENDONÇA, Renato. *História da política exterior do Brasil*. Brasília: FUNAG, 2013. p. 52.

PELLET, Alain et al. *Direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

RAMOS, André de Carvalho. “Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos”. *RBCCrim.* 2006, vol 14, n° 62, p. 9-55.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RESUMO BIOGRÁFICO

Saulo Stefanone Alle é Doutor e Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado e professor.

VIDEOCONFERENCIA, COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL Y DEBIDO PROCESO

VIDEOCONFERÊNCIA, COOPERAÇÃO JUDICIAL INTERNACIONAL E DEVIDO PROCESSO

*Jesús José Tirado Estrada**

Resumen: *El presente artículo acomete una aproximación a las características, utilidad y empleo de la videoconferencia como herramienta tecnológica de auxilio a la actividad procesal del sistema de impartición de Justicia Penal y su reconocimiento normativo tanto en ordenamientos internos como en instrumentos internacionales de cooperación judicial internacional europeos e iberoamericanos. Asimismo, se trata su compatibilidad con las exigencias y garantías derivadas del respeto al derecho fundamental al debido proceso.*

Resumo: *O presente artigo acomete uma aproximação às características, utilidade e emprego da videoconferência como ferramenta tecnológica de auxílio à atividade processual do sistema de impartição de Justiça Penal e seu reconhecimento normativo tanto em ordenamentos internos como em instrumentos internacionais de cooperação judicial internacional europeus e iberoamericanos. Assim mesmo trata-se sua compatibilidade com as exigências e garantias derivadas do respeito ao direito fundamental ao devido processo.*

Palabras clave: Videoconferencia, Auxilio judicial internacional, Debido proceso, Penal

Palavras-chave: Videoconferência, Auxílio judicial internacional, Devido processo, Penal

1. CONSIDERACIONES INICIALES

La introducción de nuevas tecnologías en la actividad de la Administración de Justicia conlleva una cierta revolución de los modos de trabajo de los órganos implicados en la prestación del servicio público

* Teniente Fiscal ante el Tribunal Constitucional, España.
E-mail: jesus.tirado@fiscal.es
Recibido: 09/08/2017. Aceptado: 29/09/2017.

que están llamados a asegurar. Juzgados, Tribunales y Fiscalías asisten en los últimos años a una profunda renovación material y conceptual de sus tareas, y ello afecta a la mentalidad tradicional con la que se han venido ejecutando. Los nuevos instrumentos determinan nuevas problemáticas y frecuentemente la ley tarda en adaptar sus preceptos a las aportaciones que aquellos posibilitan. Incluso cuando existe una previsión normativa nacida con la pretensión de dar cobertura a las innovaciones presentes y futuras, se acaba discutiendo si el “nuevo invento” de última generación es admisible o no, e incluso, obviando su utilidad para la optimización de los medios disponibles y las tareas a realizar, se polemiza sobre si su incorporación es posible o no al “status quo” con el que se está acostumbrado a trabajar.

Tal podría ser el caso de la discusión surgida en algún caso sobre el uso de la videoconferencia en el proceso penal, si bien en la actualidad, tras algún periodo de empleo en la práctica sin cobertura legal específica, es ya un recurso consolidado en numerosos ordenamientos internos y una herramienta de cooperación judicial internacional reconocida en importantes convenios regionales.

Pero antes de seguir adelante es necesario concretar a qué estamos aludiendo cuando estamos hablando de este instrumento tecnológico y precisar cuál es el abanico de posibilidades que proporciona la videoconferencia.

La videoconferencia consiste básicamente en un sistema interactivo de comunicación que transmite simultáneamente y “en tiempo real” la imagen, el sonido y los datos a distancia (en conexión punto a punto), permitiendo relacionar e interactuar, visual, auditiva y verbalmente, a un grupo de personas situadas en dos o más lugares distintos como si la reunión y el diálogo se sostuviese en el mismo lugar. En definitiva, mediante la videoconferencia se conectan entre sí varios puntos distantes. En cada punto se sitúa un equipo que transmite la imagen y el sonido del acto que se está practicando y que, al mismo tiempo, recibe en un monitor de alta resolución la imagen y el sonido de lo que está ocurriendo en el otro punto. Con ello se permite una comunicación bidireccional plena en tiempo real en el que el efecto es un “acto” o “reunión” al que asisten personas que se encuentran en lugares diferentes. La comunicación puede producirse en condiciones excelentes de seguridad, celeridad y calidad gracias a la encriptación y a la elevada capacidad de los canales de transmisión que se utilizan. Los equipos de videoconferencia disponen de múltiples funciones que permiten su adaptación a las diferentes necesidades que sean impuestas en la práctica de los distintos actos procesales: tomas completas de la sala, selección de la imagen de la persona que toma la palabra o de un grupo de personas, seguimiento automático de movimientos o desplazamientos en la sala, distintas definiciones del ángulo de la cámara, acercar/alejar

a través de un zoom extraordinariamente versátil que permite incluso la visualización de documentos, adaptación a las distintas condiciones de luminosidad, control remoto de la cámara ubicada en el otro punto, etc. Las operaciones se pueden realizar de forma muy sencilla mediante el manejo de controles tanto de la cámara situada en la sala de dirección como de las instaladas en los lugares remotos.

2. CAMPO DE ACCIÓN, MOTIVOS, EMPLEO Y RECONOCIMIENTO NORMATIVO EN LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES

La praxis revela que el uso de videoconferencias en el sistema penal ha tenido causa preferentemente en razones de seguridad o de imposibilidad o inconveniencia de desplazamiento de víctimas, testigos o peritos, en motivos de ahorro de costes o en necesidades perentorias de celeridad o agilización de determinadas diligencias surgidas tanto en el marco interno como, muy especialmente, en el de la prestación de la ayuda judicial internacional como mecanismo de reacción frente a la proverbial lentitud, el frecuente retraso y la extraordinaria complejidad de la burocracia de la cooperación judicial.

La experiencia comparada e internacional desde la última década del siglo XX confirma la anterior afirmación. Aunque en un primer momento las videoconferencias fueron utilizadas incluso sin cobertura legal, pronto obtuvieron reconocimiento normativo y las razones mencionadas vinieron siendo recogidas como causas justificativas de su empleo en las regulaciones internas de Derecho Comparado y en los textos internacionales públicos que prevén su uso.

A nivel de Derecho comparado europeo, en el sistema continental y en el plano de ordenamientos internos, corresponde a Italia el mérito de haber sido el país pionero en materia de regulación y uso de la videoconferencia en el marco del proceso penal, lo que en gran medida vino determinado por la necesidad de uso de este recurso como instrumento irrenunciable en la difícil lucha contra la delincuencia organizada mafiosa. En 1992, ya había sido utilizada en los procesos seguidos por los atentados cometidos contra los magistrados anti-mafia Falcone y Borsalino, pero fue en 1993 cuando una ley institucionalizó su empleo en los procesos contra mafiosos, siendo frecuentemente usada para la audición de testigos ubicados en lugares secretos, con objeto de evitar los riesgos inherentes a su desplazamiento y asistencia a la sala de enjuiciamiento cuando concurrían circunstancias de gran peligrosidad y, en general, en casos en los que el proceso requería unas condiciones de intensa seguridad. La Ley N° 11 de 7 de enero de 1998 estableció su utilización respecto de detenidos extremadamente peligrosos -asegurando el contacto permanente con sus defensores y la sala de audiencia- y en relación con crímenes mafiosos, de asociación de malhechores con fines

de contrabando y tráfico de drogas, de secuestro de personas con fines de extorsión, con procesos complejos y, en especial, con juicios celebrados en condiciones de peligrosidad intensa. Posteriormente, a raíz del art. 16 de la Ley n° 367 de 5 de octubre de 2001 relativa a la ratificación del Acuerdo italo-suizo, se introdujo el artículo 205 ter CPP -disposición aplicable en defecto de acuerdos internacionales- que prevé el uso de la videoconferencia con países extranjeros para la audición de testigos y peritos, así como de inculpados detenidos en el extranjero que no puedan ser transferidos a Italia.

En Francia, el primer paso en la previsión del uso de la videoconferencia en el proceso penal, lo dio la Ley de 17 de enero de 1998 relativa a la delincuencia sexual y a la protección de menores víctimas de delitos. Posteriormente, una Ordenanza de 20 de agosto del mismo año, completada por un Decreto de aplicación de 18 de mayo de 2001 contempló la aplicación de medios audiovisuales para el desarrollo de audiencias civiles o penales en casos de recusación de magistrados de las Islas de Saint Pierre y Miquelon, islas francesas próximas a Canadá. Pero la instauración con carácter general de este medio tuvo lugar mediante la Ley de 15 de noviembre de 2001 que introdujo un nuevo artículo – número 706-71– en el Código Procesal Penal francés, que dispuso que “cuando las necesidades de la investigación lo justifiquen, la audición o el interrogatorio de una persona así como la confrontación entre varias personas pueden ser realizadas en distintos puntos del territorio de la República encontrándose conectados por medios de comunicación que garanticen la confidencialidad de la transmisión” y que expresamente contempló que las disposiciones del artículo son aplicables para la ejecución simultánea, sobre un punto del territorio de la República y sobre un punto situado en el exterior, de solicitudes emanadas de autoridades judiciales extranjeras o de actos de cooperación realizados en el extranjero a solicitud de autoridades judiciales francesas.

En Portugal, tanto la Ley de Cooperación Judicial Internacional 144/99, de 31 de agosto, como el Código de Proceso Penal -en sus artículos 317 y 318 en relación con el artículo 111- establecieron la posibilidad de empleo de la videoconferencia. Testigos y peritos en todo caso y encausados, previo consentimiento, pueden prestar sus declaraciones a distancia y en tiempo real a través de “teleconferências” -en el caso de los peritos pertenecientes a establecimientos, laboratorios o servicios especiales desde su propio lugar de trabajo-.

En España, desde la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, existe una regulación interna del uso de la videoconferencia en el proceso penal que se caracteriza por la gran amplitud para su práctica. Amén de prever el artículo 306 LECR la posibilidad de intervención del fiscal en las actuaciones mediante videoconferencia, los artículos. 325, 731 bis LECR,

en relación con el artículos 229.3 LOPJ, establecieron la posibilidad de que el juez o el tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición (víctima, responsable civil, partícipe a título lucrativo) resulte gravosa o perjudicial, pueda acordar que la comparecencia se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, así como la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando, eso sí, en todo caso condiciones de contradicción de las partes y de salvaguarda del derecho de defensa¹.

El uso de la videoconferencia también se ha afianzado en los sistemas de tradición anglosajona y germana, de modo que diversos países contemplan su empleo en el marco de su ordenamiento interno (Australia –Ley 1 de marzo de 1997-, Canadá –a través de la Ley de 17 de junio de 1999-, Estados Unidos –donde habiendo comenzado por las declaraciones de militares destinados en el extranjero, su práctica se extendió a menores víctimas y a testigos de determinados hechos delictivos²-, Inglaterra, Irlanda, Islandia, e igualmente su utilización ha sido habitual en Alemania, donde la Corte Constitucional Federal ha resuelto a favor de su utilización).

3. VIDEOCONFERENCIA Y AUXILIO INTERNACIONAL EN EL PROCESO PENAL. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EUROPEOS E IBEROAMERICANOS

Las necesidades de empleo de las nuevas tecnologías en general y el recurso a la videoconferencia también han obtenido reconocimiento normativo en el marco del proceso de internacionalización de la

1 La mayor singularidad en España de la utilización interna de la videoconferencia frente al uso internacional es la no necesidad del consentimiento de los imputados o responsables de los hechos. El ordenamiento jurídico-penal español no impone restricción alguna salvo las que lógicamente se derivan del respeto al derecho a un proceso con todas las garantías. El uso de la videoconferencia deberá ser especialmente responsable en estos casos y sometido, a exigencias de necesidad, adecuación y proporcionalidad. Otra peculiaridad importante es la atribución de la función de identificación de las personas intervinientes al Secretario Judicial del Juzgado o Tribunal –recientemente redominado como Letrado de la Administración de Justicia- que haya acordado la medida, sin previsión expresa de intervención de una autoridad similar en la sede física donde se encuentre el compareciente.

2 A pesar de que la VI enmienda planteó ciertas dificultades, éstas fueron superadas en amplios términos. Sin embargo, el Fiscal puede por razones prácticas, de posibilidad o de eficacia del testimonio preferir la presencia física a la audiencia. Los “Ex” Presidentes Ronald Reagan y Bill Clinton han utilizado este medio en sus declaraciones en procesos penales. Reagan en el proceso contra su antiguo Consejero de Seguridad John Poindexter y Clinton ante la Corte Federal de Arkansas en Little Rock en el asunto Whitewater (1996).

coacción penal y en el ámbito del auxilio judicial internacional.

Expresamente, el Estatuto de la Corte Penal Internacional aprobado en Roma el 17 de julio de 1998 contempló en su artículo 69.2 la posibilidad de que el testigo preste testimonio “*por medio de una grabación de video o audio*” y prevé en su art. 68.2 que con base en razones de protección de víctimas o testigos se presenten pruebas “*por medios electrónicos u otros medios especiales*”. Incluso, respecto de los acusados se admite -art. 63.2- la posibilidad de que, en los casos de los denominados “juicios de ruptura”³, se les haga salir a éstos de la sala donde se desarrolle el enjuiciamiento, permitiendo que “observe el proceso y de instrucciones a su defensor desde fuera, utilizando, en caso necesario, tecnologías de comunicación”, medida que ha sido puesta en práctica especialmente ante la problemática surgida en procesos desarrollados en el ámbito de actuación del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia.

No obstante, no cabe duda de que el campo donde más se ha propiciado el uso de este instrumento tecnológico ha venido siendo la asistencia judicial internacional en materia penal.

En la Unión Europea, como desarrollo del espacio común de libertad, seguridad y justicia, el Convenio Europeo relativo a la Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión⁴ reguló la práctica de las videoconferencias en su artículo 10, respecto tanto de testigos y peritos (párrafos 1 a 8), como de acusados (apartado 9), para cuando “*no sea oportuno o posible*” que la persona que se halla en el territorio de un Estado miembro comparezca en el territorio de otro Estado, cuyas autoridades tengan necesidad de oírla.

De la regulación establecida en este convenio y el Informe Explicativo que constituye su interpretación auténtica oficial⁵ conviene destacar algunas observaciones en torno a los presupuestos necesarios para la solicitud y práctica de la videoconferencia.

El régimen o nivel de obligatoriedad para el Estado requerido de acceder a la solicitud planteada difiere en función de la condición procesal de la persona que ha de ser oída.

3 Aquellos en los que el acusados o acusados persisten en perturbar continuamente el desarrollo del juicio.

4 Aprobado el 29 de mayo de 2000 por el Consejo de Ministros de Justicia y Asuntos Exteriores y publicado en el DOCE C 197, de 12 de julio 2000. Una vez abierto a ello, el texto fue firmado de inmediato por todos los Representantes de los Estados miembros de la Unión (afectando también al Anexo A del Acuerdo celebrado por el Consejo de la Unión Europea con Islandia y Noruega sobre la asociación de estos dos Estados a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen). Con ello se puso fin a un largo proceso de elaboración de un instrumento apto para dotar a la Europa comunitaria de soluciones modernas y ágiles de cooperación internacional de especial utilidad en materia de obtención y práctica de prueba.

5 Texto aprobado por el Consejo el 30 de noviembre de 2000 (DOCE C 379, de 29 de diciembre de 2000).

A) Si la solicitud se refiere a testigos, víctimas o peritos

El Estado miembro tiene la obligación imperativa de autorizar la audición por videoconferencia *siempre que su uso no sea contrario a los principios fundamentales de su Derecho Nacional* y que disponga de los medios técnicos necesarios, aunque este último requisito no tiene por qué funcionar de hecho como motivo de denegación, pues expresamente se prevé que el Estado miembro requirente podrá ponerlos a disposición del requerido sobre la base de un acuerdo entre los Estados implicados. El Informe Explicativo identifica algunas pautas de aproximación a la significación de la referencia a los “*principios fundamentales del Derecho nacional*” indicando que no podrá ser denegada una solicitud por la mera razón de que en la ley del Estado miembro requerido no se prevea la audición por videoconferencia, o de que, con arreglo a la legislación nacional, no se cumplan una o más condiciones de detalle para realizar dicho tipo de audiciones. La contradicción con los principios fundamentales del Derecho nacional del Estado miembro requerido sí constituye un obstáculo insalvable que fundamenta suficientemente la denegación de la ayuda solicitada; pero el propio informe ubica la cuestión en sus justos términos, obligando a una interpretación claramente referida no a cuestiones de previsión de su uso o de regulación ordinaria de la práctica de la diligencia, sino de auténtica colisión con los principios más esenciales del Estado de Derecho del miembro requerido, entre los que lógicamente estarán implicados los derechos y libertades públicas internacional y nacionalmente reconocidos. Aunque el precepto sólo se refiere a la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas en su apartado 9, dedicado a las audiciones de los acusados, es obvio que debe siempre tenerse bien presente la necesidad de velar por los mismos. La vigilancia del respeto a las garantías es, en cada momento, esencial. En el actual estado de la Unión Europea, todos los Estados miembros comparten una concepción exigente el Estado de Derecho –de hecho ello ha posibilitado los avances en el reconocimiento mutuo-, pero el Convenio pretende garantizar también el respeto a la diversidad, puesto que la observancia de los principios fundamentales del Derecho del Estado miembro requerido debe asegurarse, una vez concedida, durante la práctica de la audición, misión que corresponde a la autoridad judicial interna del Estado requerido que ha de estar presente en la misma, por más que la audición deba ser efectuada directamente por la autoridad judicial del estado requirente o bajo su dirección, con arreglo a su Derecho interno.

Naturalmente, la solicitud deberá motivarse en referencia a las exigencias de *inoportunidad* o *imposibilidad* de la comparecencia de la persona a oír. Ello no debe resultar dificultoso a tenor del significado de estos términos y de la regla de que la valoración de su

conurrencia corresponde al Estado requirente por cuanto si bien éste debe comunicar los motivos de su solicitud *dispone de plena libertad para valorar cuáles son las circunstancias pertinentes*- por más que tenga que referir las razones al Estado requerido. El Estado requerido, pues, no debe cuestionar ni entrar en la valoración de la concurrencia de la inoportunidad o imposibilidad. No ha de ejercer control alguno de este tenor. Las tentaciones en este sentido deben ser desterradas.

El Informe explicativo apunta que “el concepto de “oportuno” podría aplicarse en los casos en los que el testigo sea especialmente joven, de edad avanzada o no goce de buena salud, mientras que el concepto de “posible” se aplicaría, por ejemplo, en los supuestos en los que el testigo corra un grave riesgo si comparece en el Estado miembro requirente”. La referencia a la *inoportunidad* de la comparecencia personal abre una amplia espita a la justificación de la práctica de la videoconferencia, que trasluce una orientación claramente abierta y favorable a su utilización y se traduce en un extenso margen de discrecionalidad de cara a la posibilidad de solicitarla. Por otra parte, la alusión a la imposibilidad tampoco implica la necesidad de la concurrencia de un impedimento absoluto al desplazamiento y comparecencia de la persona que debe ser oída en el proceso penal existente en el territorio del Estado requirente de la asistencia. El informe contempla, a título de mero ejemplo, el supuesto de que el testigo corra un riesgo grave si comparece, pero cabe concretar aún más e incluso imaginar otros supuestos⁶.

Junto a la indicación del motivo por el que no es oportuna o posible la comparecencia, la solicitud deberá informar sobre el nombre de la autoridad judicial y de las personas encargadas de efectuar la audición.

La autoridad judicial del Estado miembro requerido debe enviar una citación a la persona de que se trate con arreglo a los procedimientos establecidos en su Derecho Nacional. Testigos, víctimas y peritos tienen obligación de someterse a la videoconferencia –no es preciso su consentimiento-, así como de comparecer, declarar y ser

⁶ En esta línea debe tenerse muy en cuenta lo que poco después se dispuso en la Decisión-marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que alumbra en el marco de refuerzo del denominado “cuarto proceso de integración”, se preocupó por establecer líneas fundamentales de aproximación normativa dentro de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de respeto y reconocimiento de los derechos de las víctimas, y, tras resaltar -art. 5- la necesidad de reducir las dificultades de comunicación que puedan afectarles, y proclamar sus derechos -art 8- a la *protección frente al riesgo grave de represalias o de perturbación en su vida privada, a evitar el contacto con el acusado y a testificar en condiciones de seguridad y tranquilidad* a través de medios compatibles con los principios fundamentales de los derechos nacionales, estableció, en su art. 11, la obligación de los Estados de paliar las dificultades derivadas del hecho de la residencia de la víctima en otro Estado, recurriendo “en la mayor medida posible, para la audición de víctimas residentes en el extranjero, a las disposiciones sobre videoconferencia y conferencia telefónica previstas en los arts. 10 y 11 del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000”. En dicha medida, constituye un importante elemento de exégesis de los “conceptos jurídicos indeterminados” integrados en los conceptos de *inoportunidad* o *imposibilidad* de la comparecencia.

veraces, aplicándose en caso de incumplimiento de estas obligaciones su legislación nacional como si actuasen en un procedimiento nacional. Sobre las dispensas de declarar, se establece una especie de tercera fuente normativa (integrada por la suma de ambas legislaciones, la del Estado requirente y la del Estado requerido) para este concreto aspecto. Corresponderá a la autoridad judicial que efectúe la audición determinar en qué casos puede alegarse dicha dispensa. Las autoridades judiciales competentes deberían consultarse en relación con las alegaciones de dispensa de declarar en las audiciones. Las autoridades competentes de ambos Estados deberán convenir, cuando sea necesario, la adopción de medidas para garantizar la protección de las personas que deban ser oídas. La audición es efectuada directamente -o bajo su dirección- por la autoridad judicial y conforme al Derecho interno del Estado requirente, lo que no es sino una concreción de la regla general del art. 4 del Convenio 2000. Sin embargo, hay que tener presentes las facultades de la autoridad judicial interna del Estado requerido, que ha de estar presente (en su caso asistida por un intérprete), identificar a la persona que deba ser oída (quien también en su caso estará asistida por intérprete) y adoptar medidas tendentes a garantizar en todo momento de su práctica el respeto de los principios fundamentales de su Derecho interno. En todo caso la persona que deba ser oída mediante videoconferencia no debe tener menos derechos que si participara en una audiencia que tuviera lugar en el Estado miembro requirente.

En cuanto al reflejo documental de la práctica de la videoconferencia, se establece que la autoridad judicial del Estado miembro requerido debe levantar acta de la declaración, en que se indicarán la fecha y lugar de la audición, la identidad de la persona oída, la identidad y calidad de cualesquiera otras personas del Estado miembro requerido que hayan participado en la audición, las prestaciones de juramento, en su caso, y las condiciones técnicas en las que se haya tomado la declaración. No obstante, dada la necesidad de garantizar la protección de las personas implicadas, incluidos los participantes en el Estado miembro requerido distintos de la persona que deba ser oída, los Estados miembros que intervengan podrán, de conformidad con su Derecho interno, aprobar disposiciones específicas relativas al acta. A tales efectos podría darse el caso, por ejemplo, de que no se registraran en el acta los nombres de determinadas personas presentes en el Estado miembro requerido con ocasión de la audición, indicándose únicamente, si procediese, las funciones de dichas personas. La autoridad competente del Estado miembro requerido transmitirá dicho documento a la autoridad competente del Estado miembro requirente.

En cuanto a los costes, salvo que el Estado miembro requerido renuncie a la devolución total o parcial de los costes, el Estado miembro requirente devolverá al Estado miembro requerido los

gastos de establecimiento de la videoconexión, los costes relacionados con el servicio de videoconexión en el Estado miembro requerido, la retribución de los intérpretes que éste suministre y las dietas de testigos y peritos, así como sus gastos de viaje en el Estado miembro requerido.

B) Si la solicitud se refiere a la audición de acusados

En cambio, los Estados conservan libertad de decisión (incluso pueden hacer una declaración general de que no accederán solicitudes, aunque pueden retirarla en cualquier momento) y, en cualquier caso, para su práctica se requiere el consentimiento previo de los inculpados. El término *acusado* empleado en el texto español del Convenio no debe ser interpretado estrictamente -con parámetros nacionales- como persona contra la que existe un escrito de acusación. El propio Informe Explicativo se refiere al mismo concepto con la expresión “personas inculpadas”. En este sentido parecen más afortunados, aunque quizás tampoco resulten muy respetuosos con la doctrina procesal penal más exquisita, los términos que emplea el artículo 9 del posterior Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal (Estrasburgo 8 de noviembre de 2001): acusados o sospechosos. En tal concepto, habría, por tanto, que incluir a aquellos contra los que se pretenda derivar una responsabilidad penal en el marco de un proceso -cualquiera que sea la fase- de naturaleza criminal. Esta es, además, la interpretación más favorable para los afectados pues el nivel de exigencias -empezando por la necesidad de su consentimiento- y de garantías será mayor para los mismos.

La discrecionalidad de los Estados requeridos para acceder a la solicitud obligará, en primer lugar, a un esfuerzo de motivación sobre la necesidad y pertinencia de la medida. Naturalmente las autoridades competentes del Estado miembro requirente deberán efectuar una reflexión previa sobre las razones que motiven una preferencia por la videoconferencia respecto de otras posibilidades, como, por ejemplo la del “traslado temporal de detenidos con fines de investigación” regulada en el artículo 9 del Convenio o en relación con la toma de declaración o los traslados similares y las detenciones o entregas que posibilita la “euroorden” -orden de detención y entrega europea-, a través las correspondientes implementaciones nacionales de la Decisión Marco del Consejo (2002/584/JAI), de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros -lo que no resultará difícil a la vista de su menor impacto sobre derechos individuales, su menor coste, su mayor agilidad y sus posibilidades de más rápida práctica⁷.

⁷ En el supuesto de que se prevea la negativa del Estado o del inculpado (lo que no tiene por qué suceder frecuentemente si la previsión inminente es el recurso a la euroorden), entiendo

En caso de consentimiento positivo, el acuerdo entre los Estados regirá la decisión y la forma de ejecución de la videoconferencia, pero ésta queda supeditada a la legislación nacional de los Estados miembros y ha de ser conforme con el CEDH⁸, así como con otros instrumentos internacionales pertinentes. A tenor de lo dispuesto en el apartado 9 del artículo 10 del Convenio 2000, los Estados implicados podrán aplicar las reglas de lo establecido para los testigos o peritos, pero sólo si lo consideran oportuno y previo acuerdo, de manera que éste podrá elevar el nivel de las exigencias establecidas en los apartados 1 a 8. ¿Podrá rebajarlo? Entiendo que no, al menos en cuanto a sus precisiones esenciales. El propio carácter restrictivo de la posibilidad así parece orientar una línea de condiciones mínimas. En cualquier caso, la expresa referencia al CEDH implica un mínimo común denominador en materia de garantías de obligada observancia para Estado requirente y Estado requerido.

La regulación supranacional positivizada en la Unión Europea en el convenio 2000 se ha erigido en un elemento inspirador de otros instrumentos internacionales en el marco paneuropeo e iberoamericano.

En el marco de los Estados miembros del Consejo de Europa, se regula el uso de la videoconferencia a través de lo dispuesto en el art. 9 del Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal de 1959 (hecho en Estrasburgo 8 de noviembre de 2001)⁹ con una coincidencia casi total con el Convenio 2000 de la Unión Europea, lo que, sin duda, tiene su razón en un patente deseo de concordancia entre ambos instrumentos. En consecuencia, *mutatis mutandi*, pueden reproducirse muchas de las consideraciones ya efectuadas a excepción -lógicamente- de las alternativas y complementos que posibilitan las Decisiones Marco alumbradas en el seno de la Unión Europea.

Estos antecedentes europeos han sido tenidos muy en cuenta en la regulación contenida en el Convenio Iberoamericano sobre el uso de la videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia, hecho en Mar de Plata, Argentina, el 3 de diciembre de 2010 y en vigor desde el 17 de julio de 2014, así como el Protocolo Adicional al mismo relacionado con los costos, régimen lingüístico y remisión de solicitudes, firmado en la misma fecha y lugar (en vigor desde el 24 de agosto de 2016), cuya ratificación ha sido ya efectuada por seis países (Ecuador, España, México, Panamá, República Dominicana y Costa Rica) de los trece inicialmente firmantes.

que resultará preferible acudir directamente a la opción de utilización del mecanismo de la euroorden -naturalmente, si resulta aplicable en las relaciones entre los Estados implicados-.
8 Convenio Europeo de 1950 para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas.

9 Destinado a mejorar y completar el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, así como su Protocolo Adicional de 17 de marzo de 1978.

Este convenio tiene la virtualidad de erigirse en un instrumento de indudable utilidad también entre los países integrantes de MERCOSUR -donde precisamente persiste la idea de que a la integración económica debe acompañar una paralela integración jurídica- como medio concreto de fortalecer y agilizar la cooperación judicial mutua civil, comercial y penal en este marco y optimizar los recursos materiales del Sistema de Justicia, complementando en el área criminal las disposiciones de la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal de 1992 y el Protocolo de San Luis sobre Ayuda Mutua en Asuntos Penales de 1996. No obstante, en la actualidad sólo un país del MERCOSUR¹⁰, concretamente Argentina, lo ha aprobado por Ley N° 27162 del 15 de julio de 2015 publicada en Boletín Oficial 29 de julio de 2015, aunque se encuentra pendiente -al tiempo de redactar estas líneas- el depósito del instrumento de ratificación.

Dicho convenio, aplicable subsidiariamente respecto de otras obligaciones internacionales de las Partes, entiende (artículo 2°) por “videoconferencia”, en el ámbito de este convenio, un sistema interactivo de comunicación que transmita, de forma simultánea y en tiempo real, imagen, sonido y datos a distancia de una o más personas que presten declaración, ubicadas en un lugar distinto de la autoridad competente, para un proceso, con el fin de permitir la toma de declaraciones en los términos del derecho aplicable de los Estados involucrados, y dispone que, a sus efectos, su empleo procederá (artículo 3°) cuando no contradiga el derecho nacional de las Partes; medie una solicitud concreta e individualizable, remitida por autoridad competente del Estado requirente; sea aceptado por autoridad competente de la Parte requerida; y sea técnicamente realizable, indicando (artículo 4°) que si la autoridad competente de una Parte requiere examinar a una persona en el marco de un proceso judicial, en calidad de parte, testigo o perito, o en diligencias preliminares de investigación, y ésta se encuentra en otro Estado, podrá solicitar su declaración por videoconferencia *por considerar esta herramienta conveniente*, incluyendo su solicitud la identificación de la autoridad requirente, el número de referencia del proceso, el nombre y cargo de la autoridad que dirigirá la diligencia y, de ser procedente el nombre de las partes involucradas en el proceso y sus representantes; la naturaleza, el objeto del proceso y la exposición de los hechos; la descripción de lo que se pretende conseguir con la diligencia; el nombre y dirección de las personas a oír; la referencia a un eventual derecho de objeción a declarar, según se recoge en el derecho de la Parte requirente; la referencia a las eventuales consecuencias de la negativa a declarar, en los términos del derecho de la Parte requirente; la eventual indicación de que el testimonio deberá ser hecho bajo juramento o promesa; y cualesquiera otras referencias previstas conforme el derecho

¹⁰ También lo signaron en su momento inicial Brasil y Paraguay.

de la Parte requirente o de la Parte requerida o que se revelen útiles para la realización de la videoconferencia.

Las normas de desarrollo de la videoconferencia (artículo 5º) parten de que el examen se realizará directamente por la autoridad competente de la Parte requirente o bajo su dirección, en los términos señalados en su derecho nacional (al igual que en el Convenio 2000); y establecen que la diligencia se realizará con la presencia de la autoridad competente del Estado requerido y, si fuera necesario, de una autoridad del Estado requirente, acompañadas, de ser el caso, por intérprete; que la autoridad requerida ha de identificar la persona a examinar; que las autoridades intervinientes, en caso necesario, podrán aplicar medidas de protección a la persona a examinar; que, a petición de la Parte requirente o de la persona a examinar, la Parte requerida le proveerá, en caso necesario, de la asistencia de intérprete.; y que la sala reservada para la realización de la diligencia por sistema de videoconferencia deberá garantizar la seguridad de los intervinientes, y preservar la publicidad de los actos cuando ésta deba ser asegurada.

En cuanto al examen de procesados o imputados (artículo 6º) resultan aplicables las disposiciones anteriores, de conformidad con el derecho interno de cada Parte, y deben respetarse todos los derechos y garantías procesales, en especial el derecho a contar con asistencia letrada. Sin embargo, como en el sistema europeo, las Partes pueden declarar que no aplicarán el convenio al examen por videoconferencia de procesados o imputados.

Sobre el reflejo documental del examen por videoconferencia (artículo 7º) se dispone que la autoridad que realiza el examen en la Parte requerida levantará, una vez terminada la videoconferencia, un acta -que será remitida a la autoridad competente de la Parte requirente- donde conste la fecha y el lugar de la diligencia, la identidad y firma de la persona examinada, la identidad, calidad y firma de todas las otras personas que hubieren participado, las eventuales prestaciones de juramento o promesa y las condiciones técnicas en que transcurrió la misma, sin perjuicio de que en dicha acta se tomen aquellas previsiones en aras de garantizar las medidas de protección que se hubieren dispuesto.

Especialmente interesante resulta que para facilitar y agilizar la preparación y el desarrollo de las audiencias por videoconferencia previstas en el Convenio, cada Parte deberá indicar uno o más puntos de contacto, concretamente a través de la disponibilidad de contactos telefónicos y de correo electrónico, que detenten la capacidad técnica necesaria para asegurar o cooperar en la ejecución de una videoconferencia entre las autoridades de las Partes, lo que supone una traslación del sistema de puntos de contacto de las redes judiciales de cooperación (Red Judicial Europea e Iber-RED) como facilitadores e intermediarios activos del empleo de esta concreta herramienta técnica

en términos de auxilio judicial.

Entre las declaraciones a efectuar (artículo 9°) el Convenio prevé que al proceder a la notificación de la oportuna ratificación, aceptación o aprobación cada Parte debe efectuar una declaración mediante la cual indicará: a) las autoridades nacionales competentes para la aplicación del presente Convenio y sus contactos (dirección postal, contacto telefónico y correo electrónico), debiendo actualizarlos en caso de alteración, así como los contactos previstos en el artículo 8°, si fuesen distintos; b) las eventuales condiciones bajo las cuales se podrá aplicar el presente Convenio a las audiencias por videoconferencia de imputados, salvo que la Parte haya efectuado la declaración de que no las acepta para éstos; y c) las eventuales especificidades nacionales que puedan ser relevantes para la buena ejecución del Convenio. En cualquier caso, las declaraciones emitidas podrán ser total o parcialmente alteradas en cualquier momento, según el mismo procedimiento de notificación.

Por su parte, el Protocolo Adicional regula los costos de la ejecución de la videoconferencia (artículo 1°), disponiendo que el costo del establecimiento de la conexión, los gastos relacionados con la realización de la videoconferencia en la Parte requerida, la remuneración de intérpretes eventualmente requeridos y las compensaciones pagadas a testigos y peritos, así como sus gastos de desplazamiento en la Parte requerida, serán asumidos directamente o reembolsados por la Parte requirente a la Parte requerida, a menos que esta renuncie al reembolso de la totalidad o de parte de dichos gastos.

El régimen lingüístico previsto contempla (artículo 2°) que las solicitudes de realización de una audiencia por videoconferencia remitidas por las autoridades de la Parte requirente a la Parte requerida podrán ser formulados en lengua española o en lengua portuguesa, independientemente de la lengua oficial de la Parte requerida o de la Parte requirente, pero establece la salvedad de que una Parte puede aceptar recibir únicamente solicitudes en una determinada lengua haciendo una declaración en ese sentido.

La remisión de solicitud de videoconferencia (artículo 3°) podrá transmitirse por cualquier medio electrónico que permita dejar constancia escrita de la transmisión, en condiciones que posibiliten a la Parte requerida establecer su autenticidad, pero cuando no sea posible constatar esta autenticidad, se podrá adelantar la solicitud por dichos medios y se formalizará posteriormente por solicitud de la autoridad requerida.

4. VIDEOCONFERENCIA Y DEBIDO PROCESO

Como puede comprobarse, la videoconferencia es una herramienta tecnológica que, por su utilidad como medio de auxilio para la actividad judicial y fiscal, es admitida en numerosos ordenamientos internos y en

los más modernos instrumentos internacionales.

Sin embargo, su empleo no ha dejado de suscitar cierta polémica -aunque cada vez más decreciente- en relación con la satisfacción de las exigencias y garantías derivadas del necesario respeto al debido proceso. De hecho, no han faltado doctrina e incluso documentos emanados de instituciones del sistema judicial que han cuestionado su uso por perturbar e infringir los principios que rigen el proceso penal. Sin ir más lejos, la Instrucción FGE núm. 1/2002¹¹ llegó a afirmar que “los principios de publicidad, oralidad, inmediatez y contradicción se ven sin duda afectados por la celebración de un juicio oral en materia penal por videoconferencia”. Aunque afectar no es exactamente y en términos generales sinónimo de vulnerar o infringir, sino de causar un efecto en algo, no cabe duda de que una de las acepciones que le otorga el diccionario RAE es la de menoscabar, perjudicar, o influir desfavorable o negativamente. Y es innegable que en esta idea se encuentra el fundamento de la salvaguarda que habitualmente se efectúa en instrumentos internacionales de que su uso es admisible siempre que no sea contrario a los principios fundamentales de Derecho interno de un Estado. Lo que sucede, no obstante, es que, al margen de las tradiciones jurídicas distintas asentadas en los diversos países, en lo que al proceso penal propio de un Estado de Derecho respecta, existen unos estándares compartidos de respeto a las garantías que han sido en buena medida uniformizados, normativa y jurisprudencialmente, a partir de las disposiciones de instrumentos jurídicos internacionales de carácter emblemático en materia de Derechos Humanos, tales como, a nivel mundial, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCyP), o, a nivel regional, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH) y la Convención Americana sobre Derechos del Hombre de 1969 (CADH).

Cierto es que el derecho fundamental al debido proceso reconocido en numerosos preceptos del acervo internacional en materia de Derechos Humanos, tales como el art. 10 DUDH, el art. 6.1 CEDH, el art. 14.1 PIDCyP y el art. 8 CADH, se caracteriza por su contenido complejo, comprensivo de todo un haz de derechos, instituciones y principios específicos, interrelacionados entre sí, con unidad de sentido y objetivo común, cuyo fundamento esencial se halla en rodear al proceso de garantías suficientes de equidad y justicia, y que puede identificarse con las nociones internacionales de derecho a “un proceso regular” y/o a “un juicio justo y equitativo”. Dentro de ese haz

¹¹ Fiscalía General del Estado del Reino de España. Aunque este documento -elaborado con cierta urgencia- fue claramente restrictivo en relación con el uso de la videoconferencia en juicios orales, la propia Fiscalía General rectificó pronto su postura en la posterior Instrucción 3/2002 en la que proclamó que la regla general para la celebración de actos procesales mediante videoconferencia era la posibilidad.

confluyen categorías garantistas (juez legal, competente, independiente e imparcial), principios y derechos matrices (igualdad de armas y contradicción, en íntima conexión con el derecho de defensa efectiva y el derecho a la prueba, y a la presunción de inocencia con prohibición de toma en consideración de la prueba ilícita) y principios instrumentales (publicidad, oralidad, intermediación, principio acusatorio), todo ello con fundamento en la necesidad de no llegar a un resultado del proceso penal sino en virtud de un juicio previo tras el desenvolvimiento de un proceso con todas las garantías.

Por consiguiente, no cabe duda de que los principios de publicidad, oralidad, intermediación y contradicción –esta última exigencia estructural del proceso penal que presenta una vinculación muy estrecha con el principio de igualdad de armas y el derecho de defensa, conformando un todo inescindible con ellos– resultan elementos integrantes fundamentales del debido proceso. Sin embargo, en cuanto a su “afección” por la videoconferencia cabe efectuar una serie de observaciones, que a mi juicio deben partir de dos reflexiones iniciales.

La primera es que, en términos generales, en cada fase de proceso y en función de lo que se pretenda del concreto acto desarrollado la intensidad de los principios exigibles como presentes pueden variar. Naturalmente no será lo mismo que estemos ante un acto de simple investigación desarrollado en fase de en una actuación preprocesal del fiscal, instrucción judicial -realizada o no bajo el secreto sumarial- o en una diligencia de prueba anticipada o preconstituida, o en una práctica de prueba ante el órgano jurisdiccional de enjuiciamiento.

La segunda es que, en mi opinión, los principios exigibles en cada uno de estos casos pueden ser respetados o no independientemente de lo que realmente supone la videoconferencia, de manera que el empleo del recurso técnico es inocuo *per se* respecto de determinados principios.

En definitiva, la publicidad, la contradicción y la oralidad necesarias en cada caso no quedarían afectadas por el empleo de la videoconferencia sino por la forma en que se acuerde su práctica o se lleve a cabo su ejecución. Aseveración que es predicable respecto de la forma de práctica o ejecución de cualesquiera diligencias en las condiciones tradicionales sin empleo de medios tecnológicos.

Por detenernos en un ejemplo, el recurso tecnológico posibilita las mismas condiciones de publicidad inmediata o mediata, absoluta, relativa o restringida, que puede darse en cualquier desarrollo de un acto procesal. Basta con dar acceso a la asistencia personal y física de público en los distintos lugares donde se hallasen los puntos de conexión y asegurar un visionado y un volumen sonoro suficientes para la percepción pública para entender producido el acto en condiciones de publicidad absoluta. El derecho a ser juzgado mediante un proceso público no se ve mermado por ello.

Lo mismo cabría decir respecto de la contradicción, lo importante es que se asegure la concurrencia e intervención de las partes en los actos que se desarrollen; que puedan efectuar preguntas, pedir precisiones y solicitar las aclaraciones que estimen oportunas, así como contradecir las argumentaciones contrarias con aportaciones propias. Tanto las disposiciones aplicables para el juicio oral, como las relativas a los actos desarrollados en fase preliminar de investigación o instrucción -estemos o no ante pruebas no reproducibles en el acto de juicio - pueden ser tan respetadas como en las formas tradicionales.

Y tampoco ofrece problemas acatar el principio de oralidad, de hecho, ésta es consustancial a la videoconferencia en cuanto instrumento de comunicación oral y visual. Pocas palabras hay que dedicar para justificar lo evidente.

Lo importante, en definitiva, es que en cada caso se respeten los principios básicos aplicables al supuesto que se contemple.

Así las cosas, las críticas que merecerían una mayor atención en la respuesta serían las referidas al respeto de los principios que rigen la adecuada relación entre el órgano jurisdiccional y lo que constituye objeto del proceso y muy específicamente la relación de inmediatez. Básicamente expuesto, conforme al principio de inmediatez la actividad desarrollada y especialmente la actividad probatoria “ha de transcurrir ante la presencia o intervención del órgano jurisdiccional encargado de pronunciar la sentencia”, regla que rige todo el enjuiciamiento.

Quienes han cuestionado la validez procesal del uso de la videoconferencia aseguran que la inmediatez no se da, pues no todos los actos tendrían lugar en presencia del órgano jurisdiccional. Pero ello a mi juicio constituye un desviado entendimiento de lo que significa la videoconferencia, que no es más que un medio técnico de auxilio que posibilita las facultades de percepción física del juzgador respecto de lugares distantes a su ubicación física -que no a su alcance sensorial-.

Como se expuso al inicio, este recurso tecnológico permite planos generales, seguimientos, planos cercanos, aplicaciones de zoom respecto de determinados detalles, etc. En esencia, la videoconferencia es un medio tecnológico que posibilita la comunicación a distancia con una percepción no sólo igual, sino puede asegurarse que *mejor y mayor* en cuanto a detalles que pueden darse en una vista oral con presencia física de todos los implicados. En realidad, la videoconferencia en nada empece u obstaculiza la mejor percepción sensorial, sino que más bien la facilita. El Juez de un órgano colegiado o unipersonal puede realizar todos los actos directos de intervención judicial previstos en los CPPs en las mismas condiciones de comunicación a tiempo real que en el juicio tradicional. En efecto, se puede preguntar al acusado sobre su conformidad o no, en su caso, con las solicitudes acusatorias y se pueden dirigir los debates en las mismas condiciones; la actividad probatoria

se desarrolla con intervención y en presencia del titular o titulares del órgano jurisdiccional; ante éste se puede reproducir, en su caso y en condiciones de plena contradicción, la actividad investigadora realizada, y Ministerio Fiscal y las partes pueden interrogar, intervenir e informar sin mayor complicación, pudiendo, de preverlo la normativa procesal, el Juez o Tribunal dirigir las preguntas y pedir las aclaraciones que estime oportunas a acusado, testigos y peritos, a lo largo de las declaraciones, confesiones, testimonios, careos, exploraciones, informes, periciales, etc. que puedan tener lugar a lo largo de la vista, y finalmente conceder el derecho de última palabra al acusado y escuchar directamente sus afirmaciones.

Dado que el sistema de videoconferencia es bidireccional e interactivo, permite a los intervinientes su recíproca visión y audición en unidad de tiempo, e interactuar entre ellos. Lo ocurrido puede ser apreciado directamente por el Juez, Fiscal, partes y demás sujetos de modo análogo a lo sucedido respecto a quienes se encuentran físicamente en la sede judicial.

Ninguna violación se produce respecto de la regla que ordena que determinados actos procesales se realicen “ante” un Juez o Tribunal. E incluso cabría añadir que resultaría difícil entender que si no se cuestiona ya la validez de la valoración como prueba de una grabación sonora o audiovisual de un hecho que ha tenido lugar en un tiempo anterior y en un sitio distinto al de celebración de la vista y que en el juicio ha de ser reproducida también con empleo de medios técnicos similares (video y monitor o reproductor fonográfico), pueda cuestionarse que se dé validez a una declaración de un testigo o perito que se desarrolla con intervención directa de la autoridad jurisdiccional, en tiempo real y en su presencia sensorial. De hecho, si en relación al uso de videocámaras y el valor de sus grabaciones como diligencia de investigación se ha llegado a la conclusión de que éstas no suponen una prueba distinta a la percepción visual, y que en realidad sólo se perpetúa ésta por medios técnicos al quedar fijada una secuencia de imágenes y sonidos, resulta poco comprensible no reconocer que la videoconferencia posibilita una percepción visual y sonora directa por el Juzgador y los demás intervinientes en la misma y que es ésta la esencia de la inmediación. Parafraseando el dicho de que “una imagen vale más que mil palabras”, habría que decir que “participar en una videoconferencia convence más que mil argumentos escritos”. Me alegra coincidir con numerosos Jueces y Magistrados que tras intervenir profesionalmente dirigiendo videoconferencias para posibilitar testificales o periciales han perdido todas sus reticencias por la “aventura”. Con esta experiencia han comprobado que sus condiciones de inmediación no han sufrido merma alguna.

Por demás, defender que el equipo de videoconferencia debe

ser rechazado porque extiende la percepción directa de los sentidos del juzgador a lugares que no alcanzaría por sus medios naturales de percepción, esencialmente vista y oído, tiene en el fondo la misma base que propugnar que el Juzgador debe desprenderse de sus anteojos o de su audífono para ubicarse en condiciones de mayor inmediatez.

La conclusión, por tanto, es que la videoconferencia no choca frontalmente con ningún principio fundamental del proceso penal y, por ende, no existen obstáculos insalvables desde la perspectiva del debido proceso. Ello, sin embargo, no quiere decir que su empleo deba ser indiscriminado y carente de fundamento. En mi opinión, precisamente por su capacidad de incidencia sobre principios procesales estructurales del sistema penal que se erigen en auténticos derechos fundamentales del sometido al proceso penal, deben concurrir los tradicionales requisitos de necesidad, adecuación y proporcionalidad exigibles conforme a la doctrina general de restricción en materia de derechos fundamentales. Por el requisito de la necesidad, es preciso tener en cuenta y fundamentar cómo no existen otras medidas adoptables que con igual o parecida eficacia puedan conducir a los mismos resultados. Por el presupuesto de la idoneidad resulta necesario considerar y motivar suficientemente cómo el uso de este avance tecnológico es adecuado para la consecución del fin legítimo perseguido, conduciendo naturalmente al mismo. Por la exigencia de proporcionalidad hay que plantearse la aptitud de la videoconferencia para la obtención del fin perseguido en cada supuesto, contemplando la relación razonable entre el resultado buscado y las renunciadas a las condiciones normales de celebración del acto que resultan necesarias para lograr ese objetivo. Hay que valorar ya desde el inicio la gravedad del hecho o de la situación y su suficiencia para justificar la aplicación de este recurso técnico. En definitiva, su práctica debe estar suficiente y expresamente motivada en razones de este tenor.

Ésta es la perspectiva con la que en mi opinión debe ser analizada la concreta utilización de la videoconferencia ante cualquier acto preprocesal o procesal penal. Naturalmente los niveles de exigencia pueden ser variados en función de quién sea el sujeto o interviniente procesal y cuál sea la naturaleza del acto. La ponderación debe presidir la aplicación de la videoconferencia analizando si en el caso concreto y para el específico acto procesal contemplado concurren los presupuestos suficientes y se aseguran las condiciones exigibles para la celebración con escrupuloso respeto de los derechos fundamentales de los implicados en el proceso penal.

CONCLUSIÓN

La videoconferencia se ha revelado como un medio tecnológico de evidente utilidad como herramienta técnica de auxilio a la actividad

procesal en el ámbito del proceso penal y ha obtenido un amplio reconocimiento normativo a estos efectos tanto en los más modernos ordenamientos nacionales como en los instrumentos jurídicos internacionales de cooperación judicial internacional elaborados en los albores del presente siglo. Su compatibilidad con los principios fundamentales que rigen el debido proceso es total y no cabe discutirla más allá de exigir que se produzca en casos justificados y en las debidas condiciones para asegurar el respeto ineludible a las exigencias derivadas del derecho al debido proceso.

Por consiguiente, es razonable que los Estados que aún no la contemplan en el proceso penal para su uso interno nacional y/o su empleo en el ámbito de la cooperación judicial internacional se esfuercen en adaptar sus legislaciones y compromisos internacionales para luchar contra la delincuencia nacional y transnacional. Los ciudadanos a los que sirve el Sistema de Justicia así lo merecen y parece evidente que los Estados del MERCOSUR pueden beneficiarse del valor añadido que su reconocimiento normativo y empleo práctico aportan.

Una vez más, debe recordarse: la celebración del proceso en el siglo XXI no se puede pretender con los usos del siglo XX.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONFERENCIA DE MINISTROS DE JUSTICIA DE LOS PAÍSES IBEROAMERICANOS. *Convenio Iberoamericano sobre el uso de la videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia*, Mar de Plata, Argentina, el 3 de diciembre de 2010.

CONFERENCIA DE MINISTROS DE JUSTICIA DE LOS PAÍSES IBEROAMERICANOS. Protocolo Adicional al mismo relacionado con los costos, régimen lingüístico y remisión de solicitudes, firmado en la misma fecha y lugar (en vigor desde el 24 de agosto de 2016).

CORTE PENAL INTERNACIONAL. Estatuto de la Corte Penal Internacional aprobado en Roma el 17 de julio de 1998.

ESPAÑA. Ley 1 de marzo de 1997.

ESPAÑA. Ley de 15 de noviembre de 2001.

ESPAÑA. Ley de 17 de enero de 1998.

ESPAÑA. Ley de 17 de junio de 1999.

ESPAÑA. Ley de Cooperación Judicial Internacional 144/99.

ESPAÑA. Ley N° 11 de 7 de enero de 1998.

ESPAÑA. Ley N° 27162 del 15 de julio de 2015

ESPAÑA. Ley N° 367 de 5 de octubre de 2001.

ESPAÑA. Ley Orgánica 13/2003.

ESPAÑA. Ordenanza de 20 de agosto de 1998.

ESPAÑA. Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal, Estrasburgo, 8 de noviembre de 2001.

MERCOSUR. Protocolo de San Luis sobre Ayuda Mutua en Asuntos Penales de 1996.

UNIÓN EUROPEA. *Convenio Europeo relativo a la Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión*, 2000.

UNIÓN EUROPEA. Decisión Marco del Consejo (2002/584/JAI), de 13 de junio de 2002.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Jesús José Tirado Estrada es Teniente Fiscal ante el Tribunal Constitucional y Doctor en Derecho. Con más de 32 años de experiencia profesional como Fiscal, es experto en cooperación judicial internacional (antiguo miembro de RJE e Iber-RED), así como en el uso de nuevas tecnologías en el proceso penal.

COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA EM MATÉRIA CIVIL NA UNIÃO EUROPEIA E COBRANÇA DE CRÉDITOS. IMPORTÂNCIA DA TRAMITAÇÃO PREJUDICIAL URGENTE

COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA CIVIL EN LA UNIÓN EUROPEA Y COBRO DE CRÉDITOS. IMPORTANCIA DE LA TRAMITACIÓN PREJUDICIAL URGENTE

*Joana Covelo de Abreu**

Resumo: Na União Europeia houve a preocupação de desenvolver um Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça onde foram criados mecanismos de adensamento de uma cooperação judiciária em matéria civil. Sobretudo desde a crise económica aí vivenciada, criou-se uma preocupação com a cobrança de créditos, onde foram adotados meios processuais europeus (procedimento de injunção, ações de pequeno montante e arresto de contas bancárias), de carácter célere e simplificado, a fim de evitar gastos excessivos e potenciar a observância das liberdades fundamentais e o bom funcionamento do Mercado Interno. As preocupações mantiveram-se e o ano de 2017 surge como decisivo já que foram realizadas algumas alterações ao procedimento de injunção e às ações de pequeno montante (aplicáveis a partir de julho de 2017) e o regime de arresto é aplicável desde janeiro de 2017. Como cabe aos tribunais nacionais tramitarem a cobrança de créditos à luz destes instrumentos, o reenvio prejudicial assume particular relevância a fim de debelar dúvidas interpretativas / de validade que se lhes coloquem. Assim, os tribunais nacionais têm de desenvolver a convicção de que dispõem da faculdade para requerer que tais reenvios observem a tramitação prejudicial urgente na medida em que a mesma já se encontra disponível há vários anos e, no entanto, nunca foi requerida e / ou decretada para este tipo de processos, apesar de material e casuisticamente, a cobrança de créditos a ela ser subsumível e poder gozar desta tramitação mais expedita. Só assim se promove uma real integração

* Universidade do Minho, Portugal.
E-mail: jabreu@direito.uminho.pt
Recibido: 20/06/2017. Aceptado: 07/08/2017.

judiciária em matéria civil, para a qual a União já começou a dar os primeiros – mas decisivos! – passos.

Resumen: *En la Unión Europea se planteó la preocupación de desarrollar un Espacio de Libertad, seguridad y justicia, en el que se crearon mecanismos para el fortalecimiento de una cooperación judicial en materia civil. Sobre todo, desde la crisis económica allí vivida, se creó una preocupación por el cobro de créditos, donde se adoptaron medios procesales europeos (proceso monitorio europeo, proceso europeo de escasa cuantía y orden europea de retención de cuentas), de carácter rápido y simplificado, a fin de evitar gastos excesivos y potenciar el cumplimiento de las libertades fundamentales y el buen funcionamiento del Mercado Interior. Las preocupaciones se mantuvieron y el año de 2017 surge como decisivo ya que se realizaron algunas modificaciones al proceso monitorio europeo y al proceso europeo de escasa cuantía (aplicables a partir de julio de 2017) y el régimen de orden europea de retención de cuentas es aplicable desde enero de 2017. Como corresponde a los tribunales nacionales tramitar el cobro de créditos a la luz de estos instrumentos, la remisión prejudicial reviste particular relevancia para resolver las dudas interpretativas / de validez que se les planteen. Así, los tribunales nacionales tienen que desarrollar la convicción de que disponen de la facultad para solicitar que tales recursos observen la tramitación prejudicial urgente en la medida en que la misma ya se encuentra disponible desde hace varios años y, sin embargo, nunca fue requerida y / o decretada para este tipo de procesos, a pesar de material y casuísticamente, el cobro de créditos a ella ser subsumible y poder gozar de esta tramitación más expedita. ¡Sólo así se promueve una verdadera integración judicial en materia civil, para la que la Unión ya ha comenzado a dar los primeros - pero decisivos!, pasos.*

Palavras-chave: Procedimento europeu de injunção, Ações de pequeno montante, Arresto de contas, Cooperação judiciária em matéria civil, Tramitação prejudicial urgente

Palabras clave: Proceso monitorio europeo, Proceso europeo de escasa cuantía, Orden europea de retención de cuentas, Cooperación judicial en materia civil, Procedimiento prejudicial de urgencia

1. INTRODUÇÃO

O Tratado de Lisboa, desde a sua aprovação, configurou-se como um ponto marcante na história da integração europeia na medida em que acarretou a abolição das Comunidades¹, o que determinou que “a

1 A década de 50 do século XX ficou marcada pela criação de três Comunidades: a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), a Comunidade Europeia e a Comunidade Europeia da Energia Atómica (EUROTOM). Assim, a CECA extinguiu-se porque o Tratado de Paris caducou em 2002; a Comunidade Europeia foi sucedida pela União Europeia com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa; por último, apesar de a EUROTOM se manter,

palavra “comunitário” se torn[asse], portanto, obsoleta”².

No contexto da cooperação judiciária em matéria civil – e, especificamente, no que diz respeito à cobrança de créditos na União Europeia – cabe demonstrar que o Tratado de Lisboa também asseverou o desaparecimento dos pilares comunitários, “com especial ênfase para a determinação de uma competência alargada do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) a todas as matérias reguladas nos tratados”³.

Assim, das competências delineadas no seio da União Europeia, resulta do disposto no artigo 4º, nº 2, j) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) que a União Europeia e os Estados-Membros exercem competências partilhadas no domínio do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça. Tal significa que “tanto a União como os Estados-Membro gozam de iniciativa legiferante”⁴.

Ademais, numa União Europeia marcada pelas liberdades económicas de circulação e pelo estabelecimento de um mercado interno, houve a necessidade de criar e de sedimentar um espaço onde se acautelassem sensibilidades demonstradas por quem efetivamente exercia ativamente tais liberdades. Surge, assim, o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, tal como o mesmo se encontra desenhado nos termos dos artigos 67º e seguintes do TFUE. Na realidade, determina o artigo 67º, nº 1 que “[a] União Europeia constitui um espaço de liberdade, segurança e justiça, no respeito dos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas e tradições jurídicos dos Estados-Membros”. Sob o chapéu deste Espaço desenvolve-se a cooperação judiciária em matéria civil, conforme se deriva do texto do artigo 67º, nº 4 do TFUE: “a União facilita o acesso à justiça, nomeadamente através do princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais e extrajudiciais em matéria civil”.

A cooperação judiciária em matéria civil dá observância ao princípio do reconhecimento mútuo já que é este que “permite uma harmonização de lacunas e uma aproximação das legislações nacionais dos diversos Estados-Membros”⁵ sempre que estes não se vejam em

atento o Protocolo nº 2 anexo ao Tratado de Lisboa, a realidade é que o seu objeto – centrado especificamente na energia atómica – não se subsume à vocação da atual União Europeia. Para maiores desenvolvimentos, DUARTE, Maria Luísa. *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 27-28.

2 BIAVATI, Paolo. “L’avenir du droit judiciaire privé d’origine européenne. De l’harmonisation des règles à l’harmonisation des effets”. *RTDeur – Revue trimestrielle de droit européen*. 2010, vol 46, nº 3, p. 564 (tradução livre).

3 ABREU, Joana Covelo de. “O procedimento europeu de injunção de pagamento: solução simplificada de cobrança de créditos transfronteiriços?”. Em: ROCHA, Joaquim Freitas da (Ed.). *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho* (e-book) [online]. Braga: Departamento de Ciências Jurídicas Públicas, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2014. tomo 2, p. 77 [consulta 09/06/2017]. Disponível em: <https://issuu.com/eduminho/docs/final_anu_rio_2013_etica_e_direito>

4 *Ibid.*, p. 78.

5 Cfr. ABREU, Joana Covelo de. “A tutela jurisdicional efetiva no âmbito da cooperação

condições de levar a cabo tal finalidade⁶. Ao reconhecimento mútuo há que agregar – sem possibilidade de dissociação – o princípio da confiança recíproca na medida em que não seria viável proclamar uma relação de mútuo reconhecimento, sobretudo num cenário que transcende, como veremos, a mera cooperação judiciária, “[s]em confiança”⁷.

O artigo 81º do TFUE estabelece, no âmbito do direito originário, que é à União Europeia que cabe desenvolver uma cooperação judiciária em matéria civil, assente na observância do princípio do reconhecimento mútuo e que pode passar pela adoção de medidas de aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros. Assim, os instrumentos de cobrança transfronteiriça de créditos foram adotados pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, observando o procedimento legislativo ordinário⁸, a fim de promover um melhor acesso à justiça e a eliminação dos obstáculos à boa tramitação das ações cíveis (conforme resulta do disposto no artigo 81º, nº 2, e) e f) do TFUE).

Assim, este texto ganha particular relevância na medida em que todos os mecanismos de cobrança de créditos que iremos tratar foram objeto de aplicação no ano de 2017 – como iremos ver, foram promovidas algumas alterações de fundo ao funcionamento das ações de pequeno montante e ao procedimento europeu de injunção cuja aplicação plena ocorre em Julho de 2014; por sua vez, o regime de arresto de contas bancárias também apenas se passou a aplicar a partir de Janeiro de 2017.

Deste modo, antevê-se que muitas serão as dúvidas – nomeadamente interpretativas – que se irão colocar aos tribunais que terão de implementar tais mecanismos processuais, as quais apenas poderão ser dirimidas através do salutar diálogo entre os tribunais nacionais (responsáveis por tramitar tais mecanismos de cobrança de créditos) e o Tribunal de Justiça, o órgão competente para se pronunciar sobre o sentido e / ou a validade do direito da União aplicável. Tal diálogo opera-se através do reenvio prejudicial, consagrado no artigo 267º do TFUE.

Assim, começaremos por analisar brevemente os mecanismos de cobrança de créditos existentes no contexto da União para, em seguida,

judiciária em matéria civil e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia: a cláusula de ordem pública e a revelia absoluta como causas de recusa de reconhecimento e de execução de decisões no contexto da União” [online]. *UNIO – EU Law Journal* 2014, nº 0. Braga: Centro de Estudos em Direito da União Europeia, 2014, p. 147-161, p. 150 [consulta 09/06/2017]. Disponível em: <http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%20PT/UNIO%200%20-%20Joana%20Abreu_pt.pdf>

6 NASCIMBENE, Bruno. “Le traite de Lisbonne et l’espace judiciaire européen : le principe de confiance réciproque et de reconnaissance mutuelle”. *Revue des Affaires Européennes – Law & European Affairs*, 2012, p. 787 (tradução livre).

7 *Ibid.*, p. 789 (tradução livre).

8 Para maiores desenvolvimentos, consultar artigo 294º do TFUE. Afinal, o procedimento legislativo ordinário pressupõe que a iniciativa legislativa fica confiada à Comissão Europeia e que o ato legislativo será adotado, em conjunto e codecisão, pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, observando as próprias regras da maioria de cada uma destas instituições.

aprender como o reenvio prejudicial funciona neste contexto e, bem assim, como se poderá requerer e ver deferida a sua tramitação urgente.

2. A COBRANÇA DE CRÉDITOS NA UNIÃO EUROPEIA E A IMPORTÂNCIA DA TRAMITAÇÃO PREJUDICIAL URGENTE

2.1. A cobrança de créditos na União Europeia

No seio do desenvolvimento de uma mais densa e aprofundada cooperação judiciária em matéria civil, a União Europeia desenvolveu três mecanismos no sentido de promover a viabilização de uma célere e eficaz cobrança de créditos não liquidados no contexto transfronteiriço que caracteriza a Europa, criando concretos e prementes benefícios para as empresas e particulares.

Assim, a União Europeia começou por adotar o Regulamento nº 1896/2006⁹, que criou um procedimento europeu de injunção de pagamento – a sua génese associa este procedimento ao pragmatismo, à rapidez, à celeridade. No entanto, tal pode determinar que se perca a intervenção judicial *strictu sensu*, na medida em que, dependendo das informações prestadas pelos Estados-Membros, poderá caber a uma entidade parajudicial e / ou administrativa a competência para tramitar esta injunção europeia. A sua criação foi bastante aplaudida pelos agentes económicos na medida em que “os atrasos de pagamento representam uma das principais causas de falência que ameaçam a sobrevivência das empresas, em especial das pequenas e médias empresas, e provocam a perda de inúmeros postos de trabalho”¹⁰. Afinal, apesar de a maioria dos Estados-Membros se encontrar dotada de mecanismos de cobrança facilitada de créditos não liquidados, a realidade é que “a Europa era, nesse domínio, uma verdadeira Babel, marcada por fortes assimetrias ao nível dos requisitos formais e substantivos, prazos, autoridades competentes (desde logo «juiz» versus «funcionários» [...]) e encadeado de regras adjetivas”¹¹. Assim, este mecanismo de injunção europeia de pagamento surge como “um processo-tipo, único, célere e suscetível de produzir resultados efetivos, potenciadores da economia e credibilizadores dos conceitos de Justiça Europeia e Espaço Judiciário Comum”¹².

Este mecanismo produzirá integralmente os seus efeitos caso o devedor, citado para se opor à injunção, não o fizer, circunstância em que

9 PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO. *Regulamento (CE) nº 1896/2006, de 12 de dezembro de 2006, que cria um procedimento europeu de injunção de pagamento* [consulta 09/06/2017]. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1501747526470&uri=CELEX:32006R1896>>

10 Regulamento (CE) nº 1896/2006, considerando 6.

11 MARINHO, Carlos M.G. de Melo. *A cobrança de créditos na Europa. Os processos europeus de injunção e pequenas causas*. Lisboa: Quid Juris, 2012, p. 19.

12 *Ibíd.*, p. 20.

o credor congrega, através da aposição de formula executória à injunção, um título executivo europeu que independe de qualquer medida de reconhecimento e / ou de declaração de executoriedade¹³, podendo o credor livremente executar o devedor no Estado-Membro onde lhe for mais favorável a obter o cumprimento. A injunção permite, ao credor, reclamar o pagamento de créditos que detém sobre outrem desde que se verifique 1) que existe uma dívida; 2) que esta se encontre pendente¹⁴; e 3) que não seja judicialmente controvertida¹⁵. Em regra, por força do artigo 2º do Regulamento, este procedimento servirá para demandar o pagamento de créditos emergentes de contratos, excluindo-se da sua aplicação os créditos resultantes de factos ilícitos¹⁶. Serve ainda para cobrar créditos de natureza pecuniária, que se encontrem “apurados e totalmente determinados” e que possam ser “peticionados em termos presentes e não meramente futuros”¹⁷. Não se lhe impõe qualquer limite pecuniário.

Também no sentido de promover uma eficaz e célere cobrança de créditos, a União Europeia adotou o Regulamento nº 861/2007¹⁸, que estabeleceu um processo europeu para ações de pequeno montante e que comunga com o procedimento europeu de injunção no ensejo de dotar a União de um espaço onde vigore a livre circulação de decisões judiciais já que “[a] vontade de construir um espaço judiciário europeu levou [...] a que o legislador da União ultrapassasse a via da simples coordenação dos processos nacionais, procedendo a avanços na aplicação de processos [...] específicos, destinados a regular mais rápida e eficazmente os litígios transfronteiriços, como [...] o processo europeu para ações de pequeno montante”¹⁹. Ações de pequeno montante, como a designação faz antever, destinam-se a atuar no âmbito da litigância de “baixa densidade”²⁰ já que se verificou que existe

13 Para maiores desenvolvimentos, ABREU, Joana Covelo de. “A tutela jurisdicional efetiva no âmbito da cooperação judiciária em matéria civil e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia: a cláusula de ordem pública e a revelia absoluta como causas de recusa de reconhecimento e de execução de decisões no contexto da União”. Op. cit.

14 MARINHO, Carlos M. G. de Melo. Op. cit., p. 23.

15 Regulamento (CE) nº 1896/2006, considerando 6.

16 Ressalte-se, no entanto, que é admissível a reclamação de créditos emergentes da propriedade de bens, por força do disposto no artigo 2º, nº 2, d), ii) do Regulamento. No entanto, o regime de demanda de créditos contratuais parece ter sido influenciado pelo sistema francês, que também prioriza, no seu procedimento interno de injunção, a cobrança de créditos de natureza contratual. Para maiores desenvolvimentos, MARINHO, Carlos M.G. de Melo. Op. cit., p. 23.

17 *Ibid.*, p. 24.

18 PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO. *Regulamento (CE) nº 861/2007, de 11 de julho de 2007, que estabelece um processo europeu para ações de pequeno montante* [consulta 09/06/2017]. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1501747671600&uri=CELEX:32007R0861>>

19 Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot no processo Alder vs. Orlowska, de 20 de setembro de 2012, processo nº C-325/11.

20 A expressão pertence a Carlos Marinho, para quem se remete. No entanto, a sua clara precisão terminológica, aliada a um sentido literário invejável, impele-nos a adotá-la. A propósito, MARINHO, Carlos M. G. de Melo. Op. cit., p. 95.

um grande *ratio* de créditos não pagos cujo montante não excede os 10.000,00€²¹. Assim, inicialmente estas tinham em vista obter a cobrança de créditos do montante de 2.000,00€, recentemente atualizado para um novo limiar de 5.000,00€. Ora, com o advento da crise económica que marcou a União Europeia e os seus destinos, a Comissão aventou, no seu Relatório de 8 de maio de 2013 sobre a “Cidadania da União”, que as ações de pequeno montante iriam contribuir decisivamente para uma das novas finalidades imputadas à União: a promoção da recuperação económica e do crescimento sustentável²².

No entanto, neste contexto de crise, detetou-se que, sobretudo as ações de pequeno montante, mas também, ainda que circunstanciadamente, o procedimento europeu de injunção, eram mais morosos do que se pretendia, embora já tivessem decorrido alguns anos desde a sua entrada em vigor, razão pela qual foi adotado o Regulamento n° 2015/2421²³ que “acarreta algumas alterações ao funcionamento quer das ações de pequeno montante, quer do procedimento europeu de injunção”²⁴. Tais mutações aplicam-se a partir do dia 14 de julho de 2017 e vão no sentido de conferir maior operatividade aos mecanismos, tendo uma das principais alterações determinado que o montante do crédito capital²⁵ objeto das ações de pequeno montante fosse aumentado

21 Para maiores desenvolvimentos, consultar COMISSÃO EUROPEIA. Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera o Regulamento (CE) n° 861/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, que estabelece um processo europeu para ações de pequeno montante, e o Regulamento (CE) n° 1896/2006, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, que cria um procedimento europeu de injunção de pagamento. Bruxelas: 19.11.2013, COM(2013) 794 final, 2013/0403(COD), p. 6 [consulta 10/06/2017]. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2013/PT/1-2013-794-PT-F1-1.Pdf>>. No mesmo sentido, tendo em conta as considerações críticas por nós avançadas, ABREU, Joana Covelo de. “O impacto do Regulamento n° 2015/2421 no funcionamento das ações de pequeno montante – compreensões quanto à justiça eletrónica europeia”. Em: FONSECA, Isabel; FROUFE, Pedro Madeira; e ROCHA, Joaquim Freitas da (Ed.). *Livro em Homenagem ao Professor Doutor Cândido Oliveira*, Braga: 2017, no prelo, p. 5 (provisório).

22 COMISSÃO EUROPEIA. EU Citizenship Report 2013, EU citizens: your rights, your future. Bruxelas: 08.05.2013, COM(2013) 269 final, p. 15 [consulta 10/6/2017]. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/citizen/files/com_2013_269_en.pdf>

23 PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO. *Regulamento (UE) n° 2015/2421, de 16 de dezembro de 2015, que altera o Regulamento (CE) n° 861/2007 que estabelece um processo europeu para ações de pequeno montante e o Regulamento (CE) n° 1896/2006 que cria um procedimento europeu de injunção de pagamento* [consulta 10/6/2017]. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1501748132862&uri=CELEX:32015R2421>>

24 ABREU, Joana Covelo de. “O impacto do Regulamento n° 2015/2421 no funcionamento das ações de pequeno montante – compreensões quanto à justiça eletrónica europeia”. Op. cit., p. 3 (provisório).

25 Falamos em *crédito capital* na medida em que, para a definição do valor da ação, é tido como referencial o montante em dívida, dele se excluindo os juros, os custos e quaisquer outras despesas, conforme resulta do disposto no artigo 2.º, n° 1 do Regulamento n° 861/2007. Assim, ainda que somados tais valores e encontrado um valor superior ao montante atualmente em vigor de 5.000,00€, se o montante inicial em dívida era inferior, então a matéria insere-se no âmbito de aplicação deste Regulamento.

de 2.000,00€ para 5.000,00€.

No entanto, a cobrança de créditos saiu ainda mais reforçada com a adoção do Regulamento nº 655/2014²⁶ que veio estabelecer um procedimento de decisão europeia de arresto de contas bancárias. Em conjunto com o procedimento de injunção e as ações de pequeno montante, “o arresto de contas bancárias tem em vista facilitar a cobrança rápida e eficaz de créditos não liquidados, assegurando, ao credor, que o património do devedor não é dissipado por este ou por outrem, a seu mando”²⁷.

A par da injunção europeia e das ações de pequeno montante, este mecanismo de arresto “configura-se como um processo europeu uniforme que pode ser usado pelos litigantes como alternativo aos meios previstos no direito nacional – considerando 6 e artigo 1º, nº 2 do Regulamento”²⁸.

No caso do arresto de contas bancárias, verificamos que o mesmo tem em vista facilitar a cobrança de créditos na medida em que “ter de usar diversos procedimentos nacionais acabava por ser complexo e dispendioso”²⁹. Assim, e como a União ainda não se dotou de um processo executivo europeu, continuando a confiar nas soluções jurídico-processuais nacionais, houve a necessidade de assegurar que os bens, nomeadamente de carácter monetário, poderiam ficar salvaguardados através de um procedimento cautelar especificado / tipificado tendente a promover uma “apreensão judicial de bens com carácter provisório” que “emerge de um processo de natureza cautelar e que pode ser decretado previamente à propositura de um processo executivo (quer no âmbito de uma ação declarativa, quer antes da apresentação desta ação em juízo)”³⁰. Parece-nos, assim, como já tivemos oportunidade de expor, que “o legislador da União pensou num mecanismo provisório que, aprioristicamente, poderá ser capaz de facilitar a cobrança transfronteiriça de créditos (que se lhe seguirá) e que visa não comprometer o equilíbrio hercúleo entre o direito à ação e os direitos de defesa”³¹.

26 PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO. *Regulamento (UE) nº 655/2014, de 15 de maio de 2014, que estabelece um procedimento de decisão europeia de arresto de contas para facilitar a cobrança transfronteiriça de créditos em matéria civil e comercial* [consulta 10/06/2017]. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1501748285202&uri=CELEX:32014R0655>>

27 ABREU, Joana Covelo de. “O Regulamento nº 655/2014 que estabelece um procedimento de decisão europeia de arresto de contas: direitos à ação e de defesa em tensão reflexiva no contexto de uma integração judiciária em matéria civil – uma precoce antevisão”. Em: SILVEIRA, Alessandra (Ed.). *UNIO – e-book, Vol. I, Workshops CEDU 2016* [online]. Braga: Centro de Estudos em Direito da União Europeia, 2017, p. 253-276, p. 254 [consulta 19/06/2017]. Disponível em: <<http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/E-book%20-%20Vol.%201%20-%202016.pdf>>

28 *Ibid.*, p. 255.

29 *Ídem.*

30 *Ibid.*, p. 258.

31 *Ibid.*, p. 259.

Está, assim, criado o *status quo* que nos demanda esta reflexão – na realidade, com a criação e sedimentação de meios mais eficazes de cobrança de créditos, há a necessidade de verificar como os mesmos serão aplicados a fim de não comprometer a uniformidade do direito da União. Na realidade, o direito da União Europeia é maioritariamente aplicado pelos tribunais nacionais – para os quais estes mecanismos também nos conduzem –, havendo a necessidade de assegurar que estes não comprometerão a efetividade do direito da União, quando atuam como tribunais funcionalmente europeus ou como “tribunais de direito comum da União Europeia”³².

Do que ficou explanado, verificamos que as soluções de cobrança de créditos passam pela adoção de atos normativos gerais e abstratos – os Regulamentos – que são diretamente aplicáveis aos ordenamentos jurídicos dos diversos Estados-Membros. Mas a novidade destes atos legislativos europeus prende-se com o facto de criarem soluções jurídico-processuais europeias, em que grande parte do processado é regida única e exclusivamente pelos termos consignados nos Regulamentos respetivos. No entanto, há domínios em que os Regulamentos em questão confiam nas soluções processuais dos Estados-Membros, dando plena observância ao princípio geral da autonomia processual dos Estados-Membros que determina que lhes cabe criarem as vias recursórias adequadas a promover os direitos decorrentes da ordem jurídica europeia – cf., a propósito, artigo 19º, nº 1, 2º parágrafo do TUE.

Por sua vez, as soluções atinentes às injunções europeias, às ações de pequeno montante e ao arresto de contas serão sempre aplicadas pelos tribunais nacionais, observando as regras de conflitos decorrentes da ordem jurídica europeia³³, atuando como pontes de transição, verificando-se a existência de um sistema de normas em rede decorrentes de distintas fontes (a europeia e a nacional, através das devoluções pontuais realizadas para as soluções processuais do Estado-Membro do foro), que convivem no mesmo espaço e que determinam como os litígios irão tramitar. Neste contexto, demanda-se uma articulação entre o órgão jurisdicional nacional, atuando como agente europeu, e o Tribunal de Justiça, na qualidade de exclusivo intérprete do direito da União.

Cria-se, assim, a necessidade de averiguar as relações de interação reflexiva entre ordenamentos jurídicos distintos – o do Estado-Membro do foro e o da União Europeia – que se operará, de forma cabal, através

32 Para maiores desenvolvimentos, PIÇARRA, Nuno. “As incidências do direito da União Europeia sobre a organização e o exercício da função jurisdicional dos Estados-Membros”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2010, vol 8, p. 212.

33 A propósito, é aplicável, à definição da competência dos tribunais dos Estados-Membros, o Regulamento (UE) nº 1215/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial [consulta 10/06/2017]. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1501748425875&uri=CELEX:32012R1215>>

do reenvio prejudicial, que trataremos em seguida³⁴.

2.2. O reenvio prejudicial e a tramitação prejudicial urgente

O reenvio prejudicial³⁵ apresenta-se como um mecanismo jurisdicional de que os tribunais nacionais dos Estados-Membros podem dispor, quando se deparam com litígios que se inserem no âmbito de aplicação do direito da União, atuando, nesta sede, como tribunais funcionalmente europeus. Tem como escopo permitir aos juizes nacionais indagarem, junto do Tribunal de Justiça³⁶, da interpretação ou da validade do direito da União que assume relevância para o caso *sub judice* – vide, a propósito, artigos 19º do Tratado da União Europeia (TUE) e 267º do TFUE.

Conforme foi veiculado pelo próprio Tribunal de Justiça, nas suas Recomendações sobre o reenvio prejudicial, este é “o mecanismo fundamental do direito da União Europeia, que tem por finalidade fornecer aos órgãos jurisdicionais dos Estados-membros o meio de assegurar uma interpretação e uma aplicação uniformes deste direito em toda a União”³⁷. No entanto, entre os tribunais nacionais e o Tribunal

34 Tais derivações beberam influências na teoria da interconstitucionalidade aventada por Gomes Canotilho e demais estudiosos dos fenómenos “*inter-*”. A propósito, e entre outros, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Estado de direito e internormatividade”. Em: SILVEIRA, Alessandra (Ed.). *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*, Ação Jean Monnet (Information and Research Activities). Lisboa: Quid Juris, 2010, p. 171-185; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006; RANGEL, Paulo Castro. *O estado do Estado. Ensaio de política constitucional sobre justiça e democracia*. Alfragide: Dom Quixote, 2009; MADURO, Miguel Poiares. *A Constituição Plural. Constitucionalismo e União Europeia*. Lisboa: Principia, 2006; MADURO, Miguel Poiares. “Three Claims of Constitutional Pluralism”. Em: AVBELJ, Matej e KOMAREK, Jan (Eds.). *Constitutional pluralism in the European Union and beyond*. Oregon: Hart Publishing Oxford and Portland, 2012; SILVEIRA, Alessandra. “Intersubjetividade, interdemocraticidade, interconstitucionalidade, Filosofia Política e juridicidade europeia”. Em: ROSAS, João Cardoso e MOURA, Vitor (Ed.). *Pensar radicalmente a humanidade, Ensaio em homenagem ao Prof. Doutor Acílio da Silva Estanqueiro Rocha*. Braga: Edições Humus, 2011, p. 9-27.

35 Para maiores desenvolvimentos, ABREU, Joana Covelo de. “Anotação ao Despacho do Tribunal de Justiça (10ª Secção) de 16 de julho de 2015 – Processo nº C-507/14”. *Anuário de Direito Internacional 2014/2015*. Lisboa: Instituto Diplomático, Ministério dos Negócios Estrangeiros, 2016, p. 413- 426.

36 O Tratado de Lisboa introduziu algumas alterações na estrutura orgânica jurisdicional da União Europeia, na medida em que determinou, por conta do desaparecimento das Comunidades, que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias – nomenclatura prévia ao Tratado de Lisboa – passasse a designar-se Tribunal de Justiça da União Europeia, sendo este composto pelo Tribunal de Justiça, pelo Tribunal Geral e pelos tribunais especializados, nos termos e para os efeitos do artigo 19º, nº 1 do TUE. Assim, estes tribunais configuram-se como tribunais organicamente europeus, na medida em que também os tribunais nacionais compõem a ordem jurisdicional europeia, na sua veste de tribunais funcionalmente europeus. Para maiores desenvolvimentos, SILVEIRA, Alessandra. *Princípios de direito da União Europeia. Doutrina e Jurisprudência*, 2ª ed. Lisboa: Quid Juris, p. 229 e seguintes.

37 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Recomendações à atenção dos órgãos jurisdicionais nacionais, relativas à apresentação de processos prejudiciais*. Luxemburgo: 06.11.2012, 2012/C 338/01, nº 1, p. 1. [consulta 11/06/2017]. Disponível em: <http://eur-lex.

de Justiça não existe nenhuma relação hierárquica³⁸.

O reenvio prejudicial caracteriza-se por uma dinâmica objetiva – enquanto “diálogo formal”³⁹ entre os tribunais dos Estados-Membros e o Tribunal de Justiça – e que observa um conjunto de regras próprias, nomeadamente as que resultam dos termos do artigo 267º do TFUE: este artigo, aliás, demonstra-nos que este opera como “um instrumento de cooperação direta entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais”⁴⁰. Simultaneamente, podemos-lhe adivinhar uma dimensão subjetiva na medida em que se encontra “ao serviço da tutela jurisdicional efetiva”⁴¹. Afinal, apesar de não se encontrar na disposição direta dos particulares (porque o Tribunal de Justiça não funciona nem pretende funcionar como um tribunal de recurso e, portanto, os particulares não têm legitimidade ativa neste cerne), o reenvio pressupõe que o Tribunal de Justiça possa fornecer, ao tribunal nacional – que tem de acautelar diretamente os direitos das partes –, os dados necessários em sede de interpretação ou de validade do direito da União aplicável ao litígio, permitindo-lhe decidir e, bem assim, promover a justiça material e o enquadramento dos direitos conferidos pela ordem jurídica europeia. Afinal, é o juiz nacional que irá aplicar, ao caso concreto, a interpretação / a apreciação da validade do direito da União feita pelo Tribunal de Justiça na medida em que “não compete ao Tribunal [de Justiça] pronunciar-se sobre questões de facto suscitadas no âmbito do litígio no processo principal nem sobre eventuais divergências de opinião quanto à interpretação ou à aplicação das regras de direito nacional”⁴², embora o Tribunal de Justiça se esforce por dar uma resposta útil à boa solução do litígio em que emergiu a dúvida relativa ao direito da União.

O reenvio prejudicial pode, contudo, revelar-se indispensável em processos que revestem, intrínseca ou extrinsecamente, um caráter de urgência. Na realidade, “desde o dia 1 de março de 2008, o Tribunal de Justiça dispõe de um novo instrumento processual que lhe permite decidir questões prejudiciais relativas ao atualmente denominado espaço de liberdade, segurança e justiça (ELSJ)”⁴³. Tal tramitação permite-lhe

europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2012:338:FULL&from=EN>

38 DASHWOOD, Alan; DOUGAN, Michael; RODGER, Barry; SPAVENTA, Eleanor; e WYATT, Derrick. *European Union Law*, 6ª ed. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 209 a 210 e 216.

39 A propósito, TIMMERMANS, Christiaan. “Multilevel judicial co-operation”. Em: CARDONNEL, Pascal; ROSAS, Allan; e WAHL, Nils (Eds.). *Constitutionalising the EU judicial system: Essays in honour of Pernilla Lindh*, Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 16.

40 RODRIGUES, Maria Eugénia Martins de Nazaré. “Anotação ao artigo 267º do TFUE”. Em: PORTO, Manuel Lopes e ANASTÁCIO, Gonçalo (Ed.). *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 962-966, p. 963.

41 SILVEIRA, Alessandra. *Princípios de direito da União Europeia*. Op. cit., p. 233.

42 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Recomendações à atenção dos órgãos jurisdicionais...* Op. cit., nº 7, p. 2.

43 PATRÍCIO, Helena. “O mandato de detenção europeu na jurisprudência do Tribunal de Justiça”. *UNIO – EU Law Journal* 2014, nº 0, 2014, p. 62-82, p. 73 [consulta 19/06/2017]. Disponível em: <<http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%200%20-%20>

decidir “dentro de prazos mais curtos do que os previstos em regra para o reenvio prejudicial, em conformidade com as exigências de celeridade que possam colocar-se nos domínios abrangidos”⁴⁴.

Da leitura combinada do artigo 23º-A do Estatuto do Tribunal de Justiça⁴⁵ e dos artigos 107º a 114º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça⁴⁶, o reenvio prejudicial poderá observar uma tramitação prejudicial especial, do tipo urgente, sempre que as matérias objeto do reenvio prejudicial sejam relativas “ao espaço de liberdade, segurança e justiça” já que acarreta “condicionantes ainda mais significativas às pessoas envolvidas, uma vez que limita, designadamente, o número de partes autorizadas a apresentar observações escritas” e, “em casos de extrema urgência, [permite] omitir completamente a fase escrita do processo no Tribunal”⁴⁷.

Para o efeito, “a aplicação desta tramitação só dever[á] ser pedida em circunstâncias em que seja absolutamente necessário que o Tribunal se pronuncie muito rapidamente sobre as questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio”⁴⁸. Assim, o Tribunal de Justiça assevera que são vastas as matérias que se podem subsumir ao Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça embora concretize algumas matérias onde é mais intuitivo o seu decretamento: “um órgão jurisdicional nacional poderá apresentar um pedido de tramitação prejudicial urgente, por exemplo, no caso [...] de uma pessoa detida ou privada de liberdade [...] ou no caso de um litígio relativo a poder paternal ou à guarda de crianças [...]”⁴⁹.

Assim, a tramitação prejudicial urgente caracteriza-se por um encurtamento dos prazos para apresentação de alegações e de observações escritas – o prazo é fixado pelo Tribunal de Justiça que o comunica com a decisão da tramitação e com a data previsível da audiência. Tal tramitação deverá ser requerida pelo tribunal nacional: nos termos do disposto no artigo 107º, nº 2 do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, este tem de expor as circunstâncias de direito e de facto comprovativas da urgência que justificam este tipo de tramitação. Nesta exposição, o tribunal nacional deverá, sempre que

Helena%20Patricio_pt.pdf>

44 Ídem.

45 Dispõe o artigo 23º-A, 1º parágrafo do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, na versão consolidada do Protocolo (nº 3), anexo aos Tratados: O Regulamento de Processo pode prever a tramitação acelerada de certos processos e a tramitação urgente dos pedidos de decisão prejudicial relativos ao espaço de liberdade, de segurança e de justiça”.

46 UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, de 25 de setembro de 2012 (JO L 265 de 29 de setembro de 2012), alterado em 18 de junho de 2013 (JO L 173 de 26 de junho de 2013) e em 19 de julho de 2016 (JO L 217 de 12 de agosto de 2016)* [consulta 11/06/2017]. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012Q0929\(01\)&from=PT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012Q0929(01)&from=PT)>

47 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Recomendações à atenção dos órgãos jurisdicionais*. Op. cit., nº 39, p. 5.

48 *Ibid.*, nº 39, 2ª parte, p. 5.

49 *Ibid.*, nº 40, p. 5.

possível, elencar os riscos em que se incorrerá se a questão prejudicial não for respondida com efetiva urgência. Pelo exposto, verificamos a cumulação de dois requisitos:

- *de carácter material*: o litígio tem de se subsumir a uma das matérias do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (e não apenas às matérias elencadas no atual artigo 267.º, 4.º parágrafo do TFUE ou àquelas que o Tribunal de Justiça avançou, na sua nota informativa⁵⁰, como sendo mais usuais);
- *de carácter casuístico*: demonstração da urgência em obter a resposta à questão prejudicial.

O artigo 107º, nº 2, *in fine* do Regulamento de Processo veicula ainda que o juiz nacional, sendo-lhe possível, deverá indicar qual o sentido que lhe parece que as respostas do Tribunal de Justiça irão seguir.

Por sua vez, se o órgão jurisdicional de reenvio não tiver pedido a aplicação da tramitação urgente, o presidente do Tribunal poderá, excepcionalmente, pedir à secção competente que examine se é necessário submeter o reenvio a tal tramitação quando, à primeira vista, tal se lhe afigurar necessário (artigo 107º, nº 3 do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça).

A decisão de submeter um dado reenvio a tramitação urgente é tomada pela secção designada para o efeito, sob proposta do seu juiz-relator, depois de ouvido o Advogado-Geral (artigo 108º, nº 1 do Regulamento de Processo), a qual é imediatamente notificada ao tribunal de reenvio, às partes, ao Estado-Membro, à Comissão e à Instituição (ou Instituições) que tiver adotado o ato objeto do reenvio (artigo 109º, nº 2 do Regulamento do Processo).

Por conta da necessidade de obter a decisão do Tribunal de Justiça em curto tempo, “apenas participam na fase escrita as partes no processo principal, o Estado-Membro ao qual pertence o órgão jurisdicional de reenvio, a Comissão e as outras Instituições se estiver em causa um dos seus atos; dado que estes dominam a língua do processo, a fase escrita pode ter início imediatamente, sem ser necessário esperar pela tradução do reenvio prejudicial em todas as línguas oficiais”⁵¹. Do mesmo modo, o Tribunal de Justiça conta com uma das suas secções para tramitar tais pedidos, a qual é especialmente determinada para o efeito.

Na sequência da decisão do Tribunal de Justiça a decretar a

50 A propósito, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Nota informativa relativa à apresentação de pedidos de decisão prejudicial pelos órgãos jurisdicionais nacionais* – Complemento na sequência da entrada em vigor da tramitação urgente aplicável aos pedidos de decisão prejudicial relativos ao espaço de liberdade, de segurança e de justiça, nº 7, p. 3. Luxemburgo: 26/09/2008 [consulta 18/07/2017]. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2008-09/noteppu_2008-09-26_10-59-21_831.pdf>

51 MOTA DE CAMPOS, João; PEREIRA, António Pinto; e MOTA DE CAMPOS, João Luiz. *O Direito Processual da União Europeia. Contencioso Comunitário*, 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 476.

tramitação prejudicial urgente verifica-se imediatamente a notificação da data previsível para a realização da audiência (artigo 109º, nº 5 do Regulamento de processo).

O artigo 111º do Regulamento estabelece que, em casos de extrema urgência, a secção poderá decidir omitir a fase escrita do processo prejudicial.

Tendo em conta o regime jurídico inerente à decretação da tramitação urgente, há que atentar à realidade e aos ganhos temporais que a implementação desta tramitação especial acarretou. Neste contexto, o Tribunal de Justiça publicou, recentemente, o seu Relatório Anual de 2016, onde se refere que a duração média dos processos que aí tramitam ordinariamente é de 14,7 meses⁵²; no entanto, sempre que se tratam de reenvios prejudiciais especiais, nomeadamente que observam a tramitação prejudicial urgente, a média cifra-se em 2,7 meses⁵³.

Ora, atentas as considerações vertidas quanto aos processos atinentes à cobrança de créditos no contexto da União, os considerandos iniciais dos Regulamentos que os instituem ovacionam a celeridade processual que os mesmos pressupõem. Acresce ainda que todas estas matérias se inserem no âmago do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, podendo – e, na nossa perspetiva, devendo – os reenvios prejudiciais a eles atinentes observar esta tramitação urgente.

2.3. A tramitação prejudicial urgente e a cobrança de créditos – relação simbiótica

Conforme ficou claramente plasmado atrás, a tramitação prejudicial urgente, para ser decretada, pressupõe que o reenvio tenha por objeto a interpretação e / ou a aferição de validade de uma norma inserida no âmbito do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça. A este requisito material, aduzimos um requisito casuístico – o tribunal nacional (e, excecionalmente, o Presidente do Tribunal de Justiça, quando considere necessário) tem de demonstrar o carácter de urgência imanente ao processo dos autos em que a interpretação e / ou validade de uma disposição de direito da União se revela essencial.

Ora, como também tivemos oportunidade de asseverar, o procedimento de injunção e as ações de pequeno montante já se encontram em vigor, no ordenamento jurídico da União, há longos anos. No entanto, foram objeto de recente alteração legislativa, levada

52 Este período médio de duração é determinado por diversos fatores, sendo o mais preponderante a tradução de todos os documentos, requerimentos, observações, etc., apresentados no contexto de um reenvio prejudicial, na medida em que vigora a prerrogativa de os intervenientes processuais se poderem dirigir ao Tribunal de Justiça na sua língua mãe, desde que seja uma das línguas oficiais da União Europeia. Assim, as demandas de tradução são grandes, o que determina uma maior morosidade processual.

53 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Relatório Anual 2016* – “Panorama do Ano”. 2017, p. 28, [consulta 19/06/2017]. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-04/ti_pubpdf_qdaq17001ptn_pdfweb_20170424163218.pdf>

a efeito através do mencionado Regulamento nº 2015/2421, que será plenamente aplicável a partir do dia 14 de julho de 2017. Do mesmo modo, o arresto de contas bancárias é plenamente aplicável a partir de 18 de janeiro de 2017.

Assim, as facilidades inerentes ao Regulamento nº 1896/2006 (relativo ao procedimento de injunção) e ao Regulamento nº 861/2007 (relativo às ações de pequeno montante) encontram-se disponíveis há vários anos. No entanto, das pesquisas jurisprudenciais realizadas para este fim, verificámos que o Tribunal de Justiça nunca decretou a tramitação prejudicial urgente em nenhum processo de reenvio que tivesse por objeto a interpretação das disposições de um daqueles Regulamentos⁵⁴. Já ficou, contudo, bem demonstrado que quer o requisito material, quer o requisito casuístico se preenchem no âmbito da cobrança transfronteiriça de créditos – porque subsumível aos termos do disposto no artigo 81º do TFUE, relativo à cooperação judiciária em matéria civil e, portanto, dentro do leque de matérias do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, conforme este resulta do disposto no artigo 67º do TFUE, nomeadamente o seu nº 4.

Afinal, quer o procedimento de injunção, quer as ações de pequeno montante criam um processado próprio no seio da União Europeia e, bem assim, afiguram-se como mecanismos tendentes a congregarem soluções jurídico-processuais acessíveis a todos aqueles que interagem economicamente no contexto europeu. Assim, quer num Regulamento, quer no outro, podemos encontrar, na teleologia vertida nos seus considerandos, expressões que os caracterizam por criarem processos céleres e simples, pelo que até o enquadramento abstrato do pressuposto casuístico está preenchido. Cabe depois ao juiz nacional um papel bem mais simplificado: poderá e deverá explicar a urgência associada à decisão, nomeadamente o risco que o requerente / autor corre se o processo demorar, como com a existência mais ou menos premente de uma de insolvência, de uma dispersão patrimonial na pendência da ação, etc. Mas trata-se de uma concretização, embora abstratamente a urgência já seja uma característica inerente aos próprios processos.

Do mesmo modo, o Regulamento relativo ao arresto de contas bancárias (Regulamento nº 655/2014) cria um verdadeiro procedimento cautelar, o qual congrega carácter de urgência imanente (afinal, não é outra a definição de procedimento cautelar), podendo entender-se que aqui o preenchimento de ambos os requisitos é automático: trata-se de

54 A Autora conduziu uma pesquisa *booleana* no sítio da internet do Tribunal de Justiça (www.curia.europa.eu) através dos números dos Regulamentos referenciados e, bem assim, através da escolha da opção de consulta “apenas processos com tramitação prejudicial urgente”. Desta confrontação, a Autora não encontrou um único exemplo de acórdão proferido ao abrigo desta modalidade de tramitação e, bem assim, pôde constatar que nenhum pedido de tramitação urgente foi também submetido ao Tribunal de Justiça por nenhum tribunal nacional que apresentou os pedidos de reenvio.

um ato adotado no seio do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça e é, por natureza, um processo urgente que, como tal, demanda uma tramitação prejudicial consentânea com o seu cunho. Na realidade, este Regulamento pressupõe que a decisão de arresto seja tomada com especial celeridade⁵⁵, o que não se compadece, em absoluto, com outra tramitação prejudicial que não seja a urgente.

Da análise jurisprudencial depreendemos que a tramitação prejudicial urgente é normalmente adotada para processos relacionados com família e as suas relações com os menores, quando se trate de um processo em que há uma pessoa detida ou presa ou, ainda, em matéria de vistos, asilo e imigração⁵⁶. Assim, apesar de tais matérias serem das mais fraturantes em sede do Espaço de Liberdade Segurança e Justiça – e figurarem nos exemplos dados nas Recomendações do Tribunal de Justiça sobre o reenvio prejudicial e no seu Complemento – a realidade é que há tantas outras matérias que mereciam tal atenção. Este Espaço é muito mais amplo do que estas circunstâncias e onde, comprovada e teleologicamente, já se depreende que há situações de urgência na medida em que ou o carácter simplificado dos processos ou o baixo valor associado ao pedido ou o próprio carácter de providência cautelar ditam que a tramitação prejudicial urgente seja a única que deva ser cogitada.

No entanto, não podemos esperar que o Tribunal de Justiça, oficiosamente e de forma excecional, vá decretar esta forma de tramitação única e exclusivamente a seu próprio mote, sobretudo quando sabemos existir uma secção que se dedica ao seu processamento e não se quer votar o seu trabalho a uma maior lentidão.

55 A propósito, Regulamento (UE) n.º 655/2014, artigo 18.º.

56 Sem pretensões de esgotamento do tema, podemos organizar, por temáticas, os acórdãos emanados tramitando como reenvios prejudiciais urgentes, a saber:

- *Cooperação judiciária em matéria civil (execução das decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental)*: acórdãos TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA Rinau, processo n.º C-195/08 PPU; Detiček, processo n.º C-403/09 PPU; Povse, processo n.º C-211/10 PPU; McB, processo n.º C-400/10 PPU; Aguirre Zarraga, processo n.º C-491/10 PPU; Mercredi, processo n.º C-497/10 PPU; Health Service Executive, processo n.º C-92/12 PPU; C., processo n.º C-376/14 PPU; Bradbrooke, processo n.º C-498/14 PPU; P., processo n.º C-455/15 PPU; OL, processo n.º C-111/17 PPU;

- *Cooperação policial e judiciária em matéria penal*: acórdãos TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA Santesteban Goicoechea, processo n.º C-296/08 PPU; Leymann e Pustovarov, processo n.º C-388/08 PPU; Gataev e Gataeva, processo n.º C-105/10 PPU; West, processo n.º C-192/12 PPU; F., processo n.º C-168/13 PPU; Spasic, processo n.º C-129/14 PPU; Lanigan, processo n.º C-237/15 PPU; A., processo n.º C-463/15 PPU; Căldăraru, processo n.º C-659/15 PPU; Kovalkovas, processo n.º C-477/16 PPU; Özçelik, processo n.º C-453/16 PPU; Poltorak, processo n.º C-452/16 PPU; Milev, processo n.º C-439/16 PPU; JZ, processo n.º C-294/16 PPU; Dworzecki, processo n.º C-108/16 PPU; e A., processo n.º C-463/15 PPU;

- *Vistos, asilo, imigração*: acórdãos TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA Kadzoev, processo n.º C-357/09 PPU; El Dridi, processo n.º C-61/11 PPU; Mohammad Imran, processo n.º C-155/11 PPU; Vo, processo n.º C-83/12 PPU; Adil, processo n.º C-278/12 PPU; G. e R., processo n.º C-383/13 PPU; Mahdi, processo n.º C-146/14 PPU; X e X, processo n.º C-638/16 PPU; N., processo n.º C-601/15 PPU; e Mirza, processo n.º C-695/15 PPU.

CONCLUSÕES

Os mecanismos de cobrança de créditos no contexto alargado da União Europeia – cujo ano de 2017 é sobejamente preponderante pois é no seu decurso que as novidades se começaram a aplicar – vieram adensar “as soluções jurídico-processuais que [a União] já oferecia, mais consentâneas com a realidade, permitindo às partes conhecer, mais cabalmente, o regime jurídico a que fica sujeito o processo que iniciam”⁵⁷. Na realidade, quer as alterações operadas em sede de ações de pequeno montante e de injunções europeias, quer o novo regime de arresto de contas se pautam pela sedimentação de processos-tipo, de carácter alternativo às soluções jurídico-processuais internas, mas que determinam como a tramitação se irá observar, no contexto da União, desde que o requerimento inicial é apresentado até à decisão final. Assim, “as devoluções para as soluções jurídico-processuais dos Estados-Membros se oper[a]m menos vezes e, deste modo, a previsibilidade de como o processo se desenrolará é maior”⁵⁸.

A sedimentação de formas de tramitação puramente europeias, que terão de ser observadas e implementadas pelos tribunais nacionais, numa perspetiva de proximidade aos elementos determinantes do litígio, acaba por colocar as matérias relativas à cooperação judiciária em matéria civil na ordem do dia. Aliás, na senda da criação destes mecanismos, há mesmo autores que se referem à emergência de um “processo civil europeu”⁵⁹, nomenclatura que, apesar de indiciadora da maior integração sentida, nós rejeitamos.

Na realidade, a utilização de expressões demasiadamente ataviadas à estrutura processual nacional apenas irá comprometer o processo de integração que se está a desenhar; por sua vez, consideramos que o vocábulo “cooperação” que encontramos na temática onde a cobrança de créditos se encerra está demasiadamente conexionado a um período histórico da União em que a cooperação entre Estados-Membros era o fluxo procurado e onde as decisões eram tomadas observando o método intergovernamental. Ora, atualmente, o estágio de interação entre os ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros e da União Europeia assumiu proporções de marcada importância pelo que, criando-se mecanismos próprios de tramitação de demandas creditícias, em contexto europeu, seria mais consentâneo – sem criar fricções ou temores

57 ABREU, Joana Covelo de. “O impacto do Regulamento n° 2015/2421 no funcionamento das ações de pequeno montante – compreensões quanto à justiça eletrónica europeia”. Op. cit., p. 16 (provisório).

58 Ídem.

59 Entre outros, BIAVATI, Paolo. Op. cit., p. 565; TARZIA, Giuseppe. “L’ordine europeo del processo civile”. *Rivista de diritto processuale*, 2001, n° 4, p. 902; e CANNIZZARO, Enzo. “Sui rapporti tra sistemi processuali nazionali e diritto dell’Unione Europea”. *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2008, n° 1, p. 447.

de atentado às soberanias nacionais – falar já em integração judiciária em matéria civil. Afinal, as realidades aqui estudadas fornecem-nos “o mote para nos deslocarmos da nomenclatura intergovernamental de “cooperação” e da denominação inerente ao ideário estadual de “direito processual civil europeu”⁶⁰.

Aqui chegados, cabe, assim, afirmar que, face às novidades implementadas em sede de cobrança de créditos na União Europeia – que conhece, no ano de 2017, um ano de concretização e de melhoramento –, este texto tem de se pautar por dois apelos dogmático-conclusivos:

- um *apelo à consciência*: num contexto em que o reenvio prejudicial permite o diálogo direto dos tribunais nacionais com o Tribunal de Justiça, os operadores judiciários têm, de forma mais premente, de enraizar a necessidade de apresentarem mais e melhores reenvios prejudiciais, absolutamente fundamentais em regimes que se pautam por novidades relativas ao seu funcionamento. Afinal, apesar de “a interação reflexiva entre ordens jurisdicionais que convivem no mesmo espaço jurídico não se esgota[r] no exercício presente de um reenvio prejudicial”⁶¹, a realidade é que este é a forma mais adequada para o juiz nacional deslindar as suas dúvidas quando tenha de aplicar o direito da União, especialmente quando se trata de regimes com novos contornos; e
- um *apelo à necessidade*: já que é imprescindível despertá-los para o facto de existir uma tramitação prejudicial urgente que se aplica também aos domínios da cobrança de créditos uma vez que estes se encontram ao serviço da criação e implementação de um Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça.

Revela-se, assim, muito problemático intuir porque não foi ainda decretada esta tramitação em reenvios prejudiciais onde dúvidas sobre a interpretação e / ou validade de termos de atos normativos relativos à cobrança de créditos surgem. Assim, num exercício preventivo, cabe à academia contactar os operadores judiciários e consciencializá-los que este salto qualitativo é preciso e que têm de começar, a par e passo da estruturação das razões que justificam os seus reenvios, a equacionar quando podem efetivamente requerer a sua tramitação urgente em matérias atinentes à cobrança de créditos, já que as mesmas passaram

60 ABREU, Joana Covelo de. “O impacto do Regulamento n.º 2015/2421 no funcionamento das ações de pequeno montante – compreensões quanto à justiça eletrónica europeia”. Op. cit., p. 17 (provisório).

61 ABREU, Joana Covelo de. “O acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 591/2016 em matéria de concessão de apoio judiciário a pessoas coletivas com fins lucrativos e a jurisprudência do Tribunal de Justiça – reflexões prospetivas à luz da interjurisdicionalidade”. Em: SILVEIRA, Alessandra (Ed.). *UNIO – e-book, Volume II, Workshops CEDU*. Braga: Centro de Estudos em Direito da União Europeia, 2017, no prelo, p. 12 (provisório).

a assumir-se como prioridades da justiça europeia e como um meio de resposta às demandas de tutela jurisdicional efetiva.

Concretizando: as partes, nestes contextos, querem ver os créditos de que são detentoras pagos e a tutela efetiva dos seus direitos manifesta-se se tal cobrança for bem sucedida, for célere e parcamente dispendiosa, podendo o devedor contraditar, em prazo razoável, o que lhe é imputado. Para o efeito, não nos podemos deparar com um processo demorado: ora, sendo um processo tramitado à luz do direito da União, o reenvio prejudicial pode surgir como uma necessidade e, neste caso, só a tramitação prejudicial urgente poderá evitar delongas excessivas nos processos.

Não pode o tempo inerente à emanação de uma decisão de reenvio votar à inutilidade mecanismos que estão também ao serviço do processo de integração.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Joana Covelo de. “A tutela jurisdicional efetiva no âmbito da cooperação judiciária em matéria civil e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia: a cláusula de ordem pública e a revelia absoluta como causas de recusa de reconhecimento e de execução de decisões no contexto da União” [online]. *UNIO – EU Law Journal* 2014, nº 0. 2014, p. 147-161 [consulta 09/06/2017]. Disponível em: <http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%20PT/UNIO%200%20-%20Joana%20Abreu_pt.pdf>

ABREU, Joana Covelo de. “Anotação ao Despacho do Tribunal de Justiça (10ª Secção) de 16 de julho de 2015 – Processo nº C-507/14”. *Anuário de Direito Internacional 2014/2015*. Lisboa: Instituto Diplomático, Ministério dos Negócios Estrangeiros, 2016, p. 413- 426.

ABREU, Joana Covelo de. “O acórdão do Tribunal Constitucional português nº 591/2016 em matéria de concessão de apoio judiciário a pessoas coletivas com fins lucrativos e a jurisprudência do Tribunal de Justiça – reflexões prospetivas à luz da interjurisdicionalidade”. Em: SILVEIRA, Alessandra (Ed.). *UNIO – e-book, Volume II, Workshops CEDU*. Braga: Centro de Estudos em Direito da União Europeia, 2017.

ABREU, Joana Covelo de. “O procedimento europeu de injunção de pagamento: solução simplificada de cobrança de créditos transfronteiriços?”. Em: ROCHA, Joaquim Freitas da (Ed.). *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho* (e-book) [online]. Braga: Departamento de Ciências Jurídicas Públicas, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2014. tomo 2, p. 77-91, p. 77 [consulta 09/06/2017]. Disponível em: <https://issuu.com/eduminho/docs/final_anu_rio_2013_etica_e_direito>

ABREU, Joana Covelo de. “O Regulamento n.º 655/2014 que estabelece um procedimento de decisão europeia de arresto de contas: direitos à ação e de defesa em tensão reflexiva no contexto de uma integração judiciária em matéria civil – uma precoce antevisão”. Em: SILVEIRA,

Alessandra (Ed.). *UNIO – e-book, Vol. I, Workshops CEDU 2016* [online]. Braga: Centro de Estudos em Direito da União Europeia, 2017, p. 253-276, p. 254 [consulta 19/06/2017]. Disponível em: <<http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/E-book%20-%20Vol.%201%20-%202016.pdf>>

ABREU, Joana Covelo de. “O impacto do Regulamento nº 2015/2421 no funcionamento das ações de pequeno montante – compreensões quanto à justiça eletrónica europeia”. Em: FONSECA, Isabel; FROUFE, Pedro Madeira; e ROCHA, Joaquim Freitas da (Ed.). *Livro em Homenagem ao Professor Doutor Cândido Oliveira*, Braga: 2017.

BIAVATI, Paolo. “L’avenir du droit judiciaire privé d’origine européenne. De l’harmonisation des règles à l’harmonisation des effets”. *RTDeur – Revue trimestrielle de droit européen*. 2010, vol 46, nº 3, p. 563-575.

CANNIZZARO, Enzo. “Sui rapporti tra sistemi processuali nazionali e diritto dell’Unione Europea”. *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2008, nº 1, p. 447-459.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Brançosos” e *Interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Estado de direito e internormatividade”. Em: SILVEIRA, Alessandra (Ed.). *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*, Ação Jean Monnet (Information and Research Activities). Lisboa: Quid Juris, 2010, p. 171-185.

COMISSÃO EUROPEIA. *EU Citizenship Report 2013, EU citizens: your rights, your future*. Bruxelas: 08.05.2013, COM(2013) 269 final, p. 15 [consulta 10/6/2017]. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/citizen/files/com_2013_269_en.pdf>

COMISSÃO EUROPEIA. *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera o Regulamento (CE) nº 861/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32007R0861>>

COMISSÃO EUROPEIA. *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera o Regulamento (CE) nº 1896/2006, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, que cria um procedimento europeu de injunção de pagamento*. Bruxelas: 19.11.2013, COM (2013) 794 final, 2013/0403 (COD) [consulta 10/06/2017]. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2013/PT/1-2013-794-PT-F1-1.Pdf>>

DASHWOOD, Alan; DOUGAN, Michael; RODGER, Barry; SPAVENTA, Eleanor; e WYATT, Derrick. *European Union Law*. 6ª ed. Oxford: Hart Publishing, 2011.

MADURO, Miguel Poiars. “Three Claims of Constitutional Pluralism”. Em: AVBELJ, Matej e KOMAREK, Jan (Eds.). *Constitutional pluralism in the European Union and beyond*. Oregon: Hart Publishing Oxford and Portland, 2012.

MARINHO, Carlos M.G. de Melo. *A cobrança de créditos na Europa*.

Os processos europeus de injunção e pequenas causas. Lisboa: Quid Juris, 2012.

MOTA DE CAMPOS, João; PEREIRA, António Pinto; e MOTA DE CAMPOS, João Luiz. *O Direito Processual da União Europeia. Contencioso Comunitário*, 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 476.

NASCIMBENE, Bruno. “Le traite de Lisbonne et l’espace judiciaire européen: le principe de confiance réciproque et de reconnaissance mutuelle”. *Revue des Affaires Européennes – Law & European Affairs*. 2012, p. 787-791.

PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO. Regulamento (CE) nº 1896/2006, de 12 de dezembro de 2006, que cria um procedimento europeu de injunção de pagamento [consulta 09/06/2017]. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1501747526470&uri=CELEX:32006R1896>>

PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO. Regulamento (CE) nº 861/2007, de 11 de julho de 2007, que estabelece um processo europeu para ações de pequeno montante [consulta 09/06/2017]. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1501747671600&uri=CELEX:32007R0861>>

PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO. Regulamento (UE) nº 2015/2421, de 16 de dezembro de 2015, que altera o Regulamento (CE) nº 861/2007 que estabelece um processo europeu para ações de pequeno montante e o Regulamento (CE) nº 1896/2006 que cria um procedimento europeu de injunção de pagamento [consulta 10/6/2017]. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1501748132862&uri=CELEX:32015R2421>>

PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO. Regulamento (UE) nº 655/2014, de 15 de maio de 2014, que estabelece um procedimento de decisão europeia de arresto de contas para facilitar a cobrança transfronteiriça de créditos em matéria civil e comercial [consulta 10/06/2017]. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1501748285202&uri=CELEX:32014R0655>>

PATRÍCIO, Helena. “O mandado de detenção europeu na jurisprudência do Tribunal de Justiça”. *UNIO – EU Law Journal* 2014, nº 0, 2014, p. 62-82, p. 73 [consulta 19/06/2017]. Disponível em: <http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%200%20-%20Helena%20Patricio_pt.pdf>

PIÇARRA, Nuno. “As incidências do direito da União Europeia sobre a organização e o exercício da função jurisdicional dos Estados-Membros”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2010, vol 8, p. 209-226.

RANGEL, Paulo Castro. *O estado do Estado. Ensaios de política constitucional sobre justiça e democracia*. Alfragide: Dom Quixote, 2009; MADURO, Miguel Poiães. *A Constituição Plural. Constitucionalismo e União Europeia*. Lisboa: Principia, 2006.

RODRIGUES, Maria Eugénia Martins de Nazaré. “Anotação ao artigo 267º do TFUE”. Em: PORTO, Manuel Lopes e ANASTÁCIO, Gonçalo (Ed.). *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 962-966.

ROSAS, João Cardoso e MOURA, Vitor (Ed.). *Pensar radicalmente a humanidade, Ensaio em homenagem ao Prof. Doutor Acílio da Silva Estanqueiro Rocha*. Braga: Edições Humus, 2011, p. 9-27.

SILVEIRA, Alessandra. *Princípios de direito da União Europeia. Doutrina e Jurisprudência*, 2ª ed. Lisboa: Quid Iuris, s.f.

TARZIA, Giuseppe. “L’ordine europeo del processo civile”. *Rivista de diritto processuale*. 2001, nº 4, p. 902-937.

TIMMERMANS, Christiaan. “Multilevel judicial co-operation”. Em: CARDONNEL, Pascal; ROSAS, Allan; e WAHL, Nils (Eds.). *Constitutionalising the EU judicial system: Essays in honour of Pernilla Lindh*, Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 15-23.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Nota informativa relativa à apresentação de pedidos de decisão prejudicial pelos órgãos jurisdicionais nacionais – Complemento na sequência da entrada em vigor da tramitação urgente aplicável aos pedidos de decisão prejudicial relativos ao espaço de liberdade, de segurança e de justiça*, nº 7, p. 3. Luxemburgo: 26/09/2008 [consulta 18/07/2017]. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2008-09/noteppu_2008-09-26_10-59-21_831.pdf>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Recomendações à atenção dos órgãos jurisdicionais nacionais, relativas à apresentação de processos prejudiciais*. Luxemburgo: 06.11.2012, 2012/C 338/01, nº 1, p. 1. [consulta 11/06/2017]. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2012:338:FULL&from=EN>>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Relatório Anual 2016 – “Panorama do Ano”*. 2017 [consulta 19/06/2017]. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-04/ti_pubpdf_qdaq17001ptn_pdfweb_20170424163218.pdf>

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, de 25 de setembro de 2012 (JO L 265 de 29 de setembro de 2012), alterado em 18 de junho de 2013 (JO L 173 de 26 de junho de 2013) e em 19 de julho de 2016 (JO L 217 de 12 de agosto de 2016)* [consulta 11/06/2017]. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012Q0929\(01\)&from=PT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012Q0929(01)&from=PT)>

RESUMO BIOGRÁFICO

Joana Covelo Abreu é Doutora, Mestre e Licenciada em Direito pela Escola de Direito da Universidade do Minho, Portugal. Membro do CEDU, Centro de Estudos em Direito da Universidade do Minho. Investigadora Principal Convidada no Parlamento Europeu, Bruxelas (2014). Advogada. Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho.

DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS NO SÉCULO XXI: DESAFIOS AO ESTADO BRASILEIRO

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS EN EL SIGLO XXI: DESAFÍOS AL ESTADO BRASILEÑO

*Eraldo Silva Jr.**

Resumo: O direito internacional dos refugiados constitui um dos mais importantes mecanismos de proteção internacional do indivíduo, sendo objeto de Convenção com alto número de ratificações e de legislação nacional ainda mais protetiva. Não obstante o bom acervo normativo disponível, o Brasil, por não possuir histórico relevante de recebimento de refugiados, enfrenta atualmente grande dificuldade para garantir a proteção do crescente fluxo de solicitantes de refugio, tratando o instituto como integrante do campo de análise discricionária do Executivo. Além disto, a despeito de casos excepcionais, o Judiciário resiste a adentrar o mérito das decisões denegatórias de refúgio, afastando o instituto de sua vocação protetiva do indivíduo. É este o quadro objeto de análise no presente artigo.

Resumen: El derecho internacional de los refugiados constituye uno de los más importantes mecanismos de protección internacional del individuo, siendo objeto de Convención con un alto número de ratificaciones y de legislación nacional aún más protectora. No obstante el buen acervo normativo disponible, Brasil, por no poseer histórico relevante de recepción de refugiados, enfrenta actualmente gran dificultad para garantizar la protección del creciente flujo de solicitantes de refugio, tratando al instituto como integrante del campo de análisis discrecional del Ejecutivo. Además, a pesar de casos excepcionales, el Judicario resiste a adentrar el mérito de las decisiones denegatorias de refugio, alejando al instituto de su vocación protectora del individuo. Este es el marco objeto de análisis en el presente artículo.

Palavras-chave: Direitos humanos, Proteção do indivíduo, Refúgio

Palabras clave: Derechos humanos, Protección del individuo, Refugio

* Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil.
E-mail: es_junior@me.com
Recibido: 27/09/2017. Aceptado: 14/10/2017.

1. INTRODUÇÃO

A proteção de vítimas de perseguição injusta é fenômeno antigo, presente desde os primeiros registros históricos de sociedades ditas civilizadas, havendo variações, contudo, quanto aos critérios utilizados para a caracterização da perseguição sofrida como injusta. De acordo com Balogh¹, “o direito a asilo é tão antigo quanto a civilização e, conseqüentemente, pode-se dizer que o problema dos refugiados tem que existir há tanto tempo quanto”.

De fato, em qualquer grupo social, por mais rudimentar que seja a sua organização institucional, coexistem indivíduos com opiniões distintas, por vezes irreconciliáveis, não sendo incomum a perseguição dos integrantes do grupo que se revela minoritário. Assim, desde tempos imemoriais, há registros de saída forçada de indivíduos de seu grupo social para evitar perseguição que entendem como injusta, buscando proteção por outro soberano².

A positivação da proteção internacional dos indivíduos vítimas de perseguição ao longo do século XX trouxe, em um primeiro momento, maior segurança jurídica, em especial às vítimas de deslocamentos forçados durante os conflitos no continente Europeu.

Se a regulamentação contemporânea levada a cabo pela Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 representou importante marco na evolução da proteção internacional ao indivíduo, fato é que esta não mais abarca os deslocamentos humanos forçados mais frequentes na atualidade.

De fato, o final do século XX e início do século XXI têm como marca distintiva a ocorrência de intensos deslocamentos internos e fluxos de refugiados sul-sul, aliados a um momento de especial resistência ao recebimento de migrantes provenientes de regiões pobres pelos estados europeus.

Enquanto a fortaleza Europa se fecha, com a implementação de sistema rígido de controle de fronteiras externas que, muitas vezes, resulta violações claras ao direito internacional dos refugiados, em especial ao princípio do *non-refoulement*, Estados já sobrecarregados por crises internas recebem dezenas de milhares de vítimas de perseguição e outros, até então pouco procurados, como o Brasil, ganham relevância no fluxo de refugiados.

No ano de 2010, 566 indivíduos solicitaram refúgio no Brasil. Em 2014, considerando as solicitações feitas até o mês de outubro, foram 8,302³. O aumento repentino no número de solicitações de refúgio,

1 BALOGH, E. “World peace and the refugee problem”. *Recueil des cours*, vol 75.

2 De acordo com José Henrique Fischel de Andrade, há incontáveis registros de deslocamento forçado de pessoas até mesmo na Bíblia, desde a expulsão de Adão e Eva do jardim do Éden, até a grande perseguição contra a Igreja em Jerusalém, ANDRADE, 1996, p. 7-9.

3 ACNUR. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/estatisticas/>>

provocado pela crescente relevância econômica do país, pela facilidade de ingresso no território nacional e, sobretudo, pelo maior controle adotado pelos Estados que, até então, recebiam a maior parte do fluxo de refugiados, trouxe à baila discussões acerca do instituto no Brasil.

O país não só teve que lidar com aumento considerável de solicitantes de refúgio vítimas da perseguição clássica, mas também se deparou com um surpreendente fluxo de haitianos, que, em um primeiro momento, solicitaram refúgio devido à crise que vive o Haiti desde o terremoto de 2010. Assim, as discussões sobre a figura teórica do “refugiado ambiental” ganharam imensa relevância prática.

Com o aumento do número de refugiados, surgem novos problemas correlatos. De fato, a longa discussão doutrinária sobre a condição jurídica do estrangeiro ganha novo escopo, na medida em que o perfil de imigrante aceito deixa de ser o altamente qualificado para suprir necessidades do mercado de trabalho e passa a incluir indivíduos que não necessariamente têm condições de garantir o próprio sustento e que, por consequência, passam a depender da já precária rede de assistência social do país. Somente em dezembro de 2014, por exemplo, o município de São Paulo, que concentra grande número de imigrantes de baixa renda, passou a inscrever estrangeiros no CadÚnico, viabilizando o acesso destes aos programas sociais mantidos pelo governo federal⁴.

Como se vê, políticas públicas de atenção aos refugiados ainda se encontram em construção, sem definição clara do papel dos inúmeros entes públicos com atribuição para a condução de programas que potencialmente seriam úteis para atenção aos solicitantes de refúgio. Neste contexto, analisaremos no presente artigo o instituto do refúgio, com ênfase no tratamento que lhe é dado no Brasil, bem como identificaremos os principais desafios que este apresenta nos dias atuais.

2. A ORIGEM DO DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS

O direito dos refugiados tem origem no século XX. De acordo com Reale, somente ao término da guerra de 1914-1918 que a gravidade do problema dos refugiados tornou-se evidente, demandando efetiva regulamentação da questão da proteção das vítimas de perseguição injusta⁵.

Apesar de relativamente recente, o instituto do refúgio possui raízes em outro instituto jurídico, este sim conhecido desde a antiguidade: o asilo. De fato, autores como Celso Mello afirmam que “são

dados-sobre-refugio-no-brasil/> [Acesso em 22.02.2015].

4 O GLOBO. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/prefeitura-de-sao-paulo-inclui-estrangeiros-no-programa-bolsa-familia-14733605?utm_source=Facebook&utm_medium=Social&utm_campaign=O%20Globo> [Acesso em 25/02/2015]

5 REALE, É. “Le droit d’asile. *Recueil des Cours*, 1938, vol 63, p. 52.

denominadas de refugiados as pessoas que gozam de asilo territorial⁶, enquanto a legislação de alguns Estados não diferencia de forma rígida o asilo territorial do refúgio⁷. Desta forma, o direito internacional dos refugiados tem sua origem remota no instituto do asilo, de onde resulta que, para a boa compreensão do primeiro, imprescindível a análise, ainda que breve, do segundo.

Reale afirma ser a noção de asilo “*antiga como a humanidade. Ela é contemporânea ao crime e ao infortúnio, à penitência e à piedade*”⁸. Nas sociedades primitivas, nas quais o uso da força bruta era cotidiano, o asilo desempenhava papel especialmente benéfico, na medida em que permitia a interrupção de um círculo de violência, retirando a vítima de perseguição do local em que sua integridade física estava ameaçada⁹. Neste contexto, o local de asilo é o local inviolável, no qual a vítima de perseguição está protegida contra a violência¹⁰.

A natureza da perseguição que dá ensejo à proteção, contudo, variou ao longo da história, até a consolidação atual, do asilo como destinado à proteção das vítimas de perseguição política.

O estudo do instituto do asilo normalmente implica a análise de casos individuais, exemplos extremos que ilustram a perseguição promovida por um Estado contra um indivíduo em particular, normalmente sob o argumento de estar o poder público adotando medidas essenciais à preservação da ordem pública.

O início do século XX, contudo, foi marcado por uma sequência de eventos que tornou insuficiente o instituto do asilo. De fato, antes mesmo da Primeira Guerra Mundial, “*grandes contingentes de refugiados dos Impérios Russo e Otomano dirigiam-se à Europa central e à do oeste, assim como para a Ásia*”¹¹.

Historicamente, a origem dos direitos dos refugiados coincide com a origem dos sistemas gerais de proteção dos direitos humanos, ambos sendo produtos dos acontecimentos que marcaram a primeira metade do século XX¹².

Até então, não havia política imigratória na Europa específica para o recebimento de grandes – e por vezes imprevisíveis – fluxos

6 MELLO, C. D. D. A. Curso de direito internacional público. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, vol 2, 2004, p. 1093.

7 Neste sentido, a legislação alemã (*Asylverfahrensgesetz* de 1992) trata de forma conjunta ambos os institutos, além de, em diversos momentos, os transformar em institutos praticamente unos, ao, por exemplo, determinar que “*os asilados no território federal gozam do estatuto jurídico previsto na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados*” (do original em alemão: “*Asylberechtigte genießen im Bundesgebiet die Rechtsstellung nach dem Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge*”).

8 REALE, Op. cit., p. 473.

9 *Ibid.*, p. 474.

10 ASPRONE, M. Il diritto d’asilo e lo status di rifugiato. Roma: Aracne, 2012, p. 15.

11 ANDRADE, Op. cit. p. 20.

12 HATHAWAY, J. C. The rights of refugees under international law. Cambridge: Cambridge Press, 2005, p. 75

populacionais, sendo os estrangeiros que ingressavam no território dos estados por vezes tratados como imigrantes comuns, em outras ocasiões como merecedores de asilo.

De fato, o fluxo migratório frequentemente era visto com bons olhos pelos governos, visto que os novos habitantes daquele estado contribuiriam com o crescimento econômico deste, seja através da tributação, seja através do oferecimento de seus conhecimentos específicos¹³.

A Primeira Guerra Mundial representou um marco no fechamento das fronteiras dos Estados europeus, por outro, episódios específicos que a antecederam já representaram importante desafio à proteção internacional dos indivíduos.

De fato, houve a já mencionada migração de contingentes provenientes do Império Russo e do Império Otomano em direção à Europa ocidental, além de a Guerra dos Balcãs (1912-1914) ter dado início a ampla *“transferência involuntária de grupos de minorias étnicas daquela região”*¹⁴.

Durante a Primeira Guerra Mundial, os deslocamentos em massa ocorridos tinham como característica principal a sua temporariedade: as pessoas fugiam das hostilidades, em regra dentro do território do próprio Estado. Duas grandes exceções a este movimento: a migração em massa de belgas e sérvios¹⁵ e, após 1917, de russos, mas estes fugindo da Revolução que teve início naquele ano.

Neste contexto, iniciou-se o desenvolvimento do instituto do refúgio no direito internacional, até que este alcançasse o estado atual, se apresentando como evolução natural do asilo, na medida em que amplia o grau de proteção conferido por este, ao ponto de ser considerado atualmente por muitos como *“o mecanismo de proteção internacional dos direitos humanos mais poderoso do mundo”*¹⁶.

3. A NORMATIVA INTERNACIONAL PROTETORA DOS REFUGIADOS

Uma vez consolidada a estrutura institucional de proteção dos refugiados, mesmo que através de um órgão com mandato temporário, como é o caso do ACNUR, as atenções internacionais se voltam à regulamentação do direito internacional dos refugiados, capitaneada sobretudo pelo próprio ACNUR, e que leva em consideração – ou ao menos deveria levar – o direito internacional dos refugiados como sistema conectado com o direito internacional dos direitos humanos e

13 MARRUS, M. R. *The unwanted: european refugees in the twentieth century*. New York: Oxford University Press, 1985, p. 7.

14 ANDRADE, Op. cit., p. 20.

15 *Ibid.*, p. 21.

16 HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M. *The law of refugee status*. 2a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 1.

com o direito humanitário.

Dos esforços do ACNUR resultou a Convenção de Genebra relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, principal instrumento de proteção internacional dos refugiados. A parte desta, diversos outros instrumentos, sobretudo regionais, como a Convenção da Organização de Unidade Africana que rege os Aspectos Específicos dos Problemas dos Refugiados em África, foram adotados. Há, ainda, diversos documentos internacionais, sem a natureza de tratado internacional, como as Declarações de Cartagena, de São José e a do México.

Para fins do presente estudo, além da Convenção de Genebra, será analisada a Declaração de Cartagena sobre Refugiados, que, apesar de não constituir tratado internacional, teve importante repercussão no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1. A Convenção de 1951

O desenvolvimento do direito internacional dos refugiados após a Segunda Guerra Mundial teve como ápice a Convenção de Genebra relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951¹⁷, que institui, um sistema baseado na caracterização da qualidade de refugiado com base no preenchimento de determinados requisitos. De acordo com a Convenção, uma pessoa é considerada refugiada a partir do momento em que atende aos critérios nela previstos, cabendo ao Estado acolhedor tão somente declarar a qualidade de refugiado do requerente¹⁸.

Em decorrência da convenção, os Estados garantem aos refugiados, sem qualquer discriminação, um tratamento igual ao conferido aos seus nacionais em matéria de liberdade religiosa, de acesso à justiça, à educação, à assistência social, à legislação laboral e previdenciária, dentre outros¹⁹.

A definição de refugiados adotada pela Convenção foi resultado de divergência entre os países que participaram da Conferência na qual negociada. Nesta estavam presentes, sobretudo, países ocidentais de orientação liberal, com algumas relevantes exceções, como a presença da Iugoslávia, única representante do bloco comunista. Os EUA defendiam a adoção de definição restritiva e precisa, evitando a criação de obrigações jurídicas não previstas pelos estados. Já os países da Europa ocidental defendiam a adoção de definição ampla, sem que houvesse, contudo, consenso quanto ao teor desta²⁰.

17 Atualmente conta com 145 Estados-Parte. Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/View_DetailsII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-2&chapter=5&Temp=mtdsg2&lang=en>. [Acesso em 23/05/2015].

18 HATHAWAY; FOSTER, 2014, p. 1.

19 DINH, N. Q.; DAILLIER, P.; PELLET, A. Droit international public. 7^a ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2002, p. 678.

20 ASPRONE, Op. cit., p. 79.

Como regra geral, a Convenção de 1951 define refugiado como os indivíduos que já gozavam de tal estatuto com base em diplomas anteriores, ou que

em conseqüência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em conseqüência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele²¹.

Como se depreende de tal definição, a Convenção originalmente objetivava tão somente regular os fluxos de refugiados já existentes, com aplicação pretérita, portanto. Após sua celebração, contudo, novos importantes fluxos de refugiados surgiram, especialmente na África e na Ásia, onde o número de refugiados aumentava constantemente. Em decorrência de tal fenômeno, nos anos 1960 o ACNUR deu início a procedimentos para a reforma da Convenção de 1951, que resultaram na celebração do Protocolo de Nova Iorque, de 31 de janeiro de 1967, adicional à Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em Genebra em 28 de julho de 1951, que removeu a mencionada limitação temporal. O Protocolo foi celebrado como instrumento independente, permitindo sua ratificação por Estados que não eram parte da Convenção de 1951²².

Há, ainda, outra restrição no texto da Convenção de 1951: os Estados, no momento da assinatura, ratificação ou adesão, deveriam declarar se a aplicação era restrita aos acontecimentos ocorridos na Europa, ou incluía eventos ocorridos alhures²³. A restrição geográfica é aplicada, atualmente, apenas por Congo, Madagascar, Mônaco e Turquia²⁴.

Mesmo com a eliminação das restrições temporal e geográfica, há críticas relevantes ao conceito adotado pela Convenção de 1951, que exclui, por exemplo, diversas pessoas deslocadas, como curdos e palestinos²⁵, além de não contemplar indivíduos que se veem forçados a migrar por força de motivos outros, que não os listados no texto

21 art. 1º, A.2 da Convenção de 1951.

22 Em maio de 2015, apenas São Cristóvão e Nevis não havia ratificado o Protocolo Adicional, mantendo, para tal Estado, a redação original da Convenção de Genebra. Há registro de dois Estados que ratificaram o Protocolo Adicional, mas não a Convenção de 1951: os EUA e Cabo Verde. Disponíveis em: <<https://treaties.un.org/pages/Treaties.aspx?id=5&subid=A&lang=en>> [Acesso em 23/05/2015]

23 Art. 1º, B.1 da Convenção de 1951.

24 Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=V-2&chapter=5&Temp=mtmsg2&lang=en> [Acesso em 23/05/2015].

25 MELLO, Op. cit.

convencional, como em razão de catástrofes ambientais.

3.2. As declarações americanas sobre refugiados

A insuficiência do conceito de refugiados adotado pela Convenção de 1951 resultou no surgimento de diversos instrumentos regionais visando a ampliação deste. Neste contexto, a Convenção da União Africana que regula Aspectos Específicos dos Problemas dos Refugiados na África, assinada em 1969 em Addis Ababa, prevê que o termo refugiado também é aplicável àqueles que, devido a agressões externas, ocupação, dominação estrangeira ou sérios eventos perturbadores da ordem pública são forçados a deixar seu local de residência habitual para buscar refúgio em outro país.

Em 1984, o ACNUR, tendo em vista o fato de o continente americano enfrentar relevante fluxo de migrantes fugidos dos conflitos que assolavam a América Central, promoveu o encontro de 10 Estados latino-americanos²⁶, na cidade colombiana de Cartagena das Índias, para discutir a questão dos refugiados no continente²⁷. Desta reunião resultou a Declaração de Cartagena sobre Refugiados de 1984, que inaugurou, no âmbito regional americano, o uso de definição mais ampla de refugiado, ao prever a figura da “violação maciça de direitos humanos” como elemento caracterizador do instituto²⁸.

Desta forma, a Declaração de Cartagena recomenda aos Estados que considerem refugiados não só os indivíduos que fugiram de ameaças nos termos da Convenção de 1951, mas também aqueles que tiveram sua vida ou integridade física ameaçadas por violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação maciça de direitos humanos ou quaisquer outras circunstâncias que perturbem gravemente a ordem pública²⁹.

A Declaração de Cartagena tem importância adicional por reforçar a íntima ligação do direito internacional dos refugiados com as demais vertentes da proteção internacional do indivíduo, na medida em que elenca violações generalizadas de direitos humanos como motivo para o reconhecimento do estatuto de refugiado³⁰.

Em 1994, foi editada a Declaração de São José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas, influenciada pela deterioração das condições socioeconômicas em diversos estados, reconhecendo a especial

26 Participaram do encontro Belize, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá e Venezuela.

27 CONARE. O reconhecimento dos refugiados pelo Brasil: decisões comentadas do CONARE. Brasília: ACNUR, 2007, p. 9

28 LEÃO, R. Z. R.; BARRETO, L. P. T. F. O Brasil e o espírito da declaração de Cartagena. *Forced Migration*, 2010, n° 35, p. 1.

29 MELLO, Op. cit. 1094.

30 CONARE, Op. cit., p. 76.

necessidade de proteção das vítimas deste fenômeno, sejam estas refugiadas ou deslocadas internas³¹.

Em 2004, na comemoração dos 20 anos da Declaração de Cartagena, o ACNUR promoveu a Conferência do México, que resultou na edição do Plano de Ação: Cartagena 20 anos depois, também conhecido como Plano de Ação do México. Por mais que tal documento constitua mera declaração de intenções, não vinculando os Estados, é importante exteriorização da tendência dos estados americanos em tratar o direito internacional dos refugiados como intimamente ligado ao direito internacional dos direitos humanos³².

Tais documentos representam tendência específica de ampliação subjetiva do direito internacional dos refugiados no continente americano, sem, contudo, repercutir de forma efetiva na prática dos Estados – vale citar, por exemplo, a resistência do Brasil em reconhecer os milhares de haitianos que ingressaram em seu território após o cisma de 2010 como refugiados.

4. O ESTATUTO DO REFUGIADO

O regime atual do direito internacional dos refugiados ainda é o baseado no ACNUR, na Convenção de 1951 e no Protocolo de Nova Iorque, razão pela qual a análise da matéria deve ser baseada, necessariamente, na estrutura da Convenção.

A primeira característica do refúgio é o fato de os indivíduos mercedores de proteção necessariamente estarem fora de seu próprio Estado. O objetivo da Convenção de 1951 não foi solucionar todos os problemas relativos à migração forçada, mas tão somente aqueles casos em que os migrantes se encontrem fora da jurisdição do Estado do qual são nacionais³³. Desta forma, a problemática dos deslocados internos³⁴ – aqueles indivíduos que foram forçados a deixar o local de residência por ameaça à vida ou a integridade física, mas ainda se encontram no interior do Estado de nacionalidade - foi deixada de lado, sendo objeto de regulamentação específica, em regra em plano regional³⁵.

Importante ressaltar que o refúgio, apesar de ter certa sobreposição com o instituto do asilo territorial, não se confunde jamais com o asilo diplomático. Para gozar da proteção conferida pela Convenção de 1951, é imprescindível que o indivíduo já se encontre no território do Estado

31 TRINDADE, A. A. Caçado. Deslocados e a proteção dos migrantes na legislação internacional dos direitos humanos. Refúgio, migrações e cidadania, 20089, vol 3, p. 64.

32 *Ibid.*, p. 77.

33 HATHAWAY; FOSTER. *Op. cit.*, p. 17.

34 O problema dos deslocados internos foi deixado de fora principalmente por temor de os Estados deixarem de garantir o bem estar e a segurança de sua população, preferindo relegar tal responsabilidade à comunidade internacional, HATHAWAY; FOSTER, *Op. cit.*, p. 18.

35 O principal diploma sobre o tempo é a Convenção de Kampala sobre Deslocados Internos de 2009.

ao qual pede proteção. Assim, não é possível a concessão de refúgio para aqueles que se encontrem no interior de missão diplomática, ou em zonas especiais³⁶ em aeroportos, portos ou estações ferroviárias, nas quais o estado territorial cede a estado parceiro o exercício de determinadas funções, que serão exercidas extraterritorialmente por este³⁷.

O principal requisito para o reconhecimento do estatuto de refugiado, previsto no art. 1º da Convenção de 1951, é a existência de fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas. Esta perseguição potencial deve ser exercida no Estado de nacionalidade, isto é, o refugiado não deve mais contar com a proteção efetiva do Estado do qual é nacional.

De acordo com Casella, o conceito adotado pela Convenção de 1951 “*abrange todos aqueles que estão ameaçados de sanções por lutarem para proteger seus direitos humanos*”³⁸. Tal afirmação, contudo, não é precisa. O texto convencional se preocupou tão somente com aqueles que potencialmente sofrem perseguição em razão de violação a direitos civis e políticos, “*ignorando os direitos econômicos, sociais e culturais, mais violados em países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo, o que fortalece ainda mais a posição eurocêntrica desse diploma*”³⁹.

A Convenção de 1951 limita o seu campo de aplicação, ao eleger os motivos de perseguição considerados como aptos a ensejar a proteção internacional de dado indivíduo, deixando inúmeros outros de fora: não seriam merecedores de proteção, por exemplo as vítimas de perseguição por motivo de orientação sexual ou até mesmo em razão do gênero – mulheres que fujam de estados nos quais a retirada de clitóris é prática comum para manter a própria integridade física não receberiam a proteção merecida.

Na prática, a maior parte dos refugiados, como os que escapam de guerras, não se enquadram nas categorias previstas na Convenção de 1951, o que levou à adoção de diversos atos normativos específicos ampliando os motivos de perseguição que permitem a caracterização do refúgio. A normativa europeia, por exemplo, ao tratar do solicitante de refúgio, não faz qualquer referência aos motivos da perseguição sofrida⁴⁰.

36 Cita-se como exemplos de tais zonas as existentes na Gare du Nord, em Paris, e em St. Pancras, em Londres, estações que fazem a ligação ferroviária entre França e o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte. Na estação francesa é feito o controle de imigração inglês, havendo zona específica na qual o Reino Unido exerce jurisdição, apesar de ainda ser território francês. O mesmo ocorre na estação inglesa. Por não serem território do estado estrangeiro, não é possível a concessão de refúgio nestas. Assim, caso um cidadão francês ingresse na zona especial da Gare du Nord, não poderá o Reino Unido conceder refúgio a este.

37 HATHAWAY; FOSTER. Op. cit., p. 24.

38 CASELLA, P. B. “Refugiados: conceito e extensão”. In: ARAÚJO, N. D.; ALMEIDA, G. A. D. *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 20.

39 JUBILUT, L. L. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007, p. 85.

40 RATHAUS, F. “I rifugiati: chi sono?”. In: CHRISTOPHER, H. *Rifugiati: vent’anni di storia*

Muitos doutrinadores, dentre os quais se inclui Carlier, apontam o temor de perseguição como ponto central da definição de refugiado adotado pela Convenção de 1951. De fato, as discussões, na maior parte dos casos, se restringem à caracterização do temor de perseguição como sendo fundado ou não.

O conceito de temor fundado inclui um elemento objetivo e um elemento subjetivo, ambos devendo ser levados em consideração⁴¹. O elemento subjetivo estará presente em praticamente em todas as solicitações de refúgio, salvo nos casos em que feitas de má-fé, visto que consiste em verificar se a pessoa que busca o reconhecimento de sua condição de refúgio se percebe como vítima de perseguição e, de fato, teme pela própria integridade física caso retorne ao seu Estado de origem⁴².

O elemento objetivo, por sua vez, pressupõe análise das informações disponíveis sobre o Estado de origem, isto é, deve ser verificada se o quadro político e socioeconômico deste é permite concluir pela existência de uma potencial perseguição e pela incapacidade do Estado de origem de proteger seus nacionais⁴³.

O maior problema da Convenção é o fato de esta não definir o que configuraria um temor fundado de perseguição, fazendo que até mesmo o elemento objetivo seja analisado subjetivamente, isto é, são os Estados que soberanamente decidem os fatores que serão considerados objetivamente como caracterizadores de temor fundado de perseguição. Há margem discricionária até mesmo para o Estado decidir unilateralmente quais atos constituem perseguição efetiva⁴⁴.

Se, por um lado, é certo que a Convenção de 1951 deixou aos Estados a identificação dos atos que caracterizam a perseguição atual ou potencial, por outro, fato é que a doutrina indica alguns que necessariamente devem ser considerados como suficientes para a configuração desta. Assim, violência física ou psíquica, incluso a sexual, procedimentos legislativos, administrativos, policiais ou judiciais discriminatórios, seja pela forma ou pelo conteúdo, ações judiciais ou sanções penais despropositadas ou discriminatórias, a negativa de acesso à justiça e a adoção de medidas penais para forçar o engajamento em conflito devem ser consideradas suficientes para a caracterização do refúgio⁴⁵.

Em suma, para que um indivíduo possa ser caracterizado como refugiado nos termos da Convenção de 1951, este deve se encontrar fora do país de origem; não poder, ou não querer, se valer da proteção deste Estado ou a ele retornar, em razão de fundado temor de perseguição em

del diritto d'asilo in Italia. Roma: Donzelli, 2010, p. 6.

41 CARLIER, J.-Y. Droit d'asile et des réfugiés : de la protection aux droits. Recueil des cours, 2007, vol 332, 1995.

42 HATHAWAY; FOSTER. Op. cit., p. 91.

43 *Ibidem*.

44 HATHAWAY; FOSTER. Op. cit., p. 196.

45 ASPRONE, Op. cit., p. 83.

razão de pertencimento a raça, religião, nacionalidade, pertencimento a grupo social ou opinião política⁴⁶.

Uma observação deve ser feita neste ponto: apesar de este ser o alvo preferencial, não há qualquer dispositivo na Convenção de 1951 que condicione o reconhecimento do refúgio à perseguição governamental. Assim, é possível a configuração da condição de refugiado de indivíduos que foram vítimas de perseguição efetuada por agentes privados⁴⁷.

Adicionalmente, alguns diplomas, como a Convenção da Unidade Africana e a Declaração de Cartagena, preveem a ampliação dos motivos de concessão de refúgio, incluindo grave e generalizada violação de direitos humanos, situações de violência externa e problemas em regiões específicas de um Estado. Tais critérios são geograficamente limitados, eis que previstos apenas em diplomas regionais, alguns dos quais sequer vinculantes, como é o caso da Declaração de Cartagena.

Quanto à grave e generalizada violação de direitos humanos, trata-se de critério flexível, que busca corrigir as limitações constantes na Convenção de 1951 e aproximar, ainda mais, o direito internacional dos refugiados e o direito internacional dos direitos humanos. Apesar disto, trata-se de critério de difícil aplicação prática, pois depende da qualificação política do Estado que recebe a solicitação de refúgio da situação no Estado de origem⁴⁸.

A situação de violência externa é prevista pela Convenção da Unidade Africana e tem íntima relação com o recente passado colonial do continente, e diz respeito àqueles que são forçados a deixar o local de residência habitual e buscar refúgio em Estado estrangeiro em razão de *“agressão externa, ocupação, e dominação estrangeira ou eventos que perturbem seriamente a ordem pública, tanto na totalidade do Estado de nacionalidade como em uma dada região”*⁴⁹.

A Convenção de 1951 não previu apenas as condições para que um indivíduo possa ser considerado refugiado, mas também algumas hipóteses nas quais, mesmo configuro o fundado temor de perseguição em razão de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, não poderá gozar da proteção conferida pelo direito internacional dos refugiados.

A primeira causa de exclusão é tratada no artigo 1 da Convenção de 1951, segundo o qual não é esta aplicável àqueles que se beneficiem de proteção ou assistência conferida por organismo ou instituição da ONU que não o ACNUR. Este dispositivo foi incluído na Convenção

46 *Ibid.*, p. 82.

47 RAMOS, A. D. C. “O princípio do non-refoulement no direito dos refugiados”. In: PIOVESAN, F.; GARCIA, M. *Doutrinas essenciais: direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol 4, 2011, p. 1169.

48 JUBILUT, L. L. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007, p. 135.

49 Artigo I (2) da Convenção da Unidade Africana.

visando impedir o acesso dos refugiados palestinos que gozam de proteção conferida pela UNRWA ao sistema de Genebra.

A exclusão dos palestinos se deu sobretudo em razão de pressão exercida pelos países árabes, segundo os quais a questão dos palestinos deveria ser objeto de atenção especial da ONU, visto que decorre da criação de Israel pela própria organização internacional.

Os refugiados palestinos (...) diferiam de todos os outros refugiados. Em todos os outros casos, as pessoas tinham se tornado refugiados como resultado de ações contrárias aos princípios das Nações Unidas e a obrigação desta em relação a elas era apenas moral. A existência de refugiados palestinos, por outro lado, foi resultado direto de decisão tomada pelas Nações Unidas com plena ciência de suas consequências. Os refugiados palestinos eram, portanto, responsabilidade direta das Nações Unidas, não podendo ser postos na categoria geral de refugiados sem violar tal responsabilidade⁵⁰.

Os países árabes temiam, ainda, que a dispersão dos refugiados palestinos, que certamente ocorreria caso incluídos no regime da Convenção de 1951, resultaria na criação de uma diáspora, diminuindo a vontade política de efetivar a repatriação destes. Esta movimentação internacional era motivo de preocupação também dos europeus, que temiam receber grande fluxo de refugiados palestinos⁵¹.

A segunda cláusula de exclusão da Convenção de 1951 está prevista no artigo 1 F e diz respeito à existência de “razões sérias para pensar que” as pessoas tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime grave de direito comum fora do país de refúgio ou sejam culpadas de atos contrários aos fins e princípios da ONU. O problema, quanto a esta hipótese, se restringe à caracterização de um crime de direito comum como sendo grave, já que matéria deixada para a regulação pelos estados.

Por fim, a Convenção prevê, ainda, a perda da qualidade de refugiado, caso o indivíduo retorne para o país de que é nacional; tenha readquirido voluntariamente nacionalidade perdida; tenha adquirido nova nacionalidade, gozando de proteção por este Estado; tenha voltado a gozar da proteção do país de que é nacional; ou por terem cessado os motivos que levaram ao reconhecimento da condição de refugiado⁵².

4.1. O estatuto dos refugiados no brasil

O Brasil assinou a Convenção de Genebra relativa ao Estatuto

50 HATHAWAY; FOSTER. Op. cit., p. 511.

51 *Ibidem*.

52 Art. 1 C da Convenção de 1951.

dos Refugiados em 1952, a tendo ratificado 8 anos mais tarde, em 1960, inicialmente com a restrição geográfica, de onde resultava que somente vítimas de perseguição ocorrida antes de 1951 na Europa poderia gozar de proteção conferida pelo Brasil. Neste contexto, somente em situações excepcionais – e, em regra, mediante grande esforço hermenêutico – recebiam indivíduos originários de outras regiões proteção pelo Brasil, o que aconteceu, por exemplo, com a concessão, em 1979, de visto temporário a 150 vietnamitas vítimas de perseguição⁵³.

A restrição geográfica foi revogada pelo Decreto nº98.602/89 e, oito anos mais tarde, foi aprovada a lei 9.474/97, que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados, reproduzindo, em grande parte, o modelo da Convenção de 1951. Até a entrada em vigor de tal lei, o principal agente de proteção dos refugiados no país era o próprio ACNUR, presente desde 1977 através de sua representação local. Com a entrada em vigor do novo diploma normativo, deixa o ACNUR a sua representação no país e a proteção dos refugiados é institucionalizada, principalmente mediante a atuação do Conselho Nacional para Refugiados (CONARE).

O primeiro aspecto relevante da lei brasileira é a adoção do conceito estendido de refugiados, na medida em que o art. 1º, inciso III, permite o reconhecimento como refugiado daqueles que foram obrigados a deixar seu país de nacionalidade em razão de grave e generalizada violação de direitos humanos. Tal definição ampliada resulta em maior valoração da *“situação política e institucional do país e sua relação com a situação individual do solicitante, procurando avaliar até que ponto a vida e a liberdade do solicitante encontram-se ameaçadas”*⁵⁴.

Outro aspecto merecedor de nota é a ampliação promovida pela legislação brasileira, na medida em que prevê que não se beneficiarão da condição de refugiado aqueles que tiverem participado de tráfico de drogas⁵⁵. O Brasil não fez qualquer reserva à Convenção de 1951 sobre o tema, razão pela qual a previsão pode ser vista como uma limitação indevida ao regime convencional ou mero esclarecimento do que o Brasil entende como um crime grave de direito comum⁵⁶.

Em relação a esta limitação introduzida pela legislação brasileira, há problemas em especial em relação às chamadas mulas do tráfico, pessoas em situação de extrema vulnerabilidade que aceitam transportar drogas pelos mais diversos motivos. Muitas dessas mulas são vítimas de perseguição em seu Estado de origem, se enquadrando no conceito convencional de refugiado, mas não receberão a proteção do Estado brasileiro, ante o

53 LEÃO, BARRETO, Op. cit., p. 6.

54 ALMEIDA, G. A. “A lei 9.474/97 e a definição ampliada de refugiado: breves considerações”. In: ARAÚJO, N.; ALMEIDA, G. A. *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva histórica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 163.

55 Art. 3º, III da Lei 9.474/97.

56 JUBILUT, Op. cit., p. 191.

envolvimento com o tráfico internacional de entorpecentes. Ao menos nas situações nas quais a atuação como mula foi feita para viabilizar a fuga, não é legítima a restrição imposta pela lei 9.474/97.

O procedimento para a concessão de refúgio, no Brasil, segue o rito de processo administrativo no âmbito do CONARE, sendo a lei 9.474/97, neste ponto, regulamentada pela Resolução Normativa CONARE 18/2014⁵⁷. O processo administrativo tem seu início no preenchimento e protocolo de um termo de solicitação de refúgio junto à Polícia Federal, outro ponto problemático na regulamentação, pois força indivíduos em situação de especial vulnerabilidade a comparecer à autoridade policial, o que, em especial para aqueles que ingressaram irregularmente no território nacional, causa relevante temor⁵⁸.

Efetuada o protocolo junto à polícia federal, o comprovante deste permite a residência provisória, bem como o gozo de direitos civis e sociais pelo solicitante de refúgio, incluso, por exemplo, a emissão de carteira de trabalho e o exercício de atividade laborativa.

Após a realização do protocolo e da coleta de dados biométricos, é realizada entrevista pessoal com o solicitante de refúgio, na qual serão colhidos detalhes sobre a perseguição sofrida, conduzida, em regra, pela Cáritas Brasileira, mas, em alguns locais, pela Defensoria Pública da União. Esta questão representa um ponto de vulnerabilidade adicional, na medida em que a Cáritas constitui organismo da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, sendo vinculada, portanto, à Igreja Católica. Sendo a religião uma das causas de perseguição que ensejam o reconhecimento da condição de refugiado, resta especialmente inconveniente que o preenchimento dos requisitos previstos na Convenção de 1951 seja analisado com base em entrevista realizada por instituição - mesmo que por via reflexa - eclesíastica.

Finda a instrução, o processo administrativo é remetido ao CONARE para decisão, da qual cabe recurso ao Ministro da Justiça. A decisão favorável ao solicitante de refúgio tem, não só por força da lei 9.474/97, mas principalmente em razão da Convenção de 1951, natureza declaratória da condição de refugiado, não havendo qualquer espaço para análise discricionária, isto é, trata-se de ato administrativo vinculado - uma vez preenchido os requisitos, deve ser a condição de refugiado obrigatoriamente reconhecida.

⁵⁷ A Resolução Normativa em questão, pela sua própria natureza, não inova no ordenamento jurídico, limitando-se a determinar os modos de tramitação do feito, bem como a obrigatoriedade de comunicação da solicitação de refúgio a instituições com atribuição para a matéria, destacando-se no rol o ACNUR e a Defensoria Pública da União.

⁵⁸ Apesar de as críticas ao exercício de tal atividade pela Polícia Federal, esta é mantida, não só por concentrar o órgão a maior parte das competências referentes à instrução de processos sobre imigração, mas também em razão do alto grau de capilaridade da instituição no território nacional.

5. O DIREITO DOS REFUGIADOS NO SÉCULO XXI

Abril de 2014: após três anos de intenso fluxo de haitianos, o governo do Acre decide fechar o abrigo da cidade de Brasileia, na fronteira com a Bolívia. Por tal abrigo, passaram mais de 20 mil haitianos, tendo chegado a abrigar 2500 pessoas em um espaço projetado para acolher 300. Os imigrantes haitianos fogem do caos instaurado em seu país natal após décadas de instabilidade política e o grande cismo de 2010 que devastou a parca estrutura então existente.

Junho de 2015: mais de 20 homens, quase todos negros vindos da África, passam dias confinados em pequena sala no Aeroporto Internacional de São Paulo/Guarulhos – Governador André Franco Montoro, apenas com a roupa do corpo. A maior parte é de potenciais solicitantes de refúgio, mas que são impedidos de deixar a área de segurança internacional do aeroporto e até mesmo de formalizar o pedido de refúgio. A Polícia Federal opta, em prol de suposta segurança internacional, opta por não aplicar a Convenção de 1951 e a lei 9.474/97, como se a ela competisse decidir tal questão⁵⁹.

A proteção das vítimas de perseguição, antes intimamente ligada aos grandes conflitos ocorridos na Europa na primeira metade do século XX e à instabilidade política que os seguiu durante os anos da Guerra Fria, ganha novos contornos: a questão dos refugiados se globaliza, ante a expansão dos deslocamentos humanos em massa para o nível mundial, a intensificação dos esforços de assistência humanitária e a ampla cobertura de casos paradigmáticos pela mídia⁶⁰. Neste contexto, Estados, até então com pouca tradição no recebimento de refugiados, como o Brasil, passam a receber fluxo cada vez mais relevante.

Neste contexto, o direito internacional dos refugiados passa a lidar com problemas novos, que fogem do padrão até então comum de mera análise da subsunção dos casos concretos aos requisitos previstos na Convenção de 1951.

A primeira questão relevante que se põe é a concessão de refúgio a indivíduos que não sofrem perseguição propriamente dita, mas fogem de um quadro de violação generalizada de direitos humanos causada por fatores alheios à vontade do Estado de origem. É o caso do grande fluxo de haitianos recebido pelo Brasil.

Em 12 de janeiro de 2010, um terremoto de grande magnitude atingiu a República do Haiti, estado que enfrentava, já à época, grave crise humanitária, decorrente de sua conturbada história marcada por seguidos golpes de Estado⁶¹. A capital Porto-Príncipe, que concentra

⁵⁹ Informação disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/candidatos-refugio-ficam-no-limbo-em-sala-de-aeroporto-16509800>> [Acesso em 21/06/2015].

⁶⁰ NOIRIEL, G. *Refugiés et sans-papiers: la République face au droit d'asile*, XIXe - XXe siècle. Paris: Pluriel, 2012.

⁶¹ Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL1446514-5602,00-COBERT>

a maior parte da população haitiana, foi devastada, agravando a crise local. Já em março de 2011, tem início um fluxo migratório constante de haitianos para o Brasil.

Os haitianos não se enquadravam nas hipóteses previstas na Convenção de 1951, mas poderiam ser objeto de proteção com base na Lei 9.474/97, que, como se viu anteriormente, adota conceituação ampla de refugiados. Não obstante tal fato, o Brasil optou por não reconhecer a condição de refugiado, optando pelo estabelecimento de sistemática de vistos humanitários, conforme a Resolução Normativa 97/2012 do Conselho Nacional de Imigração – CNIg.

Ao não reconhecer a condição de refugiados, o Brasil manteve a situação de emergência humanitária na região norte e descumpriu com os termos da Lei 9.474/97. Neste ponto, entra em questão o segundo grande problema enfrentado pelo instituto do refúgio hodiernamente no Brasil: a impossibilidade de revisão das decisões do CONARE pelo Judiciário.

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê um sistema complexo de judicialização de direitos e de políticas públicas, dentre as quais se incluem, por certo, a política migratória e a política de atenção aos refugiados. No sistema brasileiro, todas os atos administrativos, em tese, estão sujeitos à revisão pelo Judiciário.

O Judiciário brasileiro, contudo, adota reiteradamente⁶² o

URA+COMPLETA+TERREMOTO+NO+HAITI.html>. [Acesso em 15/05/2015].

62 Como exemplo, cito o Recurso Especial 1174235, julgado pela Segunda Turma do STJ: DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO. DIREITO COMPARADO. REFÚGIO POR PERSEGUIÇÃO RELIGIOSA. CONFLITO ISRAEL-PALESTINA. CONDIÇÕES. IMIGRAÇÃO DISFARÇADA. CONARE. REQUERIMENTO INDEFERIDO. MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. POLÍTICAS PÚBLICAS DE MIGRAÇÃO E RELAÇÕES EXTERIORES. 1. In casu, cidadão israelense ingressa no Brasil com visto para turismo, mas solicita permanência como refugiado, ao argumento de sofrer perseguição religiosa. Após se esgotarem as instâncias administrativas no Conare, entra com ação ordinária sob o fundamento de que o conflito armado naquele país, por ser notória, enseja automática concessão de status de refugiado. 2. O refúgio é reconhecido nas hipóteses em que a pessoa é obrigada a abandonar seu país por algum dos motivos elencados na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1957 e cessa no momento em que aquelas circunstâncias deixam de existir. Exegese dos arts. 1º, III, e 38, V, da Lei 9.474/97. 3. A concessão de refúgio, independentemente de ser considerado ato político ou ato administrativo, não é infenso a controle jurisdicional, sob o prisma da legalidade. 4. Em regra, o Poder Judiciário deve limitar-se a analisar os vícios de legalidade do procedimento da concessão do refúgio, sem reapreciar os critérios de conveniência e oportunidade. Precedentes do STJ. 5. Em casos que envolvem políticas públicas de migração e relações exteriores, mostra-se inadequado ao Judiciário, tirante situações excepcionais, adentrar as razões que motivam o ato de admissão de estrangeiros no território nacional, mormente quando o Estado deu ensejo à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal a estrangeiro cujo pedido foi regularmente apreciado por órgão formado por representantes do Departamento de Polícia Federal; do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (Acnur) e dos Ministérios da Justiça, das Relações Exteriores, do Trabalho, da Saúde, da Educação e do Desporto, nos termos do art. 14 da Lei 9.474/1997. Precedentes do STJ e do STF. 6. A tendência mundial é no sentido da restrição do papel do Poder Judiciário no que tange à análise das condições para concessão de asilo. Precedentes do Direito Comparado. 7. No Direito Internacional Público, o instituto jurídico do refúgio constitui exceção ao exercício ordinário do controle territorial das nações, uma das mais importantes prerrogativas de um Estado soberano. Cuida de concessão ad cautelam e precária de parcela da

entendimento segundo o qual a concessão de refúgio constitui ato tipicamente ligado às relações internacionais, de competência privativa do Executivo, portanto. Ao atribuir um caráter amplamente discricionário a instituto que não o é, visto que tanto a Convenção de 1951 quanto a Lei 9.474/97 preveem hipóteses nas quais os indivíduos fazem jus ao reconhecimento da condição de refugiado, o Judiciário confere poderes exorbitantes ao Executivo e relegam a segundo plano a natureza protetiva de direitos humanos do refúgio. Por sinal, significativo o fato de o precedente mais relevante de revisão pelo Judiciário da concessão de refúgio ter sido para anular refúgio concedido em sede recursal pelo Ministro da Justiça no caso Cesare Battisti⁶³.

A falta de controle pelo Judiciário, por sua vez, não só possibilita a adoção de entendimentos questionáveis pelo CONARE, com a não concessão de refúgio aos haitianos, mas também incentiva o Executivo a tratar a questão dos refugiados sob o enfoque da segurança nacional, e não sob o enfoque da proteção dos direitos humanos, o que vem sendo feito, por exemplo, pela Polícia Federal, que retém indevidamente incontáveis potenciais solicitantes de refúgio na área de segurança internacional do aeroporto de Guarulhos, em São Paulo, sem sequer possibilitar a formalização da solicitação de refúgio, novamente em patente violação à Convenção de 1951 e à Lei 9.474/97.

CONCLUSÃO

O direito internacional dos refugiados, cuja origem remota é o instituto do asilo territorial, desenvolveu-se na primeira metade do século XX, até receber o tratamento atual, dado pela Convenção de Genebra de 1951 e pelo Protocolo de Nova Iorque de 1967.

A regulamentação clássica tinha como destinatários principais os Estados europeus, sendo pouco efetiva para regiões diversas, o que resultou na adoção, em âmbito regional, de documentos que ampliaram o conceito de refugiados, como é o caso da Declaração de Cartagena, que mesmo sem força vinculante, repercutiu na legislação brasileira sobre o tema.

soberania nacional, pois o Estado-parte cede temporariamente seu território para ocupação por não súdito, sem juízo de conveniência ou oportunidade no momento da entrada, pois se motiva em situação delicada, em que urgem medidas de proteção imediatas e acordadas no plano supranacional. 8. O refúgio, por ser medida protetiva condicionada à permanência da situação que justificou sua concessão, merece cautelosa interpretação, justamente porque envolve a regra internacional do respeito aos limites territoriais, expressão máxima da soberania dos Estados, conforme orienta a hermenêutica do Direito Internacional dos Tratados. Exegese conjunta dos arts. 1º, alínea “c”, item 5, da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1957 e 31, item 3, alínea “c”, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. 9. Não se trata de fechar as portas do País para a imigração - mesmo pelo fato notório de que os estrangeiros sempre foram bem-vindos no Brasil -, mas apenas de pontuar o procedimento correto quando a hipótese caracterizar intuito de imigração, e não de refúgio. 10. Recurso Especial provido para denegar a Segurança.

63 Extradicação 1085/República Italiana.

No Brasil, a questão é tratada pela Lei 9.474/97, que adotou definição ampla de refugiados, incluindo, dentre estes, os indivíduos que fugiam de violações generalizadas de direitos humanos em seu Estado de nacionalidade. Apesar disto, ao se deparar com fluxo relevante de solicitantes de refúgio oriundos de país no qual há quadro de violação generalizada de direitos humanos – no caso, o Haiti –, o Brasil optou por ignorar a redação do diploma legal e negar a proteção.

No quadro atual, o desenvolvimento do refúgio no Brasil tem como maior barreira a abordagem que lhe é dada pelo Executivo sob o prisma da segurança nacional, e pelo Judiciário sob o enfoque das relações internacionais, sendo imprescindível o seu reenquadramento como instituto protetivo de direitos humanos que, de fato, é.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, G. A. “A lei 9.474/97 e a definição ampliada de refugiado: breves considerações”. In: ARAÚJO, N.; ALMEIDA, G. A. *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva histórica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, J. H. F. D. *Direito internacional dos refugiados: evolução histórica (1921-1952)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

ASPRONE, M. *Il diritto d'asilo e lo status di rifugiato*. Roma: Aracne, 2012.

BALOGH, E. World peace and the refugee problem. *Recueil des cours*, vol 75.

CARLIER, J.-Y. Droit d'asile et des réfugiés : de la protection aux droits. *Recueil des cours*, 2007, vol 332.

CASELLA, P. B. “Refugiados: conceito e extensão”. In: ARAÚJO, N. D.; ALMEIDA, G. A. D. *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CONARE. *O reconhecimento dos refugiados pelo Brasil: decisões comentadas do CONARE*. Brasília: ACNUR, 2007.

DINH, N. Q.; DAILLIER, P.; PELLET, A. *Droit international public*. 7ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2002.

HATHAWAY, J. C. *The rights of refugees under international law*. Cambridge: Cambridge Press, 2005.

HATHAWAY, J. C.; FOSTER, M. *The law of refugee status*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

JUBILUT, L. L. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.

LEÃO, R. Z. R.; BARRETO, L. P. T. F. O Brasil e o espírito da declaração

de Cartagena. *Forced Migration*, 2010, n° 35.

MARRUS, M. R. *The unwanted: european refugees in the twentieth century*. New York: Oxford University Press, 1985.

MELLO, C. D. D. A. *Curso de direito internacional público*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, vol 2, 2004.

NOIRIEL, G. *Réfugiés et sans-papiers: la République face au droit d'asile, XIXe - XXe siècle*. Paris: Pluriel, 2012.

RAMOS, A. D. C. “O princípio do non-refoulement no direito dos refugiados”. In: PIOVESAN, F.; GARCIA, M. *Doutrinas essenciais: direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol 4, 2011.

RATHAUS, F. “I rifugiati: chi sono?”. In: CHRISTOPHER, H. *Rifugiati: vent'anni di storia del diritto d'asilo in Italia*. Roma: Donzelli, 2010.

REALE, É. “Le droit d'asile. *Recueil des Cours*, 1938, vol 63.

TRINDADE, A. A. Cançado. Deslocados e a proteção dos migrantes na legislação internacional dos direitos humanos. *Refúgio, migrações e cidadania*, 20089, vol 3, p. 53-93.

RESUMO BIOGRÁFICO

Eraldo Silva Jr. é Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Defensor Público Federal.

INCORPORACIÓN DE MECANISMOS DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA

INCORPORAÇÃO DE MECANISMOS DE COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA INTERNACIONAIS NA LEGISLAÇÃO PENAL ECUATORIANA

*Bolívar Augusto Espinoza**

Resumen: *El presente artículo pretende dar a conocer brevemente la forma de regulación en la legislación penal ecuatoriana de los mecanismos de cooperación jurídica internacional; específicamente la asistencia penal internacional, todo esto como un elemento determinante para lograr una persecución penal de alta calidad; contiene además un breve análisis de la norma jurídica dispuesta en el Código Orgánico Integral Penal, en contraste a las normas contempladas en la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y la Convención Interamericana de Asistencia Mutua en Materia Penal.*

Resumo: *Este artigo pretende descrever brevemente a forma de regulamentação na legislação penal equatoriana dos mecanismos de cooperação jurídica internacional; especificamente a assistência criminal internacional, tudo isso como um fator determinante para alcançar uma ação penal de alta qualidade; também contém uma breve análise da norma legal estabelecida no Código de Integridade Criminal, em contraste com as normas contempladas na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal.*

Palabras clave: Mecanismos de cooperación judicial, Asistencia mutua en materia penal, Convención Interamericana de Asistencia Mutua

Palavras-chave: Mecanismos de cooperação judiciária, Assistência mútua em matéria penal, Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua

* Fiscalía General, Ecuador.
E-mail: bolivar.espinoza@gmail.com
Recibido: 04/09/2017. Aceptado: 29/09/2017.

1. INTRODUCCIÓN

La creciente interdependencia en la sociedad globalizada, ha dado origen a un incremento de la delincuencia organizada, lo que ha obligado tanto a los sistemas estatales a través de los órganos judiciales y policiales a generar mecanismos de respuesta inmediata y eficaz, en lo que respecta a la persecución y judicialización penal de este tipo de delitos. Así esta realidad actual, sumado a otros factores como lo son: *a)* La frecuente movilidad de las personas, la cual ha dado origen a un constante requerimiento y exigencia de acceso a la justicia, reclamando auxilio de otras autoridades judiciales extranjeras, ya sea para ejecutar la práctica de un acto procesal destinado a fortalecer un proceso penal ya iniciado o simplemente coordinar alguna actividad investigativa policial en el extranjero; *b)* La libre circulación de capitales que origina el blanqueo o lavado de dinero y, *c)* La proliferación de procesos penales originados por delitos provenientes de delincuencia organizada transnacional, los cuales presentan un importante componente internacional, generan la porque no decirlo en la mayoría de los casos, la necesidad de reclamar un auxilio judicial siendo este, la solicitud de asistencia en materia penal.

El presente trabajo, pretende mencionar brevemente, dos instrumentos internacionales que contemplan y abordan la cooperación judicial, esto es la solicitud de asistencia penal internacional entre los principales; sus cuestiones prácticas y el rol de la Autoridad Central, que para el presente caso, dicha encomienda le corresponde a la Fiscalía General del Estado ecuatoriana; adicionalmente explicaremos la incorporación en la normativa penal interna ecuatoriana – Código Orgánico Integral Penal- el mecanismo de auxilio judicial, y su impacto en el proceso penal.

2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE CONTEMPLAN LA SOLICITUD DE ASISTENCIA PENAL INTERNACIONAL

Mención especial merece, para efectos de desarrollo de la presente premisa, enunciar dos instrumentos claves, las cuales dan origen a una conceptualización de lo que consiste la asistencia penal internacional, esto es la Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional -en el ámbito multilateral- y la Convención Interamericana de Asistencia Mutua en Materia Penal, desde la perspectiva regional o hemisférica.

En lo referente a la *Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, o más conocida como la Convención de Palermo, tiene como principal objeto promover la cooperación jurídica para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional, esta Convención para el

quehacer de la Autoridad Central, que en el caso ecuatoriano, es la Fiscalía General del Estado, es de especial relevancia por la gran cantidad de herramientas que presta para desarrollar una prolija labor investigativa con especial énfasis a la criminalidad organizada transnacional.

Así, el artículo 18 de la referida Convención de Palermo, contempla que, en relación a la asistencia judicial, es una exigencia que se impone a los Estados Parte para que presten “*la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales*” relacionada con los delitos materia de la Convención.

Si bien es cierto, desde un enfoque analítico, el término incorporado dentro de la Convención, es “*judicial*” podría entenderse que únicamente se ajusta al órgano jurisdiccional como tal, no obstante puede ser interpretado desde un sentido más amplio, esto es no solo desde la colaboración entre jueces sino también entre fiscales a nivel internacional.

La referida Convención de Palermo, aporta dos elementos importantes para este tema, esto es los requerimientos de la asistencia y la forma de gestionarla, aborda también la posibilidad de traslado de testigos o imputados de un país a otro para fines relacionados con la investigación o una actuación judicial. Precisa las causales de denegación de asistencia y las formas en que se cubren los gastos de la asistencia. Se destaca expresamente que los Estados Parte no pueden invocar el secreto bancario para denegar la asistencia requerida, siendo éstos los principales aspectos.

En relación a la *Convención Interamericana de Asistencia Mutua en Materia Penal*, es un instrumento que con una mayor claridad define los lineamientos en que los Estados Parte, deberán prestarse asistencia mutua en investigaciones, juicios y actuaciones en materia penal referentes a delitos cuyo conocimiento sea de competencia del Estado requeriente al momento de solicitarse la asistencia.

Dentro de este contexto, sobre la Convención Interamericana de Asistencia Mutua en Materia Penal, es necesario principalmente, interpretarla desde dos enfoques de utilidad.

El primer enfoque acerca de la modalidad de asistencia judicial para la obtención de la prueba testimonial o pericial; y, el segundo enfoque acerca del traslado temporal de detenidos.

Así en referencia al primer enfoque, esto es acerca de la modalidad de asistencia judicial para la obtención de la prueba testimonial o pericial, la Convención, en su artículo 18, regula la posibilidad de que la prueba se obtenga a través de la declaración testimonial prestada en el territorio del Estado requerido; y, que la declaración del testigo o el informe del perito pueda emitirse en el Estado requirente, posibilitando el desplazamiento de la persona al territorio de éste.

Generalmente desde la práctica, la primera de las posibilidades es la más frecuente, y tiene como ventaja que no se necesita el

consentimiento del testigo o perito para acceder a la solicitud. En estos casos se requiere que la solicitud de asistencia se acompañe listados de preguntas que tienen que ser formuladas al testigo o el perito. Siendo esta una práctica sencilla, pero es la que menos se ajusta a los principios que han de regir la prueba, pues afecta el principio de inmediación en la recepción por parte de quien deberá apreciarla y valorarla; pero esta objeción podría solventarse, cuando la autoridad competente se traslade al lugar para presenciar e intervenir en la misma, posibilidad que contempla en el artículo 16 de la Convención, cuando claramente expresa que: *“las autoridades y las partes interesadas, o sus representantes, del Estado requirente, podrán previo conocimiento de la Autoridad Central del Estado requerido, estar presentes y participar en la ejecución de la solicitud de asistencia en la medida en que no lo prohíba la legislación del Estado requerido y haya expreso consentimiento de sus autoridades al respecto”*. Otro mecanismo para solventar este pequeño obstáculo sería a través de la videoconferencia, la cual es una solución rápida y efectiva.

Es necesario destacar otra de las importantes modalidades que contempla la Convención para la práctica de actos procesales destinados a recabar el testimonio de un testigo o de un perito, se pueda ejecutar en el propio Estado requirente, lo que facilitaría que la práctica se lo haga de acuerdo a la normativa interna del país requirente, pero además con el valor agregado que no se afectaría el principio de inmediación en el propio acto del juicio. Para esto es necesario contar con la conformidad del testigo o perito y no podrán emplearse medidas coercitivas; la Convención, para desarrollar esta posibilidad, en el artículo 22 contempla la posibilidad del salvoconducto, de modo que facilitaría que, si una persona acude a colaborar a otro Estado en calidad de testigo o perito, ésta, no podrá ser detenida o enjuiciada por delitos anteriores a sus salidas del territorio del Estado requirente. No podrá ser requerida para declarar o dar testimonio en procedimientos no especificados en la solicitud; y, no podrá ser detenida o enjuiciada con base a la declaración que preste, salvo en casos de perjurio o falso testimonio.

En relación al segundo enfoque acerca de la novedosa posibilidad de que la Convención Interamericana de Asistencia Mutua en materia Penal, contempla la posibilidad de prestar asistencia para la obtención de declaraciones de personas detenidas en el Estado requerido, se refiere específicamente en los artículos 20 al 22.

Es en estos casos, donde la práctica de la asistencia es más compleja, pues no solo se trata de cooperar en la obtención de una prueba sino también en el traslado de una persona privada de libertad. Además de ello habría que unir que la declaración de la persona detenida, es un mecanismo para garantizar el derecho a la defensa, de modo que es complejo que la declaración de la persona aprehendida pueda tomarse como la de un testigo; pues esta declaración exige de la

práctica de garantías concretas, y de no aplicarlas se estaría vulnerando sus derechos fundamentales.

Para lograr proceder el traslado temporal de la persona que se encuentre detenida o condenada, se necesitará de dos consentimientos claves, esto es del Estado requerido, donde se encuentra privado de libertad y el otro del propio detenido, pues así lo contempla el artículo 20.

Así, la Convención contempla una serie de causas de denegación de la solicitud de traslado temporal, en los casos de que su presencia fuera necesaria en una investigación o en un proceso penal pendiente en la jurisdicción a la que se encuentra sujeta la persona. Pero si se cumplen todos los requisitos para que el traslado pueda producirse el Estado requiretente se comprometerá con el cumplimiento de una serie de obligaciones y a respetar ciertas limitaciones. El Estado tendrá la obligación de mantener bajo custodia física a la persona trasladada a menos que el Estado remitente indique lo contrario. Asimismo, se comprometerá a retornar a la persona trasladada al Estado que la envió tan pronto con las circunstancias lo permitan con sujeción a lo acordado entre las autoridades centrales de ambos Estados para que al regreso de la persona trasladada se pueda exigir el seguimiento de un procedimiento de extradición.

3. ROL DE LA AUTORIDAD CENTRAL ECUATORIANA, LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, FRENTE A LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

Corresponde por mandato constitucional a la Fiscalía General del Estado de Ecuador, dirigir de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal.

Bajo esta premisa jurídica, la intervención, en el ámbito de la cooperación mutua en materia penal, la atribución de la Fiscalía General del Estado, es reciente, pues es a raíz del año 2003, que tras la suscripción por el Estado ecuatoriano, de la Convención de Asistencia Mutua en Materia Penal y de la Convención de Palermo (Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada) la Fiscalía General del Estado, cobra un importante papel para la ejecución de estos instrumentos, gracias a su designación en calidad de Autoridad Central para el marco de las referidas convenciones, institución a la cual le corresponde facilitar a través de mecanismos necesarios el auxilio judicial internacional previsto, dentro del ámbito de sus competencias, lo dispuesto en estos dos convenios internacionales.

Así, el 10 de diciembre del 2004, la Fiscalía General del Estado, creó dentro de su organización interna la Unidad de Asuntos

Internacionales, actualmente Dirección de Asuntos Internacionales y Cooperación, sección que tiene la misión de asesorar, tramitar y realizar el seguimiento a los requerimientos de las autoridades competentes a través de una correcta ejecución y cumplimiento –para este caso- de los requerimientos de asistencia penal internacional.

La Fiscalía General del Estado de la República del Ecuador, a través de la figura de Resolución, signada como No 020-2014-FGE, expidió el *Instructivo de Cooperación Penal Internacional*, el cual pretende guiar de una forma metodológica el manejo de las solicitudes de asistencia penal internacional, como bien, señala la referida resolución contiene, una breve y descripción de cómo activar este mecanismo de auxilio judicial, en procesos penales que se hayan iniciado en el Ecuador o que han sido solicitados desde el extranjero.

La Fiscalía General del Estado, en ejercicio del rol de Autoridad Central, ha implementado una herramienta técnica informática, la cual pretende asegurar la correcta redacción de una solicitud de asistencia penal; este sistema informático, pretende incorporar en una forma determinada, ciertos parámetros de contenidos básicos que debe reunir para que la solicitud de auxilio judicial para que pueda ser librada al extranjero, guardando relación con los principios procesales de congruencia y uniformidad a la realidad procesal.

Los parámetros, que ha considerado el módulo de solicitudes de asistencia penal, son:

- a. Identificación de la autoridad que formula la solicitud;
- b. Identificación de la autoridad a la que se propone la solicitud;
- c. Objeto y motivo de la solicitud;
- d. Datos generales del contexto investigativo que dan origen a la solicitud;
- e. Fundamentación jurídica normativa de la solicitud; y,
- f. Prioridad señalada de la solicitud.

La flexibilidad en la redacción de los requerimientos internacionales, gracias a esta herramienta automatizada por la Fiscalía General del Estado, ha permitido disminuir graves problemas de entendimiento entre las autoridades judiciales de los Estados implicados, pues si bien es cierto, la gran diferencia en normativa interna y sistemas procesales, ha permitido coincidir en disposiciones claves tanto de las Convenciones ya señaladas anteriormente, esto es Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada y la Convención Interamericana de Asistencia mutua en Materia Penal.

4. INCORPORACIÓN EN LA NORMATIVA INTERNA ECUATORIANA DEL MECANISMO DE AUXILIO JUDICIAL INTERNACIONAL Y SU IMPACTO DENTRO DEL PROCESO PENAL

El Código Orgánico Integral Penal, es específicamente en los artículos 485, 486, 488, 496 y 497, donde incorpora determinadas herramientas investigativas, para fortalecer la persecución penal de determinados delitos que presenten un componente de crimen organizado transnacional.

Esta remisión y armonización de la normativa interna ecuatoriana, frente a la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, es un importante avance para el desarrollo del sistema jurídico penal.

Dichas disposiciones legales, que constan dentro del Código Orgánico Integral Penal, definen e incorporan diferentes figuras jurídicas, por ejemplo: *i*) la entrega vigilada o controlada y su procedimiento para ejecutarla, *ii*) la remisión de procedimientos probatorios; *iii*) las investigaciones conjuntas; y, *iv*) el que será objeto de nuestro análisis, la solicitud de asistencia judicial recíproca.

El artículo 497 del COIP, es una disposición que precisa a mayor detalle y técnica jurídica, esta especial innovación jurídica con alto impacto dentro de la ejecución del proceso penal, la disposición pretende dar una definición conceptual de lo que se entiende por Asistencia Judicial Recíproca, a continuación, daremos un vistazo a la norma jurídica:

Las o los fiscales podrán solicitar asistencia directa a sus similares u órganos policiales extranjeros para la práctica de diligencias procesales, pericias, e investigación de delitos previstos en este Código. Esta asistencia se refiere entre otros hechos, a la detención y remisión de procesados y acusados, recepción de testimonios, exhibición de documentos inclusive bancarios, inspecciones del lugar, envío de elementos probatorios, identificación y análisis de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización e incautación y comiso de bienes.

Asimismo, la o el fiscal podrá efectuar actuaciones en el extranjero dirigidas a recoger antecedentes acerca de hechos constitutivos de alguna infracción, a través de la asistencia penal internacional. Las diligencias señaladas serán incorporadas al proceso, presentadas y valoradas en la etapa de juicio.

Para situar nuestro análisis, esta importante regulación normativa es considerada de gran avance, por dos razones: la *primera* por cuanto es notorio y evidente la remisión de la norma interna frente a las disposiciones convencionales internacionales, tanto de la Convención Interamericana de Asistencia Mutua en Materia Penal así como de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada

Transnacional; y, la *segunda* por el importante impacto procesal que tiene la aplicación del mecanismo de asistencia judicial recíproca al momento que se activa dentro de una investigación penal, toda vez que mejora la calidad de la investigación e indirectamente aplica el principio de la debida diligencia en la investigación penal, estándar exigido para la sustanciación correcta de procesos penales.

Analizando conceptualmente, el Código Orgánico Integral Penal, incorporó en la definición de la asistencia judicial recíproca, determinados elementos como lo son:

a. Que dispone que son los fiscales quienes pueden solicitar la asistencia de una forma directa a sus similares – es decir fiscalías extranjeras- u órganos policiales extranjeros, que para efectos de este análisis, se entendería que se trata de la INTERPOL, AMERIPOL o EUROPOL. Situación que se contrapone con el espíritu de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y porque no decirlo con la Convención Interamericana de Asistencia Mutua en Materia Penal, toda vez que tal como reza del epígrafe de la norma, el concepto “judicial” debe ser interpretado en un sentido amplio, no únicamente para Fiscales, pues no se descartaría recabar elementos en un determinado país donde todavía se encuentre en vigencia el sistema inquisitivo; y, sea el Juez quien requiera activar este mecanismo, como por ejemplo en los supuestos jurídicos que demanda la intervención estrictamente judicial.

b. La referida disposición legal, contiene el elemento de que la asistencia estará destinada para practicar diligencias procesales, pero es aquí en este análisis donde surge una duda, sobre *¿Qué sucedería si se requiere una diligencia dentro de una etapa pre-procesal?*, pues la disposición jurídica, lo que hace es limitar al fiscal a activar el mecanismo de auxilio judicial únicamente cuando la investigación como tal se encuentra configurado como un “proceso” estrictamente penal.

c. La norma objeto de análisis, describe, por así mencionarlo un listado de diligencias que pueden practicarse, entre estas: pericias, investigación de delitos existentes en el COIP, detención, remisión de procesados y acusados, recepción de testimonios, exhibición de documentos –inclusive bancarios-, inspecciones del lugar, envío de elementos probatorios, identificación y análisis de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización e incautación y comiso de bienes; situación jurídica que es limitante para el quehacer tanto del fiscal como del órgano jurisdiccional, por dos razones: la *primera* por cuanto el requisito de doble incriminación es determinante para que proceda la solicitud, esto es que el hecho que origine la solicitud de asistencia, debe ser

punible en la legislación del Estado requerido; y, la *segunda* por cuanto el catálogo de diligencias que se detalla en la disposición jurídica es muy limitante frente al amplio espectro de aplicación que contienen las Convenciones de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada y la Interamericana en Asistencia Mutua en Materia Penal.

d. Con el objeto de concluir este análisis, la norma interna incluyó, en lo principal, que las diligencias serán incorporadas al proceso, presentadas y valoradas en la etapa de juicio, lo que genera un gran impacto probatorio dentro del proceso, específicamente en aquellos delitos que tienen un componente internacional, como lo son en la mayoría de casos, los delitos provenientes de delincuencia organizada transnacional, de ahí la importancia de practicar el mayor número de diligencias existentes y contempladas en las Convenciones ya señaladas.

Tras la breve reflexión realizada anteriormente, es importante, a largo plazo, debido a la gran importancia de este mecanismo de cooperación judicial, que por sus beneficios de activarlo ya se ha señalado, que la disposición jurídica prevista en el artículo 497 del Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano, debe reformularse, con ciertos elementos facilitando a que sea que cualquier operador de justicia en materia penal quien pueda activar los mecanismos de cooperación judicial, entre estos – y para el caso que amerita- la solicitud de asistencia judicial recíproca, ante las autoridades competentes internacionales, por intermedio de la autoridad central designada para el efecto.

Esta asistencia judicial podrá consistir, en solicitar las diligencias o actuaciones constantes en los instrumentos internacionales suscritos en la materia, los cuales una vez hecho serán incorporados a la investigación previa o proceso penal.

El momento procesal para activar dicho mecanismo, será aquel que permita recabar tanto los elementos de convicción relacionados con los hechos fácticos que se investigan o cuando esté destinado a asegurar la presentación de la evidencia dentro de la etapa de juicio.

Huelga decir, que la forma de presentarlo y activarlo, no deberá resumirse en un solo artículo, sino que deberá estar incorporado dentro de los lineamientos de la norma interna ecuatoriana, es decir en el Código Orgánico Integral Penal.

CONCLUSIONES

Una de las principales conclusiones, resultado de este análisis, tiene que ver con la efectividad de la cooperación judicial internacional, la cual no responde a una cortesía internacional, sino a una obligación

legal para los Estados que han suscrito las Convenciones antes señaladas; y de ahí radica la necesidad de que tanto los Estados y espacios de integración regional, promuevan y fortalezcan las posibilidades de generar cooperación judicial efectiva, garantizando la tutela judicial efectiva de los ciudadanos en general, el cual se ve proyectado a través de un adecuado desarrollo del sistema procesal penal.

Otro aspecto a destacar, es la amplia posibilidad que ofrece tanto la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada así como la Convención Interamericana de Asistencia Mutua en materia penal, para la aplicación de herramientas procesales claves destinadas a mejorar la calidad de la persecución penal en delitos con componente internacional.

Desde la perspectiva de la normativa interna ecuatoriana, el reto está en reforzar la norma jurídica prevista en el artículo 497, con premisas claras, objetivas y directas que lleven a entender el verdadero espíritu de la asistencia judicial recíproca así como el procedimiento para ejecutarla ante la Autoridad Central competente.

Por último, el nudo crítico que pudiese presentarse, podría ser la vulneración de determinados derechos a las partes procesales en la práctica de la solicitud de asistencia judicial recíproca, de ahí la importancia de cuidar y armonizar tanto las legislaciones internas de los países a nivel regional, así como definir un catálogo de las diligencias a practicarse enfocadas con el debido proceso y derechos fundamentales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Código Integral Penal de Ecuador, 2015.

COMISIÓN EUROPEA. *Estudios sobre cooperación jurídica, auxilio judicial internacional y extradición en materia de tráfico de drogas y otros delitos relacionados entre la Unión Europea y sus Estados Miembros y los Países de América Latina y el Caribe*, 2013.

Constitución de la República de Ecuador, 2014.

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL. R.O/197, de 24 de octubre del 2003.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE ASISTENCIA MUTUA EN MATERIA PENAL. R. O/147, de 14 agosto, 2003.

ESPINOZA, B. *Breve Exposición de la Regulación en el derecho interno ecuatoriano de la solicitud de asistencia penal internacional*. Preparado para la UTPL, 2015.

FISCALÍA GENERAL DEL REINO DE ESPAÑA. *Memorias de la*

Fiscalía de Cooperación Internacional. Madrid: 2013.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Bolívar Augusto Espinoza es Abogado por la Universidad Central del Ecuador. Especialista en Derecho Penal, Universidad Andina “Simón Bolívar”. Maestría en Diplomacia y Relaciones Internacionales en la Escuela Diplomática de Madrid. Diplomado por la OEA en el Curso Anual de Derecho Internacional, Brasil. Estudios en Derecho Penal Internacional por la Escuela de Verano de la Universidad de Göttingen, Alemania. Visitante profesional en la Fiscalía General del Reino de España - Fiscalía Especializada de Cooperación Internacional- y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos -Costa Rica- Formación en la Escuela de la Magistratura París en Cooperación Judicial y Delincuencia Organizada.

PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

*Amanda Thereza Lenci Paccola**

Resumo: *Podemos observar no presente trabalho de pesquisa, desde as bases dos Direitos Humanos, suas influências e surgimento. Esta pesquisa tende a expor como funcionam seus mecanismos e quais são os seus procedimentos, com grande enfoque na atuação da Organização das Nações Unidas (ONU). Os direitos humanos muitas vezes, apesar de protegidos por tratados internacionais não são respeitados. Assim, nesta abordagem, veremos os principais pactos/tratados/convenções sobre o tema, e como propósito final será feita uma análise de como a diplomacia e o governo brasileiro se comportam em relação à proteção do instituto de direitos humanos, juntamente com a importância dada a ele atualmente em sua política externa.*

Resumen: *Podemos observar en este trabajo de investigación, el fundamento de los derechos humanos, sus influencias y la aparición, exponiendo cómo son sus mecanismos y cuáles son sus procedimientos, con un fuerte énfasis en el papel de las Naciones Unidas (ONU). A menudo, no se respetan los derechos humanos, aun cuando estén protegidos por los tratados internacionales. Desde ese enfoque, se explora grandes acuerdos, tratados y convenciones sobre la materia; como objetivo final habrá un análisis de cómo la diplomacia y el gobierno brasileño se comportan en relación con la protección del instituto de derechos humanos, junto con la importancia dada actualmente en su política exterior.*

Palavras-chave: Direitos humanos, Tratados internacionais, Diplomacia, Governo

Palabras clave: Derechos humanos, Tratados internacionales, Diplomacia, Gobierno

* Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, Brasil.
E-mail: amanda_paccola@hotmail.com.br
Recibido: 19/12/2016. Aceptado: 01/08/2017.

1. INTRODUÇÃO

A finalidade do presente trabalho de pesquisa é doutrinária, para aqueles que queiram saber mais sobre este assunto tão fascinante dos Direitos Humanos. Como se estabelecem, suas prerrogativas e funções.

O enfoque principal é no tema de Direitos Humanos, uma visão geral sobre o assunto e o seu conceito. Como objetivo, uma discussão aberta sobre o tema, não somente em torno de conceitos, mas com o fim de provocar real questionamento sobre os fatos internacionais atuais.

Trataremos sobre os principais pactos e tratados que levaram o sólido estabelecimento e evolução do referido instituto e sobre a responsabilidade internacional do Estado de proteger a dignidade humana.

Este trabalho teve como pretensão o esclarecimento dos institutos que norteiam os direitos humanos, esmiuçando seus respectivos surgimentos, funções e intuitos na sociedade, colocando em evidência a atuação do Estado e de sua Política Externa na proteção dos Direitos Humanos em âmbito nacional e internacional.

Diante da grande importância que tem em todos os Estados, como será o posicionamento e atuação do Estado brasileiro em relação à defesa internacional dos direitos humanos na atualidade? Está o nosso país seguindo o rumo correto, defendendo como deveria a dignidade humana dentro e fora de nossas fronteiras?

2. DIREITOS HUMANOS

Este capítulo tratará dos direitos humanos, trazendo uma breve introdução de seus principais aspectos e como eles se inserem no campo internacional. A abordagem se baseará nos resultados das lutas e conquistas dos direitos humanos, outras vertentes que surgiram a partir dele e de sua internacionalização, convenções e tratados importantes para sua consolidação. Além do desempenho da diplomacia brasileira frente ao âmbito internacional.

O seguinte trecho de Flávia Piovesan¹ nos dá uma visão de vários autores sobre o tema:

Enquanto reivindicações morais, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer. Como realça Norberto Bobbio, os direitos humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas. Para Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social. No dizer de Joaquin Herrera

¹ PIOVESAN, Flávia. “Direitos Humanos”. *Anais Eletrônicos*, São Paulo, 06 dez. 2006 [Acesso em: 10 dez. 2016]. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=Direitos+humanos>>

Flores, os direitos humanos compõem uma racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Invocam, neste sentido, uma plataforma emancipatória voltada à proteção da dignidade humana. Para Carlos Santiago Niño, os direitos humanos são uma construção consciente vocacionada a assegurar a dignidade humana e a evitar sofrimentos, em face da persistente brutalidade humana. Considerando a historicidade dos direitos, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.

E se esses direitos que defendem o ser humano e todas as necessidades e direitos inerentes a ele não forem defendidos todos os dias, o que será de nós, humanidade, amanhã?

2.1. Conceito e principais características

Os direitos humanos se encontram em uma área do direito internacional que visa a igualdade, proteção da dignidade humana, proteção contra excesso de poder, políticas públicas que possam dar melhores condições de saúde e de vida para a população, tendo sempre à frente o tratamento igualitário sem distinção de raça, cor, sexo e religião e outros.

Os Direitos Humanos, atualmente, estão positivados na Constituição Federal, fato que garante que sejam respeitados e garante sua proteção. Alexandre de Moraes discursa sobre a importância da constitucionalização deste instituto:

A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significou mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia. Ressalte-se que a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral².

Dentro dos direitos humanos são abordados vários temas, todos visando a proteção da garantia dos mesmos. De acordo com Paulo Henrique Gonçalves Portela³, as suas principais características são:

a) Universalidade, que enseja na proteção e abrangência universal, de todos os seres humanos, sem distinção de raça, cor, sexo, etnia, religião e outros;

2 MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2005., p. 03.

3 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 6ª ed. São Paulo: JusPODIVM, 2014, p.819-822

- b) Inerência, direito de ser protegido por essas normas pelo simples fato de ser pessoa humana; é inerente, vinculado à natureza de ser humano;
- c) Transnacionalidade, característica que garante que o ser humano seja abrangido pelos direitos humanos sem ter vinculação com o seu país, ou nacionalidade, um exemplo disso é o apátrida, que mesmo sem pátria será protegido;
- d) Historicidade e proibição do retrocesso, característica que visa garantir a atualização constante dos direitos humanos, para que possam acompanhar a história mundial e com as alterações sociais e políticas sofridas com o tempo esses direitos acompanhem a evolução, não retroajam prejudicando os beneficiados. Portanto, uma norma de direitos humanos só poderá ser substituída por outra mais protetiva e benéfica;
- e) Indisponibilidade, inalienabilidade e irrenunciabilidade, são normas que positivaram a garantia da proteção humanitária da dignidade ao seu alvo, são vinculados ao ser humano, e mesmo que o indivíduo não queira essa ajuda não poderá se desfazer dela;
- f) Imprescritibilidade, a proteção da dignidade humana defendida não prescreve nunca, é sempre presente e constante. Porém, no que se refere aos crimes de guerra, o Brasil não assinou a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968, o que significa que o Brasil não está sujeito nem vinculado a elas;
- g) Indivisibilidade, os direitos humanos são indivisíveis, interdependentes e complementares. Apesar de estarem localizadas essas características em tratados diferentes, continuam sendo colocadas juntas e dependem uma da outra para que a efetividade seja plena;
Primazia da norma mais favorável. Nessa característica é defendida a aplicação da norma mais favorável ao indivíduo, a que ofereça mais proteção e mais eficácia, em casos de conflito entre duas normas de direitos humanos sobre o mesmo assunto.

Alexandre de Moraes, ao versar sobre os direitos humanos fundamentais, frisa:

O importante é realçar que os direitos humanos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não-ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais⁴.

Sendo assim, podemos entender o conceito e os princípios que embasam o presente e referido assunto, e principalmente observar que

⁴ MORAES, Op. cit., p. 23.

de qualquer ponto de vista os direitos humanos tendem a se basear sempre primeiramente na proteção da dignidade humana.

2.1.1. Relação entre direito internacional humanitário e direito internacional dos direitos humanos

Ambos direitos visam à proteção da humanidade, sugeriram em momentos diferentes, e atuam em diferentes casos. Christophe Swinarski, ao se referir à primeira Conferência de Direitos Humanos convocada pela ONU em 1968, entende que é muito importante que sejam consideradas parte dos direitos humanos as regras humanitárias utilizadas em situações de conflito armado. Com essa situação podemos iniciar a diferenciação de incidência de cada direito, em seus respectivos campos.

Ana Maria Bierrenbach, aponta três diferentes teorias sobre a relação entre o Direito internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário:

a integracionista, que sustenta a fusão entre o DIH e o DIDH, argumentando que por sua primazia cronológica, o DIH seria a base dos direitos humanos; a separatista, que sustenta a tese de que se trata de dois ramos distintos do Direito Internacional Público e acentua a diferença de finalidades: o DIH protegeria os indivíduos nos casos em que os indivíduos são vítimas de conflitos armados; e a tese complementarista, que afirma que são ramos diferentes que se complementam, uma vez que o DIDH tem como objetivo garantir, em todo o momento, aos indivíduos, desfrutar dos direitos e das liberdades fundamentais e protegê-los das calamidades⁵.

O Direito humanitário é conhecido como aquele que surgiu entre guerras. Sua origem vem dos costumes militares nos conflitos armados, buscando uma guerra limpa, lícita e justa. Christophe Swinarski entende o Direito Humanitário da seguinte maneira:

O conjunto de normas internacionais, de origem convencional ou consuetudinária, especificamente destinado a ser aplicado nos conflitos armados, internacionais ou não internacionais, e que limita, por razões humanitárias, o direito das partes em conflitos de escolher livremente os métodos e os meios utilizados na guerra, ou que protege as pessoas e os bens afetados ou que possam ser afetados pelo conflito⁶.

5 BIERRENBACH, Ana Maria. *O conceito de responsabilidade de proteger e o Direito Internacional Humanitário*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011, p. 106-107.

6 SWINARSKI, Christophe. *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. Brasília: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1996, p. 18-22.

O Direito Humanitário é hoje em dia aplicado em hipóteses de conflitos internos, internacionais, guerras religiosas, ideológicas, territoriais e qualquer outro tipo de conflito que ponha em risco as pessoas residentes no local, ou que estejam potencialmente ameaçadas.

O ideal é que as normas de proteção do Direito Humanitário que surgiram com as guerras e conflitos sejam efetivamente aplicadas juntamente com as normas de proteção dos Direitos Humanos, visando maior abrangência, sem necessariamente estar em risco atual e iminente.

2.2. Os direitos humanos e sua proteção internacional

Segundo Luiz Felipe Lampreia⁷, na data de 10 de dezembro de 1948 foi adotada, pela ONU, na Assembleia Geral, a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nesse período o mundo estava ainda sofrendo os impactos da Segunda Guerra Mundial, e sentiram a necessidade de um documento que positivasse e estabelecesse os direitos humanos fundamentais. Dessa forma, a Organização das Nações Unidas não poderia se omitir, deveria se posicionar e colocar esse assunto à frente, dando a devida importância a ele. Essa declaração foi o primeiro documento de âmbito internacional e específico sobre os direitos humanos.

Anteriormente, na elaboração da Carta da ONU, ficou estabelecido que os direitos humanos precisavam de expansão, e que não poderiam mais ser somente de jurisdição interna dos Estados. Então, além da criação da ONU, foi dado o pontapé inicial de compromisso com a proteção desses direitos.

A referida Declaração, elaborada com o intuito de atingir todos os povos e nações, traz em seu bojo os direitos fundamentais, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, sem distinção de raça, cor, etnia, sexo e outros.

A Carta Internacional dos Direitos Humanos é composta, principalmente, pela Declaração Universal de Direitos Humanos, juntamente com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e por outros pactos e tratados.

Luiz Felipe Lampreia disserta sobre a participação do Brasil e da Diplomacia brasileira na solidificação dos direitos humanos em âmbito internacional:

O Brasil contribuiu muito para a edificação do sistema internacional de promoção e proteção dos direitos humanos e continua a contribuir para

⁷ LAMPRÉIA, Luiz Felipe. *Direitos Humanos e Diplomacia*. Brasília: Itamaraty, 1998 (Acesso em: 12 dez. 2016). Disponível em: <<http://dc.itamaraty.gov.br/imagens-e-textos/revista6-mat1.pdf>>

seu contínuo aprimoramento. Cabe lembrar que a Delegação brasileira participou ativa e construtivamente dos trabalhos preparatórios da Declaração Universal de Direitos Humanos, por ocasião da Assembleia Geral de 1948. Naquela época, nossa Delegação, refletindo o clima da Constituição de 1946 e representando um país que começava a reexercitar-se, com entusiasmo, na prática democrática, sobressaiu por sua postura liberal, colocando-se entre as que defendiam a criação de mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos. Mais recentemente, em 1993, coube ao Brasil ocupar a presidência do Comitê de Redação na Conferência de Viena, função na qual nossa diplomacia foi capaz de influir de maneira decisiva para a superação de impasses que ameaçavam o bom êxito da Conferência.

A atuação diplomática brasileira nesse campo baseia-se no reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional público e tem-se distinguido pelo apoio aos esforços no sentido da universalização dos direitos humanos e do aperfeiçoamento do sistema internacional para sua promoção e proteção. Essa política, que corresponde aos anseios mais genuínos da sociedade brasileira, recebeu novo ímpeto com o Governo Fernando Henrique Cardoso. Este, ademais de incluir os direitos humanos entre os temas centrais de sua agenda interna, como atesta o lançamento do Programa Nacional de Direitos Humanos (1996), tem assumido postura mais afirmativa no plano internacional, em fiel cumprimento do dispositivo constitucional segundo o qual a política externa do Brasil se guiará, *inter alia*, pela prevalência dos direitos humanos⁸.

O Brasil, após 66 anos da adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ainda mantém fortes laços com a ONU, OEA e outras Organizações Internacionais defensoras dos Direitos Humanos. Porém, sofre críticas atualmente, relacionadas à sua atuação diplomática no campo dos direitos humanos, pelo fato de em algumas situações se manter inerte, assunto que será discutido em tópico posterior neste trabalho.

2.2.1. A internacionalização dos Direitos Humanos e os fundamentos de sua proteção internacional

A internacionalização dos direitos humanos se inicia no período pós-Guerras, se fundamenta na uniformização das formas de governo e de Estado atuais, sendo que aqueles entes que visam participar de pactos e tratados de direitos humanos seguem um padrão mínimo de aceitação e enquadramento, nos moldes dos direitos humanos e nos direitos que essa área do direito internacional defende.

Tempos atrás, as nações entendiam que por serem soberanas

⁸ *Ibidem*.

não poderiam interferir em assuntos internos de outros Estados, pois feririam a soberania alheia. Diante disso, os Estados sentiam que poderiam praticar quaisquer atos que avaliassem como corretos, mesmo que repudiados internacionalmente, e que não sofreriam intervenção externa nem punição.

Com a evolução das Leis, dos governos, teorias de Estado, conceitos e princípios positivados como o da dignidade da pessoa humana, e a garantia pelo Estado de respeitar os direitos fundamentais, o mundo hoje em dia já não entende a soberania da mesma maneira. Ainda é soberano o Estado, porém, sabe do dever de atuação e de respeito dos órgãos internacionais de justiça, caso tenham se submetido aos respectivos pactos e tratados.

Paulo Henrique Gonçalves Portela faz considerações sobre a soberania no presente caso:

Caso a soberania nacional mantivesse seu caráter absoluto, as normas internacionais não poderiam ser aplicadas internamente e não contrariariam com meios externos eficazes de acompanhamento de sua aplicação, visto que esbarrariam na antiga argumentação da “intervenção em assuntos internos”. Entretanto, com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, torna-se possível a intervenção em assuntos internos do Estado quando houver violação de norma que proteja a dignidade da pessoa humana⁹.

Em razão das dificuldades e problemas que foram surgindo com o passar do tempo, houve a necessidade de início do processo de internacionalização, que seguiu uma ordem de estabelecimento de declarações e pactos internacionais, como veremos nos próximos tópicos.

Seguindo esta linha de raciocínio é de suma importância afirmar que a proteção internacional das normas de direitos humanos é a própria garantia de que as normas internacionais tem aplicabilidade efetiva, sendo o Estado o responsável pela sua concretização.

O direito internacional é o mecanismo pelo qual são veiculadas as normas de direitos humanos, dependendo deste para assegurar sua positivação nos Estados, sendo que dentro dos Estados já existem normas de direitos humanos, e a sua internacionalização apenas garante a proteção dos mesmos.

2.2.2. Carta das Nações Unidas e a declaração dos direitos humanos

A Carta das Nações Unidas, mais conhecida como Carta da

⁹ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 6ª ed. São Paulo: JusPODIVM, 2014, p. 840.

ONU, é o tratado que originou a Organização das Nações Unidas, em 1945, onde está estabelecido que para a manutenção da paz mundial é primordial que sejam promovidos e defendidos os direitos humanos.

A ONU é a principal organização internacional, atualmente, na promoção dos direitos humanos, cabendo a ela criar extensões regionais de sua competência para analisar os problemas específicos encontrados em áreas diversas no cenário mundial, facilitando a compreensão, análise e solução desses conflitos.

Posteriormente à Carta da ONU, em 1948, foi pactuada a Declaração Universal de Direitos Humanos, primeiro grande passo para a defesa da dignidade humana internacionalmente, sendo inicialmente apenas uma resolução feita pela Assembleia Geral sem caráter impositivo, porém, com o passar dos anos e pela grande importância e adoção de seus dispositivos, muitos Estados entendem que essa declaração é atualmente juridicamente vinculante.

Como reza o artigo I da referida Declaração, o seu conteúdo resume seu intuito de defesa de direitos iguais:

Artigo I - Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Já no último artigo da mesma Declaração é estabelecido como deve ser feita a interpretação dos artigos:

Artigo XXX – Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos ou liberdades aqui estabelecidos.

Paulo Henrique Gonçalves Portela versa sobre os princípios que regem essa Declaração:

A Declaração é baseada em princípios que orientam a aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos como um todo, como reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis como o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; o fato de que o desrespeito pelos direitos do homem resultou em atos bárbaros; o entendimento de que a proteção da liberdade e do bem-estar do ser humano adquiriu o caráter de prioridade na ordem internacional; e o compromisso dos Estados e das Nações Unidas em promover a aplicação dos direitos humanos¹⁰.

10 PORTELA, Op. cit., p. 856.

A Declaração dispõe sobre vários campos dos direitos humanos, como direito à igualdade, educação, liberdade de pensamento e de religião, nacionalidade, propriedade e direitos políticos. Em caso de violação desses direitos o indivíduo deve ter o direito de pleitear nos tribunais nacionais, que sejam respeitados, juntamente com todas as suas prerrogativas e garantias.

Estão contidos, principalmente, na Declaração dos Direitos Humanos, os princípios de Direitos Humanos Fundamentais e as Gerações dos Direitos Humanos, que juntos fazem uma composição básica para a defesa da dignidade humana.

2.2.3. Pacto internacional sobre direitos civis e políticos e pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais

Também conhecidos como “Pacto Civil” e “Pacto Social”, são posteriores à Declaração Universal dos Direitos Humanos, uma vez que foram assinados em 1966.

Paulo Henrique Gonçalves Portela¹¹, ao se referir ao “Pacto Civil”, aduz que o objetivo inicial é de promover a autodeterminação dos povos, para que eles possam dispor livremente de suas riquezas, elaborar suas próprias leis e ter autonomia política, sempre respeitando seus limites e mantendo relações de paz com outros povos.

Garantindo àqueles indivíduos que estejam sujeitos ao pacto a igualdade perante a lei, a não discriminação, proibição da tortura, e o direito de pleitear em juízo a defesa de direitos que possam ser violados ou não observados pelo Estado e outros. Este mesmo pacto garante o direito à vida, porém não proíbe a pena de morte nos Estados que a adotem como punição a crimes de grave potencial, mediante sentença transitada em julgado, excluindo menores de dezoito anos e mulheres grávidas, garantindo todos os benefícios potenciais como anistia, indulto e comutação de pena.

Tem como objetivo reforçar e positivar os direitos civis defendidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, e incluir outros que nela não estavam inseridos, sendo um pacto ou tratado, estão sujeitos ao cumprimento de suas normas os Estados signatários.

Já o “Pacto Social”, ainda na visão de Portela, também visa estabelecer os direitos sociais do ser humano, sem qualquer distinção, direito a cultura, trabalho digno, previdência, lazer e outros. Prevê no seu bojo, referente a liberdade sindical, o direito de exercício, filiação e fundação de sindicato. Além dos direitos já citados abrange uma vasta gama de temas sociais importantes e muito presentes no nosso dia-a-dia, estando entre eles o direito a educação, saúde, qualidade de vida, igualdade de gênero e muitos outros, sempre com o mesmo objetivo de promover e proteger todos os temas de direitos humanos.

¹¹ PORTELA, Op. cit., p. 860-867.

2.2.4. Estatuto de Roma e a criação do Tribunal Penal Internacional

O Estatuto de Roma foi o pacto responsável pela criação do Tribunal Penal Internacional. Fruto de negociações da ONU, que decidiu que frente aos acontecimentos recentes do período pós-guerras, que abalou o mundo, precisava de uma corte permanente que julgasse os crimes internacionais, tal tratado foi firmado em 1998, porém só entrou em vigor no ano de 2002. Foi adotado pelo Brasil por meio do Decreto nº 4388 de 2002.

O Estado brasileiro, de início, temia uma Corte Superior ao nosso Supremo Tribunal Federal. Poderia ela ferir nossa soberania? Dúvidas acerca do assunto pairavam sobre o território brasileiro, porém, foi percebido que a questão não tinha como intuito violar soberanias e sim a proteção humanitária nos Estados que violavam as normas acerca dos direitos humanos. Se tal instituto fosse protegido e efetivamente cumprido, não haveria o que temer. Sendo a intenção do Brasil de crescer e melhorar, seria o momento perfeito.

A importância da instituição do referido estatuto é de poder controlar e punir internacionalmente as pessoas que cometerem crimes internacionais graves, assim como versa no seu preâmbulo:

Os Estados Partes no presente Estatuto. Conscientes de que todos os povos estão unidos por laços comuns e de que suas culturas foram construídas sobre uma herança que partilham, e preocupados com o fato deste delicado mosaico poder vir a quebrar-se a qualquer instante, tendo presente que, no decurso deste século, milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade, reconhecendo que crimes de uma tal gravidade constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade, afirmando que os crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional, decididos a por fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes, lembrando que é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais, reafirmando os Objetivos e Princípios consignados na Carta das Nações Unidas e, em particular, que todos os Estados se devem abster de recorrer à ameaça ou ao uso da força, contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou de atuar por qualquer outra forma incompatível com os Objetivos das Nações Unidas, salientando, a este propósito, que nada no presente Estatuto deverá ser entendido como

autorizando qualquer Estado Parte a intervir em um conflito armado ou nos assuntos internos de qualquer Estado, determinados em perseguir este objetivo e no interesse das gerações presentes e vindouras, a criar um Tribunal Penal Internacional com caráter permanente e independente, no âmbito do sistema das Nações Unidas, e com jurisdição sobre os crimes de maior gravidade que afetem a comunidade internacional no seu conjunto, sublinhando que o Tribunal Penal Internacional, criado pelo presente Estatuto, será complementar às jurisdições penais nacionais, decididos a garantir o respeito duradouro pela efetivação da justiça internacional, convieram no seguinte:

Restaprovada a grande importância do Tribunal Penal Internacional na proteção internacional, englobando a proteção internacional dos direitos humanos e direito internacional humanitário, que é violado sempre que são cometidos os crimes que são de competência do TPI. Como dispõe o artigo 5º do Decreto 4388 de 2002:

1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:

- a) O crime de genocídio;
- b) Crimes contra a humanidade;
- c) Crimes de guerra;
- d) O crime de agressão.

2. O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas.

Assim sendo, é elencado o Tribunal Penal Internacional como o principal órgão de proteção efetiva internacional, para que não fiquem impunes os crimes graves cometidos no território dos Estados, e por mais que os mesmos sejam providos de autonomia e soberania os seus habitantes não poderão infringir as Leis internacionais sem que sejam julgados e condenados pelos crimes que foram responsáveis.

2.2.5. Corte Internacional de Justiça de Haia

A Corte Internacional de Justiça (CIJ), sediada no Palácio da Paz de Haia, Holanda, foi criada em 1945 pela Carta das Nações Unidas, e teve seu funcionamento iniciado em 1946.

Com o objetivo de solucionar lides submetidas por Estados,

podemos encontrar entre os temas de sua competência os Direitos Humanos. Além da abordagem de questões dos Estados, também pode elaborar pareceres consultivos.

Difere do Tribunal Penal Internacional por não analisar questões individuais, apenas questões de Estado.

Podemos verificar sua composição no trecho a seguir que consta no *site* da biblioteca virtual da USP, sobre a supervisão do presidente da comissão José Gregori¹²:

A Corte é composta de 15 juízes, que são eleitos para mandatos de nove anos pela Assembleia Geral da ONU e pelo Conselho de Segurança. Ela é apoiada por um corpo administrativo e seus idiomas oficiais são o inglês e o francês.

A Assembleia Geral e o Conselho de Segurança votam simultaneamente mas separadamente. Para ser eleito, um candidato deve receber a maioria absoluta dos votos dos dois órgãos. Para que se mantenha um certo nível de continuidade, um terço da Corte é eleito a cada três anos, sendo que um votação especial pode ser feita caso algum dos juízes venha a falecer ou afastar-se do cargo.

Todos os Estados partes no Estatuto da Corte têm o direito de propor candidatos, só que não por meio de seus governos, e sim por um grupo formado por membros da Corte Permanente de Arbitragem designada pelo Estado. Os juízes eleitos devem ser pessoas de alto caráter moral, que possuam as qualificações necessárias para ocupar os mais altos cargos no judiciário de seu próprio país, ou ser jurisconsultos de competência reconhecida em direito internacional público.

Nenhum membro da Corte poderá ocupar outro cargo durante seu mandato. Não poderá exercer nenhuma outra função política ou administrativa, nem agir como agente, conselheiro ou advogado em nenhum caso. E mesmo não havendo a obrigação da Corte em estar permanentemente em sessão, seu Presidente é obrigado a morar na Haia.

Juízes brasileiros que compuseram a corte:

- Rui Barbosa (eleito mas não tomou posse)
- Eptácio Pessoa
- Filadelfo de Azevedo
- Levi Carneiro
- José Sette Câmara
- José Francisco Rezek

Assim, podemos verificar ser de suma importância sua existência

12 GREGORI, José. *Corte Internacional de Justiça: O que é? Anais eletrônicos*. São Paulo: USP, 2015 [Acesso em: 11 dez. 2016]. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Corte-Internacional-de-Justi%C3%A7a/o-que-e.html>>

na atualidade para o funcionamento correto das questões internacionais de Direitos Humanos entre os Estados.

2.2.6. A diplomacia brasileira frente à questão da soberania e os princípios de prevalência dos direitos humanos e de não intervenção

Diante da abordagem prévia sobre a internacionalização dos Direitos Humanos no mundo Pós-Guerra, e da nova visão do conceito de soberania, faremos agora considerações acerca da situação atual da Diplomacia brasileira em relação a sua atuação internacional na proteção dos direitos humanos, como a política externa lida com as questões de soberania dos Estados e dos princípios constitucionais de prevalência dos direitos humanos e de não intervenção.

O Brasil tem avançado relativamente nos últimos anos em questões internacionais, proposto muitos projetos visando à proteção dos direitos humanos, ratificou os principais instrumentos sobre o tema, participou do Conselho de Direitos Humanos, reconheceu a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e está aberto para os procedimentos especiais da ONU.

Celso Amorim, em artigo publicado na revista *Política Externa*, da um exemplo da atuação brasileira na Conferência de Revisão de Durban, Genebra, 2009:

O Brasil conferiu Grande importância à Conferência de Revisão de Durban, realizada em Genebra, de 20 a 24 de maio de 2009. A delegação brasileira procurou atuar de modo construtivo e flexível, buscando forjar consensos e construir pontes entre opiniões conflitantes. Os trabalhos preparatórios tinham enfrentado sérias dificuldades. Assuntos polêmicos, tais como a difamação de religiões, a concessão de reparações pelo tráfico transatlântico de escravos e a situação dos direitos humanos na Palestina bloquearam os debates.

O Brasil procurou zelar para que a linguagem e os conceitos consolidados em Durban fossem mantidos, a fim de evitar retrocessos ou mesmo o fracasso do processo de Revisão. Ao final, foi possível aprovar documento positivo, equilibrado e que não singulariza nenhum país. Evitaram-se resultados indesejados, como a polarização e a seletividade. Além disso, a Declaração aborda temas de grande interesse para o Brasil, como a proteção de afrodescendentes, indígenas, migrantes mulheres e crianças¹³. Como integrante do Conselho de Direitos Humanos, o Brasil

13 AMORIM, Celso. "O Brasil e os Direitos Humanos: em busca de uma agenda positiva". *Revista Política Externa*. 2009, vol 18, nº 2 [Acesso em: 05 dez. 2016]. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/temas-multilaterais/direitos-humanos-e-temas-sociais/o-brasil-e-os-direitos-humanos-em-busca-de-uma-agenda-positiva>>

também integra o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, composto principalmente pela Comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. O sistema interamericano beneficia diretamente os países membros por se tratar de um sistema regional, que conhece e convive com as matérias tratadas e defendidas, trazendo muitos benefícios internos às políticas nacionais.

Diante dessa atuação incisiva do Brasil no âmbito internacional na promoção dos direitos humanos, junto veio a responsabilidade de continuar lutando na mesma intensidade por esses direitos. O Brasil é visto hoje como um agente de grande potencial de intervenção, influente e ativo, porém anda recebendo algumas críticas atuais referente a sua atuação em assuntos de grande relevância.

Camila Koch, em artigo publicado relatou o que foi dito por Camila Asano, da organização Conectas Direitos Humanos, Comitê Brasileiro de Direitos Humanos e Política Externa, sobre a atuação brasileira:

citou dois casos pontuais em que o Governo brasileiro se quedou inerte: a votação de resolução para a criação de um relator especial de direitos humanos para a Coreia do Norte e a votação de resolução sobre violação de direitos humanos no Irã. Como, então, o Brasil deveria agir? Asano afirma que o momento em que o país se encontra hoje, como um importante e ativo ator internacional, com capacidade de provocar mudanças e influenciar a negociação de textos, deveria agir de forma mais pró-ativa e não mais justificar sua postura inerte através de argumentações esquivas.

Para ela, o Governo brasileiro possui uma crítica muito precisa de que alguns casos graves de violações de direitos humanos são negligenciados pelo sistema internacional enquanto outros são colocados em foco. O que o Brasil poderia fazer? Afirma que a agenda do conselho de Direitos Humanos, maior órgão de direitos humanos do sistema ONU, não é imposta pela organização, mas construída pelos Estados que o formam. O Brasil como membro pleno, portanto, deveria levar os graves casos de violações à agenda do órgão e buscar torna-lo menos seletivo¹⁴.

Desta forma, podemos perceber que o Brasil por mais que seja uma grande potência, influente no campo internacional, não se impõe como deveria sobre alguns assuntos, e qual seria a razão? Por realmente não concordar com as propostas apresentadas? Ou por medo de a sua atitude se virar contra ele mesmo?

Todos os problemas de direitos humanos atuais deveriam ser

14 KOCH, Camila. "Política Externa Brasileira, Soberania e Direitos Humanos". In *Conferência Nacional 2003-2013: uma nova política externa da UFABC. Anais eletrônicos*. Santo André. Santo André: UFABC, 2013 [Acesso em: 11 dez. 2016]. Disponível em: <<http://www.conferenciapoliticaexterna.org.br/index.php/2013-05-14-20-19-34/154-politica-externa-brasileira-soberania-e-direitos-humanos>>

defendidos indistintamente pelas nações, já que a dignidade humana corresponde a de um princípio defendido por todos os Estados formadores do Conselho de Direitos Humanos, que voluntariamente se juntaram ao sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. Alguns acabam se abstendo por medo, e assim selecionando causas que não irão lhes causar problemas particulares.

Camila Koch cita também um trecho da fala de Rosana Rocha Reis, professora do Departamento de Ciência Política e Instituto de Relações Internacionais da USP, que discursou sobre essa crítica de inércia do país em relação aos direitos humanos:

Para ela, questões estruturais do Brasil, como machismo e racismo, não se resolvem através da resolução de problemas econômicos. Esse é o motivo pelo qual alguns temas sempre voltam à pauta: demarcação de terras indígenas, reforma agrária, violações de direitos humanos nas zonas rurais e trabalho escravo. Dão questões ainda promovidas por um estilo de desenvolvimento que se perpetua e não é ideal.

O papel dos três Poderes da República é também trazido ao debate. Para a cientista política, a política de direitos humanos não é apenas consequência das ações do Executivo, mas de uma agenda de desenvolvimento que perpetua as estruturas de poder conservadoras e altamente articulada dentro dos outros Poderes. Como exemplo cita as bancadas conservadoras do Congresso Nacional na criação de políticas públicas específicas e a postura também conservadora do Judiciário, que não leva em consideração a jurisprudência internacional de direitos humanos¹⁵.

Em continuidade, expõe Andrei Netto¹⁶ sobre as relações entre o Brasil e a Venezuela, inclusive sobre a relação de sociedade no Mercosul:

A mídia internacional e, conseqüentemente, a nacional, pautada que é pelas grandes agências noticiosas, passou a fazer um paralelo entre a crise na Ucrânia e a venezuelana. Em comum, as manifestações nas ruas, a pressão pela renúncia do presidente e a repressão policial, com algumas dezenas de mortos e feridos. As semelhanças acabam aqui. Alguns comentaristas mais açodados sugeriram, provavelmente inspirados pelas ações encobertas (e abertas) dos Estados Unidos em Kiev, que o Brasil se manifestasse pela defesa dos direitos humanos e da democracia na Venezuela, indignados com a presença de Maduro na Presidência do país vizinho.

15 KOCH, Camila. Op. cit.

16 NETTO apud VIDIGAL, Carlos Eduardo. "Brasil diante da crise da Venezuela: não intervenção, defesa da democracia e paciência histórica". *Anais eletrônicos, Brasília*, 28 fev. 2014 [Acesso em: 12 dez. 2016]. Disponível em: <http://www.ih.unb.br/index.php?option=com_content&view=article&id=271:2802-o-brasil-diante-da-crise-da-venezuela-nao-intervencao-defesa-da-democracia-e-paciencia-historica&catid=10:ultimas-noticias>

No dia 24 de fevereiro, em Bruxelas, a presidente Dilma Rousseff negou a hipótese de o Brasil intervir na crise venezuelana, assim como quaisquer comparações com a situação da Ucrânia. Ao término da reunião de cúpula Brasil-União Europeia, Dilma Rousseff foi questionada por jornalistas brasileiros sobre a Venezuela, em particular sobre o cerceamento à liberdade de imprensa. Nas palavras de Dilma, “o Brasil é um país que defende e sempre defendeu a liberdade de imprensa”, respondendo apenas parcialmente à pergunta. Afirmou também – o que é passível de questionamento – que as manifestações realizadas no Brasil em junho não foram reprimidas com violência: “Temos no nosso registro um momento excepcional que foram as manifestações de junho, em que não houve nenhuma repressão”¹⁷.

O posicionamento do Brasil, atualmente, seria fundado no princípio da não-intervenção, colocando-o à frente da prevalência dos direitos humanos, porém, não é a ordem que reza a nossa Constituição Federal em seu artigo 4º:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Podemos observar na disposição da Constituição que rege o nosso país, os direitos humanos à frente da não intervenção. Sendo mais um motivo, além da moral instituída, de protegermos primeiro a dignidade humana, o dever de intervir quando a situação fere ou não observa a prevalência dos direitos humanos.

Assim sendo, diante de todo o apresentado, pode o Governo e a Política Externa brasileira agir de forma diversa, passar por cima do que preceitua nossa magna carta? Mantém-se um desrespeito infundado à ordem, e resta provado a necessidade de mudanças imediatas, tanto dentro como fora do país.

17 NETTO, Andrei. “Venezuela e Ucrânia são situações absolutamente dispare, diz Dilma”. *Estadão, São Paulo*, 24 fev. 2014 [Acesso em: 11 dez. 2016]. Disponível em: <<http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,venezuela-e-ucrania-sao-situacoes-absolutamente-dispares-diz-dilma,1134116>>

CONCLUSÃO

Concluimos que, em especial, existe a possibilidade daqueles com o mesmo interesse de lutar por grandes causas como os direitos e garantias fundamentais do ser humano. Ademais, a interação de dois institutos tão fortes como o Direito Internacional Público como veículo de proteção dos Direitos Humanos, é fundamental, uma vez que um depende do outro para ser promovido e defendido.

De fato, é inegável a necessidade de que os representantes do Estado saibam lidar adequadamente com esse tipo de assunto, possibilitando, assim, o surgimento de um tratado ou acordo internacional para protegê-lo.

Portanto, tendo em vista que para que os seres humanos sejam protegidos pelos tratados e acordos existentes na esfera internacional a efetiva vinculação dos Estados é imprescindível.

Por fim, na parte final do trabalho, analisamos a recente atuação brasileira na esfera internacional, pautada pela frequente omissão em questões de grande relevância em relação à proteção dos direitos humanos, tendo como principal suporte a alegação de que não poderia ferir a soberania de outros Estados interferindo em seus assuntos internos. Porém, como vimos, tal alegação é contrária ao artigo 4º da nossa Constituição Federal, pois coloca o princípio da não intervenção à frente do princípio da prevalência dos direitos humanos.

Tal postura enfraquece nosso país em sua posição internacional na proteção dos direitos humanos, fazendo com que não seja bem visto pela sociedade internacional em uma questão tão importante.

Dessa maneira, esperamos que haja uma efetiva mudança na atuação do Estado brasileiro frente à proteção dos direitos humanos, com a justa aplicação da nossa Constituição, que os coloca como um princípio fundamental a ser observado pelo Estado brasileiro nas suas relações internacionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Celso. “O Brasil e os Direitos Humanos: em busca de uma agenda positiva”. *Revista Política Externa*. 2009, vol 18, nº 2 [Acesso em: 05 dez. 2016]. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/temas-multilaterais/direitos-humanos-e-temas-sociais/o-brasil-e-os-direitos-humanos-em-busca-de-uma-agenda-positiva>>

BIERRENBACH, Ana Maria. *O conceito de responsabilidade de proteger e o Direito Internacional Humanitário*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011.

BRASIL. *Decreto nº 18.956 de 22 de outubro de 1929. Promulga seis convenções de direito internacional público, aprovadas pela Sexta Conferência Internacional Americana. Diário Oficial da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 22 out. 1929 [Acesso em: 11 dez. 2016]. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/>

fed/decret/1920-1929/decreto-18956-22-outubro-1929-549004-publicacaooriginal-64267-pe.html>

GREGORI, José. *Corte Internacional de Justiça: O que é? Anais eletrônicos*. São Paulo: USP, 2015 [Acesso em: 11 dez. 2016]. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Corte-Internacional-de-Justi%C3%A7a/o-que-e.html>>

KOCH, Camila. “Política Externa Brasileira, Soberania e Direitos Humanos”. In *Conferência Nacional 2003 - 2013: uma nova política externa da UFABC. Anais eletrônicos*. Santo André. Santo André: UFABC, 2013 [Acesso em: 11 dez. 2016]. Disponível em: <<http://www.conferenciapoliticaexterna.org.br/index.php/2013-05-14-20-19-34/154-politica-externa-brasileira-soberania-e-direitos-humanos>>

LAMPREIA, Luiz Felipe. *Direitos Humanos e Diplomacia*. Brasília: Itamaraty, 1998 [Acesso em: 12 dez. 2016]. Disponível em: <<http://dc.itamaraty.gov.br/imagens-e-textos/revista6-mat1.pdf>>

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NETTO, Andrei. “Venezuela e Ucrânia são situações absolutamente dispares, diz Dilma”. *Estadão, São Paulo*, 24 fev. 2014 [Acesso em: 11 dez. 2016]. Disponível em: <<http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,venezuela-e-ucrania-sao-situacoes-absolutamente-dispares-diz-dilma,1134116>>

PIOVESAN, Flávia. “Direitos Humanos”. *Anais Eletrônicos*, São Paulo, 06 dez. 2006 [Acesso em: 10 dez. 2016]. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=Direitos+humanos>>

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 6ª ed. São Paulo: JusPODIVM, 2014.

SWINARSKI, Christophe. *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. Brasília: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1996.

VIDIGAL, Carlos Eduardo. “Brasil diante da crise da Venezuela: não intervenção, defesa da democracia e paciência histórica”. *Anais eletrônicos, Brasília*, 28 fev. 2014 [Acesso em: 12 dez. 2016]. Disponível em: <http://www.ih.unb.br/index.php?option=com_content&view=article&id=271:2802-o-brasil-diante-da-crise-da-venezuela-nao-intervencao-defesa-da-democracia-e-paciencia-historica&catid=10:ultimas-noticias>

RESUMO BIOGRÁFICO

Amanda Thereza Lenci Paccola é Advogada no Escritório Arena Alvarez Advogados, atuante nas áreas de Direito Civil, Internacional, Empresarial, Tributário, Seguros e Resseguros. Pós-graduanda em Processo Civil no Damásio Educacional.

DIFICULDADES ATUAIS DO SISTEMA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

DIFICULTADES ACTUALES DEL SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

*José Augusto Lindgren-Alves**

Resumo: Os direitos humanos, depois de atingir o ponto culminante de popularidade na Conferência de Viena de 1993, entraram numa fase de descrédito, que ainda perdura. Isso ocorreu por diversos motivos, alguns dos quais interiores ao próprio sistema estabelecido para promovê-los. Os principais fatores decorrem da contradição entre a asserção verbal dos direitos fundamentais de todos e o “consenso” neoliberal simultaneamente imposto na esfera econômica. Outros são inerentes ao ativismo fragmentário, sem noção de causa e efeito, desvinculado da realidade circundante. Os problemas do segundo tipo são passíveis de correção, se para isso houver coerência e destemor de críticas nas atitudes dos atores influentes. O texto examina os componentes desse sistema internacional e identifica as razões de sua atual desvalorização.

Resumen: Los derechos humanos, después de alcanzar el punto culminante de popularidad en la Conferencia de Viena de 1993, entraron en una fase de descrédito, que aún perdura. Eso ocurrió por varios motivos, algunos de los cuales están al interior del propio sistema establecido para promocionarlos. Los factores principales advienen de la contradicción entre la aserción verbal de los derechos fundamentales de todos y el “consenso” neoliberal simultaneamente impuesto a la esfera económica. Otros son inherentes al activismo fragmentario, sin noción de causa y efecto, desvinculado de la realidad en vuelta. Los problemas de segundo tipo son corregibles si para eso hubiese coherencia y destemor de críticas en las atitudes de los actores

* Instituto de Políticas Públicas de Direitos Humanos do MERCOSUL, Argentina.
E-mail: lindgrenja@aol.com

Tradução ampliada de texto em espanhol, utilizado em curso sobre “Conflictos Actuales y Cooperación Internacional”, dentro do tema “Construcción de la Paz, Derechos Humanos y Cooperación Internacional”, na Universidade de Barcelona, em 2014. No formato original, foi publicado na Monções: Revista de Relações Internacionais da UFGD, vol 3, no 6, 2014. No presente formato, comporá o segundo capítulo de livro do mesmo Autor, intitulado É Preciso Salvar os Direitos Humanos!, a ser publicado pela Editora Perspectiva, em São Paulo, ainda em 2017.
Recibido: 26/06/2017. Aceptado: 01/09/2017.

influyentes. El texto examina los componentes de ese sistema internacional e identifica las razones de su presente desvaloración.

Palavras-chave: Direitos humanos, Instrumentos e mecanismos, universalismo, Igualdade, Minorias

Palabras clave: Derechos humanos, Instrumentos y mecanismos, universalismo, Igualdad, Minorías

1. ESCLARECIMENTO PRÉVIO

O presente texto, voltado para o sistema existente no âmbito das Nações Unidas, reflete uma experiência de trinta anos, como delegado ou perito independente, em vários de seus órgãos. Não se refere ao sistema interamericano, nem a instituições do MERCOSUL, área em que não passo de principiante. A matéria, geralmente divulgada do ponto de vista jurídico e aqui tratada com enfoque político, não apologético, deve ser de interesse também hemisférico. Concordando-se ou não com as interpretações expostas, os instrumentos, mecanismos e tendências precisam ser conhecidos por todos os que trabalham em prol dos direitos humanos. As dificuldades atuais focalizadas são aquelas hoje magnificadas inconscientemente pelos próprios agentes do sistema. O objetivo do estudo é pragmático: tratando de problemas momentaneamente “culturais”, de uma vertente do discurso ocidental, dominante, mas não consolidada, eles me parecem mais fáceis de resolver dentro do sistema do que as dificuldades advindas de fatores estruturais que o extrapolam. O primeiro passo para isso é, portanto, conhecê-los.

2. O SISTEMA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS *STRICTO SENSU* E OS DEMAIS

O sistema internacional de promoção e proteção aos direitos humanos foi criado pouco a pouco, depois da Segunda Guerra Mundial, para tratar dos direitos e liberdades fundamentais de todos os seres humanos *em tempos de paz*. Se não fosse assim, constituiria um disparate o fato de o artigo 4º do Pacto sobre Direitos Cívicos e Políticos estabelecer um procedimento formal a ser cumprido pelos Estados-partes para suspensão das respectivas obrigações “quando situações excepcionais ameacem a existência da Nação e sejam oficialmente proclamadas”. A par dessa previsão de suspensão de direitos em “estados de emergência”, legalmente declarados e comunicados pelos governos a seus pares por intermédio do Secretário Geral da ONU, o conteúdo de quase todos os artigos desse tratado e *a fortiori* do Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais afigura-se obviamente irrealista em tempos de guerra. Essa qualificação do sistema, que ressalto em primeiro lugar, costuma passar

despercebida por juristas, militantes e acadêmicos dedicados ao assunto.

Antes mesmo de serem listados e proclamados em documento da nova Organização, os direitos humanos, então ainda imprecisos, foram incluídos entre as áreas de cooperação a cargo do Conselho Econômico e Social (ECOSOC), nos artigos 55 e 56 da Carta das Nações Unidas, adotada no final da Conferência de São Francisco, em 26 de junho de 1945. Diante dos horrores perpetrados pelo nazi-fascismo antes e durante a Segunda Guerra Mundial, os direitos fundamentais de todas as pessoas eram vistos não somente por seu valor intrínseco, de atributos essenciais à vida e à sobrevivência condigna de qualquer ser humano, mas também e sobretudo por seu valor preventivo contra a irrupção de novas guerras.

Os direitos humanos nunca foram, portanto, e por natureza não podem ser, instrumentos para acabar com conflitos bélicos. Sejam eles guerras entre Estados, ou de caráter dito “civil”, entre governos e tropas armadas insurgentes ou entre facções que se digladiam num mesmo território – não confundir com os grupos de idealistas “revolucionários” contra as ditaduras dos anos 1960 a 80, que nunca chegaram a constituir risco efetivo para “a Nação”. Para lidar com ameaças militares à paz e à estabilidade internacional as Nações Unidas estabeleceram o Conselho de Segurança, de composição especial, com cinco membros permanentes e outros temporários, que nunca fez parte do sistema regular de direitos humanos. Até hoje, em princípio, a ação do Conselho de Segurança na matéria constitui recurso extraordinário.

Tendo esse lembrete como ponto de partida, o sistema internacional de promoção e proteção dos direitos humanos *stricto sensu*, de que trato, poderia ser definido como o conjunto de regras e mecanismos de supervisão estabelecidos pelos órgãos competentes das Nações Unidas desde que a Assembleia Geral proclamou, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos. A finalidade desse sistema seria garantir, com normas negociadas e outras iniciativas legítimas, sem recurso a intervenções pela força, ou a “operações de paz”, de composição policial e militar, a observância por todos os Estados dos direitos nela consagrados¹.

Aqui sou levado a fazer outra precisão. É indiscutível que o novo ramo do Direito conhecido como Direito Internacional dos Direitos Humanos teve início com a Declaração Universal de 1948. Inspirados nela ou ainda nos esforços para sua preparação, há sistemas regionais em funcionamento no continente americano, na Europa e na África, que atuam de forma independente, dita “complementar”, em paralelo ao sistema da ONU e com maior cogência jurídica. Entretanto, e isto é um

¹ Ao expor essas características, não quero dizer que, em casos especialíssimos, as intervenções armadas com autorização do Conselho de Segurança não sejam necessárias. Eu próprio, na época dos bombardeios de artilharia pesada servia contra Sarajevo e outras cidades sitiadas da Bósnia, de 1992 a 95, revoltava-me com a falta de ação decisiva da ONU para terminar com os massacres.

fato significativo, a Declaração Universal, como o próprio nome indica, é único documento definidor de direitos que se propunha abranger todo o planeta, para aplicação por todos os Estados e em territórios não independentes, acima de regimes e culturas. Se essa pretensão correspondia à realidade ou a um projeto veremos depois.

Há ainda uma terceira delimitação de foco necessária. É que do ponto de vista da doutrina geralmente aceita, a disciplina do Direito Internacional dos Direitos Humanos se subdivide em dois grandes ramos: o dos direitos humanos propriamente ditos, a serem observados em qualquer situação, mas voltados para sociedades em condições, digamos, normais, e o Direito Internacional Humanitário, relacionado a situações de guerra. Os direitos humanos propriamente ditos, que idealmente valem para todas as situações, contam com onze grandes instrumentos jurídicos, ou sejam pactos e convenções, com seus protocolos adicionais e mecanismos de supervisão, e muitas outras declarações normativas específicas. É a esse conjunto que as pessoas se referem quando falam de “sistema internacional de direitos humanos”. E é sobre ele que discorrerei.

O Direito Humanitário é específico e se desenvolve em dois segmentos distintos: o das Convenções de Genebra de 1949, promovidas pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha – CICR, especialmente o tratamento a ser dado a civis e a “prisioneiros de guerra” pelos Estados em situações de conflito, e o da Convenção de Genebra de 1951, com seu protocolo de 1967, que dá base ao Direito dos Refugiados, hoje extensivo às pessoas internamente deslocadas. Enquanto o primeiro segmento, expressão do direito na guerra, tem sido rotineiramente desconsiderado, o segundo, também contornado com frequência, torna-se particularmente relevante nos dias correntes, em função da proliferação de conflitos étnicos e religiosos, exigindo atenção e análise que ultrapassam os objetivos deste texto.

Uma vez feitos estes últimos esclarecimentos, posso adiantar que uma das dificuldades do sistema internacional dos direitos humanos na fase presente deriva da mistura teórica e prática que se faz entre os dois grandes ramos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Por mais que eles se complementem, não podendo um ramo ignorar o outro, a aplicabilidade de cada um e a respectiva possibilidade de implementação são totalmente diferentes. Não se podem comparar exageros no controle da criminalidade, a repressão de opositores ou a não realização dos direitos econômicos e sociais num país em situação de paz com as ações bélicas e inações de governos e insurgentes em conflito armado desencadeado².

² Reitero aqui a ideia de “conflito armado desencadeado” para evitar confusão com rótulos empregados por governos arbitrários contra opositores civis. Usando expressões como “guerra suja”, “inimigo interno”, “subversão da ordem” etc., os regimes militares da América

A mescla desses ramos, compreensível, ocorre por iniciativa do próprio Conselho - antes Comissão - dos Direitos Humanos. Especialmente desde que o(a) Alto(a) Comissário(a) das Nações Unidas para os Direitos Humanos, cargo político-administrativo de status indefinido no Secretariado, passou a participar das reuniões mais delicadas do Conselho de Segurança, no início do Século XXI³. No afã justificado de demonstrar interesse e buscar algum alívio para populações civis e prisioneiros em posição desesperadora em meio a embates bélicos, o atual Conselho de Direitos Humanos e o Alto Comissário tentam agir. Tal tentativa sempre foi recomendada e feita, com menos assiduidade do que agora, até porque o número de conflitos armados era menor. Os órgãos do sistema de direitos humanos *stricto sensu* não têm, contudo, meios para ir além do que fazem em outras situações: criam comissões de inquérito; estabelecem, quando podem, monitores para atuar *in loco*; apelam para a consciência ética das partes, da opinião pública, das ONGs e do conjunto da comunidade de Estados.

É evidente que tais iniciativas não têm efeito moral perceptível junto a quem já optou pela violência estratégica, trate-se de governos, forças insurgentes ou, menos ainda, facções religiosas extremadas ou organizações terroristas. Por mais convincentes que os informes e análises dos inspetores designados se apresentem, a tendência é permanecerem inócuas entre as partes em conflito e entre os membros permanentes do Conselho de Segurança⁴.

3. EVOLUÇÃO DO SISTEMA ATÉ O FIM DA GUERRA FRIA

Sem maior aprofundamento de ideias doutrinárias, filosóficas e religiosas que fundamentam a concepção dos direitos humanos como categoria dos direitos sem os quais a vida de qualquer pessoa se torna indigna ou impossível, a história factual do estabelecimento do sistema internacional para sua promoção e proteção nas Nações Unidas é bastante conhecida. Pode, ou podia antes, ser resumida em

Latina pretendiam justificar suas práticas violatórias de direitos humanos dos cidadãos. Não tiveram êxito. Como veremos adiante, foram suas ações tenebrosas que levaram a ONU a criar mecanismos de observação de situações e temas.

3 Anotei esse fato relevante ao ler a excelente tese de doutorado do Professor Matheus de Carvalho Hernandez, sobre o papel crescentemente protagônico do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (*O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos e seu Escritório: Criação e Desenvolvimento Institucional*, defendida na UNICAMP, Campinas, 2015 - texto digitalizado).

4 Ao escrever estas linhas, penso nos excelentes informes apresentados há anos pelo Professor Paulo Sergio Pinheiro, na qualidade de presidente da comissão de inquérito independente sobre a Síria. Se tivessem sido levados em consideração pelos atores de fora, teriam evitado a continuação dos fluxos de ajuda a grupos insurgentes e a excessos repressivos do Governo, todos responsáveis pela prolongação absurda da guerra. Teriam, inclusive, estancado fontes de armamentos que vão parar nas mãos do “Estado Islâmico” ou ISIS, que todos temem, e alguns utilizam.

termos políticos como o resultado da eterna disputa entre as noções de intervenção e de soberania.

Todos os interessados na matéria sabem das tradicionais reservas dos Estados à possibilidade de acompanhamento internacional de suas situações, de seu rechaço peremptório à ideia de supervisão externa, vista como violação ao atributo da soberania e ao princípio da não intervenção em assuntos internos. Tal princípio jurídico sempre foi base da doutrina das relações internacionais desde o fim da chamada Guerra dos Trinta Anos, havendo fundamentado os célebres Tratados de Paz de Westfália, que acabaram com as guerras de religião na Europa do Século XVII. Tal princípio se acha consagrado no artigo 2º, Parágrafo 7º, da Carta das Nações Unidas, de 1945, como essencial para o funcionamento da Organização que se então se estabelecia. Precisamente porque a noção de soberania estatal correspondia a uma necessidade histórica de séculos, o sistema de proteção aos direitos humanos sempre enfrentou dificuldades para sua superação.

A desconfiança com relação a tudo o que pudesse atentar contra a noção de soberania estatal sempre foi tão forte que, até a década de 1970, a antiga Comissão dos Direitos Humanos das Nações Unidas, órgão subsidiário do Conselho Econômico e Social com mandato para tratar de temas dos direitos humanos, não se permitia emitir opiniões sobre queixas de violações levadas a seu conhecimento. Pouco a pouco, porém, essa autolimitação de competência da Comissão foi sendo ultrapassada. Desde os anos 1970, em particular diante da situação dos habitantes de territórios árabes ocupados por Israel e dos absurdos, conhecidos e denunciados internacionalmente, do regime constitucional do *apartheid* na África do Sul, a Comissão dos Direitos Humanos decidiu acolher as comunicações das respectivas vítimas, examiná-las e fazer recomendações contra a violação sistemática de direitos humanos nesses países e territórios. Tal tipo de atividade se tornou mais incisiva, exercendo pressão moral sobre os respectivos governos em qualquer situação nacional, depois que a Assembleia Geral, em 1975, supostamente chocada com as violações de direitos humanos no Chile na época do General Pinochet, decidiu estabelecer um Grupo de Trabalho para acompanhar o caso. Essa decisão inédita constituiu o precedente para resoluções que designavam relatores especiais para outras situações, assim como um Grupo de Trabalho para examinar, com base em testemunhos e informações de fontes variadas, o fenômeno dos “desaparecimentos” de pessoas em países de regime militar na América Latina. Daí em diante foi crescendo o número de relatores criados pela Comissão e pela Assembleia Geral para acompanhar e descrever, com recomendações, as situações prevaletentes em alguns Estados, donde seu título informal de “relatores de situações”, e para analisar determinados fenômenos em todo o mundo, os chamados “relatores temáticos”. Todos

eles, assim como os integrantes de grupos de trabalho equivalentes, são funções exercidas por personalidades selecionadas para atuar na qualidade de especialistas imparciais.

É evidente que os cargos de relatores de situações, mais do que os temáticos, eram propostos para Estados do campo adversário, e os relatores somente podiam ser designados por resoluções dos órgãos competentes quando as diferentes posições de grupos e países não impediavam o andamento dos projetos e sua aprovação, quase sempre por voto. Conquanto essa “seletividade” tenha existido desde os primórdios do sistema, acirrada em função dos antagonismos ideológicos e blocos estratégicos do período de Guerra Fria, não se tendo nunca designado relator para país violador, de direita ou de esquerda, protegido por aliados, isso não impediu que a inovação se consolidasse como mecanismo expressivo para a proteção internacional dos direitos humanos.

Até o final dos anos 1980, o sistema internacional de promoção e proteção dos direitos humanos em sentido estrito tinha, com seus defeitos e virtudes, como órgãos competentes nas Nações Unidas, além da Assembleia Geral, sua instância máxima, o Conselho Econômico e Social (ECOSOC) e a Comissão dos Direitos Humanos, a ele subordinada, que se reunia regularmente em Genebra 45 dias ao ano. Todos eram órgãos compostos por Estados. A Comissão, por sua vez, contava com um órgão técnico subsidiário, *sui generis* em diversos aspectos: a Subcomissão para Prevenção da Discriminação e Proteção de Minorias. Encarregada de realizar estudos e fazer propostas, inclusive de novas normas, à Comissão, a Subcomissão era integrada por “peritos”, indicados como candidatos pelos Estados-membros da ONU, mas eleitos pela Comissão para atuar sem representar os países respectivos. Além da composição atípica, o órgão tinha nome não apenas longo, mas surpreendente, pois não havia definição acordada para o termo “minorias”⁵.

Era de todos esses órgãos, especialmente da Comissão dos Direitos Humanos, cujas sessões anuais atraíam jornalistas e as poucas ONGs atuantes, que emanavam as resoluções sobre situações, amplamente divulgadas como moções de condenação da ONU aos governos em questão. Essas resoluções, vistas como manifestações internacionais capazes de constranger os governantes envolvidos a modificar suas práticas, gozavam de ampla popularidade. E é inegável que esse tipo de pressão, estritamente moral, sem violar as soberanias, aos poucos gerava resultados positivos junto a governos preocupados com sua imagem. Levavam, por exemplo, em países da América Latina, com governos militares ditos defensores da democracia contra o comunismo, a um maior controle sobre as forças de repressão, reduzindo os casos de torturas e desaparecimentos, permitindo maior liberdade de expressão

5 O nome advinha da intenção original de se criarem duas subcomissões. Foi para compensar sua inexequibilidade que os dois objetivos nele se incluíram – barganha em prol do consenso.

artística, e assim por diante. Respalhando anseios domésticos sufocados, essas pressões foram importantes na promoção de aberturas políticas, anistias e libertação de opositores presos. Dentro dessa mesma lógica, de preocupação com a imagem externa, governos arbitrários moralmente acuados, depois de resistências iniciais, frequentemente acabavam por aceitar visitas dos relatores designados para sua situação, dialogando e cooperando com eles.

Os relatores temáticos, cujo mandato não consistia em examinar países determinados, mas sim violações de direitos selecionados em qualquer parte do mundo, eram poucos e muito respeitados. Os mais conhecidos eram o Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários, o Relator sobre Execuções Sumárias e Arbitrárias e o Relator sobre a Tortura. Aos poucos se foram acrescentando outros, sobre liberdade de religião, violência contra a mulher etc. Não obstante, até o final dos anos 1980 o total não era mais do que sete ou oito, o que habilitava a leitura atenta de seus informes e recomendações. A renovação de seus mandatos pela Comissão era assunto sensível, que gerava discussões acirradas dos delegados de Estados com base na análise de seus textos.

Menos conhecidos do público, mas seguramente mais importantes do que qualquer resolução divulgada, eram os seis tratados – dois pactos e quatro convenções - do sistema, que formavam o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Por mais que eles constituíssem instrumentos cogentes para os subscritores, levando-se em consideração que a decisão de ratificá-los era voluntária, as limitações e obrigações normativas eram também, logicamente, autoimpostas. Não constituíam violações à soberania. Todos esses instrumentos jurídicos, por sua vez, contavam com mecanismos próprios de acompanhamento, os chamados “órgãos de tratados”, comitês de peritos eleitos pelos respectivos Estados-partes, estabelecidos por estipulações do texto convencional para observar sua aplicação e fazer recomendações.

Os seis tratados vigentes no final dos anos 1980 eram:

- o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966
- o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966
- a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965
- a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979
- a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes, de 1983
- a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989.

Esse era o quadro do sistema internacional de direitos humanos quando ocorreu a queda do Muro de Berlim, em novembro de 1989, episódio geralmente adotado como marco do fim da Guerra Fria. Interpretado por muitos como o triunfo da democracia, a vitória irreversível do Ocidente capitalista sobre o totalitarismo comunista de economia centralizada, o final da confrontação dos dois grandes blocos liderados por superpotências antagônicas, propiciou uma fase de entusiasmo pela ideia dos direitos humanos. Considerados intrínsecos à democracia liberal, passaram eles a ser vistos então, inclusive pelo público, como uma utopia realizável, num mundo sem rivalidades profundas ou ameaça de destruição pela corrida armamentista.

Foi nesse clima de euforia dominante que emergiu a ideia de convocação de uma conferência mundial sobre os direitos humanos, considerados “novo tema” que se afirmava solidamente na agenda internacional em paralelo ao do meio ambiente.

4. A CONFERÊNCIA DE VIENA COMO PONTO CULMINANTE

Embora entre a aprovação da proposta original, na Assembleia Geral, em fins de 1989, e a realização da Conferência, em Viena, em junho de 1993, já houvessem ocorrido mudanças no cenário demonstrativas de que o otimismo era excessivo – guerras na ex-Iugoslávia, conflitos no Cáucaso, a continuação da guerra civil em Angola, tensões étnicas agravadas em Ruanda e no Burundi, ou o terrorismo dos fundamentalistas islâmicos da Argélia –, as ONGs, a maioria dos Estados e demais atores influentes consideravam os direitos humanos uma fonte abundante de esperanças. Encaravam-nos não somente como um objetivo universal alcançável, mas também como instrumento para orientar as sociedades no rumo do progresso social. Foi essa lógica que permeou todas as grandes conferências das Nações Unidas na década de 1990. Começando pela Rio-92, sobre meio ambiente e desenvolvimento, no Rio de Janeiro, e prosseguindo em Viena, em 1993; no Cairo, em 1994, sobre população e desenvolvimento; em Copenhague, em 1995, sobre desenvolvimento social; em Pequim (Beijing), sobre a Mulher, também em 1995; em Istambul, com a Habitat-II, em 1996, sobre assentamentos humanos, todos os documentos programáticos adotados tiveram os direitos humanos como inspiração e medida de legitimação das iniciativas previstas.

A Conferência de Viena, de 1993, com sua Declaração e Programa de Ação, representou, de fato, um progresso extraordinário para a afirmação dos direitos humanos na agenda internacional, em diferentes Estados e no discurso político da época. Conquanto outras apresentações de avanços obtidos na Conferência sejam possíveis, eu os resumo em quatro pontos nunca antes observados tão claramente. São eles:

- a) a afirmação consensual da *natureza universal indubitável* dos direitos humanos (Par. 1º da Declaração), desfazendo a impressão - engendrada *a posteriori* pela adoção da Declaração dita Universal em 1948, quando a maior parte da humanidade ainda se encontrava sob regime colonial - de que tais direitos eram uma imposição do Ocidente sobre o resto de mundo;
- b) o reconhecimento da *importância dos particularismos nacionais e regionais*, que devem ser levados em conta, mas *em equilíbrio com os direitos humanos*, que necessitam ser respeitados (Par. 5º). Permite-se, assim, a valorização adequada das culturas não-Ocidentais, sempre que elas não atentem contra os direitos universais reconhecidos internacionalmente;
- c) a reafirmação consensual dos *direito ao desenvolvimento como um direito humano universal* (Par. 10), que garante, mas não condiciona, a realização da igualdade e indivisibilidade de todos os direitos humanos (Par. 1º e outros);
- d) o reconhecimento da *legitimidade da preocupação internacional com os direitos humanos*, cuja promoção e proteção devem ser um *objetivo prioritário das Nações Unidas* (Par. 4º) - objetivo que, por extensão lógica, não viola o princípio da não intervenção em assuntos internos.

Depois da adoção sem voto de tais conceitos explicativos por um conclave oficial que congregou representantes governamentais e não governamentais de praticamente todo o mundo, não cabe mais insistir na interpretação política, recorrente apenas na academia, de que os direitos humanos são uma invenção da cultura ocidental forçada sobre as demais. A insistência em tal afirmação, supostamente justificadora de práticas tradicionais violadoras de direitos, denota, ela própria, um eurocentrismo paternalista que os não ocidentais rejeitam. Como me tem sido dado observar diretamente de delegações estatais, assim como pela via de escritos importantes por teóricos de origem diversa, todas as culturas que se manifestam na matéria afirmam, ao contrário, que a adesão à ideia de tais direitos e sua observância, com adaptações, no respectivo contexto, advêm de tradições próprias, religiosas ou não⁶. Tampouco faz sentido dizer agora que a supervisão internacional de situações nacionais pelas Nações Unidas agride a soberania nacional e o princípio da não intervenção. Governantes que ainda o dizem, fazem-no em contradição com o que os Estados por eles governados aprovaram.

Somente por esses pontos, aprovados por todos os países de um

⁶ Somente lideranças religiosas fundamentalistas passaram a afirmar, mais recentemente, diante de algumas exigências liberais incorporadas ao sistema, mas não imprescindíveis para a observância da igualdade prevista na Declaração Universal, que a ideia de direitos humanos viola os direitos divinos.

mundo já sem colônias – situação antinômica à das Nações Unidas em 1948 -, a Conferência de Viena já teria representado um divisor de águas para os direitos humanos. Ademais deles, porém, ela fez recomendações extraordinárias em seu Programa de Ação, algumas das quais vinham sendo sugeridas sem êxito por décadas, como a proposta de estabelecimento nas Nações Unidas de um Alto Comissário para os Direitos Humanos e o apoio ao estudo da Comissão de Direito Internacional para a criação de um Tribunal Penal Internacional para crimes contra a humanidade. O primeiro foi estabelecido pela Assembleia Geral no mesmo ano de 1993. O Tribunal foi constituído com a aprovação de seu Estatuto em Roma, em 1998. Outras recomendações obtiveram menos resultados, como a de coordenação dos mecanismos de controle e órgãos de tratados do sistema, para evitar superposições desnecessárias e simplificar a tarefa de apresentação de relatórios pelos Estados. Com um Programa de Ação de 100 parágrafos, a Conferência fez sugestões sobre uma vasta gama de assuntos, todas destinadas a garantir os direitos universais, com atenção especial para os integrantes de grupos vulneráveis ou em posição de inferioridade social: segmentos populacionais vítimas de discriminação racial, pessoas pertencentes a minorias nacionais, étnicas, religiosas e linguísticas, populações indígenas, trabalhadores migrantes, pessoas com deficiência e, especialmente, mulheres e crianças.

É importante notar que todas as recomendações feitas em Viena sobre minorias e grupos vulneráveis eram realistas: não propunham mais do que o particularmente necessário para o gozo de direitos universais. Se algo ocorreu depois que modificou o sentido dessas recomendações, criando direitos específicos e modelos de tratamento para esses e outros grupos – e é evidente que ocorreu -, a ideia não vinha de Viena, que não inventou novos direitos para qualquer categoria. Medidas especiais para os integrantes de certos grupos em situação historicamente desvantajosa são justificadas, durante tempo limitado, para se alcançarem avanços individuais e coletivos que os equiparem à situação dos demais. Assim são elas previstas desde 1965 na Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial. Recomendáveis ou necessárias, tais medidas não devem ser confundidas como novos direitos humanos – como apenas os indígenas depois passaram a ter, por declaração adotada nesse sentido pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 2007.

Em termos conceituais, práticos e doutrinários, direitos específicos permanentes vão contra a essência da noção dos direitos humanos como direitos fundamentais de todos. A própria Declaração dos Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, adotada em 1992, às vésperas, portanto, da Conferência de Viena, insiste, no título e no artigo 1º, e de conformidade com o artigo 27 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, que ela se dirige aos indivíduos delas participantes. Trata, portanto, nominal e tecnicamente,

de direitos universais *das pessoas* integrantes de tais minorias. E são elas que conformam grupos vulneráveis de indivíduos discriminados, pessoal e coletivamente, num contexto que lhes é adverso.

Os direitos humanos são, por definição, de todos os seres humanos, que, em muitos casos, requerem tratamento especial para os titulares poderem deles usufruir. Nada impede - ao contrário tudo aconselha - que os Estados adotem políticas públicas em favor de segmentos populacionais que requeiram proteção particularizada. Conquanto os integrantes desses chamados grupos vulneráveis necessitem desse apoio, como pessoas e como grupos, seus direitos humanos, na acepção que lhes dava o sistema, decorrem da universalidade imanente em tais direitos, inclusive o de participar da própria cultura, sendo esses titulares juridicamente iguais a todos os demais da família humana. Não porque sejam membros de uma cultura - repito cultura, em sentido etnográfico - diferente. Ressalto bem esse ponto porque uma das causas intrínsecas das dificuldades atuais do sistema internacional de promoção e proteção dos direitos humanos vem da confusão que ora se faz entre os direitos culturais da Declaração Universal e os hoje alardeados "direitos das culturas" e "direitos das minorias". Tais direitos não são previstos na Declaração Universal nem nos dois Pactos, que conformam, como tríade "constitucional", acima das demais normas, a "Carta Internacional dos Direitos Humanos", assim chamada por analogia com a Carta das Nações Unidas. Definidos em outros documentos, que não rejeito nem pretendo denegar, tais direitos podem ser importantes e certamente devem ser respeitados. Não podem, porém, ser integrados doutrinariamente à categoria superior dos "direitos humanos" na acepção original.

5. DESVIOS POSTERIORES AO ACORDADO EM VIENA

Os direitos culturais, previstos no artigo 27, Parágrafo 1º da Declaração Universal, de 1948, refletidos no artigo 15 do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, são direitos do indivíduo, de participar livremente como pessoa - ou, como se dizia até recentemente, como sujeito autônomo -, sozinho ou em conjunto com os pares, "da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar dos benefícios do progresso científico e de seus benefícios". Não se trata de "direitos das culturas", supostamente superiores aos direitos de seus integrantes. Os direitos culturais das pessoas subentendem necessariamente a opção individual de se manter ou não na cultura de origem, de seguir ou não tradições, muitas das quais são discriminatórias. O direito civil à liberdade de religião, por exemplo, abordado em conjunto com a liberdade de pensamento e consciência nos documentos pertinentes, abrange a possibilidade de mudar de religião (artigo 18 da Declaração

Universal)⁷. Permite, portanto, a conversão voluntária e a opção de ser crente ou ateu; de observar ou recusar dogmas de qualquer tipo; de praticar ou não praticar os ritos e interditos de qualquer religião.

Assinalo que não tenho qualquer intenção de diminuir a importância das culturas e das diferenças étnicas, nem, muito menos, das diferenças decorrentes de sexo, gênero, orientação sexual, aptidão física ou deficiência. Elas são elementos úteis, às vezes essenciais, na configuração de políticas adequadas, para o gozo dos direitos universais e para a autoafirmação individual. Além disso, as diferenças enriquecem as sociedades contemporâneas, todas heterogêneas, formadas por influxos plurais. Seja como ingredientes que se misturam e se integram, malgrado as disparidades, numa comunidade maior, nacional, regional ou civilizacional, seja como elementos que não se fundem, mas convivem, as identidades são indissociáveis da personalidade humana. A não ser que se pretenda rejeitar a respectiva origem por motivos variados⁸, o fato de se pertencer a uma ou mais “culturas”, antropológicas ou ideológicas, pode e deve ser assumido, sem dar azo a discriminações. Não obstante, como que esquecendo os avanços de Viena, uma curiosa noção do politicamente correto foi-se impondo como camisa de força em favor das culturas ditas diferentes com direitos próprios. Incorporou-se em setores acadêmicos, daí se espalhando em movimentos sociais, militâncias, e contaminando partidos políticos e agentes estatais. Tornou-se de tal maneira dominante no discurso contemporâneo que qualquer observação a ele não acomodada é logo declarada sinal de intolerância.

Nesse contexto hegemônico dito “multiculturalista”, quando alguém se coloca contra o cultivo de uma tradição iníqua, que obviamente agride direitos universais, corre o risco de ser tachado de racista ou machista, de não aceitar o “direito à diferença”. Simpatizar com a proibição do véu ocultador de mulheres em países do Ocidente é visto como preconceito antimuçulmano e discriminação contra o “direito das mulheres” de se vestir como querem. Eu, cá por mim, gostaria de conhecer a opinião de Simone de Beauvoir sobre esse “direito” da mulher muçulmana! Ou de uma feminista e homossexual assumida, ainda atuante, como Camile Paglia! Universalista convicto, consciente de que “os direitos da mulher são direitos humanos” (artigo 14 da Declaração de Beijing), asserção que tenho orgulho de haver ajudado a garantir no documento final da Conferência de Beijing⁹, no entendimento de que

⁷ Note-se que, em 1948, essa foi uma das causas que levou a Arábia Saudita a abster-se, mas não a se opor, quando da votação para a adoção da Declaração Universal na Assembleia Geral.

⁸ Para escapar a casamento forçado, mutilação genital ou perseguição a homossexuais, por exemplo.

⁹ Para quem supuser que essa frase, aparentemente tão óbvia, não pode haver enfrentado dificuldades de aceitação, permito-me sugerir uma olhada no capítulo 7 de meu livro *Relações Internacionais e Temas Sociais – A Década das Conferências* (Brasília, FUNAG/IBRI, 2001, p 211-244). Nele registro, com base na experiência como preparador e delegado, o que

eles complementam a Declaração Universal¹⁰, prefiro sempre privilegiar a igualdade de todos, com as adaptações realmente necessárias. Assim como temo que os exageros em qualquer área sejam contraproducentes.

O “direito à diferença” como valor superior ao da igualdade programática, para a qual devem ser adotadas políticas eficazes, é modismo concebido no Ocidente para proteção de minorias não ocidentais contra o “eurocentrismo iluminista”. Na prática atual, com obsessão reivindicatória de uns e ênfase paternalista de outros, ele legitima posições absurdas, como a defesa da *burka* na qualidade de direito, a adaptação de políticas sociais existentes para incorporar a poligamia da imigração, ou a aceitação conivente de estratificações por casta entre hindus na diáspora (que a Constituição da Índia há muito baniu oficialmente). Quando acomodada a esse extremo, ou politizada além do necessário, a diferença constitui um dos obstáculos mais insidiosos à proteção dos direitos universais. Convém lembrar, a propósito, que o discurso das diferenças tem utilidades e focos distintos. No Brasil, quando a imprensa fala em “diferença”, refer-se em primeiro lugar aos homossexuais, que em culturas não ocidentais são criminalizados com base em religiões. Em segundo lugar vêm os negros. Na Europa, quando ativistas de direitos falam em “direito à diferença”, o objeto prioritário é a comunidade de muçulmanos, imigrados e nacionais, discriminada e ressentida. Na maior parte da América hispânica, os ditos “diferentes” são os “índios”. Nos Estados Unidos, os titulares seriam aparentemente todos os que não se enquadrem em modelos germânicos, nórdicos e anglo-saxões.

É um contrassenso equiparar os direitos humanos das pessoas discriminadas e perseguidas pela cor, por traços fenotípicos, origem herdada de nascença ou dos indígenas e quilombolas que vivem fora da sociedade por motivos não volitivos, com o “direito à diferença” de culturas que rejeitam esforços de integração não forçados. Quando abusivamente tratadas, os direitos humanos dessas pessoas, observados com medidas de proteção apropriadas, deveriam garantir-lhes a possibilidade de autoafirmação sem recorrer a um direito teórico.¹¹

Em função do uso político da “diferença cultural”, que a cultura

foram essas grandes conferências da última década do Século XX, inclusive os problemas causados pelas referências aos direitos da mulher. Com relação a essa afirmação de Beijing, foi necessário, para mantê-la, que eu declarasse em plenário que, sendo o Brasil a favor, não havia consenso contra no Grupo dos 77. Este pretendia apresentar a objeção de alguns como decisão de todos os países em desenvolvimento. Felizmente fui respaldado por diversas delegações, até então hesitantes.

¹⁰ Originalmente chamada Declaração Universal dos Direitos do Homem, cujas precedentes do Século XVIII, nos Estados Unidos e na França, de fato não incluíam as mulheres.

¹¹ Ao escrever o original destas linhas, quando morava em Barcelona, soube que a Corte Europeia de Direitos Humanos havia determinado por sentença de 1º de julho de 2014 para caso judicial a ela submetido, que a lei francesa de 2011, proibindo o uso de traje ocultador do rosto, não viola a liberdade de expressão da mulher muçulmana. Embora aprovada por 15 a 2, a sentença mostrava que, pelo menos nesse tribunal importante, a grande maioria dos juízes permanecia corajosamente imune aos absurdos impostos em nome do “politicamente correto”.

ou religião original nem exige¹², e da reação que provoca na maioria quando ostentada de maneira panfletária, venho insistindo, no órgão de tratado de que sou membro, o CERD, que, assim como os países de destino devem respeitar as culturas dos imigrantes, os candidatos à emigração, ao solicitarem os vistos respectivos, devem comprometer-se a observar os costumes dos países escolhidos. Não podem assumir um fundamentalismo alheio aos valores locais. O Comitê deveria, pois, nesses casos, fazer recomendações aos Estados de partida condizentes também com os de acolhida. Mas a militância dita “liberal” de colegas os leva a ignorar essa necessidade, encarando as culturas alheias como monólitos e tentando forçar as sociedades onde os imigrantes se instalam a aceitar práticas chocantes. Estas não se restringem à indumentária, nem a matérias do CERD. Sistemas previdenciários europeus têm sido induzidos por ativistas de direitos humanos a fornecer residências para as possíveis quatro esposas de muçulmanos procedentes de ex-colônias. As castas estendem interditos e prerrogativas em comunidades hindus na Grã-Bretanha. Até a mutilação genital feminina, que persiste em alguns grupos africanos na Europa, legitima-se pela oferta de serviços dessa espécie em unidades de saúde pública. Para evitar riscos maiores à saúde da menina, remedia-se o pior para não exigir o abandono de tradições. Viola-se, assim, claramente, o artigo 5º da Declaração de Viena, um dos principais avanços. E se dá munição aos programas políticos anti-imigrantes.

Conforme já assinalai, não tenho qualquer dificuldade pessoal para a aceitação das diferenças culturais, nacionais, religiosas, de gênero, de preferência sexual ou outra que não violem direitos da pessoa humana. Todas podem e devem coexistir, tendo para protegê-las os direitos universais internacionalmente reconhecidos. Mas estou convicto de que, de forma mais ameaçadora para os direitos humanos do que os “valores asiáticos”, ou simplesmente não ocidentais, o fundamentalismo politicamente correto fortalece as tendências racistas e ultranacionalistas que vêm ganhando terreno em eleições. Sem falar na justificativa que propiciam ao fundamentalismo religioso, tribal ou étnico dos “diferentes”, opressivo e perigoso como o dos majoritários. Isto não significa que se devam descartar e deixar de combater as discriminações sofridas pelas pessoas e coletividades minoritárias. Elas são o primeiro fator que as induz à crispação defensiva.

Mencionei acima “valores asiáticos” porque muito se falou deles como ameaça aos direitos humanos na época da Conferência de Viena, em função das posições de delegações da Ásia contrárias à prioridade,

12 Estou cansado de confirmar com colegas de comitê e delegados muçulmanos na ONU que o uso de véu, inclusive o *hijad* que deixa o rosto visível, não é exigência religiosa, mas tradição pré-islâmica, limitada a regiões do Norte da África, Ásia Central e Oriente Próximo. Seu uso em países de imigração, conforme me diz clara e reiteradamente o colega argelino, com respaldo de correligionários subsaarianos, é político.

senão exclusividade, conferida pelo Grupo Ocidental aos direitos civis e políticos. Entretanto, nenhuma delegação asiática, ou africana, rechaçou a ideia de direitos humanos *per se*, como se pensa em alguns círculos. A China, com razão incontestada, ainda que motivada pela política própria na matéria, em Viena recordou que os direitos humanos são resultado da história de cada país. Malásia e Cingapura assinalaram que, em seu entendimento, o coletivo é superior ao individual, tendo os cidadãos direitos e deveres perante a sociedade – tal como reconhece a Declaração Universal no artigo 29. Os países islâmicos tampouco negaram a noção universalista de direitos fundamentais de todos, procurando, ao contrário, reivindicar para a religião respectiva a origem de tais direitos. Os fundamentalismos extremados, que nunca foram particularmente afro-asiáticos, fortaleceram-se depois.

O que os delegados não integrantes do Grupo Ocidental de Estados, inclusive latino-americanos, buscaram com insistência em Viena foi o reconhecimento da igualdade, indivisibilidade e interdependência de todas as categorias de direitos universais, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, feito afinal obtido nos documentos. Quanto aos Estados asiáticos, o que justificadamente queriam e conseguiram em termos aceitáveis foi equilíbrio entre o universalismo dos direitos humanos e o particularismo dos diferentes sistemas político-culturais, que precisam ser levados em conta. E isso consta do artigo 5º da Declaração de Viena, cujo texto vale a pena aqui repetir:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. As particularidades nacionais e regionais devem ser levadas em consideração, assim como os diversos contextos históricos, culturais e religiosos, mas é dever dos Estados proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

Criticado na época por ONGs internacionais do Ocidente como insuficiente. Insuficiente ele era quando mal lido, com olhos simplistas, unilaterais, eurocêntricos, que, contrariamente ao que afirmam, têm horror não assumido a esse reconhecido “direito à diferença”.

6. VIENA VÍTIMA DE SEU PRÓPRIO ÊXITO

Enquanto muitos avanços de Viena foram distorcidos *a posteriori*, à sua revelia, há também complicadores do sistema a respeito dos quais é possível dizer que são consequência da Conferência. Nesse sentido, Viena foi vítima de seu próprio êxito em 1993, tornando-se em médio

prazo indutora de erros em decisões contrárias a seu “espírito”¹³.

Alguns desses complicadores provêm da amplitude ambiciosa dos campos para os quais a Conferência fez recomendações. Ao abrir o leque de atenções para todos os objetivos de ONGs e movimentos sociais com foco específico em grupos, Viena deu um sinal enganoso de que tudo poderia ser tratado no campo dos direitos humanos. Aí se incluíam recomendações sobre categorias populacionais cujas aspirações eram válidas, mas não se enquadravam nos direitos universais; para situações de guerra e conflagrações inter-étnicas, onde o sistema não tinha condições de atuar. Ao adotar um programa de ação muito extenso e pormenorizado, serviu de inspiração para uma produção excessiva de normas, que não passam de modelos pinçados, por órgãos sem mandato para isso. Daí, desses excessos de 1993, advém parte significativa da decepção geral com o tema, do irrealismo de que se burla a expressão francesa *droits-de-l’hommeisme* (direito-humanismo) como sucedâneo da verdadeira política. Desprovida da intenção de promover o progresso social, a política se encontraria hoje reduzida, na melhor das hipóteses, à simples gestão da economia, contando com auxílio do multiculturalismo por justaposição, sem sincretismo ou miscigenação.

A verdade é que a Conferência de Viena, ao formular seu Programa de Ação para o sistema internacional de direitos humanos, não notou que outro sistema, mais concreto, adverso aos direitos humanos, estava-se consolidando. Apresentado como “consenso de Washington”, adotado e imposto pelo FMI e pelo Banco Mundial em prol da eficiência e da competitividade do Terceiro Mundo, esse sistema de economia neoliberal vinha exigindo a redução do Estado, com abandono de sua posição como provedor social. As reduções ou “ajustes estruturais” se faziam em todas as áreas, com cortes profundos de pessoal, privatizações dos setores mais sensíveis da economia e “desregulação” das finanças para o ingresso de capitais. Entrementes, na esfera da cultura, afirmavam-se as noções divisórias associadas à ideia de pós-modernidade. Enquanto Viena propunha ações que exigiam mais verbas e burocracias “weberianas” para atender às necessidades de muitos novos grupos titularizados com direitos especiais, o neoliberalismo econômico e o pós-modernismo multiculturalista se uniam contra o universalismo dos direitos humanos.

Os “cortes do excesso de gordura”¹⁴ na carne do Estado não seriam capazes de impedir, a partir de 1998, a sequência de crises econômicas, no México, no Brasil, no Japão e nos “tigres asiáticos”, continuadas depois por outras, nos próprios Estados Unidos e em países da Europa. Os “remédios”, conforme previsível num sistema que rejeitava o chamado

13 O “espírito de Viena” foi expressão muito usada na década de 1990, inclusive em discursos do Secretário Geral das Nações Unidas, para estimular a flexibilização das posições dos Estados a fim de permitir o consenso nos textos em discussão.

14 Expressão muito comum na fase mais acirrada do “consenso de Washington”.

Estado Providência, idealizado por Keynes para salvar o capitalismo do *crash* de 1929, geravam desemprego maciço e sacrificavam sempre os pobres, em que se incluíam os grupos vulneráveis. Em lugar da esperada democracia política, o que se veio a implantar com a globalização econômica foi o “liberalismo” da eficiência, sem contrapesos ou pruridos de preocupação social. Dele participavam de maneira marcante as finanças especulativas, não produtivas, aplicadas e retiradas em função de interesses imediatos de lucro. Longe das liberdades e direitos fundamentais desejadas, o que se afirmava no planeta era uma liberdade econômica anitigualitária e não emancipatória. Quando funciona melhor, dá razão à lembrança de Angela Davis:

“No Norte global nós compramos a dor e a exploração de meninas do Sul global, que vestimos todos os dias em nossos corpos”¹⁵.

Tendo o mercado como único “valor” universal, qualquer esperança de ajuda ao desenvolvimento dos outros, qualquer instituição de segurança social, qualquer apoio aos direitos fundamentais de todos, especialmente na área econômica e social, eram vistos como empecilhos à produtividade. O mundo dos anos 1990 vivia um paradoxo: o apogeu do discurso dos direitos coincidia com a destruição de suas condições de realização. Viena programara iniciativas que exigiam mais Estado, enquanto o sistema econômico exigia Estado mínimo. Diante dessa contradição, a saída de um lado era a “terceirização”, de outro o retalhamento do social por grupos de pressão específicos, deixando os direitos e a sobrevivência dos pobres ao assistencialismo da caridade possível.

Um paradoxo adicional persistente é que esses problemas, raramente analisados em conjunto, não impediram no período pós-Viena, nem impedem agora, com a Conferência Mundial de 1993 esquecida, a expansão contínua, exponencial, do sistema internacional de direitos humanos. Mas aí há outra questão relevante. Antes voltado para o progresso com liberdade de todos os seres humanos, o sistema foi passando a atuar para a satisfação de si próprio, tendo as ONGs defensoras de minorias e movimentos específicos da sociedade civil como força propulsora.

7. A MULTIPLICAÇÃO DE NORMAS E MECANISMOS

Para tentar melhorar a situação de certos grupos e categorias de pessoas, mencionados ou não nos documentos de Viena, o sistema de promoção e proteção dos direitos humanos passou a multiplicar normas cogentes e padrões de aplicação específicos, com novos mecanismos

¹⁵ Op. cit., p. 29. A frase ou a ideia lembrada em entrevista oral a Eduardo Mendieta é de letra de música cantada por Sweet Honey and the Rock. Cito-a porque me soa particularmente expressiva.

de acompanhamento, inclusive para as recomendações dos órgãos de tratados. Tudo isso é prova de interesse, mas torna o conjunto demasiado complexo, frouxo, sem hierarquia, com elementos claramente conflitivos.

Não incluo nessa tendência que considero inadequada os novos tratados emanados de órgãos competentes do sistema, como a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências ou a Convenção sobre a Proteção contra Desaparecimentos Forçados, ambas de 2006, enquadradas em objetivos universalistas. Tampouco posso incluir propriamente a Convenção sobre os Direitos dos Trabalhadores Migrantes, que é de 1990, portanto anterior à Conferência de Viena de 1993 - embora ela somente tenha conseguido as vinte ratificações necessárias para sua entrada em vigor em 2003. Não posso deixar de observar, contudo, que, em contraste com o primeiro tratado de direitos humanos adotado na sequência da Declaração Universal de 1948, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial, de 1965, tem 25 artigos, considerados suficientes até a Conferência de Durban de 2001, ao passo que a Convenção sobre um grupo em situação específica como os trabalhadores migrantes e suas famílias tem 93! Que o detalhamento de iniciativas e regras nas criações recentes do sistema é tamanho que as torna irrecordáveis, quase ilegíveis, além de, muitas vezes, inaplicáveis. Que o total de órgãos de tratados quando ocorreu a Conferência de Viena era de seis e hoje são mais de onze - alguns quais derivados de protocolos adicionais aos instrumentos principais. A esse número de instrumentos de escopo universalista, deve-se ainda adicionar o Convênio 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Direitos dos Povos Indígenas e Tribais, dotado de seu próprio mecanismo de acompanhamento fora do sistema regular de direitos humanos.

O Convênio 169 da OIT, adotado em 1989 e em vigor desde 1991, constitui um caso *sui generis* por diversos aspectos. Sua forma e sua substância são as de um tratado de direitos abrangente, equivalente aos dois Pactos de 1966 reunidos, voltado exclusivamente para uma categoria de pessoas, os indígenas. A par disso, o Convênio reconhece também direitos coletivos, dos respectivos povos, que outras categorias não têm, como o direito às terras ancestrais. Não negociado, nem adotado pelos órgãos do sistema com competência na matéria, cujos Estados integrantes relutavam em emitir uma simples declaração sobre os direitos dessa categoria populacional em função de conceitos heterodoxos previstos¹⁶, o Convênio, que os inclui, com seu comitê de acompanhamento na própria OIT, emerge de uma organização

¹⁶ Entre os quais o de direito às terras ancestrais e a própria expressão “povos indígenas”, numa época em que “povo” era o conjunto da cidadania. Além disso, os povos eram, a rigor, desde os dois Pactos de 1966, titulares do direito coletivo à autodeterminação, voltado contra as metrópoles colonizadoras e o “neocolonialismo imperialista” das empresas capitalistas no Terceiro Mundo.

especializada em direitos trabalhistas. Não obstante, depois de 2007, quando a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou, com poucos votos negativos, a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, o Convênio da OIT tem sido assimilado no sistema regular de direitos humanos. Passou ser usado como referência para cobranças pelo CERD sempre que se examinam comunicações e relatórios de Estados que tenham povos autoconsiderados “autóctones”, não indígenas como nas Américas, em seu território.

Ao mesmo tempo em que se incrementou o número de convenções e órgãos de tratado no Direito Internacional dos Direitos Humanos, aumentou enormemente a quantidade de comitês e grupos de trabalho para observação de temas e recomendação de novas regras. Enquanto em 1989, ano de convocação da Conferência de Viena, havia, como já visto, não mais de seis “relatores temáticos”, em 2014 eles são trinta e já chegaram a ser mais de quarenta em outras ocasiões! O número dos “relatores de situações”, de países escolhidos com seletividade agora mais chocante - por motivos que abordarei no próximo item -, para atender a uma aparente opinião pública forjada com rapidez e superficialidade pelas redes sociais, ou pela atuação de ONGS maximalistas, varia conforme o ano, sendo oito em 2014.

Ademais de tudo isso significar um crescimento exponencial de instrumentos de regulação e pressão sobre os Estados, a requerer mais verbas do orçamento regular da ONU¹⁷ e dos Estados, também constitui um aumento desmesurado de trabalho para os operadores domésticos de direitos humanos e para as funções de assessoramento do Secretariado das Nações Unidas. Como o fenômeno ocorre dentro de um sistema econômico com predomínio da ideia de “Estado mínimo”, cujo pessoal burocrático não aumenta, diminui, a “solução natural” é também “terceirizar” e “privatizar” o sistema. Por mais que Viena tenha propiciado um incremento orçamentário importante para o verbete “direitos humanos” na ONU, em virtude da criação da figura do Alto Comissário em 1993, as verbas nunca são suficientes. Recorre-se então a contribuições adicionais voluntárias de Estados prósperos para projetos específicos, ou financiamentos privados de Fundações, para acompanhar a expansão dos serviços. A burocracia de funcionários internacionais “de carreira” na área, por sua vez, passa a ser complementada, ou substituída, por estagiários não remunerados, quase sempre estudantes de pós-graduação formados dentro de modismos da academia e dos meios de comunicação impressa e eletônica, seriamente interessados e politicamente corretos, mas sem experiência pregressa na defesa do universalismo dos direitos.

¹⁷ Para dar somente uma ideia, o número de peritos em órgãos de tratados, que necessitam de passagens e diárias para as sessões de trabalho – não remunerado – em Genebra, pelos menos duas vezes por ano, passou de 40 nos anos 1990 para 140 em 2014.

É inegável que a proliferação de normas, mecanismos e tribunais não é exclusividade da área dos direitos humanos. Reprovada por juízes da Corte Internacional de Justiça, em função da criação de tribunais internacionais *ad hoc* e outros, a multiplicação de normas e sistemas já foi objeto de estudo aprofundado pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, na primeira década deste século. O tema tinha título eloquente: *Fragmentação do Direito Internacional - Dificuldades Decorrentes da Diversificação e Expansão do Direito Internacional*. O relatório final, de 2006¹⁸, coordenado pelo jurista finlandês Martti Koskenniemi, não chega a endossar a visão negativa que muitos têm do fenômeno. Por outro lado, por mais que Koskenniemi tenha encarado tal fragmentação como decorrência natural da passagem de uma fase moderna, hierárquica, para a fase pós-moderna, horizontal, em que predominariam, em sua visão otimista, políticas de pluralismo, ele próprio recorda e cita autores segundo os quais a vocação do Direito é para a “ordem unificada e hierarquizada, unificada porque hierarquizada”, sem a qual ele se torna ineficaz¹⁹. De minha parte, sem necessidade de maiores elucubrações, minhas preocupações, sempre voltadas para a área dos direitos humanos, são de dois tipos: uma doutrinária, que se reflete no real; a outra, somente pragmática.

A preocupação doutrinária é fácil de explicar: sendo os direitos humanos universais por definição, os direitos específicos de grupos culturais particularizados não podem ser classificados na mesma categoria. São “humanos” porque seus detentores também são pessoas físicas ou grupos delas, mas a titularidade advém da identidade étnica diferencial, não de predicados comuns a todas. Como já diziam Koskenniemi e Leino em 2002:

o liberalismo e a globalização não trouxeram coerência, muito pelo contrário. A estrutura suprida pela confrontação Leste-Oeste foi substituída por uma realidade de caleidoscópio, em que atores em competição lutavam para criar sistemas normativos competitivos entre si, frequentemente para escapar, de forma expressa, às limitações do direito diplomático – embora talvez, mais frequentemente, com uma ignorância deleitosa a seu respeito”²⁰.

A preocupação de ordem pragmática que tenho é ainda mais evidente, conquanto raramente assumida e registrada. Com um número sempre ascendente de normas específicas, obrigações a cumprir e

18 United Nations’ International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the study group, finalized by Martti Koskenniemi, documento A/CN.4/L. 682, 13 April 2006.

19 M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Seuil, 1998, *apud* M. Koskenniemi & Paivi Leino, “Fragmentation of International Law? Postmodern anxieties”, 15 *Leiden Journal of International Law*, 2002, pp. 553-579 (minha tradução).

20 Op. cit., p 559. (minha tradução).

relatórios a apresentar, que extrapolam as capacidades respectivas, nenhum Estado democrático bem intencionado consegue hoje estar em dia com os compromissos internacionais na matéria. Seus funcionários competentes não podem cumprir a contento sequer a obrigação de submeter informes tempestivos aos mecanismos de controle. Nem, muito menos, promover, na esfera doméstica, a aplicação das recomendações deles recebidas.

8. OMISSÕES PROBLEMÁTICAS E REFORMA DO ÓRGÃO PRINCIPAL

À proliferação exagerada de normas e cobranças irrealistas, numa fase em que o Estado é visto com desconfiança, devem-se acrescentar dificuldades de outra ordem, que fragilizam ainda mais o sistema, subtraindo seriedade às decisões que toma. Elas resultam de insuficiências internas antigas, que hoje se encontram particularmente visíveis, assim como de inversões de posturas desconcertantes, antes inimagináveis.

Ninguém em sã consciência pode ter dúvidas do horror que representou para os Estados Unidos e quase todo o mundo a destruição das torres do World Trade Center, em Nova York, em 11 de setembro de 2001. Poucos porão em dúvida a necessidade de medidas de prevenção ao terrorismo, particularmente em países considerados alvos preferenciais de um certo tipo de extremismo. Alguns políticos e intérpretes podem até justificar os bombardeios por alguns Estados, liderados por Washington, aos talibãs radicais do Afeganistão, por mais que tenham sido os Estados Unidos que primeiramente armaram esses “estudantes” corânicos, quando resistiam aos soviéticos na década de 1980. A invasão daquele país em fins de 2001 poderia até soar compreensível, não como retaliação pelos atentados em Nova York e Washington, perpetrados por outros “jihadistas”, mas porque o território afegão oferecia abrigo e campos de treinamento aos terroristas do El Qaeda. Diferentemente do caso do Afeganistão, poucos defensores reais de direitos humanos poderiam haver aprovado a invasão ilegal do Iraque pelos Estados Unidos e seus aliados, em 2002, a partir de pretextos inconvincentes. Seguramente ninguém que defendesse os direitos humanos poderia aceitar, em qualquer circunstância, as torturas e tratamentos degradantes infligidos aos prisioneiros em quartéis e prisões americanas em Guantánamo, Al Ghraib, Baghrum e outras. Não obstante, nenhuma resolução condenatória, nenhuma reprovação formal pelo sistema de proteção aos direitos humanos foi adotada.

Conquanto se possa dizer que a seletividade das situações escolhidas para relatorias sempre foi uma característica, a omissão deliberada perante violações conhecidas – algumas autofotografadas

com sorrisos - nesse caso revelou-se especialmente negativa, com ares de conivência. Os Estados Unidos sempre se haviam apresentado como paladinos dos direitos humanos no mundo. O mesmo pode ser dito dos membros da União Europeia que, se não chegaram a torturar diretamente, enviaram indivíduos considerados suspeitos de terrorismo – muitos dos quais se comprovaram inocentes - para serem “interrogados de maneira forte” em território de terceiros²¹. Em lugar de uma condenação, ainda que meramente simbólica, para violações tão metódicas amplamente conhecidas, o que ocorreu no sistema internacional de direitos humanos foi a reforma de seu órgão principal!

É fato que muitos Estados e ONGs vinham pleiteando uma reforma do sistema havia anos. Sua preocupação principal era evitar a participação de Estados com regimes considerados violadores contumazes. Mas a reforma, afinal realizada para acomodar pressões dos Estados Unidos e da Europa, foi irrisória, senão contraproducente. A velha e historicamente produtiva Comissão dos Direitos Humanos das Nações Unidas, subordinada ao Conselho Econômico e Social (ECOSOC), que se reunia anualmente por 45 dias, foi transformada em Conselho de Direitos Humanos, não mais vinculado ao ECOSOC, como previa a Carta de 1945, mas diretamente à Assembleia Geral.

Com hierarquia elevada e título imponente, o novo Conselho conta com um também novo mecanismo, não seletivo, para apreciação da situação dos países: os Relatórios Periódicos Universais, que todos os Estados lhe apresentam. A par dessa inovação, certamente interessante, o Conselho, com sessões quase permanentes, segue estabelecendo uma profusão de relatores temáticos e grupos de trabalho, cujos informes são tantos que mal são lidos; procura atuar, sem resultados, sobre todos os conflitos armados importantes; organiza reuniões de alto nível em que Ministros de Estado apresentam suas políticas ao mundo; acolhe um número infinito de ONGs que falam para seus próprios públicos; abole intervalos para almoço a fim de acomodar uma infinidade de oradores em sessões intermináveis e confusas; atrai menos atenção da imprensa e do que a velha Comissão, mais enxuta, e sem telecomunicações eletrônicas imediatas, conseguia.

Em paralelo a tudo isso, dentro e fora do sistema, outros fatores da atualidade o enfraquecem. Todos os Estados e pessoas conscientes temem os assaltos criminosos os sequestros variados, o terrorismo

²¹ Pouco depois de redigir o original destas linhas, a Corte Europeia de Direitos Humanos condenou a Polônia por haver abrigado uma prisão secreta da CIA. Em veredito de 24 de julho de 2014, os sete integrantes do Tribunal de Estrasburgo, entre os quais um juiz polonês, declararam que, além de deixar de proteger os direitos humanos de dois indivíduos árabes, um iemenita e um saudita, a Polônia havia colaborado com a CIA no envio de ambos para a prisão americana em Guantánamo, onde se encontravam até então. A sentença obrigou o Estado polonês a pagar indenizações aos dois prisioneiros. Vê-se, assim, que, enquanto o sistema internacional se omitia, e a Europa passava por tensões como havia muito não se viam, pelo menos a Corte Europeia de Direitos Humanos seguia cumprindo sua missão corretamente.

suicida, fenômenos tão agravados no presente que parece haverem-se tornado típicos da época. Consequentemente aceitam mecanismos contra eles que invadem sua privacidade. Isso ocorre tanto nas lojas, como nas ruas, nos prédios, em qualquer lugar. Abragem desde gravações em vídeo à espionagem profissional das comunicações por computadores e celulares “inteligentes”, inclusive de autoridades políticas aliadas. Antes típicos de ditaduras e regimes totalitários, hoje essas práticas são vistas como normais e correntes. Embora contrárias ao direito à privacidade de cidadãos e não cidadãos, dentro e fora das fronteiras, somente engendram sinais de repulsa quando praticadas sem razão em comunicações de aliados, ou feitas e detectadas por adversários estratégicos.

A verdade é que hoje a cultura globalizada não se incomoda com bisbilhotices. Ao contrário, estimula o exibicionismo, inclusive de terroristas, facilitado pelos *media* eletrônicos em rede. Sem a certeza da divulgação mundial de seus atos mais chocantes, talvez o extremismo obtivesse menos seguidores. O segredo das vidas privadas é que passou a ser pernicioso, geralmente suspeito, sendo a gravação dissimulada de qualquer troca de mensagens o instrumento de acusação e meio de prova mais usado. Como se lê em muitas partes, como advertência sarcástica para todos: “sorria, você está sendo filmado”.

Talvez essas inversões sejam úteis, com algum efeito preventivo. Nem por isso o crime organizado diminui, ou o terrorismo religioso deixa de perpetrar seus massacres, filmados pelas vítimas e difundidos no ato de execução. Delas, como do terror religioso, o sistema atual de direitos humanos, quando fala, fala pouco.

9. AS ONGS E MOVIMENTOS SOCIAIS

As conferências da década de 1990 foram os primeiros foros internacionais que se abriram às organizações não governamentais e movimentos sociais como representantes da sociedade civil. Iniciada em eventos paralelos na Rio-92 e em Viena, a participação crescente e crescentemente influente desses novos atores já estava consolidada no final do Século XX. Se não em pé de igualdade com os Estados, como atores que precisavam ser ouvidos. As ONGs se afiguravam desde então como alternativa ao esvaziamento do Estado como insituição eficaz para proteger o meio ambiente e promover os direitos humanos. O que se intuía levemente como aspecto de controle difícil era já a tendência a sua proliferação infinita.

Antes apresentadas como consciência ética organizada da sociedade civil, há ainda ONGs e outras entidades congêneres que acreditam nos direitos humanos como instrumento para conseguir avanços sociais. Seu foco é, porém, quase sempre, centralizado em minorias específicas. Poucas são universalistas, como as principais da

época da Conferência de Viena ou os movimentos sociais do passado. Esvaziadas as primeiras pela multiplicação excessiva e desaparecidos os segundos, ligados a lutas de classes vistas como superadas, até mesmo organizações respeitáveis, eficientes em décadas passadas, demonstram hoje o mesmo tipo de defeito: um anacronismo de métodos junto a democracias transparentes que, longe de embaraçar os governantes visados, atrapalham as melhores intenções.

Da mesma maneira que o sistema de proteção aos direitos humanos nas Nações Unidas, praticamente todas as organizações não governamentais atuantes dentro dele foram treinadas para fazer denúncias contra regimes arbitrários, não para ajudar democracias a consolidar direitos. Com base em posições hoje obsoletas, insistem em condenar os Estados como se fossem naturalmente maus. Atuam, com relação a governos eleitos como partidos comuns de oposição em campanha. Algumas propõem realizações impossíveis nas condições existentes. Condenam qualquer ação policial, em vez de orientar as forças da ordem em suas funções legítimas, de proteger a sociedade contra o crime. Parecem esquecer, com maximalismo simplista, que, uma vez ultrassada a propaganda da “segurança nacional” para encobrir agressões à cidadania, a segurança de todos, juntamente com a vida e a liberdade de cada um, é o primeiro direito consagrado na Declaração Universal de 1948. Não notam que, enquanto no passado a proteção exigida pelos direitos humanos era contra o Estado, nas democracias existentes os cidadãos requerem a força do Estado de Direito, parcial ou totalmente perdida para a criminalidade imperante.

Em 2012 o Representante Regional para a América do Sul do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Amerigo Incalcaterra, já assinalava:

Em vários países da região, o Estado vai perdendo o monopólio do uso da força e frequentemente em parte de seu território já não é quem impõe a lei. São os bandos de criminosos, o narcotráfico, as gangues juvenis ou “maras”, que desafiam a autoridade do Estado e impõem a lei do mais forte em detrimento do Estado de Direito. (...) A pobreza e a exclusão acrescentam uma dimensão e complexidade maior ao fenômeno, sendo os jovens das áreas urbanas pobres e marginalizadas o setor da população com maior propensão a serem as vítimas, e também os autores, das atividades criminosas²².

Na verdade, pouco se conhece dos esforços governamentais mais sérios na área da segurança que não sejam os habituais reforços de

22 Prólogo do Escritório Regional para a América do Sul do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) ao documento “Produção e gestão de informação e conhecimento no campo da segurança cidadã: os casos da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai”, Nações Unidas e IPPDH/ MERCOSUL, 2012.

policciamento, sempre insuficiente, ou o recurso às forças armadas para manutenção da ordem²³. Ainda que sejam conhecidos os trabalhos de instituições, autoridades e ONGs com políticas públicas para melhorar a situação de crianças e idosos, para atender às necessidades de pessoas com deficiências, à promoção social de comunidades carentes, o público acossado em seu cotidiano não nota que essas são atividades desenvolvidas para o conjunto da cidadania com base nos direitos humanos. Por outro lado, eu próprio vejo, na imprensa, no CERD e em foros correlatos, que a tendência predominante do sistema internacional de direitos humanos na fase contemporânea é de privilegiar minorias em detrimento das atenções para o conjunto. Pouca atenção é dada aos direitos das camadas gigantescas de pobres sem etnia ou outro elemento diferencial que as destaque. Para o neoliberalismo econômico e o “liberalismo” político e cultural hegemônico, os simplesmente pobres são marginalizados porque fora do mercado, responsabilizados pela própria pobreza num círculo vicioso que só pode levar ao crime.

10. QUE FAZER?

Diante desse quadro desalentador, a pergunta necessária seria: o que fazer para melhorar essa situação negativa em que se atolou o sistema? A resposta, evidentemente, não é fácil. O primeiro passo, contudo, sempre consistirá na conscientização dos defeitos, com vontade de superá-los. Os problemas internos poderiam ser corrigidos com determinação volitiva dos atores. Os direitos humanos, contudo, não podem existir isolados.

Apesar de sua asserção como tema global nos anos 1990, hoje praticamente esquecida, a concretização dos direitos humanos se apresenta tão distante da realidade do Século XXI que quase se justificaria indagar se não era melhor para eles a situação da Guerra Fria. Se não seria melhor deixar de lado o discurso altaneiro da virada do milênio para começar a redefinir os direitos fundamentais de todos. Eles, afinal, são construções históricas. Se não o fossem, não haveria explicação para a situação variável do direito fundamental à propriedade, incluído na lista de 1948, expurgado, depois, dos dois Pactos de 1966, e reafirmado em resoluções quando o Comitê dos Direitos Humanos, do Pacto de Direitos Cíveis e Políticos, explicitou que a propriedade pode ser também comunal e coletiva. Talvez deixando um pouco de lado o discurso

23 Conquanto posterior ao momento de elaboração deste artigo e anterior a minha presente gestão, não posso omitir aqui um esforço de divulgação, limitado mas importante, realizado pelo Instituto de Políticas Públicas de Direitos Humanos do MERCOSUL com apoio do Escritório Regional para a América do Sul do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, do PNUD e da Secretaria de Direitos Humanos do Brasil, ao elaborar e publicar a pesquisa *Avances en la prevención y sanción de la tortura em los países del MERCOSUR* (Buenos Aires, IPPDH, 2016).

maximalista sobre minorias, cujas necessidades especiais devem ser respeitadas, mas não criam direitos universalizáveis para todos, daí se pudesse reconstruir o sistema com elementos adequados.

Quaisquer que venham a ser a forma e o conteúdo de tais direitos de todos os seres humanos, possivelmente repescados da Declaração de 1948 para retirada de escamas e modificações na receita de aplicação, eles precisarão estar coordenados com a economia. Pela via menos desejada, mudanças estão ocorrendo. A economia hoje já deixou de ser neoliberal para assumir as características antissociais e antihumanas da tecnologia eletrônica avançada, planejadas para a criação de sistemas que dispensam mediadores e gastos com mão de obra. O Estado, por sua vez, voltou a ser necessário. Não para promover a justiça e a segurança de todos. Para proteger o poder dos poderosos, o aumento contínuo de riqueza concentrada, o consumo suntuário do 1 % de superricos, modelo ideal dos 10 % ainda relativamente abastados. Desempregados sem futuro e miseráveis sem saída não contam.

Sei que o que a criação de um novo sistema previsível nas circunstâncias atuais é onírica. Nosso mundo carece de vontade e de tempo, crescentemente destroçado pela mudança climática, pelas guerras, pelos fundamentalismos, pelos retrocessos e erros que se acentuam nos sistemas e subsistemas existentes.

Enquanto nada de concreto é tentado, nem sequer na esfera do discurso, minha ambição é modesta. Quando me perguntaram há pouco por que continuo membro de um órgão de tratado, minha resposta foi franca. Porque fui eleito, reeleito três vezes e ainda não terminei meu mandato. Porque o CERD teve papel importante na conscientização, hoje quase universal, de que a discriminação racial ou étnica é fenômeno planetário: não há sociedade imune, mas ele pode ser controlado. Porque os trabalhos do comitê foram úteis no combate às formas mais absurdas de discriminação racista. Porque, ciente dos defeitos, tenho a impressão, possivelmente ilusória, de que, estando presente, consigo, senão melhoras no sistema, algum “controle de danos” em recomendações aos Estados.

A par desses fatos pessoais e circunstanciais, continuo falando de direitos universais porque entendo que eles ainda são uma boa utopia diretiva. Continuo defendendo o conceito anacrônico dos direitos humanos de todos, porque, sem um mínimo de esperança, a situação mundial amedronta.

RESUMO BIOGRÁFICO

José Augusto Lindgren Alves é Secretário Executivo do Instituto de Políticas Públicas de Direitos Humanos do MERCOSUL, Buenos Aires. Membro do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial (CERD/ONU), Genebra. Ex-Embaixador do Brasil em Sófia, Bulgária;

Budapeste, Hungria e Sarajevo, Bósnia e Herzegovina. Ex-Cônsul Geral em São Francisco e Barcelona, primeiro Diretor Geral do Departamento de Direitos Humanos e Temas Sociais do Ministério das Relações Exteriores, Brasília. Autor dos livros *Os Direitos Humanos como Tema Global* e *Os Direitos Humanos na Pós-Modernidade*.

DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO PENAL EN EL CIBERESPACIO

DIREITOS HUMANOS E DIREITO PENAL NO CIBERESPAÇO

*Pierre Gilles Bélanger**

Resumen: *En la medida en que el tráfico de estupefacientes, el fraude, el blanqueo de dinero y toda una gama de otros delitos trascienden las fronteras nacionales, los responsables de luchar contra esta delincuencia deben encontrar medios eficaces para obtener las pruebas necesarias que, naturalmente, se encontrarán a menudo más allá de sus propias fronteras. Hace ya casi quince años se implementó un instrumento que facilita ese acceso. El Convenio sobre la Ciberdelincuencia, conocido también como Convenio de Budapest sobre la Ciberdelincuencia o Convenio de Budapest, es el primer tratado internacional que intenta abordar los delitos informáticos y los delitos en Internet, incluida la pornografía infantil, armonizando ciertas leyes nacionales, mejorando las técnicas de investigación y aumentando la cooperación entre las naciones y la adecuada protección de los derechos humanos y las libertades en cumplimiento del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. La realidad de 2017 es que la presencia de nuevos elementos, especialmente relativos a la recopilación de datos más personales en el ciberespacio, plantea nuevos desafíos y requiere nuevas ideas. El Convenio permite esta ampliación mediante reflexiones, directrices nuevas y protocolos. Está abierto a todos y es el único instrumento de este tipo. No está completo, sino que deja lugar a la adopción de protocolos futuros y, sobre todo, permite a los grupos de trabajo, entre los regionales que trabajan en el campo de la ciberdelincuencia o la asistencia judicial recíproca, desarrollar nuevas maneras de fortalecer la lucha contra la delincuencia, respetando al mismo tiempo los derechos humanos.*

Resumo: *Na medida em que o tráfico de entorpecentes, fraude, lavagem de dinheiro e uma série de outros crimes transcendem ás fronteiras nacionais, os responsáveis pela luta contra esta delinquência devem encontrar meios eficazes para obter provas necessárias que naturalmente, encontraram-*

* Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Ottawa, Canadá.
Las opiniones en este documento reflejan solamente las del autor.
E-mail: Pierre-Gilles.Belanger@justice.gc.ca
Recibido: 21/09/2017. Aceptado: 10/10/2017.

se frequentemente além de suas fronteiras. Há quase quinze anos, foi implementado um instrumento que facilita esse acesso. A Convenção sobre Cibercrime, também conhecida como Convenção de Budapeste sobre Cibercrime ou Convenção de Budapeste, é o primeiro tratado internacional que intenta abordar os crimes informáticos e os crimes em internet, incluindo a pornografia infantil, harmonizando certas leis nacionais, melhorando as técnicas de investigação e acrescentando a cooperação entre as nações e a adequada proteção adequada dos direitos humanos e as liberdades em conformidade com a Convenção Europeia para a Proteção de os Direitos Humanos e ás Liberdades Fundamentais. A realidade de 2017 é a presença de novos elementos, especialmente em relação a coleta de dados mais pessoais no ciberespaço, apresenta novos desafios e requer novas ideias. A Convenção permite essa ampliação através de reflexões, novas diretrizes e protocolos. É aberto a todos e é o único instrumento deste tipo. Não está completo, mas deixa espaço para a adoção de futuros protocolos e, acima de tudo, permite que os grupos de trabalho, entre os regionais que trabalham no âmbito do cibercrime ou assistência judicial recíproca, desenvolvendo novas formas de fortalecer a luta contra crime, respeitando ao mesmo tempo os direitos humanos.

Palabras clave: Convención de Budapest, Cybercriminalidad, Cooperación Jurídica Mutua

Palavras-chave: Convenção de Budapeste, Cibercriminalidade, Cooperação Jurídica Mútua

1. INTRODUCCIÓN

“Los grupos delictivos no han perdido tiempo en abrazar la economía globalizada de hoy y la tecnología sofisticada que la acompaña. Pero nuestros esfuerzos para combatirlos han permanecido hasta ahora muy fragmentados y nuestras armas casi obsoletas. La Convención nos da una nueva herramienta para enfrentarnos al flagelo de la delincuencia como un problema mundial. Con la intensificación de la cooperación internacional, podemos tener un impacto real sobre la capacidad de los delincuentes internacionales para funcionar exitosamente y ello puede ayudar a los ciudadanos de todo el mundo en lo que a menudo es su amarga lucha por la seguridad y la dignidad en sus hogares y en sus comunidades”¹.

El profesor de literatura inglesa y teórico de la comunicación

¹ Kofi Annan, Exsecretario General de las Naciones Unidas. Prefacio a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Nueva York: Naciones Unidas, 2004.

canadiense Marshall McLuhan acertó cuando estableció una relación entre el progreso tecnológico y la facilidad extrema con la que pronto podrá recorrerse el globo. Desde luego, la Tierra es la aldea global que previó. Los que trabajamos o hemos trabajado en el ámbito internacional conocemos muy bien que la interconexión sin límites y mundial ha tenido un impacto radical en la asistencia judicial.

El auge tecnológico, el crecimiento de las organizaciones delictivas transnacionales y las respuestas que esto exige a la comunidad internacional crean una situación sin precedentes y plantean continuamente nuevos retos a las instituciones encargadas de luchar contra el crimen que, a su vez, utiliza esta tecnología.

Las investigaciones, los procesos penales, la represión del crimen para proteger a los ciudadanos y el mantenimiento de la paz y del orden público constituyen un objetivo importante en cualquier sociedad organizada. No sería realista que los esfuerzos por alcanzar este objetivo se limitaran a las fronteras nacionales. Así es desde hace mucho tiempo pero es algo cada vez más obvio y urgente en la actualidad y ello plantea nuevos retos².

La asistencia judicial, uno de los mecanismos esencial para combatir la criminalidad, se ha podido desarrollar gracias a la colaboración de los Estados, principalmente en el ámbito de la obtención de pruebas.

En este sentido, se presentan dos desafíos inmensos: la confianza entre los Estados y las herramientas apropiadas en el contexto de la modernidad mencionada.

En la medida en que el narcotráfico, los fraudes, el lavado de dinero y toda una gama de delitos no respetan las fronteras nacionales, los responsables de combatir estos delitos deben encontrar medios eficaces de recoger las pruebas necesarias que, naturalmente, se encontrarán a menudo más allá de sus propias fronteras.

Mi reflexión no tratará sobre la confianza entre los Estados. Como cada cual sabe, se trata de un elemento fundamental que, indudablemente, se forja mediante leyes y buenas prácticas, pero también con muestras de confianza y, a menudo, mediante lazos de amistad. Esto es algo que, muy frecuentemente, se tiende a olvidar o a omitir en el campo de la "asistencia" y que, indudablemente, crea un malestar cuando los funcionarios responsables se marchan con motivo de un cambio de gobierno. Por ello, hay un trabajo enorme por hacer para lograr una estabilidad de la función pública que permita continuar fortaleciendo la asistencia mutua en materia penal y civil. Sin embargo, hablaré más bien de la delicada cuestión de la asistencia en materia penal en el ámbito de un problema más técnico y reciente que requiere reflexiones desde una

² La Corte Suprema de Canadá había identificado bien esta cuestión en los primeros momentos de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades. Véase principalmente *États-Unis d'Amérique c. Cotroni R.C.S.* (1989) 48 C.C.C. (3d), p. 193 a 215.

óptica más moderna y que yo calificaría de doblemente internacional: el de la ciberdelincuencia en el contexto de la asistencia judicial.

2. COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA PENAL EN EL CONTEXTO DE LA CIBERDELINCUENCIA

La cooperación internacional se encuentra en constante progreso, lo cual es en sí mismo una fuente de nuevos retos, tanto para las autoridades que van a recurrir a la cooperación para recopilar pruebas, como para aquéllas a las que corresponde aplicar e interpretar los instrumentos y las disposiciones establecidas por los mecanismos de asistencia.

Mi intención no es sino resaltar los principales desafíos que plantea la ciberdelincuencia, particularmente en el ámbito de la cooperación judicial.

3. CIBERDELINCUENCIA

La ciberdelincuencia es una “industria” multimillonaria cuyas principales víctimas son individuos, instituciones financieras, titulares de propiedad intelectual, gobiernos y muchas otras infraestructuras de carácter estratégico.

Desde mediados de 1990 hasta el 2005 hubo pocas actividades en el ámbito de la ciberdelincuencia. La cuestión fue planteada en los Congresos sobre el Delito de 1990 (La Habana), 2000 (Viena) y 2005 (Bangkok), y como seguimiento al debate de 1990 de la ONU. Un Manual sobre Ciberdelincuencia, producido principalmente con recursos y experiencia canadienses, fue presentado a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, y publicado en 1994.

Un estudio de la ciberdelincuencia por la Secretaría de dicha Comisión fue solicitado por la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal y el Consejo Económico y Social (ECOSOC) en 1998-1999 y considerado por la Comisión en 2001 y 2002. Fuera de la ONU, las discusiones en la OCDE (1984-86) y el G-7 produjeron el proceso del Consejo de Europa (1997-2000) que eventualmente condujo a la Convención de Budapest en noviembre de 2000. Como resultado, se hizo un llamado expreso a la necesidad de un instrumento internacional.

4. PEQUEÑA HISTORIA DE LA CONVENCIÓN DE BUDAPEST

Es cierto que la Convención de Budapest tiene su origen en el deseo de unir más estrechamente a los miembros del Consejo de Europa pero reconociendo al mismo tiempo el interés por intensificar la cooperación con los otros Estados partes de la Convención. Los

miembros del Consejo estaban convencidos de la necesidad de manera prioritaria una política penal común destinada a proteger a la sociedad del crimen en el ciberespacio, principalmente mediante la adopción de una legislación apropiada y el fortalecimiento de la cooperación internacional. Conscientes de los profundos cambios generados por la digitalización, la convergencia y la globalización de las redes informáticas; preocupados por el riesgo de que las redes informáticas y la información electrónica se utilicen también para cometer delitos penales y de que las pruebas de estos delitos se guarden y transmitan en dichas redes; reconociendo la necesidad de cooperación entre los Estados y la industria privada en la lucha contra la ciberdelincuencia y la necesidad de proteger los intereses legítimos relacionados con el desarrollo de las tecnologías de la información; y considerando que la lucha contra la ciberdelincuencia bien llevada exige una cooperación internacional en materia penal mayor, rápida y eficaz, países de la Unión Europea acordaran de la necesidad de un convenio para prevenir los actos contrarios a la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los sistemas informáticos de las redes y de garantizar la penalización de tales conductas mediante la adopción de poderes suficientes para luchar eficazmente contra estos dichos actos ilícitos penales, facilitando la detección, la investigación y el enjuiciamiento, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, y previendo disposiciones materiales para una cooperación internacional rápida y fiable.

Éste es el resumen de las razones que mueven a estos países.

La Convención se convirtió, por lo tanto, en el primer tratado internacional sobre los delitos cometidos a través de Internet y de otras sistemas informáticos lidiando particularmente con las infracciones de los derechos de autor, fraude informático, la pornografía infantil, los crímenes de odio, y las violaciones de la seguridad de la red.³ También contiene una serie de poderes y procedimientos tales como la búsqueda en las redes informáticas y la interceptación legal.

Su principal objetivo, enunciado en el preámbulo, es poner en práctica una política penal común encaminada a la protección de la sociedad contra la ciberdelincuencia, especialmente mediante la adopción de una legislación apropiada y el fomento de la cooperación internacional.

Los objetivos de esta Convención consisten principalmente en armonizar los elementos jurídicos sustantivos sobre la delincuencia nacional y las disposiciones conectadas en materia de delito cibernético; en proporcionar poderes jurídicos de procedimientos penales nacionales necesarios para la investigación y enjuiciamiento de tales delitos, así como de otros delitos cometidos por medio de un sistema informático o de evidencia que esté en formato electrónico; y establecer un régimen rápido y eficaz de cooperación internacional.

Los siguientes delitos formen parte del ámbito por la Convención:

el acceso ilegal, la interceptación ilegal de datos, interferencias de datos, interferencia de sistemas, el uso indebido de dispositivos informáticos, falsificación mediante sistemas informáticos, fraude informático, los delitos relacionados con la pornografía infantil, y los delitos relacionados con los derechos de autor y derechos conexos.

También se establecen cuestiones de derecho procesal como la preservación acelerada de los datos almacenados, preservación acelerada y divulgación parcial de datos de tráfico, ordenes de producción, búsqueda y captura de datos informáticos, recolección en tiempo real de datos de tráfico, y la interceptación de datos de contenido. Además, la Convención contiene una disposición sobre un tipo específico de acceso transfronterizo a datos informáticos almacenados que no requiere asistencia mutua (con consentimiento mutuo o cuando esté públicamente disponible) y prevé la creación de una red de 24/7 para garantizar la rápida asistencia entre las Partes Signatarias. Además, como condiciones y garantías, la Convención requiere la provisión de una protección adecuada de los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluidos los derechos que se deriven de conformidad con las obligaciones bajo el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables, y deberá incorporar el principio de proporcionalidad.

Artículo 15: Condiciones y garantías

1. Cada Parte velará por que el establecimiento, implementación y aplicación de las facultades y procedimientos establecidos en esta Sección estén sujetos a las condiciones y garantías establecidas en virtud del derecho nacional, el cual deberá proporcionar la protección adecuada de los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluidos los derechos que se deriven de conformidad con las obligaciones que ha asumido en virtud del Convenio del Consejo de Europa de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el Convenio Internacional de las Naciones Unidas de 1966 sobre Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables, y los cuales incorporarán el principio de proporcionalidad.

La Convención es el producto de cuatro años de trabajo por parte de expertos internacionales y europeos. Ha sido complementada por un Protocolo Adicional que hace de típica la publicación de propaganda racista y xenófoba a través de redes informáticas, similar a lo establecido por las leyes de Difamación Penal. Actualmente, el terrorismo cibernético también se estudia en el marco de la Convención.

5. SU RAZÓN DE SER

La asistencia técnica en materia de ciberdelincuencia ha sido siempre un problema, pero al concluir el proceso europeo, los Estados Miembros no europeos comenzaron a plantear propuestas para lograr un instrumento jurídico universal sobre ciberdelincuencia bajo los auspicios de la ONU. Esto se planteó en el período de sesiones de 2002 de la Comisión, fue el principal tema de debate en el Congreso de Bangkok de 2005, y se volvió a plantear en el proceso preparatorio para el Congreso de 2010 (en El Salvador).

6. NECESIDAD DE TENER UNA “CONVENCIÓN DE BUDAPEST”

Habría que admitir que algunos países hubieran preferido tener tratados regionales cuando se trata del intercambio de información sobre ciberdelincuencia. Desde que entró en vigor, países importantes como Brasil e India se han negado a adoptar la Convención sobre la base de que no participaron en su elaboración³. En general, el trabajo ha contado con la participación de dos grupos opuestos de Estados Miembros, sin que la mayoría de los expertos hayan tomado posición en un sentido o en el otro⁴. Los países del grupo BRIC y afines argumentan que por motivos técnicos y políticos la Convención de Budapest no es una respuesta suficiente al problema y buscan un mandato para la elaboración de un instrumento jurídico universal bajo el auspicio de las Naciones Unidas⁵.

Otros estados como Canadá entre los países no europeos piensan que ésta es la única oportunidad de tener una Convención, alegando que cualquier proceso dirigido a obtener un instrumento jurídico universal podría llegar a un estancamiento permanente o de largo plazo, o resultar en un instrumento muy débil, y apoyan por ello la prestación de asistencia técnica y la promoción de canales informales de cooperación como una respuesta más viable.

7. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA CONVENCIÓN

Hace más de 15 años la Convención de Budapest sobre Ciberdelincuencia surgió para tratar de hacer frente a la ciberdelincuencia mediante la armonización de las legislaciones nacionales, la mejor de las técnicas de investigación, y el aumento de la cooperación entre las

³ Vease <<https://www.cfr.org/blog/coming-soon-another-country-ratify-budapest-convention>>

⁴ Rusia se opone a la Convención, señalando que la aprobación violaría la soberanía rusa, y normalmente se ha negado a cooperar en las investigaciones policiales relacionadas con la ciberdelincuencia.

⁵ Lista de países que han adoptado la Convención: <<http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185/signatures>>

naciones. La Convención fue elaborada a finales del decenio de 1990 bajo el auspicio del Consejo de Europa, con la participación activa de un número de estados no pertenecientes al Consejo de Europa, entre ellos Canadá.

La Convención fue adoptada en el año 2001 y entró en vigor en el año 2004. A partir de agosto de 2017, más de 55 estados en la actualidad se han adherido a la Convención, y aunque otros estados han firmado la convención, no la han ratificado todavía.

Naturalmente, se ha desarrollado como la convención internacional para combatir la ciberdelincuencia y promover la Asistencia Jurídica Mutua.

La Convención de Budapest se utiliza como referencia para la redacción de legislación en alrededor 65 Estados adicionales, lo cual la convierte en el instrumento de referencia en más de 130 países alrededor del mundo.

8. DERECHOS HUMANOS EN CANADÁ

Dado el carácter central de las telecomunicaciones en la vida contemporánea, no es extraño que el acceso a la información de suscriptores de Proveedores de servicios de telecomunicaciones (PST) tenga un papel importante en las investigaciones criminales, tanto en Canadá como en el extranjero. La cuestión de acceso a dicha información en Canadá ha sido debatida en una extensa jurisprudencia, incluida la decisión clave de la Corte Suprema de Canadá en esta materia, *R. c. Spencer*, [2014] 2 S.R.C 212⁶. Esta decisión establece que las solicitudes de información relativa a los suscriptores de PSTs (abonados) por parte de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, pueden implicar una expectativa razonable de privacidad en virtud del artículo 8 de la Carta canadiense de derechos humanos. Este es un grado de expectativa de privacidad que normalmente requiere que las agencias policiales obtengan autorización judicial para adquirir la información de conformidad con las normas constitucionales canadienses. El problema radica en el tiempo que pueda tomar la ostensión de la autorización judicial. La mayoría de nuestros países enfrenta los mismos problemas en materia de derechos humanos que surgen a dentro de las acciones de cooperación internacional en un mundo en el que la información requerida no solamente extremadamente sensible sino también volátil. Asimismo la decisión en el caso *Spencer* en Canadá, resalta las expectativas de privacidad que puedan surgir no sólo de la información propia del suscriptor, sino también de aquella que pueda revelarse a través de la vinculación de esta información con

⁶ El artículo 8 de la Carta canadiense de derecho humano dispone lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a estar protegida de una búsqueda del estado no razonable” y ha sido interpretado por el Tribunal Supremo de Canadá como una protección a la interferencia estatal irrazonable con la expectativa razonable de privacidad de un individuo.

otra información. Estas son los retos que presenta el almacenamiento e intercambio de información en la “nube”. ¿Cómo podemos garantizar los derechos humanos incluyendo el derecho a la privacidad, y al mismo tiempo combatir de manera efectiva la cibercriminalidad en esta nueva realidad cibernética donde la información viaja a la velocidad de la luz? Obviamente, estas situaciones nos llaman a nuevas realidades.

9. LA NUEVA REALIDAD

La Convención sigue siendo oportuna y pertinente en la actualidad, reflejando sus objetivos generales y su dinámica de crecimiento. Dicho esto, resultaba imposible que sus negociadores, hace 20 años, pudieran prever el aumento exponencial del uso de los dispositivos electrónicos, de sus usuarios, así como de las correspondientes pruebas digitales que se recabarían en las investigaciones penales como resultado de esta tendencia.

En el mundo actual de la omnipresente comunicación móvil, los teléfonos celulares y las tabletas nos acompañan a todos lados; las computadoras se localizan tanto en los hogares como en nuestros vehículos. Estos dispositivos electrónicos son, de igual forma, una parte indispensable en la vida cotidiana de quienes llevan a cabo actividades delictivas.

Por lo tanto, el volumen de la prueba digital continua creciendo tanto en los casos de delitos cibernéticos como en aquéllos más “tradicionales”, ya que los delincuentes se apoyan en el uso de aparatos electrónicos a la hora de planificar y llevar a cabo secuestros, tráfico de drogas, ataques terroristas, etc. Los investigadores y los fiscales requieren un constante acceso a la prueba digital para investigar estos delitos y proteger al público. Sin embargo, algunos de estos datos son almacenados en el extranjero o en “la nube” por proveedores multinacionales de servicios, lo cual complica considerablemente la recopilación de la prueba digital.

La Convención de Budapest ya contiene mecanismos para, entre otras cosas, preservar información digital almacenada en el extranjero y brindar acceso a dicha información a través de Tratados de Asistencia Jurídica Mutua (MLAT, por sus siglas en inglés).

Sin embargo, este sistema es oneroso y se ve cada vez más abrumado por el volumen de solicitudes de asistencia (el promedio del tiempo de respuesta a estas solicitudes varía entre 6 y 24 meses).

10. NUEVAS NECESIDADES EN ASISTENCIA JURÍDICA MUTUA

Las exigencias de la realidad actual, crean la necesidad de cooperar con los encargados de hacer cumplir la ley, en la obtención de evidencia en servidores situados en “jurisdicciones extranjeras, múltiples o desconocidas”. Se debe ahondar más, sobre las soluciones para acceder a dicha evidencia -

existente en la nube - relativa a los fines de la justicia penal.

La convención permite nuevos protocolos y, en uno de ellos, se puede encontrar herramientas que permiten una asistencia jurídica mutua más eficaz; a fin de facilitar la cooperación directa con los proveedores de servicios para enmarcar y establecer condiciones y garantías; concernientes a las prácticas existentes de acceso Transfronterizo a los datos y establecer los requisitos de protección de los mismos.

A la luz de la proliferación de la ciberdelincuencia y otros delitos relacionados con evidencia electrónica, y en el contexto del cambio tecnológico y la incertidumbre respecto a la jurisdicción, son necesarias soluciones adicionales que permitan a las autoridades de la justicia penal obtener “evidencia electrónica específica en materia de investigaciones penales concretas” en un marco respetuoso de derechos humanos.

Todos estarán de acuerdo en que se necesita un régimen simplificado, para las solicitudes de asistencia jurídica mutua para obtener información sobre el suscriptor. Se debe pensar entonces en - quizás - aceptar órdenes internacionales de presentación de información; se debería pues tener cooperación directa entre las autoridades judiciales en las solicitudes de asistencia jurídica mutua; realizar investigaciones conjuntas y formar equipos internacionales de investigación. Para facilitar la comunicación se podrían limitar, a dos o tres, los idiomas más hablados para recibir solicitudes; y poder realizar audiencias mediante audio y vídeo de testigos, víctimas y expertos; y un nivel de procedimientos de emergencia para la Asistencia Jurídica Mutua, etc.

Tener disposiciones que permitan la cooperación directa con los proveedores de servicios en otras jurisdicciones con respecto a las solicitudes de información del suscriptor, sería lo más conveniente, para la preservación de la información y la gestión de las solicitudes de emergencia. La ausencia de un marco más claro y una mayor protección de las prácticas existentes de acceso transfronterizo a los datos, incluyendo las salvaguardias y los requisitos de protección de datos, dificulta los procesos.

Si bien no es necesario estar de acuerdo con todas esas posibles adiciones o elementos, es evidente que los Grupos de Trabajo y las autoridades centrales de todo el mundo deben pensar acerca de esta nueva realidad que pide mejorar las prácticas actuales en el contexto de la ciberdelincuencia.

Este es el motivo por el cual, como un elemento mínimo, la Convención deberá ser ratificada por los países y se debe seguir trabajando sobre ello en un proceso de negociación en la mesa internacional tal como la Convención de Budapest lo permite para todos los países.

La Convención de Budapest es la única herramienta eficaz para la

cooperación y el cumplimiento de la ley en materia de ciberdelincuencia, así como es su garantía para la libertad de expresión y los derechos humanos, y que también permite nuevas formas y protocolos adicionales que - eventualmente - podrían ser la razón de ser del grupo de trabajo regional, como el de la OEA.

CONCLUSIÓN

La Convención de Budapest es el único intento ampliamente reconocido para tratar cuestiones de ciberdelincuencia y contiene la tipología más aceptada para la ciberdelincuencia. En marzo de 2015, Canadá aprobó una legislación llamada “la Ley sobre la Protección de los Canadienses contra la Ciberdelincuencia” y entró en vigor, lo cual incluyó cambios legislativos que permitieron a Canadá ratificar la Convención, el 8 de julio de 2015.

Por lo tanto, el país se ha comprometido a aumentar el número de partes en la Convención de Budapest, en lugar de embarcarse en el incierto proceso de negociar por separado cualquier nuevo instrumento. Es como un efecto dominó. Una vez que un país se une al grupo, sabe que una cooperación mutua es necesaria, beneficiosa y esencial. En cierto modo somos afortunados de que más y más países crean en la Convención, ya que es la única manera de tener una adecuada cooperación - Volvemos a hablar de confianza y yo prometí al comienzo que no hablaría de ello.

Habrán muchos nuevos problemas emergentes en materia de cooperación internacional, obre la ciberdelincuencia y cómo se trata (o puede ser tratada) mediante la aplicación del citado instrumento internacional. Los datos albergados en las nubes, plantean una serie de desafíos a la justicia penal, en particular con respecto a la legislación aplicable y la jurisdicción para hacer cumplir la ley. Dadas las múltiples configuraciones para el lugar dónde están situados los proveedores de servicios, dónde se almacenan los datos, etc., es cada vez más difícil para las autoridades determinar qué régimen jurídico se aplica a los datos.

Los grupos de trabajo deben seguir explorando soluciones sobre el acceso de la justicia penal a la evidencia almacenada en servidores en la nube y en jurisdicciones extranjeras, incluso mediante la asistencia jurídica mutua. Llevando a cabo las buenas prácticas y la Nota de Guía para tratar la cuestión de las órdenes de presentación nacionales, para la obtención de la información del suscriptor en virtud del Artículo 18⁷ de

7 Artículo 18 - Orden de Presentación

1. Cada Parte deberá adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para facultar a sus autoridades competentes a ordenar:

a) a una persona en su territorio que presente datos computacionales específicos que estén en posesión o bajo control de esa persona, que estén almacenados en un sistema computacional o un medio de almacenamiento de datos de computadora; y

la Convención de Budapest, es un buen ejemplo. Aunque las Notas de Guía no crean nuevas obligaciones jurídicas, se puede esperar que sean fuentes influyentes de interpretación de las disposiciones del tratado.

Obviamente, esto plantea algunos problemas potenciales. Por ejemplo, el artículo 18.1.b de la Convención debe entenderse en el sentido de que, las autoridades competentes de una Parte deben ser capaces de solicitar información del suscriptor de parte de un proveedor de servicios, que ofrezca un servicio en su territorio, independientemente de dónde se almacena la información. Esto plantea preguntas tales como: si ello pretende o no extender la jurisdicción para órdenes de presentación “nacionales” más allá de los parámetros aceptados de territorio y nacionalidad, en la medida en que pudieran considerarse “extraterritoriales”.

Hay una serie de temas más amplios que deben considerarse. Nota al artículo 18.1.b, incluyendo su impacto en cuestiones de soberanía, en los esfuerzos para ampliar la cobertura de la Convención y en el debate en curso sobre si un nuevo tratado mundial, sobre la ciberdelincuencia, es necesario. Por otro lado, queda claro que alguna solución tendrá que encontrarse para facilitar las investigaciones de delitos cibernéticos. La cuestión del acceso transfronterizo a la información del suscriptor, ya está siendo probada en los tribunales y en la realidad, ya que la práctica de emitir las órdenes de presentación de información sobre el suscriptor directamente a los proveedores de servicios ubicados en otras jurisdicciones, parece estar sucediendo ya (con las respuestas de los proveedores de servicios ofrecidas sobre una base voluntaria).

Otro punto de preocupación es que, aunque algunos países, como Rusia y China están buscando activamente un mayor control sobre el contenido y el uso de Internet, está claro, desde nuestro punto de vista, que es demasiado tarde para volver hacia atrás hacia un sólo instrumento regional o un instrumento más amplio. Ya fuimos muy lejos y un protocolo adicional, para resolver algunos ajustes es el único camino que debemos seguir. Pero seamos justos, y digamos que este debate está manifestándose en un número creciente en varios foros internacionales - con la ciberdelincuencia siendo uno de los aspectos del debate más amplio sobre la gobernanza de Internet. Hay presión proveniente de ciertos países para crear un nuevo tratado de la ONU sobre la ciberdelincuencia. Si esto será posible algún día no lo sabemos, pero no perdamos de vista la importante herramienta que tenemos ahora y tratemos de mantener las discusiones centradas en los resultados más prácticos y alcanzables, en la materia. La realidad es que esperar por un tratado de la ONU, con el fin de fortalecer las asociaciones

b) a un proveedor de servicios que ofrece sus servicios en el territorio de la Parte que presente la información del suscriptor relativa a dichos servicios que esté en posesión o control del proveedor de servicio.

para la asistencia técnica y la creación de capacidad para combatir la ciberdelincuencia con Estados Miembros o las organizaciones pertinentes, el sector privado y la sociedad civil; o esperarlo antes de proveer la asistencia técnica, podría ser contraproducente para la lucha contra la ciberdelincuencia. Existe la necesidad de centrar la atención para completar Estudios Integrales sobre este tipo específico de delincuencia, en el interior de lo que tenemos ahora y responder a las urgentes necesidades de la nueva tecnología.

Al final, es cierto que necesitamos este pedazo de legislación internacional más que para ayudar, para darnos parámetros de trabajo entre nosotros. Como decía uno de mis antiguos colegas de Paraguay, “una aplicación eficaz no se limita a la legislación y a la administración”. La cosa va mucho más lejos. Un país puede disponer de un excelente programa legislativo y convencional de asistencia y procedimientos administrativos bien establecidos y, a pesar de ello, verse en la imposibilidad de ofrecer una ayuda eficaz porque el mejor sistema no vale, lo que valen las personas que lo utilizan en la práctica. A menudo, el éxito de la asistencia depende casi totalmente del conocimiento y, lo que es aún más importante, de la flexibilidad de las autoridades que solicitan y, sobre todo, que prestan la ayuda.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Pierre Gilles Bélanger es Abogado canadiense. Hoy está realizando un doctorado en derecho que examina el tema de la reforma penal que está teniendo lugar en toda América Latina y el análisis para proponer una nueva forma sostenible de desarrollo legal. Bélanger desde 2012 ha sido responsable de un proyecto de investigación sobre América Latina y los derechos humanos en el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Ottawa. Él fue de 2000 a 2007 coordinador de un nuevo grupo de trabajo ante la OEA en cooperación jurídica en materia penal. En 2010 y 2014, impartió clases en la facultad de relaciones internacionales y derecho en México como profesor visitante en el Tecnológico de Monterrey. Obtuvo en 2011 la certificación del Tecnológico de Monterrey sobre la reforma penal en México. Desde 2012, ha establecido un programa de pregrado entre la Universidad de Ottawa y varias universidades de América Latina, titulado “El orden jurídico y político en América Latina y sus relaciones con Canadá”. Actualmente está coordinando para la Facultad de Derecho Común un proyecto de capacitación en derechos humanos para jueces en México y consejo jurídico al Ministerio de la Justicia de Canadá.

NORMA EDITORIAL

PRESENTACIÓN

Cómo surgió la revista

La Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión es un espacio creado por la Secretaría del TPR para la publicación de artículos académicos que traten temas generales del derecho como regionalismo, integración, organizaciones internacionales y en especial el derecho del MERCOSUR.

Los idiomas de la revista son los idiomas oficiales del MERCOSUR: español y portugués. La frecuencia de la publicación es semestral.

Temas y alcance

Aunque el proyecto tenga como finalidad central la difusión del derecho del MERCOSUR, la publicación no se restringe al derecho de la organización regional. Pueden integrar el proyecto producciones académicas que traten el marco jurídico mercosureño, como el derecho internacional general, el derecho internacional económico y el derecho de la integración.

Sistema de revisión

Los trabajos presentados son analizados por un consejo técnico bajo la modalidad double blind review, es decir, de forma anónima. Los miembros del consejo técnico son profesores, estudiosos e investigadores de derecho con notable trayectoria académica y poseen plena libertad para criticar, revisar, aprobar y reprobar los artículos presentados. Su identificación es reservada y se considera la revisión emitida como si fuera de la revista.

Los artículos son inéditos, de rigor científico y no representan en ninguna hipótesis la opinión del TPR en cuanto a los temas abordados. Los artículos son sometidos a un programa de detección de plagio. Si el programa detecta citas bibliográficas que no son referenciadas correctamente, el trabajo no es publicado.

En lo que se refiere a la forma, los artículos deben atender a criterios y requisitos establecidos en esta norma editorial. Tales criterios de formato constituyen, conjuntamente con el análisis de contenido, condición esencial para su publicación, por lo que serán sometidos a consideración del Equipo Editorial.

Gratuidad de la publicación

La revista no tiene fines lucrativos.

El envío y la publicación de los artículos no están sujetos a ningún costo.

El contenido publicado está totalmente disponible online de forma gratuita.

Criterios generales para la aceptación de manuscritos

Los artículos serán inéditos, de rigor científico y no representan en ninguna hipótesis la opinión del TPR en cuanto a los temas abordados por el autor.

La revista se reserva todos los derechos legales de reproducción del contenido.

El envío de artículos por el autor implica autorización para su publicación en la Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión. Este proceso finaliza con la firma de una carta de cesión de derechos por parte del autor. El envío de artículos será hecho exclusivamente a través de la página de la revista <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>.

Bajo ningún concepto se recibirán artículos por otro medio de comunicación.

Conflicto de interés: cualquier interés de autores, revisores y editores que pueda influenciar la elaboración o evaluación de un artículo debe ser declarado para la identificación de posibles conflictos de interés. Una vez reconocido el conflicto de interés el artículo será rechazado.

Índices

Actualmente la RSTPR es miembro de CrossRef y está indizada en las siguientes bases de datos: Latindex, DOAJ, SciELO, Qualis Capes categoría B1 y REDIB.

1. ENVÍO DE ARTÍCULOS

El envío se realiza a través de la página web de la revista: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>

Pasos a seguir

El autor deberá ingresar los siguientes datos en el paso 3 del procedimiento de envío- (Introducción de los metadatos de envío):

- 1.- Título en portugués y en español;
- 2.- Nombre de cada autor, seguido de su afiliación institucional y título por ocasión de sometimiento del trabajo;
- 3.- Dirección electrónica para correspondencia de trámites de artículos, incluyendo fax, teléfono.

Además, el autor deberá incluir un breve currículum vitae en la sección Resumen biográfico en el campo correspondiente del sistema, que no sobrepase 50 palabras, ya que éste es incorporado en la publicación mediante uso de llamada. Se debe indicar también la actual afiliación institucional.

En caso de recibir apoyo financiero, colaboración de colegas y técnicos (por ejemplo: trabajo anteriores presentados en eventos, derivados de tesis o disertación, recopilación de datos efectuados en instituciones distintas de aquella informada en la afiliación, y otros

hechos de difusión éticamente necesarios) deberá indicarse en un párrafo especial con esta finalidad. **Esos datos NO DEBERÁN CONSTAR EN EL CUERPO DEL TRABAJO.**

Al finalizar el envío el sistema asigna un código identificadorio (Id.) al artículo recién subido mediante el cual el autor seguirá el proceso de revisión.

2. FORMATO DE ENVÍO

El artículo debe ser enviado, de forma editable, en la extensión .doc; tamaño de hoja A4, con margen superior izquierdo 3 cm, inferior derecho 2 cm.

En el formato original será usada la tipografía “*Times New Roman*”, tamaño 12, estilo normal y justificado. Interlineado 1,5; sin espacio entre párrafos. Los párrafos iniciales a 1,25 cm. de sangría.

El original debe contener un mínimo de 15 (quince) páginas y **no debe exceder las 20 (veinte) páginas**, incluyendo el título, resumen, desarrollo, referencias bibliográficas, cuadros, gráficos e imágenes si los tuviera.

En caso de que el artículo contenga cuadros o gráficos estadísticos, éstos deben tener un título en el cuerpo del artículo en “*Times New Roman*”, tamaño 10, estilo normal. Se solicita enviar los mismos en un archivo de planilla electrónica.

En caso de que el artículo contenga imágenes, deben tener un título en el cuerpo del artículo en “*Times New Roman*”, tamaño 10, estilo normal. Se solicita enviar los mismos en un formato de edición de imágenes (JPG, TIF, GIF, PNG) con una altura mínima de 700 px, con una resolución de 300 ppp.

Estos archivos deberán subirse en el “Paso 4 Subir fichero complementario” durante el proceso de envío del artículo.

3. ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO

La estructura del artículo debe contener:

Título: en el idioma original del texto y traducción fiel al otro idioma de la revista (si el texto original es en español, la traducción deberá ser al portugués y viceversa). No debe exceder las 20 palabras, expresando el contenido principal del trabajo de manera objetiva y clara. El equipo editor se reserva el derecho de hacer ajustes sobre el mismo.

Notas aclaratorias: cuando correspondan al título debe insertarse al final de la página con llamada de *.

Resumen: en español y portugués, consiste en una secuencia de frases concisas y objetivas que den una idea general del artículo; y en su conjunto, no deben pasar las 250 palabras en cada idioma.

Palabras clave: en portugués y en español, deben señalarse entre 3 a 5 palabras representativas del contenido del trabajo que se ubicarán

después del resumen, separadas por coma precedida de la expresión “Palabras clave o Palavras-chave”.

Cuerpo del artículo: deberá constar con la siguiente estructura: INTRODUCCIÓN, DESARROLLO, CONCLUSIÓN. El DESARROLLO puede subdividirse.

El desarrollo del artículo será numerado con número arábigo comenzando la Introducción con el número 1.

El texto que desee resaltarse dentro en un párrafo deberá escribirse en *letra cursiva*, sin utilizar en ninguna parte negrita o subrayado.

Las notas deben insertarse al final de cada página, sin sangría, letra “*Times New Roman*”, tamaño 10, con numeración secuencial iniciando con el número 1 en el cuerpo del artículo. Serán para uso de notas aclaratorias del texto y de citas-notas.

Citas directas

Las citas directas que pasen de 3 (tres) líneas deben iniciar en un nuevo párrafo con distinto margen, en letra “*Times New Roman*” 10, espaciado simple y debe terminar en el margen derecho. Las comillas deben ser suprimidas y debe dejarse una línea en blanco antes y después de la cita.

Citas en notas

Se utilizará el sistema cita-nota, insertando un número como exponente tras cada cita que reenvía a la nota. Estas notas pueden contener citas o referencias de las citas. Un número de nota se utiliza para cada cita o cada grupo de citas; la nota correspondiente puede citar a más de un documento.

a) Primera cita

La primera cita a un documento debe contener los elementos necesarios para asegurar la correspondencia exacta entre la cita y la entrada apropiada dentro de la lista de referencias bibliográficas.

La primera cita debe comprender como mínimo el o (los) nombre (s) de los autores y el título completo, tal como aparecen dentro de la referencia bibliográfica seguidas de números de páginas citadas, si es necesario.

Si el o los autores y el título no fueran suficientes para diferenciar las entradas dentro de la lista de referencias bibliográficas, la cita incluirá los elementos suplementarios (edición, año de publicación, etc.) necesarios para asegurar la correspondencia exacta con la referencia.

Ejemplo:

Texto:

Ainda assim, o art. 21 Regulamento 650/2012 pressupõe que cada pessoa tenha uma residência habitual. Pois um ponto de conexão

subsidiário – como, por exemplo, a presença fática¹ – não é encontrado na norma. Além disso, o Considerando 24, frases 3 e 4, contempla este caso, mencionando que, sob estas circunstâncias, a nacionalidade da pessoa ou o local da situação dos seus principais bens poderiam ser “um fator especial” na apreciação de todas as circunstâncias fáticas. Desta maneira, o legislador europeu dá a entender que, para fins do Regulamento 650/2012, uma pessoa sem residência habitual não existe².

Citas en notas de pie de página:

1. VON BAR, Christian; MANKOWSKI Peter. *Internationales Privatrecht Band I – Allgemeine Lehren*, p. 568-569.
2. Em sentido divergente, KUNZ Lena. “Die neue europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick (Teil 1)”. *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*. 2012, vol 3, p. 208-210, afirmando que podem existir casos nos quais a residência habitual é indeterminável. Sem posição manifesta, com base na Proposta do Regulamento; SCHURIG Klaus. “Das internationale Erbrecht wird europäisch – Bemerkungen zur kommenden Europäischen Verordnung”. Em: BERNREÜTHER, Jörn; FREITAG, Robert; LEIBLE, Stefan; SIPPEL, Harald; WANITZEK, Ulrike. *Festschrift für Ulrich Spellenberg*. 2010. p. 343, 346.

b) Segunda cita y las siguientes

Si un documento es citado varias veces, las citas siguientes reciben números diferentes.

La segunda cita de un documento y las siguientes pueden ser reducidas al o a los nombres de los autores y a un título resumido, seguido una de las siguientes abreviaturas según corresponda:

Op. Cit.: *Obra citada*. Se usa cuando se vuelve a referirse a una cita ya mencionada pero no consecutiva y cuando corresponde a diferentes páginas. Se repite el apellido y nombre del autor/es seguido de Op. Cit. y el número de página.

Si el o los autores no fueran suficientes para diferenciar las entradas dentro de la lista de referencias bibliográficas, la cita incluirá el título de la publicación citada.

Ejemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.
7.
15.
16. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. Op. cit., p. 84.

Ídem.: *Igual que la referencia anterior*. Se utiliza cuando la cita

actual proviene de la misma obra y de la misma página que la cita inmediatamente anterior.

Ejemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La "cláusula ambiental" en el MERCOSUR*, p. 8.

7. Ídem.

Ibíd.: *En el mismo lugar.* Se usa para evitar la repetición de la cita anterior en caso de que se tratase de una página diferente, pero de la misma obra citada.

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La "cláusula ambiental" en el MERCOSUR*, p. 8.

7. *Ibíd.*, p. 24.

Agradecimientos: en caso de ser necesario, con un máximo de 20 palabras, al final del artículo y antes de las referencias bibliográficas.

Referencias bibliográficas: se incorporarán al final del artículo, bajo el título **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS** donde deberán incluirse los trabajos citados en el cuerpo del texto. Se utilizará el formato ISO 690 e ISO 690-2 y serán ordenadas alfabéticamente por apellido de los autores.

PUBLICACIONES IMPRESAS

- LIBROS

APELLIDOS, Nombres. *Título del libro –en cursiva–*. Número de edición. Lugar de publicación: Editorial, año de publicación.

La mención del número de edición se realiza a partir de la segunda edición.

Un autor

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Dos autores

KISS, Alexandre e SHELTON Dinah. *Guide to international environmental law*. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2007.

Más de dos autores

MONCAYO, Guillermo; VINUESA, Raúl y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalía, 1997.

Autor corporativo

PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Compilación de tratados de derecho internacional privado suscritos en el sistema interamericano entre 1888 y 1994: tratados de Montevideo y*

convenciones interamericanas sobre derecho internacional privado. Asunción: CSJ, 1998.

Editor, coordinador, compilador, organizador de un libro

HOWARD, Michael; ANDREOPOULOS, George; SHULMAN, Mark(eds). *The Laws of War: constraints on warfare in the Western World*. New Haven, London: Yale University Press, 1994.

Para todos los casos utilizar (ed) o (eds) según sea uno o más autores.

- CAPÍTULO DE UN LIBRO

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título del capítulo del libro –entre comillas-”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva-*. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. Página inicial y final del capítulo.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia; SCOTTI, Luciana Beatriz. “¿Soberanía o crisis de la Lex Mercatoria?”. En: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia (ed). *Derecho internacional privado y de la integración*. Buenos Aires: La Ley, 2011.p. 543-559.

- PARTE DE UNA COLECCIÓN DE LIBROS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor. “Título del capítulo del libro –entre comillas-”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva-*. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. (nombre la colección o serie y el volumen o número del mismo).

DREYZIN DE KLOR, Adriana; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (ed). *Inversiones Extranjeras*. Buenos Aires: Zavalia, 2005. (DeCITA 03.2005).

- REVISTAS

Título de la revista–en cursiva-, lugar de publicación, vol, número. Año de publicación

BUSINES review, New York, vol 25, nº 10. 1993.

- ARTÍCULO DE REVISTA

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres. “Título del artículo –entre comillas”. *Título de la revista –en cursiva-*. año de publicación,

vol, nº o tomo, página inicial y final del artículo.

Un autor

LACERDA, Antônio Corrêa de. “Investimentos diretos estrangeiros e políticas de desenvolvimento”. *Revista Administração em Diálogo*. 2003, nº 5, p. 11-18.

Dos autores o más autores

SARTI, Fernando e LAPLANE, Mariano F. “O investimento direto estrangeiro e a internacionalização da economia brasileira nos anos 1990”. *Revista Economia e Sociedade*. 2002, vol 11, nº 1, p. 63-94.

- ARTÍCULO DE PERIÓDICO

“Título del artículo –entre comillas”. *Título del periódico–en cursiva–*. Fecha de publicación, página

“Informe de IPA confirma situación de crisis hídrica en región norte”. *Diario Cambio*. 30 dez 2014, p. 14

- TESIS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor. “Título –entre comillas–” [Tipo de documento]. Orientador. Institución académica en la que presenta. Lugar, año.

VILLAR, Pillar Carolina. “A busca pela governança dos aquíferos transfronteiriços e o caso do aquífero guarani”. [Tese de doutorado]. Orientador: Wagner Ribeiro. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

- INFORMES

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. *Título del informe –en cursiva–*. Lugar de publicación: editorial, año. (Tipo de informe)

GUIRARDO ROMERO, Nuria. *Proyecto de conservación y recuperación de una especie amenazada*. Almería: s.n, 1988. (Informe técnico de la Dirección General del Medio Ambiente).

- CONFERENCIAS O CONGRESOS (ACTAS)

Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva– (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis-) Título del acta. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año.

Congresso Brasileiro de Direito Internacional (5º, 2007). Estudios de derecho internacional: anai. Menezes, Wagner (ed). Curitiba:Juruá, 2007, vol. X.

- PONENCIA PRESENTADA EN UN CONGRESO

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título de la ponencia –entre comillas-”. En: *Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva-* (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis-) Título del acta. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año, vol. p. inicial-final.

ALMEIDA, Guilherme de Vasconcelos. “A apropriação da cultura pelos estados nacionalistas nos fins do século XIX. Uma hipótese: a utilização da cultura como fator de análise das relações internacionais”. En: *Congresso Brasileiro de Direito Internacional* (5º, 2007). Estudios de derecho internacional: anai. MENEZES, Wagner (ed). Curitiba:Juruá, 2007, vol. X. p. 224-230.

- LEGISLACION

Ley

País. Título. *Publicación oficial en la que se publica*, fecha de publicación, número, páginas.

ESPAÑA. Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. *Boletín Oficial del Estado*, 28 de julio de 2011, núm. 180.

Tratados

MERCOSUR. *Tratado de Asunción*, firmado en Asunción, República del Paraguay, el 26 de marzo de 1991.

Protocolo

MERCOSUR. *Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR*, firmado en Olivos, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, el 18 de febrero de 2002.

Decisión

MERCOSUR. *Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 40/00. Convenio de cooperación entre los bancos centrales de los Espados Partes del MERCOSUR para la prevención y reposición de maniobras tendientes a la legitimación de activos provenientes de actividades ilícitas*, firmada en Florianópolis-SC, República Federativa del Brasil, el 14 de diciembre de 2000.

Jurisprudencia de tribunales nacionales

ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Civil, Sección 1ª). *Sentencia núm. 544/2011*, de 27 julio.

Jurisprudencia de tribunales internacionales

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Sección 2ª). *Caso Capriati contra Italia*. Sentencia de 26 julio 2011.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR. *Caso Procedimiento Excepcional de Urgencia solicitado por la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los órganos del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y a la incorporación de Venezuela como miembro pleno*. Laudo 01/2012 del 21 de julio de 2012. [fecha de consulta: 3 de enero de 2015]. Disponible en: <http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2012_es.pdf>.

PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS

- LIBROS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres *Título del libro –en cursiva–* [en línea]. Número de edición. Lugar de publicación: Editorial, año de publicación [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección de la página>

Un autor

MONGE-NARANJO, Alexander. *The Impact of NAFTA on Foreign Direct Investment flows in Mexico and the Excluded Countries* [en línea]. s.l: Department of Economics. Northwestern University, 2002 [fecha de consulta 30 de diciembre de 2014]. Disponible en: <http://web.worldbank.org/archive/website00894A/WEB/PDF/MONGE_NA.PDF>

Más de un autores

BURREL, A.; FERRARI, E.; GONZÁLEZ MELLADO, A; HIMICS, M.; MICHALEK, M.; SHRESTHA, S.; VAN DOORSLAER, B.; (2011) *Potential EU-Mercosur free trade agreement: impact assessment. Volume 1: main results*. Luxembourg: European Union [en línea]. Luxembourg: European Union, 2011 [fecha de consulta: 21 de octubre de 2012]. Disponible en: <http://www.redeagro.org.br/images/stories/vol%201_main%20results_jrc67394.pdf>

Autor corporativo

UNCTAD. *World Investment Report 2011: non-equity modes of international production and development* [en línea]. Ginebra: UN Publications, 2011 [acceso 28 de marzo de 2014]. Disponible em:

<http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2011_en.pdf>

- CAPÍTULO DE UN LIBRO

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título del capítulo del libro –entre comillas-”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva-*[en línea]. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. Página inicial y final del capítulo [fecha de la consulta]. Disponible en: <dirección web>

- PARTE DE UNA COLECCIÓN DE LIBROS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título del capítulo del libro –entre comillas-”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva-*[en línea]. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. (nombre la colección o serie y el volumen o número del mismo) [fecha de la consulta]. Disponible en: <dirección web>

- REVISTAS

Título de la revista–en cursiva- [en línea]. lugar de publicación, vol, número. Año de publicación [fecha de la consulta]. Disponible en: <dirección web>

BUSINES review [en línea]. New York, vol 25, n° 10. 1993 [consultado 3 de mayo de 2012]. Disponible en: <<https://hbr.org/>>

- ARTÍCULO DE REVISTA

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres. “Título del artículo –entre comillas” [en línea]. *Título de la revista –en cursiva-* año de publicación, vol, n° o tomo, página inicial y final del artículo [fecha de la consulta]. Disponible en: <dirección web>

Un autor

GUTIERREZ–HACES, Teresa. “La Inversión Extranjera Directa en el TLCAN” [en línea]. *Economíaunam* 2004, vol 1, n° 3, p. 23-42 [consulta 5/12/2014]. Disponible en: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/ecu/article/view/2814>>

- ARTÍCULO DE PERIÓDICO

“Título del artículo –entre comillas” [en línea]. *Título del periódico– en cursiva-*. Fecha de publicación. [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>

“Crisis hídrica en Mendoza: otro año en el que escasea el agua” [en línea]. *Diario UNO*. 31 oct 2014. [fecha de consulta: 18/02/2015]. Disponible em: <<http://www.diariouno.com.ar/mendoza/Crisis-hidrica-en-Mendoza-otro-ao-en-el-que-escasea-el-agua-20141031-0036.html>>

- INFORMES

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. *Título del informe –en cursiva-*[en línea]. Lugar de publicación: editorial, año. (Tipo de informe) [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>

- CONFERENCIAS O CONGRESOS (ACTAS)

Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva- (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis-) Título del acta [en línea]. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>.

- PONENCIA PRESENTADA EN UN CONGRESO

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título de la ponencia –entre comillas-”. En: *Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva-* (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis-) Título del acta [en línea]. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año. p. inicial-final. [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>.

- PÁGINA WEB

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo o NOMBRE DE LA INSTITUCIÓN –en mayúsculas-. “Título de la página Web” [en línea]. Fecha de revisión/actualización si consta en la página. [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>

BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. “Declaração conjunta Brasil-Paraguai” [em linha]. [acesso 07/02/2015]. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1971/b_52/>

NORMA EDITORIAL

APRESENTAÇÃO

Como surgiu a Revista

A Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão é um espaço criado pela Secretaria do TPR para a publicação de artigos acadêmicos que tratem de temas ligados ao direito, como regionalismo, integração, organizações internacionais e, em especial, ao direito do MERCOSUL.

Os idiomas da Revista são os idiomas oficiais do MERCOSUL: espanhol e português. A frequência da publicação é semestral.

Temas e alcance

Embora o projeto tenha como finalidade central a difusão do direito do MERCOSUL, a publicação não se restringe ao direito da organização regional. Podem integrar o projeto produções acadêmicas que tratem de ramos do direito relacionados de alguma maneira com o marco jurídico mercosulino, como o direito internacional geral, o direito internacional econômico e o direito da integração.

Sistema de avaliação

Os trabalhos apresentados à Revista são analisados por um conselho técnico, sob a modalidade double blind review, isto é, de forma anônima. Os membros do conselho técnico são professores, estudiosos e investigadores do direito, com notável trajetória acadêmica e possuem plena liberdade para criticar, revisar, aprovar e reprovar os artigos submetidos. Sua identificação é reservada e considera-se o parecer emitido como se fosse da Revista.

Os artigos deverão ser inéditos, de rigor científicos e não representam, em nenhuma hipótese, a opinião do TPR quanto aos temas abordados. Os artigos são submetidos a programas de detecção de plágio. Se o programa detecta citações bibliográficas que não foram referenciadas corretamente, o trabalho não é publicado.

No que se refere à forma, os artigos devem atender a critérios e requisitos estabelecidos nesta norma editorial. Tais critérios de formato constituem, em conjunto com a análise de conteúdo, condição essencial para sua publicação. Portanto, passará pela consideração da Equipe Editorial a revisão dos requisitos formais, a fim de avaliar o cumprimento dos critérios fixados.

Gratuidade da publicação

A revista não tem fins lucrativos.

O envio e a publicação dos artigos não estão sujeitos a nenhum custo.

O conteúdo publicado está totalmente disponível online de forma gratuita.

Critérios gerais para a aceitação de artigos

Os artigos serão inéditos, de rigor científico e não representam em nenhuma hipótese a opinião do TPR quanto aos temas abordados.

A revista reserva-se todos os direitos legais de reprodução de conteúdo.

O envio de artigos pelo autor implica autorização para sua publicação na Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão. Esse processo se concretiza mediante a assinatura de carta de cessão de direitos por parte do autor. O envio de artigos se dará exclusivamente por meio da plataforma da revista: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>.

Em nenhuma hipótese serão recebidos artigos por outro meio de comunicação.

Conflito de interesses: qualquer interesse de autores, revisores e editores que possa influenciar a elaboração ou avaliação de um artigo deve ser declarado para a identificação de possíveis conflitos de interesse. Uma vez reconhecido o conflito de interesse, o artigo será rejeitado.

Índices

Atualmente a RSTPR é membro do CrossRef, e está indexada nas seguintes bases de dados: Latindex, DOAJ, SciELO, Qualis Capes categoria B1 e REDIB.

1. ENVIO DO ARTIGO

O envio se realizada através do site da Revista: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>

Passos a seguir

O autor deverá informar os seguintes dados no passo 3 do procedimento de envio (inclusão de metadados):

- 1.- Título em português e em espanhol;
- 2.- Nome de cada autor, acompanhado de filiação institucional e título ao tempo da submissão do trabalho;
- 3.- Contatos como endereço eletrônico (e-mail), fax e telefone para correspondência com a Equipe Editorial.

Além disso, deve-se incluir um breve currículo vitae no campo correspondente no sistema, o qual não deve ultrapassar 50 palavras, já que esta será incorporado à publicação em nota. Fundamental se faz a indicação da atual afiliação institucional.

Deve-se incluir um breve *curriculum vitae* na seção Resumo Biográfico do sistema, que não ultrapasse 50 palavras.

No caso de haver necessidade de reconhecimento a apoio financeiro, colaboração de colegas ou outros (por exemplo: trabalhos anteriores apresentados em eventos, derivados de tese ou dissertação, recopilação de dados efetuados em instituições distintas daquela informada na

filiação e outros fatos, cujo informe seja eticamente necessário), sua indicação deverá ser realizada em parágrafo próprio. Esses dados **NÃO DEVERÃO CONSTAR DO CORPO DO TRABALHO.**

Finalizado o envio, o sistema designa um código de identificação (id.) ao artigo recém remetido. Com esse código, o autor acompanhará o processo de avaliação.

ATENÇÃO: O envio de artigos pelo autor implica autorização para sua publicação na Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão. O envio será efetuado exclusivamente através do site da Revista <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>.

Em nenhuma hipótese, serão recebidos artigos por outro meio de comunicação.

2. FORMATO DE ENVIO

O artigo deve ser encaminhado, em formato modificável, na extensão *.doc*; folha A4, com margem superior esquerda a 3cm, inferior direita, 2cm. A fonte é Times New Roman, tamanho 12, estilo normal e justificado. Espaçamento entre linhas de 1,5; sem espaço entre os parágrafos. O início dos parágrafos a 1,25 cm.

O original deve conter no mínimo 15 (quinze) páginas e não deve ultrapassar 20 (vinte) páginas, incluindo título, resumo, desenvolvimento, referências bibliográficas, quadros, gráficos e imagens, se tiver.

Em caso de o artigo conter quadros ou gráficos estatísticos, esses devem ter um título no corpo do texto em Times New Roman, tamanho 10, estilo normal. Solicita-se enviar o(s) mesmo(s) em um arquivo de planilha eletrônica à parte.

Em caso de o artigo conter imagens, essas devem ter um título no corpo do texto em Times New Roman, tamanho 10, estilo normal. Solicita-se enviar a(s) mesma(s) em um formato de edição de imagens (JPG, TIF, GIF, PNG) com altura mínima de 700 px e resolução de 300 PPP.

Tais arquivos deverão ser carregados no passo 4 (transferência de documentos suplementares) durante o processo de envio do artigo.

3. ESTRUTURA DO ARTIGO

A estrutura do artigo deve conter:

Título: no idioma original do texto e tradução fiel ao outro idioma da Revista (se o texto original estiver em espanhol, a tradução deverá ser em português e vice-versa). Ele não deve exceder 20 (vinte) palavras, expressando o conteúdo principal do trabalho de maneira objetiva e clara. A equipe editorial se reserva o direito para promover ajustes sobre o mesmo.

Notas esclarecedoras: do título deve incluir-se ao final da página com o símbolo de *.

Resumo: em espanhol e português, de uma forma e sequência de frases concisas e objetivas que deem uma ideia geral do artigo; em seu conjunto, não devem ultrapassar 250 (duzentas e cinquenta) palavras.

Palavras chave: em português e em espanhol, devem apontar entre 3 e 5 palavras representativas do conteúdo do trabalho. Estarão dispostas depois do resumo, precedidas da expressão “Palabras clave ou Palavras-chave”, separadas entre vírgula.

Corpo do artigo: Deverá contar com a seguinte estrutura: Introdução, desenvolvimento e conclusão. O desenvolvimento pode ser subdividido. .

O desenvolvimento do artigo será numerado com número arábico, começando pela Introdução com o número 1 (um).

O texto que se deseje ressaltar dentro de um parágrafo deverá ser escrito em *itálico*, sem utilizar em nenhum trecho em negrito ou sublinhado.

As notas deve ser inseridas ao final de cada página, sem sangria, letra “Times New Roman”, tamanho 10, com numeração sequencial iniciando com o número 01 no corpo do artigo. Deverão servir para o esclarecimento do texto e de citações.

Citações Diretas:

As citações diretas que passem de 3 (três) linhas devem iniciar em um novo parágrafo, com margem distinta, em Times New Roman, 10, espaçamento simples e devem terminar na margem direita. As aspas devem ser suprimidas e deve-se deixar uma linha em branco antes e outra depois da citação.

Citações em notas

Utiliza-se o sistema citação-nota, inserindo-se um número como expoente logo de cada citação que faz a referência à nota. Estas notas podem conter citações ou referências a citações. Um número de nota deve ser utilizado para cada citação ou cada grupo de citações. A nota correspondente pode fazer referência a mais de um documento.

a) Primeira citação

A primeira citação de um documento deve conter os elementos necessários para assegurar a correspondência exata entre a citação e a entrada adequada dentro na lista de referências bibliográficas.

A primeira citação deve contar com, no mínimo, o (ou os) nome (s) do (dos) autor (es) e o título completo, tal como aparecem nas referências seguidas dos números das páginas citadas, caso necessário.

Caso o (ou os) nome (s) do (s) autor (es) não sejam suficientes para diferenciação na lista de referências, a citação deverá incluir os elementos suplementares (edição, ano de publicação, etc.) necessários para assegurar a correspondência exata com a referência.

Exemplo:

 Texto:

Ainda assim, o art. 21 Regulamento 650/2012 pressupõe que cada pessoa tenha uma residência habitual. Pois um ponto de conexão subsidiário – como, por exemplo, a presença fática¹ – não é encontrado na norma. Além disso, o Considerando 24, frases 3 e 4, contempla este caso, mencionando que, sob estas circunstâncias, a nacionalidade da pessoa ou o local da situação dos seus principais bens poderiam ser “um fator especial” na apreciação de todas as circunstâncias fáticas. Desta maneira, o legislador europeu dá a entender que, para fins do Regulamento 650/2012, uma pessoa sem residência habitual não existe².

Citações em notas de rodapé:

1. VON BAR, Christian; MANKOWSKI Peter. Internationales Privatrecht Band I – Allgemeine Lehren, p. 568-569.
2. Em sentido divergente, KUNZ Lena. “Die neue europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick (Teil 1)”. *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*. 2012, vol 3, p. 208-210, afirmando que podem existir casos nos quais a residência habitual é indeterminável. Sem posição manifesta, com base na Proposta do Regulamento; SCHURIG Klaus. “Das internationale Erbrecht wird europäisch – Bemerkungen zur kommenden Europäischen Verordnung”. Em: BERNREÜTHER, Jörn; FREITAG, Robert; LEIBLE, Stefan; SIPPEL, Harald; WANITZEK, Ulrike. *Festschrift für Ulrich Spellenberg*. 2010. p. 343, 346.

b) Segunda citação e as seguintes

Caso um documento seja citado várias vezes, as citações seguintes recebem números diferentes.

A segunda citação de um documento e as seguintes podem ser reduzidas a (ou aos) nome (s) do (s) autor (es) e a um título resumido, sendo uma das seguintes abreviaturas possíveis:

Op. Cit.: *Obra citada*. Usa-se quando refere-se novamente a uma citação já mencionada, mas não de forma consecutiva e quando corresponda a diferentes páginas. Repetem-se o sobrenome e o nome do (s) autor (es) seguido de Op. Cit. E do número de página.

Se o (ou os) autor (es) não forem suficientes para diferenciar as entradas na lista de referências, a citação deverá incluir o título da publicação citada.

Exemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.

7.

15.

16. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. Op. cit., p. 84.

Ídem.: *Igual que a referencia anterior.* Utiliza-se quando a citação atual deriva da mesma obra e da mesma página que a da citação imediatamente anterior.

Exemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.

7. Ídem.

Ibíd.: *No mesmo lugar.* Utiliza-se para evitar a repetição de uma citação anterior no caso de que se trate de uma página diferente, mas na mesma obra citada.

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.

7. *Ibíd.*, p. 24.

Agradecimentos: em caso de necessidade, deve contar, no máximo, com 20 palavras, ao final do artigo e antes das referências bibliográficas.

Referências bibliográficas: devem ser incorporadas ao final do artigo, sob o título **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**, onde deverão ser inseridos os trabalhos citados no corpo do texto: Os formatos ISO 690 e ISO 690-2 devem ser utilizados e os autores deverão ser ordenados em ordem alfabética.

PUBLICAÇÕES IMPRESSAS

- LIVROS

SOBRENOME—em maiúsculas- Nomes. *Título do livro –em itálico-*. Lugar de publicação: Editora, ano de publicação

A menção do número da edição se realiza a partir da segunda edição.

Um autor

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Dois autores

KISS, Alexandre e SHELTON Dinah. *Guide to international environmental law*. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2007.

Mais de dois autores

MONCAYO, Guillermo; VINUESA, Raúl y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia. *Derecho Internacional Publico*. Buenos Aires: Zavalía, 1997.

Autor corporativo

PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Compilación de tratados de derecho internacional privado suscritos en el sistema interamericano entre 1888 y 1994: tratados de Montevideo y convenciones interamericanas sobre derecho internacional privado*. Asunción: CSJ, 1998.

Editor, coordenador, compilador, organizador de livro

HOWARD, Michael; ANDREOPOULOS, George; SHULMAN, Mark(eds). *The Laws of War: constraints on warfare in the Western World*. New Haven, London: Yale University Press, 1994.

Para todos os casos utilizar (ed) ou (eds) conforme seja um ou mais autores.

- CAPÍTULO DE LIVRO

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do autor do capítulo. “Título do capítulo do livro”. Em SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do(s) editor(es) do livro seguido da abreviação entre parênteses (ed) ou (ed) conforme seja o caso. *Título do livro –em itálico-*. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. p. inicial-final.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia; SCOTTI, Luciana Beatriz. “¿Soberanía o crisis de la Lex Mercatoria?”. En: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia (ed). *Derecho internacional privado y de la integración*. Buenos Aires: La Ley, 2011.p. 543-559.

- PARTE DE UNA COLECCIÓN DE LIBROS

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do autor. “Título do capítulo do livro”. Em SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do(s) editor(es) do livro seguido da abreviação entre parênteses (ed) ou (ed) conforme seja o caso. *Título do livro – em itálico -*. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. p. inicial-final. (nome da coleção ou série e o volume ou número do mesmo).

DREYZIN DE KLOR, Adriana; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (ed). *Inversiones Extranjeras*. Buenos Aires: Zavalía, 2005. (DeCITA 03.2005).

- REVISTAS

Título da revista–em itálico-, cidade de publicação, vol, número. Ano de publicación

BUSINES review, New York, vol 25, nº 10. 1993.

- ARTIGO DE REVISTA

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes. “Título do artigo”. *Título da revista –em itálico*. Ano de publicação vol, nº ou tomo, p. inicial-final.

Um autor

LACERDA, Antônio Corrêa de. “Investimentos diretos estrangeiros e políticas de desenvolvimento”. *Revista Administração em Diálogo*. 2003, nº 5, p. 11-18.

Dois autores o mais de dois autores

SARTI, Fernando e LAPLANE, Mariano F. “O investimento direto estrangeiro e a internacionalização da economia brasileira nos anos 1990”. *Revista Economia e Sociedade*. 2002, vol 11, nº 1, p. 63-94.

- ARTIGO DE PERIÓDICO

“Título do artigo – entre aspas”. *Título do periódico – em cursiva* -. Data da publicação, página

“Informe de IPA confirma situación de crisis hídrica en región norte”. *Diario Cambio*. 30 dez 2014, p. 14

- TESE

SOBRENOMES – em maiúscula -, Nomes do autor do capítulo. “Título – entre aspas” - [Tipo de documento]. Orientador. Instituição acadêmica. Lugar, ano.

VILLAR, Pillar Carolina. “A busca pela governança dos aquíferos transfronteiriços e o caso do aquífero guarani”. [Tese de doutorado]. Orientador: Wagner Ribeiro. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

- RELATÓRIOS

SOBRENOMES – em maiúscula -, Nomes do autor do capítulo. *Título do relatório – em cursiva* -. Lugar de publicação: editora, ano. (Tipo de relatório)

GUIRARDO ROMERO, Nuria. *Proyecto de conservación y recuperación de una especie amenazada*. Almeria: s.n, 1988. (Informe técnico de la Dirección General del Medio Ambiente).

- CONFERÊNCIAS OU CONGRESSOS (ANAIS)

Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva- (número da

conferência, data e lugar de realização – entre parênteses -) Título dos anais. Responsabilidade secundária. Lugar da publicação: editora, ano.

Congresso Brasileiro de Direito Internacional (5º, 2007). Estudos de direito internacional: anai. Menezes, Wagner (ed). Curitiba:Juruá, 2007, vol. X.

- APRESENTAÇÃO DE TRABALHO EM CONGRESSO

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. “Título da apresentação – entre aspas -”. En: *Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva*- (número da conferência, local e data da realização –entre parênteses-) Título dos anais. Responsabilidade secundária. Lugar de publicação: editora, ano, vol. p. inicial-final.

ALMEIDA, Guilherme de Vasconcelos. “A apropriação da cultura pelos estados nacionalistas nos fins do século XIX. Uma hipótese: a utilização da cultura como fator de análise das relações internacionais”. En: *Congresso Brasileiro de Direito Internacional* (5º, 2007). Estudos de direito internacional: anai. MENEZES, Wagner (ed). Curitiba:Juruá, 2007, vol. X. p. 224-230.

- LEGISLAÇÃO

Lei

País. Título. *Publicação oficial em que se publicou, data da publicação*, número, páginas.

ESPAÑA. Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. *Boletín Oficial del Estado*, 28 de julio de 2011, núm. 180.

Tratados

MERCOSUR. *Tratado de Asunción*, firmado en Asunción, República del Paraguay, el 26 de marzo de 1991.

Protocolo

MERCOSUR. *Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR*, firmado en Olivos, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, el 18 de febrero de 2002.

Decisão

MERCOSUR. *Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 40/00.*

Convenio de cooperación entre los bancos centrales de los Espados Partes del MERCOSUR para la prevención y reposición de maniobras tendientes a la legitimación de activos provenientes de actividades ilícitas, firmada en Florianópolis-SC, República Federativa del Brasil, el 14 de diciembre de 2000.

Jurisprudência dos tribunais nacionais

ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Civil, Sección 1ª). *Sentencia núm. 544/2011*, de 27 julio.

Jurisprudência dos tribunais internacionais

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Sección 2ª). *Caso Capriati contra Italia*. Sentencia de 26 julio 2011.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR. *Caso Procedimiento Excepcional de Urgencia solicitado por la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los órganos del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y a la incorporación de Venezuela como miembro pleno*. Laudo 01/2012 del 21 de julio de 2012 [online]. [fecha de consulta: 3 de enero de 2015]. Disponible em: <http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2012_es.pdf>.

PUBLICAÇÕES ELETRÔNICAS

- LIVROS

SOBRENOME—em maiúsculas- Nomes. *Título do livro –em itálico–* [online]. Lugar de publicação: Editora, ano de publicação [data da consulta]. Disponível em: <endereço da página>.

Um autor

MONGE-NARANJO, Alexander. *The Impact of NAFTA on Foreign Direct Investment flows in Mexico and the Excluded Countries* [online]. s.l: Department of Economics. Northwestern University, 2002 [data da consulta 30 de diciembre de 2014]. Disponível em: <http://web.worldbank.org/archive/website00894A/WEB/PDF/MONGE_NA.PDF>

Más de un autores

BURREL, A.; FERRARI, E.; GONZÁLEZ MELLADO, A; HIMICS, M.; MICHALEK, M.; SHRESTHA, S.; VAN DOORSLAER, B.; (2011) *Potential EU-Mercosur free trade agreement: impact assessment. Volume 1: main results*. Luxembourg: European Union [online]. Luxembourg: European Union, 2011 [fecha de consulta: 21 de octubre de 2012]. Disponível em: <http://www.redeagro.org.br/images/stories/vol%201_main%20results_jrc67394.pdf>

Autor corporativo

UNCTAD. World Investment Report 2011: non-equity modes of international production and development [online]. Geneva: UN Publications, 2011 [acceso 28 de marzo de 2014]. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2011_en.pdf>

- CAPÍTULO DE LIVRO

SOBRENOMES – em maiúsculas-, Nomes do autor do capítulo. “Título do capítulo do livro – entre aspas -”. En: SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do/s editor/es do livro seguido da abreviação entre parênteses (ed) ou (eds) conforme o caso. *Título do livro – em cursiva-* [online]. Número da edição. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. Página inicial e final do capítulo [data da consulta]. Disponível em: <endereço web>

- PARTE DE UMA COLEÇÃO DE LIVROS

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. “Título do capítulo do livro – entre aspas-”. En: SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do/s editor/es do livro seguido da abreviação entre parêntesis (ed) ou (eds) conforme o caso. *Título do livro – em cursiva -*[online]. Número da edição. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. (nome da coleção ou série e o volume ou número do mesmo) [data da consulta]. Disponível em: <endereço web>

- REVISTAS

Título da revista- en cursiva- [online], lugar de publicação, vol, número. Ano de publicação [data da consulta]. Disponível em: <endereço web>

BUSINES review, New York, vol 25, nº 10. 1993 [acessado 3 de mayo de 2012]. Disponível em: <<https://hbr.org/>>

- ARTIGOS DE REVISTA

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes. “Título do artigo – entre aspas” [online]. *Título da revista – en cursiva -* ano de publicação, vol, nº ou tomo, página inicial e final do artigo [data da consulta]. Disponível em: <endereço web>

Um autor

GUTIERREZ–HACES, Teresa. “La Inversión Extranjera Directa en el TLCAN” [online]. *Economíaunam* 2004, vol 1, nº 3, p. 23-42 [consulta 5/12/2014]. Disponible en: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/ecu/article/view/2814>>

- ARTIGO DE PERIÓDICO

“Título do artigo – entre aspas” [online]. *Título do periódico – em cursiva* -. Data de publicação. [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>

“Crisis hídrica en Mendoza: otro año en el que escasea el agua” [online]. *Diario UNO*. 31 oct 2014. [acceso 28 de marzo de 2014 18/02/2015]. Disponível em: <<http://www.diariouno.com.ar/mendoza/Crisis-hidrica-en-Mendoza-otro-ao-en-el-que-escasea-el-agua-20141031-0036.html>>

- RELATÓRIOS

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. *Título do relatório – em cursiva* -[online]. Lugar de publicação: editora, ano. (Tipo de relatório) [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>

- CONFERÊNCIAS OU CONGRESSOS (ANAIS)

Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva- (número da conferência, data e lugar de realização – entre parêntesesv-) Título dos anais [online]. Responsabilidade secundária. Lugar de publicação: editora, ano [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>

- APRESENTAÇÃO DE TRABALHO EM CONGRESSO

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. “Título da apresentação – entre aspas -”. En: *Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva*- (número da conferência, data e lugar de realização – entre parênteses-) Título dos anais [online]. Responsabilidade secundária. Lugar de publicação: editora, ano. p. inicial-final. [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>

- PÁGINA WEB

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo ou NOME DA INSTITUIÇÃO – em maiúsculas -. “Título da página Web” [online]. Data de revisão/atualização se consta da página. [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>

BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. “Declaração conjunta Brasil-Paraguai” [online]. [acesso 07/02/2015]. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1971/b_52/>

Versión online finalizada
en octubre de 2017.

Versión impresa finalizada
en octubre de 2017.

El Tribunal Permanente de Revisión (TPR) comprende a los Árbitros –art. 18 Protocolo de Olivos (PO)– y a la Secretaría del Tribunal (ST) –art. 35 MERCOSUR/CMC/DEC N°37/03 y MERCOSUR/CMC/DEC. N° 15/15 que abrogó a las resoluciones MERCOSUR/GMC/RES N° 66/05 y MERCOSUR/GMC/RES N° 39/10.

El Tribunal está integrado por cuatro Árbitros titulares, uno por cada Estado miembro del MERCOSUR, por sus respectivos suplentes y por un Quinto Árbitro designado por unanimidad por los Estados.

La Secretaría del Tribunal (ST) está compuesta por un Secretario, designado por el Consejo del Mercado Común, y por cuatro áreas indispensables para el funcionamiento del TPR.

26 de marzo - Día del MERCOSUR

13 de agosto - Aniversario del TPR

O Tribunal Permanente de Revisão (TPR) compreende os Árbitros – art. 18 Protocolo de Olivos (PO)– e a Secretaria do Tribunal (ST) –art. 35 MERCOSUL/CMC/DEC N°37/03 e MERCOSUL/CMC/DEC N° 15/15 que derroga as resoluções MERCOSUL/GMC/RES N° 66/05 e MERCOSUL/GMC/RES N° 39/10.

O Tribunal está composto por quatro Árbitros titulares, um nacional de cada Estado membro do MERCOSUL, por seus respectivos suplentes e por um Quinto Árbitro designado por unanimidade pelos Estados.

A Secretaria do Tribunal (ST) é composta pelo Secretário, designado pelo Conselho do Mercado Comum, e por quatro áreas indispensáveis ao funcionamento do TPR.

26 de março - Dia do MERCOSUL

13 de agosto - Aniversário do TPR



www.tprmercosur.org

www.revistastpr.com

Av. Mcal. López 1141 casi Gral. Melgarejo, “Villa Aucinera”, CP 1532

Asunción, República del Paraguay - Teléfono 595 (21) 221411

