EL TRASLADO DE CONDENADOS AL PAÍS DE ORIGEN COMO UNA NUEVA FORMA DE COOPERACIÓN PENAL INTERNACIONAL EN EL MERCOSUR

Luciane Klein Vieira
Abogada en Brasil. Magíster en Derecho de la Integración (USAL/Paris I). Maestranda en Derecho Internacional Privado (UBA). Becaria doctoral del CONICET. Profesora de Derecho de la Integración y Derecho Internacional Privado de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

"*La cooperación entre los Estados Partes del Mercosur y los Estados Asociados debe ser fortalecida por medio de normas que aseguren una adecuada implementación de la justicia penal mediante la rehabilitación social de la persona condenada.*"[1]

RESUMEN: En el ámbito Mercosur, se está desarrollando una nueva forma de cooperación penal internacional entre los Estados Miembros. Tratase del instituto del traslado de condenados al país de origen, que se caracteriza por la transferencia de ciudadanos condenados al país de su nacionalidad o residencia habitual, para que allí puedan cumplir el resto de la pena pendiente de ejecución, dictada en el Estado de condena.

PALABRAS-LLAVE: Mercosur; traslado; condenados.

1. CONSIDERACIONES INÍCIALES

Un proceso de integración, como un agrupamiento de Estados decididos a fortalecer su actuación en el ámbito internacional, afecta también a sectores sociales, políticos y jurídicos, más allá de la cuestión puramente económica. Por lo tanto, debe ser estudiado de forma multidisciplinar, para así abarcar los diversos aspectos que permean la vida de los ciudadanos y de los Estados involucrados en el desarrollo del bloque.

El Mercosur, como bloque económico formado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, como Estados Parte, además de Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela[2] como Estados Asociados, es un proceso de integración que, allende de los objetivos de establecer un arancel externo común, adoptar una política comercial común con relación a terceros Estados, coordinar políticas macroeconómicas y sectoriales, armonizar la legislación de los Estados Parte e instituir las cuatro libertades[3] fundamentales a la estructuración del bloque, también busca la conformación de la integración regional de otras formas, no meramente comerciales, en donde una de ellas es la cooperación o ayuda internacional entre los Estados involucrados con los compromisos y principios asumidos en la firma del Tratado de Asunción.
Teniendo en cuenta ese objetivo mayor, la cooperación internacional asume un rol cada vez más importante en el seno del bloque, en la medida que, conforme afirma el profesor Eduardo Tellechea Bergman:

> "no es posible que entre países en vías de integración, las fronteras de los Estados Partes se erijan en obstáculos casi insalvables al desarrollo de un proceso que incoado en uno de ellos requiera de actividad procesal a su servicio desplegada en alguno de los otros."[4]

De este modo, transponiendo el contexto de la cooperación internacional en general para el ámbito penal, lo que se verifica es que los Estados establecen asistencia mutua por medio del desarrollo de actividades jurisdiccionales recíprocas para la consecución de determinados fines, como medida de política criminal, en dónde surgen varios institutos, y entre ellos el del *traslado de condenados nacionales a su país de origen*, que configura un nuevo procedimiento penal que merece ser analizado con una mirada más atenta.

Bajo este paraguas, en la presente investigación, nos hemos propuesto a desarrollar con más afinco esta nueva forma de cooperación internacional, que se caracteriza por la transferencia de ciudadanos condenados al país de su nacionalidad o residencia habitual, para que allí puedan cumplir el resto de la pena pendiente de ejecución, dictada en

otro Estado, que es el Estado de condena[5]. La adopción de esta medida, como será visto en el transcurso del presente estudio, tiene por objetivo asegurar el respeto a los derechos humanos, y en especial, a la condición de extranjero y de persona humana, para lograr la reinserción social y la rehabilitación después del cumplimiento de la pena.

Esa forma peculiar de "entreayuda judicial penal entre los países que conforman la comunidad internacional"[6], y en el caso de la presente investigación, entre los países que conforman el Mercosur, será analizada a partir del nuevo concepto de soberanía estatal y de la moderna acepción de asistencia o cooperación internacional, para así llegar a la comprensión de la estructura de este nuevo instituto y a su finalidad última, pasando por el estudio de los principales convenios internacionales existentes sobre el traslado de condenados, para finalmente, poder ubicar la cuestión en el ámbito del Mercosur y allí desarrollar el tema.

2. LA FLEXIBILIZACIÓN DE LOS CONCEPTOS DE SOBERANÍA ESTATAL Y TERRITORIALIDAD DE LA LEY PENAL ANTE EL TRASLADO DE CONDENADOS

El fenómeno de la globalización, que asola el mundo desde hace rato, también trajo consecuencias para la justicia criminal en general, en la medida que posibilitó la internacionalización[7] de la relación jurídica decurrente de la práctica de un crimen. Eso porque, por ejemplo, el acometimiento de un delito y sus consecuencias jurídicas pueden no ocurrir dentro de las fronteras de un único Estado y además, la práctica de actos judiciales necesarios a la persecución penal tampoco se queda vinculada solamente a un único territorio, cuando se asigna un caso que involucra elementos que lo conectan a más de un país. Por otro lado, un sujeto que fue condenado en un Estado, puede no ser nacional o residente de este país, lo que llena de elementos de extranjería a la relación entablada y posibilita la toma de medidas procesales para trasladarlo al país de origen, que será el de ejecución de la pena.

Cuestiones como las arriba descriptas, sumadas a la necesidad de ayuda mutua procesal entre los Estados en pro de un objetivo común, están provocando un verdadero cambio en los conceptos tradicionales de soberanía y territorialidad, sobretodo.

Con relación a la soberanía estatal, es notorio que, en la actualidad,

su acepción pura o tradicional esté sufriendo mutaciones, una vez que no más puede ser considerada como sinónimo de poder ilimitado del Estado, ejercido contra los valores de la comunidad internacional y en detrimento de las posibilidades de cooperación internacional.

Así, teniendo en cuenta que el escenario internacional de hoy es otro, en donde los Estados, comúnmente agrupados en procesos de integración regional, ejercen juntos un rol cada vez más importante, desarrollando una política de coordinación[8], es latente la exigencia de una readaptación urgente del concepto arcaico de soberanía, que no más atiende a la necesidad de justicia, de garantía a los derechos fundamentales del hombre y de cooperación internacional[9].

Trasladando la materia al campo del derecho penal propiamente dicho, se verifica que el dogma de la impenetrabilidad del Estado dejó de tener la importancia que tenía, y hoy se encuentra relativizado, aún más delante de cuestiones que involucran elementos de extranjería y temas relacionados al cumplimiento efectivo del respeto a los Derechos Humanos[10]. En este contexto, el viejo concepto de territorialismo[11], nacido prácticamente como sinónimo del derecho penal, está sufriendo fisuras para adaptarse a la cooperación penal internacional que se plantea entre los Estados.

Con relación al tema de la complejidad presentada por el concepto de soberanía y sus correlatos, en materia de Derecho Penal, conviene destacar las lecciones del profesor Horacio Piombo, para quien:

> "dentro del campo jurídico abarcado por los Derechos Penal y Procesal Penal en su dimensión internacional, la anotada revolución ha contribuido decisivamente a derribar añejos obstáculos nacidos de excluyentes concepciones en torno a la soberanía, al principio de reciprocidad que es su natural corolario, y a la territorialidad de la ley penal. Esto, sin duda, permite enfrentar con mayores probabilidades de buen éxito los desafíos de un mundo complejo, interconectado y cambiante, donde asume rol de cuestión política vital combatir la creciente criminalidad itinerante, especializada y organizada, así como dar satisfacción a las exigencias de una comunidad

> que reclama eficacia no sólo en la prevención sino también en el tratamiento de la delincuencia."[12]

De ser así, se verifica que la cooperación penal internacional es necesaria para el reconocimiento de la validez jurídica de la actividad de un Estado dentro de las fronteras territoriales de otro, igualmente soberano, lo que termina por ablandar los principios clásicos de soberanía y territorialidad en pro de objetivos mayores.

3. LA COOPERACIÓN PENAL INTERNACIONAL: NOCIONES BÁSICAS

Partiendo del supuesto anterior, cumple en este momento calificar la expresión "cooperación penal internacional", en líneas generales, para que se pueda ubicar, dentro de este contexto, el traslado de condenados, como nuevo instituto del derecho procesal penal internacional. Para tanto, es necesario traer a la colación la definición de cooperación, brindada por el profesor uruguayo Eduardo Tellechea Bergman, según el cual:

> "entendemos por cooperación o asistencia penal jurisdiccional internacional toda aquella actividad procesal desplegada en territorio de un Estado a solicitud o ruego de las autoridades competentes de otro y al servicio de un proceso penal incoado o a incoarse en el extranjero".[13]

Complementando el concepto supra mencionado, con la mirada puesta a la finalidad de la cooperación jurídica internacional, la cual debe estar relacionada a un estatuto global integrado de solidaridad y garantías[14], la profesora brasileña Carolina Yumi de Souza advierte que:

> "a cooperação jurídica internacional pode ser considerada como um intercâmbio entre Estados soberanos, destinando-se à segurança e à estabilidade das relações transnacionais. Tem por premissas fundamentais o respeito à soberania dos Estados e a não-impunidade dos delitos.

> Em sentido lato, engloba todos os atos públicos (legislativos, administrativos e judiciais). Para o nosso escopo, de medidas a serem tomadas no âmbito da persecução penal, compreende os atos judiciais não decisórios, de mera comunicação processual (citação, notificação e intimação) e decisórios, além daqueles destinados à instrução probatória.
> Assim como mencionado, tendo em vista que um Estado somente possui jurisdição dentro de seu território, faz-se necessária a cooperação entre os diversos Estados quando há necessidade da produção de uma medida extraterritorial."[15]

De esta forma, para que sea posible la producción de medidas de forma extraterritorial, existen diversos instrumentos legales que pueden ser usados para tramitar y ejecutar un pedido de cooperación internacional, los cuales son definidos en razón de su objeto, del procedimiento empleado, de la autoridad de la cual emanan y de su embasamiento legal. En este sentido, el principal instrumento, generalmente empleado por los más diversos países para las más diversas finalidades es la carta rogatoria o exhorto, que puede tramitar por vía diplomática o consular, por medio de autoridades centrales[16], entre otras formas de cooperación, dependiendo de lo que fue pactado entre los países por medio de tratados bilaterales o multilaterales o de la regulación del derecho interno de cada uno de ellos.

En este contexto, surge lo que la doctrina denomina de grados o niveles de cooperación, según la intensidad de la profundización y la complejidad que revista la solicitud cooperante, además del modo como su prestación afecta a los derechos de los individuos y al propio Estado que brinda la asistencia o ayuda internacional.

Respecto al tema, cabe destacar el posicionamiento del doctor Eduardo Tellechea Bergman, ya citado, para quien:

> "en tal sentido cabe señalar un primer nivel asistencial comprensivo a su vez de dos escalones. Uno, relativo al auxilio de mero trámite – citaciones, intimaciones, emplazamientos,

> notificaciones – llevado a cabo en un país a requerimiento de autoridades competentes de otro, grado en el que la entreayuda internacional afecta de modo mínimo al Estado que la brinda y en el que su prestación no implica mayor coerción y se verifica casi instantáneamente. El segundo escalón, más complejo, está constituido por la cooperación probatoria. El diligenciamiento de prueba fuera de fronteras supone una actuación procesal de mayor complejidad especialmente en materia penal. Tal la realización de inspecciones y registros, casos en los que resulta exigible el requisito de la doble incriminación.
>
> La cooperación internacional de segundo nivel refiera al auxilio cautelar, tipo de asistencia que supone una mayor complejidad y coerción y cuyo objeto en materia penal puede referir tanto a asegurar los instrumentos y frutos del delito, cuanto la reparación del daño civil emergente del mismo.
>
> El tercer nivel de asistencia penal comprende tipos de auxilio aun más intensos, tales la incautación y transferencia de bienes decomisados y la entrega de documentos y antecedentes.
>
> En relación al segundo y tercer grado de asistencia es exigible la doble incriminación."[17]

De esta forma, en el intento de ubicar el tema del traslado de condenados a su país de origen en el escenario supra mencionado, entendemos que este tipo de cooperación penal internacional se sitúa en el tercer nivel de cooperación, ya que transferir un extranjero, condenado en el país en donde cometió el delito, a su país de nacionalidad o de residencia habitual, para que allí cumpla la condena que le fue impuesta, no es un procedimiento de mero trámite, probatorio o cautelar[18]. Eso porque, acá se está hablando de ejecución penal, que, por lo tanto, afecta a la libertad individual de la persona. Es decir, la sentencia de condena dictada en un proceso penal, la cual ya transitó en juzgado, tendrá que ser ejecutada en el territorio de otro Estado, lo que implica el reconocimiento, por parte de éste, de la eficacia de la decisión de mérito

adoptada por el país de condena. No se habla más de cognición, pero sí de ejecución penal, un escalón igualmente complejo[19].

4. EL TRASLADO DE CONDENADOS

Ahora que ya se sabe que el traslado de condenados es típicamente un mecanismo de cooperación penal llevada a cabo entre Estados, conviene adentrar con afinco en el instituto, para determinar su concepto, finalidad, el contexto histórico donde surgió, los principales requisitos adoptados por los tratados internacionales para la concesión de este pedido de ayuda procesal internacional y los límites a su concesión, como forma de hacer un análisis sucinto de los diversos instrumentos convencionales surgidos en el contexto internacional, con especial atención a la realidad del Mercosur.

4.1. CONCEPTO, OBJETO Y FINALIDADES DEL TRASLADO

El traslado de condenados a su país de origen es un nuevo instituto que viene suscitando muchas dudas y problemas, una vez que está poco explotado en el ámbito doctrinario. Lo que se sabe, entre otras cosas, es que se trata de una estructura del Derecho Penal Internacional, subordinada a los principios propios del derecho procesal en general, tales como la eficacia, celeridad, economía procesal, y a los principios específicos de la cooperación penal internacional[20].

Felizmente, algunos especialistas del Derecho Criminal están dedicándose a la materia, en mayor o menor medida. En este contexto, cabe destacar el relevante estudio realizado por el profesor argentino Horacio Daniel Piombo, que ya en 1991, respecto a este nuevo instituto, destacó que:

> "en una apreciación primaria y desprovista de matices, cabe entender por transferencia internacional de condenados la entrega de un sentenciado a pena privativa de libertad que el Estado que ha dictado la respectiva condena hace al Estado de la nacionalidad o residencia permanente del condenado – sea a

> requerimiento del sentenciado, sea a iniciativa de cualquiera de los países interesados – para que la condena pronunciada se cumpla en establecimientos carcelarios del último Estado con la finalidad de evitar los efectos negativos de la extranjería o la falta de arraigo territorial en el período ejecutivo de la sanción. Semejante desplazamiento configura, en la interrelación sistemática que forman delito, proceso y pena, uno de los supuestos de extraterritorialidad del Derecho a través del reconocimiento y ejecución de sentencias penales extranjeras; aunque exhibiendo particularismos en cuanto atañe a su télesis, dado que la doctrina de la ejecución territorial fue, por el contrario, primigeniamente pensada para evitar los inconvenientes irrogados por el desplazamiento internacional de personas connatural a la extradición de condenados. En cambio, desde el punto de vista procesal la ruptura con los procedentes es más notoria, puesto que significa una escisión entre cognición y ejecución, tradicionalmente unidas bajo el imperio de la *lex fori*, reservando para la primera etapa la clásica competencia territorial – que atiende en mejor medida los intereses relacionados dado que se traduce en inmediatez probatoria y en mayor poder ejemplarizador de la sanción -, mientras que para la segunda hoy se reputa como más adecuada la competencia personal (nacionalidad o domicilio), atento a los valores humanos comprometidos. A su vez, desde el punto de vista penitenciario implica una 'ejecución delegada' de la pena de prisión, que transfiere múltiples potestades referidas a la vigilancia y tratamiento del sujeto pasivo."[21]

A partir de las contribuciones arriba mencionadas, verificase que el traslado o transferencia de condenados, como nuevo instituto en materia de ejecución de sentencia penal extranjera, tiene como objeto principal el cumplimiento de pena privativa de libertad[22]. Empero, como bien

advierte la doctora Ela Wiecko V. de Castilho, el objeto de la transferencia también comprende:

> "vigilância, liberdade condicional, antecipada ou vigiada, condenação condicional (Bolívia); suspensão condicional da pena e liberdade condicional, antecipada ou vigiada (Argentina); suspensão condicional da pena, liberdade condicional ou regime em meio aberto (Paraguai); execução condicional, liberdade vigiada e outras formas de supervisão sem detenção (Convenção Interamericana); medida de segurança para inimputáveis (Peru, Portugal e Convenção Interamericana); vigilância ou outras medidas aplicadas a menores infratores (Canadá, Chile, Espanha, Bolívia, Argentina, Convenção Interamericana), medida privativa aplicada a menores infratores (Paraguai)."[23]

Por otro lado, con relación al fundamento material del nuevo instituto, es interesante traer a la colación el estudio del profesor brasileño Artur de Brito Gueiros Souza, según el cual existen cuatro justificativas que sirven de base para el traslado de condenados extranjeros:

> "(i) custo financeiro da gestão da população prisional estrangeira; (ii) irracionalidade da execução penal dirigida ao preso estrangeiro, cuja finalidade é a reinserção social do condenado, se, ao final, ele é expulso para o seu país de origem; (iii) o Estado deve assumir a tarefa de execução da pena de seu nacional, pois faz parte da responsabilidade pela violação da ordem jurídico-penal de outro Estado; (iv) princípio da humanidade, que exige minorar o sofrimento de quem se encontra encarcerado e distante do seu círculo familiar e cultural."[24]

En este contexto, verificase que los fundamentos de la transferencia de condenados, supra presentados, coadunan las distintas finalidades que

permean el instituto, y que a su vez están vinculadas a la cooperación mutua o recíproca en materia penal entre los Estados, a la buena administración de justicia, y, sobretodo, a la promoción o facilitación de la rehabilitación o reinserción social de la persona condenada.

Así, partiendo del supuesto que la pena tiene un carácter reeducador y de defensa social, la posibilidad de transferir un condenado extranjero a su país de nacionalidad o de residencia habitual, parece la mejor alternativa en el sentido de viabilizar la readaptación social del sentenciado, después del cumplimiento de la pena. Este es, pues, el entendimiento del penalista Horacio Daniel Piombo, para quien:

> "en la vida carcelaria el no nacional tiene en su contra, las más de las veces, el aislamiento que provocan las barreras lingüísticas y culturales, así como el distanciamiento de las relaciones afectivas. (…) La readaptación social o 'resocialización' tiende a cumplimentarse mejor en 'un medio familiar al condenado' y no en un país en el que se encuentra por motivos circunstanciales y del cual generalmente 'ignora lengua y condiciones de vida'. Además, el ambiente nativo es el propicio, en virtud del apoyo material y moral que pueden arrimar familiares y amigos, para que el juez otorgue con mayor facilidad la liberación condicional, negada frecuentemente a los extranjeros en atención a 'que su retorno al país de origen para sustraerse a la condenación es más que previsible', y de tal suerte para que los extranjeros no sufran, en mayor medida, penas privativas de libertad de cumplimiento efectivo. Con tal sustentación, el instituto quedó vinculado al principio de humanidad, uno de los tres pilares básicos que articulan la política criminal de un Estado democrático moderno, cuyo afianzamiento legislativo principia en la década de los años sesenta."[25]

De esta forma, claro está que la finalidad principal y que por lo tanto nortea el traslado de condenados está vinculada directamente

a la protección de los derechos del hombre y de sus garantías fundamentales[26], una vez que lo que se busca es la aproximación del detenido a su familia y su ambiente social y cultural, como medida de apoyo psicológico y emocional que facilite su rehabilitación después del cumplimiento de la pena[27].

Esa finalidad, a su vez, está en consonancia con lo expresado en los inúmeros convenios internacionales[28] de protección a la dignidad de la persona humana, tales como la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que No son Nacionales del País en que Viven[29] y, especialmente, viene al encuentro de lo estatuido en la Declaración de Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, adoptada en 14 de diciembre de 1990, por las Naciones Unidas, la cual establece que:

> "con excepción de aquellas limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, así como de los demás derechos estipulados en otros instrumentos de las Naciones Unidas."[30]

Además, conviene destacar que la transferencia de reclusos, específicamente, está prevista como una de las formas de cooperación a ser desarrollada entre los países en el artículo 39 del Anexo a los Principios Orientadores a la Prevención del Delito y a la Justicia Penal en el Contexto del Desarrollo de un Nuevo Orden Económico Internacional, editado en el marco del Séptimo Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

4.2. HISTÓRICO DEL INSTITUTO

En razón de la dificultad de encontrar doctrina a respecto del traslado de condenados, precisar el origen del instituto es una tarea un tanto problemática. No obstante, intentaremos, con la ayuda de los pocos escritos sobre el tema, trazar algunas líneas generales con la finalidad de ubicar esa especie de cooperación penal internacional en el tiempo.

De este modo, según la profesora brasileña Ela Wiecko V. de Castilho, la transferencia de personas condenadas en un país para cumplir pena en otro fue empleada, por primera vez en el mundo, en 1951.[31] En esta fecha, se celebró entre Líbano y Siria el primer tratado específico sobre transferencia de presos civiles.

Diez años más tarde, es decir, a partir de 1961, en los convenios en materia de justicia celebrados entre Francia y sus ex-colonias africanas se insertaron cláusulas tales como la constante del artículo 29 del Acuerdo entre Francia y Costa del Marfil de 24/04/1961, cuyo texto establecía que la persona originaria de uno de los dos Estados contratantes condenada a una pena de prisión o a una pena más grave, a requerimiento del otro gobierno, debe ser remitida a las autoridades del Estado del cual es ciudadana.[32]

En 1963, se firmó el Acuerdo Escandinavo de Cooperación entre Finlandia, Islandia, Noruega, Suecia y Dinamarca, sobre la materia, el cual se aplicaba a sentenciados con pena de más de dos años[33].

En nuestro continente, el primer tratado sobre traslado de condenados a su país de origen fue celebrado en 25/11/1976, entre México y Estados Unidos, el cual permitía a ciudadanos de uno y otro Estado cumplir las sentencias penales en las cárceles de su respectivo país.[34] Luego después de la firma de este Tratado Marco, fueron celebrados acuerdos bilaterales entre Estados Unidos y otros países americanos, tales como Canadá (02/07/1977), Bolivia (10/02/1978), Panamá (11/01/1979), Perú (06/07/1979), entre otros.

Específicamente, en el ámbito de las Naciones Unidas, el tema entró en la agenda del 5º Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, realizado en Ginebra, en 1975, oportunidad en la cual fue presentado un estudio realizado por la Asociación Internacional de Ayuda al Preso. El Congreso subsecuente, ocurrido en Caracas, en 1980, aprobó una Resolución determinando que fuese elaborado un modelo

de acuerdo para transferencia de presos, a ser sometido a apreciación por la Asamblea General de la ONU.[35] El acuerdo modelo mencionado finalmente fue elaborado por ocasión de la realización del 7º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, ocurrido en Milán, en 1985, y tiene como objetivo facilitar la realización de tratados bilaterales por parte de los países miembros de la ONU sobre la materia[36].

A pesar de los esfuerzos citados anteriormente y que resultaron en la elaboración de convenciones internacionales con vistas a reglamentar la materia, conforme destaca el profesor Artur de Brito Gueiros Souza, la difusión internacional del instituto ocurrió solamente a partir de la celebración de la Convención Europea sobre Transferencia de Personas Condenadas[37], hecha en Estrasburgo, en 21/03/1983, la cual tuvo como Estados ratificantes los que integraban el Consejo de Europa, más Estados Unidos, Canadá, Bahamas, Chile, Costa Rica, Panamá, Trinidad y Tobago, Turquía, Israel y Tonga[38]. El convenio mencionado, además, fue acompañado de un Proyecto de Recomendación referente a los detenidos extranjeros que se hallaren en los establecimientos penitenciarios de los Estados de condena, destinado a reducir el aislamiento y los obstáculos lingüísticos, buscando la facilitación del contacto con autoridades consulares y la ayuda de organismos sociales[39].

En la década del 80, en el ámbito interamericano, comenzaron estudios para la elaboración de una Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero. El Proyecto inicial fue presentado por el Comité Jurídico Interamericano y aprobado en 1987. Pero, solamente en 1993, en Managua, Nicaragua, se dio la celebración de la Convención mencionada, la cual, en su versión final, se destinó solamente al traslado de personas condenadas al país de su nacionalidad.

En el ámbito Mercosur, con relación a los países miembros, fueron celebrados una serie de tratados bilaterales, respecto al traslado, entre la década del 90 y comienzo del nuevo siglo, los cuales serán vistos más adelante.

Específicamente con relación a Brasil y Argentina, es interesante mencionar que el Tratado sobre Traslado de Nacionales Condenados

y Cumplimiento de Sentencias Penales, firmado en Buenos Aires, en 11/09/1998, tuvo su primer aplicación en mediados de 1999, cuando los hermanos Horacio y Humberto Paz, de nacionalidad argentina, fueron trasladados desde Brasil, donde fueron condenados a una pena privativa de libertad de 28 años por el secuestro del empresario Abilio Santos Diniz, a su país de origen[40].

En el caso de Brasil, el secuestro del empresario mencionado, que tuvo gran repercusión nacional, sirvió para despertar el interés en el uso del traslado como nueva forma de cooperación penal internacional. En este sentido, destaca la profesora Ela Wiecko V. de Castilho:

> "no Brasil, o interesse acerca do tema da transferência de presos estrangeiros para os seus países começou com o rumoroso caso da extorsão mediante seqüestro de Abílio dos Santos Diniz, ocorrido em dezembro de 1989. O crime foi praticado por um grupo de pessoas que, à exceção de um brasileiro, eram todas estrangeiras (dois argentinos, cinco chilenos, dois canadenses). No curso da execução penal foram celebrados tratados com o Canadá (1992), Argentina (1998) e Chile (1998), vindo a permitir a transferência dos estrangeiros para os seus países de origem a fim de lá continuarem o cumprimento da pena privativa de liberdade."[41]

Posteriormente a los tratados bilaterales celebrados entre los Estados que componen el Mercosur, fue firmado entre ellos el Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur, en 16 de diciembre de 2004, y entre ellos y Bolivia y Chile, en la misma fecha. En 20 de junio de 2005 fue hecha una Enmienda a este Acuerdo, con relación a la duración del tratado y al país depositario. Además, también en 20/06/2005, fue firmado el Protocolo sobre Traslado de Personas Sujetas a Regímenes Especiales Complementario al Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile. Ambos tratados internacionales todavía no están vigentes, pues dependen de la incorporación al ordenamiento jurídico interno por parte de algunos de los países involucrados, como se verá en adelante.

4.3. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE EL TRASLADO DE CONDENADOS Y OTROS INSTITUTOS PENALES

Ahora que ya se tiene dibujado el concepto y los elementos que fundamentan el traslado de condenados a su país de origen, conviene trazar las diferencias y semejanzas entre este nuevo instituto y otros, ya existentes en el Derecho Penal Internacional, tales como la extradición, la expulsión de delincuentes, el intercambio de prisioneros y el traslado de detenidos para la producción de pruebas, para que así sea posible visualizar las particularidades que permean esta nueva modalidad de cooperación penal.

Antes que nada, en primer lugar, es necesario aclarar que los institutos supra mencionados, es decir, la extradición, la expulsión, el intercambio de prisioneros y el traslado de detenidos para la producción de pruebas tienen en común con el traslado de condenados a su país de origen, la figura del desplazamiento de la persona hacia otro país, más allá de la cuestión de ambos pertenecieren a la rama de la cooperación penal internacional. Empero, como se verá brevemente, son institutos jurídicos que se diferencian entre sí, en razón de la finalidad a que cada uno se destina.

La extradición, considerando que es un acto por el cual un Estado entrega un individuo a otro Estado que lo reclama para someterlo a juicio penal o a la ejecución de una pena[42], presenta similitudes con relación a los actos materiales que configuran el traslado de condenados, una vez que también se refiere a la ejecución de una sentencia penal extranjera de condena. Empero, según el profesor Horacio Daniel Piombo,

> "dicho acercamiento no alcanza a las finalidades, toda vez que en la extradición prima el interés del Estado en cuya jurisdicción tramita el proceso, consistente en mantener enhiesta la función de retribución y satisfacción del orden jurídico violado por el delito, así como la de prevención general que asume el cumplimiento de la pena en la comunidad donde el violador de la ley cometió su agresión.[43]

En el ámbito Mercosur, más allá de la existencia de tratados bilaterales entre los Estados Miembros y Asociados, la extradición se encuentra reglamentada por medio de las Decisiones CMC Nº 14/96 y 15/96, que instituyeron, respectivamente, el Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Partes del Mercosur, el cual fue firmado en 10/12/1998, en Rio de Janeiro, todavía no vigente para la Argentina[44] y el Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, firmado en la misma fecha, todavía pendiente de la ratificación por parte de Argentina y Chile.

Con relación al traslado de detenidos para la producción de pruebas[45] en otro país, tales como declaraciones, careos, etc, conviene destacar que más allá que haya el desplazamiento del detenido tal como ocurre en la transferencia de condenados, las finalidades no convergen, una vez que en el primero, el objetivo es la producción de pruebas, configurando una cooperación procesal penal de primer grado, y en el segundo, el objetivo mayor se refiere a la ejecución de la sanción impuesta por el país de condena, buscando la reinserción del condenado, después de cumplida la pena, a su país de nacionalidad o de residencia habitual. Además, en el primero, el traslado es temporario, mientras que en el segundo éste es definitivo.

En el contexto interamericano, la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, suscripta en Nassau, Bahamas, en 23/05/1992, pendiente de ratificación solamente por Uruguay[46] entre los países mercosureños, fue una de las pioneras en abordar la materia. El traslado de detenidos, en esta Convención, recibió reglamentación en su artículo 20 que, a diferencia de otros instrumentos internacionales, establece expresamente la posibilidad de denegación del traslado en las siguientes hipótesis:

> "a. si la persona detenida o que se encuentre cumpliendo una pena negare su consentimiento a tal traslado;
>
> b. mientras su presencia fuera necesaria en una investigación o juicio penal pendiente en la jurisdicción a la que se encuentra sujeta la persona;

> c. si existen otras consideraciones de orden legal o de otra índole, determinadas por la autoridad competente del Estado requerido o requirente."

Ya en el ámbito Mercosur, el Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales[47], Decisión CMC nº 02/96, firmado en San Luis, el 25/06/1996, actualmente vigente, reglamenta, en su artículo 19[48], el traslado de personas sujetas a proceso penal cuya comparecencia en la Parte requirente sea necesaria a los efectos del diligenciamiento de algún tipo de asistencia.

De acuerdo con este Protocolo, para que ocurra el traslado de la persona sujeta a proceso penal hacia el Estado requirente, es necesario el consentimiento previo, tanto de esta persona, cuanto del Estado requerido[49]. En este punto, tal instituto viene al encuentro de lo establecido en el traslado de condenados, pues esta modalidad de cooperación, como será visto más adelante, también requiere la concordancia previa del sentenciado para que ocurra el desplazamiento. Además, de acuerdo con lo que sostiene la profesora Solange Mendes de Souza,

> "a pedido da pessoa trasladada ou do Estado remetente, o Estado receptor deverá conceder um salvo-conduto para que aquela (a) não seja detida ou processada por delitos anteriores à sua saída do território do Estado remetente, (b) não seja intimada a declarar ou dar testemunho em procedimentos não especificados na solicitação, (c) não seja detida ou processada com base na declaração prestada, salvo em caso de desacato ou falso testemunho."[50]

El salvoconducto, en el Protocolo de San Luis, está disciplinado en su artículo 20 y contempla las hipótesis arriba descriptas, determinando, todavía, que en el caso de que la persona prolongue voluntariamente su estadía en el territorio del Estado receptor por más de 10 días a partir

del momento en que su presencia ya no fuera necesaria en ese Estado, el salvoconducto quedará sin efecto.

Por ende, en los mismos términos referentes al traslado de procesados penalmente, fue aprobado, por la Decisión CMC nº 12/2001, el Acuerdo sobre Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile, firmado en Buenos Aires, el 18/02/2002, pendiente de ratificación por parte de Brasil, Uruguay y Bolivia, pero vigente entre los demás países. Además, el 30/06/2008, en San Miguel de Tucumán, fue realizada la firma del Acta de Adhesión al Acuerdo por parte de la República del Ecuador[51].

En lo pertinente a la expulsión de delincuentes, la cual está íntimamente vinculada a la repatriación de condenados extranjeros, conviene destacar los apuntes del profesor Horacio Daniel Piombo, el cual, al trazar un paralelo entre esta y el traslado de condenados, afirma que:

> "si, a su vez, tomamos como elemento comparativo el acto material de alejamiento del condenado del Estado cuyas autoridades dictaron la sentencia condenatoria, la transferencia se relaciona con la expulsión de delincuentes extranjeros peligrosos; figura ésta que fue ampliamente propiciada en pronunciamientos doctrinales colectivos de fines del siglo diecinueve y comienzos del presente y que hoy, con algunas restricciones nacidas del derecho de defensa en juicio, es acogida en la mayoría de las legislaciones. Empero, la distinción entre ambas es clara, puesto que en la expulsión el extrañamiento de la jurisdicción del Estado no obedece a la existencia de un nuevo lugar de cumplimiento de la sanción como en la transferencia, sino a la conveniencia de alejar a quien revela potencial peligrosidad para perturbar la convivencia pacífica en el país donde reside. Desde luego

> que esa línea distintiva se torna menos neta cuando se trata de expulsiones de personas condenadas 'dirigidas' hacia el Estado donde la pena pendiente de ejecución fue inflicta; pero siempre operarán diferencias de finalidad y, a la postre, de fundamentos."[52]

Por ende, con relación al intercambio de prisioneros[53], instituto de origen norteamericano, resta decir que en éste, lo que ocurre es una repatriación recíproca de reclusos, que no se confunde con el traslado de condenados propiamente dicho, una vez que este último no exige el intercambio recíproco de condenados para que se haga efectivo, por lo que un sentenciado a pena privativa de libertad en el país A, puede cumplirla en el país B, que es su país de origen, sin que sea necesario que éste (país B), en cambio, de al país de condena (país A), un prisionero de su nacionalidad, por ejemplo.

De hecho, cabe mencionar que entre México y Estados Unidos, se hace la entrega periódica y recíproca de condenados "en bloque" o "grupos", a lo que se denominó entre ambos países "transferencia de condenados", lo que en verdad constituye un canje de sentenciados. Este procedimiento de naturaleza judicial-administrativa, tuvo lugar a partir de la firma del Tratado de Ejecución de Sentencias Penales, de 1977, en vigor hasta hoy entre ambos países[54].

4.4. CONDICIONES GENERALES PARA LA CONCESIÓN DEL TRASLADO

Una vez que ya se tiene en claro el concepto, la finalidad, y las diferencias presentadas con relación a otros institutos de naturaleza penal, cumple ahora destacar las principales condiciones, expresas en la mayoría de los tratados internacionales sobre traslado de condenados, para que se efectivice la petición de transferencia de un detenido del país de condena a una cárcel de su país de origen.

En este sentido, se pueden enumerar varias condiciones, las cuales

vía de regla están contempladas en instrumentos internacionales, sea de modo implícito o explícito. Entre ellas:

a) nacionalidad de la persona condenada correspondiente a la del Estado recibidor. Se sabe que la nacionalidad será calificada de acuerdo a lo establecido en el tratado, o, en última instancia, a lo que disponga la *lex fori.*

Por otro lado, es necesario mencionar todavía que existen instrumentos internacionales[55] que igualmente permiten la transferencia de condenados para el país en donde tenían el domicilio, la residencia habitual o el centro de vida, como justificativa para la búsqueda de su resocialización después del cumplimiento de la pena impuesta. En este contexto, relevantes son las palabras del profesor Horacio Daniel Piombo, para quien:

> "cabe notar que otro de los fundamentos invocados para sustentar la actuación del instituto: lograr un más apto medio para la resocialización del reo, sirve tanto para justificar la ejecución de la penalidad en el Estado patrio del condenado como en el país donde el sentenciado ha constituido su familia o donde posee el centro principal de sus negocios. De ahí, entonces, que en nuestros días se note una firme inclinación a ampliar el ámbito de validez personal de esta clase de acuerdos, extendiéndolo a los domiciliados y residentes permanentes, o por lo menos, haciendo jugar el domicilio o la residencia permanente en el Estado de condena como obstáculo a la transferencia hacia el país de la nacionalidad. Desde luego que el avance de las posiciones humanísticas permite pronosticar una preferencia por la tesis más comprensiva que, coetáneamente, sirve para demostrar la emancipación de la transferencia de condenados de los principios clásicos del derecho penal internacional, en cuya área la nacionalidad asume rol casi excluyente como punto de conexión de índole personal."[56]

b) Tránsito en juzgado de la sentencia de condena a pena privativa de libertad. Para que se pida el traslado de condenado, es necesario que la decisión que impuso la pena ya esté firme y sea definitiva, es decir, no más pendiente de revisión, siendo, por lo tanto, pasible de ser ejecutada.

Además, cumple destacar que el Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas, ya mencionado, en su artículo 2º, añade que también se accede a la transferencia de condenados, en los casos de condena condicional o libertad condicional, anticipada o vigilada.

c) Suficiente lapso de pena pendiente de cumplimiento. En el momento de realización de la solicitud de transferencia, es necesario analizar si todavía queda un tiempo razonable para el cumplimiento de la pena. El mínimo comúnmente aceptado es de seis meses, lo que puede llegar a inviabilizar el traslado en razón de la demora en la tramitación del pedido[57].

Con relación al lapso temporal, es interesante reiterar lo que ya fue mencionado en otra oportunidad en esta investigación, respecto a la disparidad de criterios entre la Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero, la cual, en su artículo 3º, inciso 6, impone como condición para la concesión del traslado que el tiempo de la condena por cumplirse al momento de hacerse la solicitud sea de por lo menos seis meses, mientras el Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur, todavía no vigente, adopta, en su artículo 3º, inciso 6, el plazo de un año, permitiendo, no obstante, que los Estados Partes acuerden el traslado aún cuando la duración de la pena por cumplir sea inferior a este lapso temporal. De igual forma, muchos acuerdos bilaterales entre miembros del Mercosur y terceros Estados asignan el plazo de un año como mínimo de pena a cumplirse al momento de la solicitud del traslado[58].

d) Consentimiento voluntario de la persona condenada. El sentenciado a pena privativa de libertad debe ser previamente informado de las consecuencias jurídicas de la transferencia y concordar expresamente con esto, por escrito. Esto es, por ejemplo, lo que dispone la Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero[59] (art. 3º, inciso 2), el Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur (art. 3º, inciso 2) y los tratados bilaterales celebrados.

Con respecto al traslado de condenados que estén sometidos a regímenes especiales, tales como menores, mayores inimputables y quienes hubieren obtenido el beneficio de la suspensión del juicio a prueba o suspensión condicional del procedimiento, es interesante hacer alusión al Protocolo sobre Traslado de Personas Sujetas a Regímenes Especiales (Complementario al Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile)[60], firmado en Asunción, el 20/06/2005, el cual, en su artículo 3º, inciso 2, exige que se haya dado el consentimiento expreso de la persona legalmente facultada para otorgarlo, conforme a las normas de Derecho Internacional Privado y a lo dispuesto en el artículo 3º, inciso 2 del Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas, firmado en el ámbito Mercosur.

Además, antes de ser efectuada la transferencia, el Estado receptor podrá verificar, por medio de funcionario designado, si el consentimiento se hizo de modo regular[61], de forma a "evitar situaciones anómalas que puedan ser – en realidad – expulsiones encubiertas unilaterales por voluntad del Estado sentenciador."[62]

e) Doble incriminación del hecho como crimen. El hecho que originó la sentencia de condena debe estar previsto como delito también en la legislación del país receptor del reo. Acá, conviene destacar que, según la Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero, artículo 3º, inciso 3, no se llevan en cuenta las diferencias en materia de calificación y aquellas que no afecten la naturaleza del crimen[63].

f) Conformidad con el orden público del Estado receptor. Esta advertencia está relacionada con el respeto al orden público del Estado en donde el condenado irá a cumplir la pena, después de trasladado. Es decir, la aplicación de la decisión de condena, dictada en el Estado sentenciador, no puede ser contraria al orden jurídico interno del Estado receptor, conforme advierte, por ejemplo, el artículo 3º, inciso 7 del Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur.

Muchos tratados, respecto a esa cuestión, igualmente imponen como condición para el traslado que la condena impuesta no sea pena de muerte o prisión perpetua[64].

g) Concordancia de los Estados involucrados con la transferencia. Ambos

Estados, tanto el sentenciador, cuanto el receptor, deben dar su aquiescencia para que el traslado se efectivice.

Por ende, además de estas condiciones generales, presentes en los tratados multilaterales sobre la materia, ya referidos, y en la mayoría de los tratados bilaterales firmados entre los Estados Miembros del Mercosur y terceros países, existen otras, muy puntuales, que son encontradas en algunos de estos tratados bilaterales.

Para ejemplificar la cuestión, es necesario citar algunos de estos convenios, como por ejemplo: el Tratado entre Brasil y Argentina sobre Traslado de Condenados Nacionales y Cumplimiento de Sentencias Penales, el cual, en su artículo 4º, inciso "e", exige que el condenado haya reparado los daños causados a la víctima, en la medida que esto haya sido posible; el Convenio entre Argentina y Bolivia sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales, que en su artículo 4º, inciso "e" requiere que el interno haya cumplido con el pago de multas, gastos de justicia, reparación civil o condena pecuniaria de toda índole que estén a su cargo conforme a lo dispuesto en la sentencia condenatoria, o que garantice su pago a satisfacción del Estado Sentenciador; el Tratado entre Brasil y Paraguay sobre Transferencia de Personas Condenadas y de Menores bajo Tratamiento Especial[65], que en su artículo 3º, inciso "f", sigue la misma regla del convenio mencionado anteriormente, añadiendo que el condenado debe comprobar la inexistencia de trámite de demanda por indemnización en la jurisdicción civil del Estado remitente, pero, exceptúa de tales exigencias el preso que compruebe su absoluta insolvencia.

4.5. LIMITACIONES AL ESTADO RECEPTOR Y DERECHOS DE LA PERSONA TRASLADADA

Una cláusula que es común a todos los tratados analizados, entre otros, es que la persona transferida o trasladada para cumplir el restante de la pena en su país de origen no podrá ser detenida, procesada o condenada nuevamente en el Estado receptor por el mismo crimen que motivó la sentencia condenatoria en el Estado remitente. Esa limitación está basada en el principio del "*no bis in idem*"[66], en donde se establece que una persona no puede ser juzgada y condenada dos veces por el mismo delito.

Otra cuestión importante es que la pena deberá ser cumplida de acuerdo a lo que prescribe la ley y los procedimientos del Estado receptor. Es decir, la ley aplicable a la ejecución penal será la ley del Estado que esté ejecutando la pena. En este sentido, son relevantes las observaciones de la profesora Carolina Yumi de Souza, según la cual:

> "não haverá cooperação se um Estado quiser impor ao outro a sua própria legislação ou o seu entendimento sobre a matéria. Respeitadas as garantias individuais internacionalmente reconhecidas, cada Estado é livre para aplicar suas próprias normas e procedimentos em seu território, sempre visando à efetividade da medida solicitada."[67]

Con relación a la temática, la Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero, en su artículo 7º, inciso 2, advierte que más allá de respetarse y aplicarse la ley del Estado receptor para el cumplimiento de la condena de la persona trasladada, "inclusive la aplicación de cualesquiera disposiciones relativas a la reducción de períodos de encarcelamiento o de cumplimiento alternativo de las condenas"[68] quedará a cargo de este Estado, no pudiendo éste, sin embargo, prolongar la duración de la condena más allá de la fecha en que ésta estaría concluida según los términos de la sentencia del tribunal del Estado sentenciador[69]. Empero, esta posibilidad de reducción de pena o de cumplimiento alternativo no es acepta por muchos Estados, que en la calidad de remitentes, se preocupan con la aplicación del dictamen condenatorio proferido en su jurisdicción, para que la transferencia no se transforme en una válvula de escape a la punición. En este sentido son las observaciones de la profesora Ela Wiecko V. de Castilho, que al analizar el caso del derecho brasileño, asevera que: "por isso, Brasil opôs reserva a possibilidade de redução de período de prisão ou do cumprimento alternativo da pena, conforme facultado pelo art. VII, 2, da Convenção Interamericana."[70]

Por otro lado, como situaciones peculiares respecto al tema, se puede citar: el Tratado entre Brasil y Argentina sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales, que en su artículo 11 establece que incluso las condiciones para el otorgamiento y la

revocación de la libertad condicional, anticipada o vigilada se regirán por las leyes del Estado receptor; y el Tratado celebrado entre Brasil y Paraguay sobre Transferencia de Personas Condenadas y de Menores bajo Tratamiento Especial que admite el cambio de régimen de la pena privativa de libertad, en su artículo 10.[71]

Empero, conviene todavía destacar que todos los instrumentos internacionales dan jurisdicción exclusiva al Estado sentenciador, remitente o de condena, en lo pertinente a los procedimientos referentes a anulación, modificación, revisión, o cese de efectos de las sentencias dictadas por sus tribunales. Con relación a la concesión de amnistía, indulto, perdón, o conmutación[72] de la condena impuesta existen posiciones divergentes[73], pero, la mayoría, opta por asignar la jurisdicción exclusiva al Estado sentenciador. Es el caso, por ejemplo, del Convenio entre Argentina y Bolivia sobre Traslado de Nacionales Condenados (art. 10), del Tratado entre Brasil y Argentina sobre Traslado de Nacionales Condenados (art. 10), de la Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero (art. 8), del Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur (art. 10.2 y 11), entre otros[74].

Todavía con respecto a la sentencia de condena, es necesario hacer mención a la necesidad o no de incorporación de la decisión extranjera al ordenamiento interno del Estado receptor para que el condenado pueda allí cumplir su pena, lo que en Derecho Procesal Internacional se llama reconocimiento y ejecución de sentencia extranjera. Abordando la discusión, el profesor Horacio Daniel Piombo destaca que:

> "la diversidad de criterios en la elaboración convencional del instituto aflora en tema de recepción de la sentencia, puesto que por una parte están los convenios que estatuyen la ejecución del fallo tal cual ha sido pronunciado por la jurisdicción del país de condena o a través de un procedimiento de adaptación, mientras que por la otra se hallan los que adunan la posibilidad de convertir el pronunciamiento extranjero, mediante un trámite judicial o administrativo que debe dejar incólumes las declaraciones acerca de los hechos, en una decisión propia

> del Estado receptor del detenido, substitutiva de la sanción infligida en el Estado de condena. Desde luego que esta segunda solución, con las limitaciones que dimanan de la imposibilidad de agravar la situación del condenado y de cambiar la naturaleza de la pena que posibilitó la transferencia – *v. gr.:* convirtiendo la prisión en multa – resulta instrumentalmente más adecuada cuando existe disimilitud en la naturaleza de las sanciones privativas de libertad establecidas en las leyes de los Estados vinculados, o se trate de un marco multilateral abierto donde la previsible adhesión de Estados pertenecientes a distintos sistemas jurídicos irrogue esa posibilidad de disonancia."[75]

En nuestra opinión, pareciera que la opción más acorde a la realidad actual de los Estados, con especial referencia al Mercosur, es la que exige que la decisión extranjera de condena, para que surta los efectos referentes a la ejecución de la pena en el territorio del Estado receptor, deba pasar en éste por un trámite, sea él judicial o administrativo, que posibilite verificar, por ejemplo, si el dictamen proveniente del otro Estado no afecta a su orden público.

En el caso de Brasil, por ejemplo, actualmente se hace necesario que la decisión extranjera sea homologada por el Superior Tribunal de Justicia para que surta efectos en el territorio nacional. En este sentido, alerta el profesor João Marcello de Araújo Júnior:

> "uma vez homologada a sentença estrangeira, o processo de execução se desenvolverá segundo o que estabelecer a lei nacional. (...) É preciso ficar bem esclarecido, que o instituto da transferência de presos para execução de sentença de outro País, não importa em aplicação direta do direito estrangeiro. A partir da homologação, o País receptor aplicará, apenas, o seu próprio direito, não havendo sequer que se falar em lei mais favorável. Este é o sistema estabelecido pelos parceiros do Brasil nos tratados até agora

> assinados. Ambos têm como regras principais em seus direitos nacionais, os princípios da territorialidade e da aplicação indireta da lei processual estrangeira."[76]

Los demás Estados Miembros del bloque igualmente imponen la adopción de un procedimiento interno, generalmente judicial, para que la sentencia extranjera sea reconocida y debidamente ejecutada en sus territorios[77].

4.6. PROCEDIMIENTO PARA EL TRASLADO

Considerando que cada Tratado, sea él multilateral o bilateral, establece en sus disposiciones cómo se da el trámite del traslado de condenados a su país de origen, así como cada país, en su derecho interno, puede fijar sus propias reglas procesales pertinentes a la materia, en la presente investigación, vamos a tener por base el procedimiento dispuesto en el Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur, aunque éste todavía no se encuentre vigente, por ser muy semejante a lo establecido en la Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero y a lo dispuesto en los acuerdos bilaterales[78], considerando, además, que uno de los objetivos de esta nueva norma internacional es justamente homogeneizar el procedimiento del traslado en el bloque.

Siendo así, cumple traer a la colación lo dispuesto en el artículo 5º del Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas, supra referido, el cual establece el procedimiento a ser empleado para la transferencia de los sentenciados, en los siguientes términos:

> "El traslado del condenado, se sujetará al siguiente procedimiento:
> 1. El trámite podrá ser promovido por el Estado sentenciador o por el Estado receptor, a pedido de la persona condenada o de un tercero en su nombre. Ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada como impedimento para que el condenado solicite su traslado.
> 2. La solicitud será tramitada por

> intermedio de las Autoridades Centrales designadas conforme al artículo 12 del presente Acuerdo. Cada Estado parte del presente Acuerdo, creará mecanismos de información, cooperación y coordinación entre la Autoridad Central y las demás autoridades que deban intervenir en el traslado del condenado.
> 3. La solicitud de traslado deberá contener la información que acredite el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 3.
> 4. En cualquier momento, antes de efectuarse el traslado, el Estado sentenciador permitirá al Estado receptor verificar, si lo desea y mediante un funcionario designado por éste, que el condenado haya dado su consentimiento con pleno conocimiento de las consecuencias legales del mismo."[79]

De la lectura del artículo destacado, se verifica la importancia del rol de las Autoridades Centrales para la consecución de esta forma de cooperación penal internacional, una vez que entre ellas tramitará la solicitud de traslado, hecha generalmente a pedido de la persona condenada. La misma vía está prevista en la Convención Interamericana, la cual todavía permite que, a su defecto, la solicitud del traslado se gestione por vía diplomática o consular.

Por otro lado, es relevante subrayar todavía que la norma internacional mencionada también aborda la cuestión de que, tanto Estado sentenciador, cuanto Estado receptor, deberán establecer mecanismos para el intercambio de informaciones respecto al traslado. Así, el artículo 6º indica que el Estado sentenciador deberá suministrar al Estado receptor un informe conteniendo: a) el delito por el cual la persona fue condenada; b) la duración de la pena y el tiempo ya cumplido; c) una exposición sobre el comportamiento del condenado, para ver si se podrán aplicar los beneficios previstos en la ley del Estado receptor; d) una copia autenticada de la sentencia dictada por la autoridad judicial competente; e) un informe médico sobre el condenado; f) un informe social que pueda ser útil para la adopción de medidas que faciliten su rehabilitación social. También está permitido solicitar informes

complementarios. Empero, todos los documentos deberán estar acompañados de traducción al idioma del Estado receptor.

A su vez, el Estado receptor, conforme determina el artículo 7º del Tratado en estudio, deberá proporcionar al Estado de condena, documentación que acredite la nacionalidad o la residencia legal y permanente del condenado y copia de sus disposiciones legales en donde se verifique que el acto u omisión practicado por el condenado también constituye un delito con arreglo al derecho del Estado receptor.

Asimismo, es importante destacar los avances contenidos en los artículos 13 y 15 del Acuerdo en estudio, los cuales se refieren, respectivamente, a la ausencia de necesidad de legalizaciones y a la posibilidad de utilización de todo tipo de medios tecnológicos para la remisión de informes y documentación.

Por ende, conforme a lo dispuesto en el artículo 8º, una vez aceptado el pedido de traslado, el Estado receptor deberá comunicar de inmediato al Estado sentenciador la decisión por intermedio de las Autoridades Centrales. Además, las autoridades competentes acordarán el lugar de entrega del condenado, quedando el Estado receptor responsable por la custodia del condenado desde el momento de la entrega, corriendo los gastos relacionados con el traslado por cuenta del Estado sentenciador, hasta el momento referido[80].

5. PANORAMA GENERAL SOBRE LOS TRATADOS BILATERALES SOBRE TRASLADO DE CONDENADOS FIRMADOS ENTRE LOS MIEMBROS DEL MERCOSUR

Al trascurso de la presente investigación, inúmeros instrumentos internacionales referentes al traslado o transferencia de condenados a su país de origen fueron abordados, en el intento de delinear la estructura material y procesal de este nuevo instituto. Entretanto, queda hacer referencia de forma más puntual, a los convenios bilaterales que tienen relación con el ámbito Mercosur, en la medida que involucran sus Estados Miembros y Asociados. Así, más allá de los tratados específicos celebrados en el marco del bloque económico, tales como el Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Parte del Mercosur (Montevideo/2003) y el Protocolo sobre Traslado de Personas Sujetas a Regímenes Especiales (Asunción, 2005), todavía no

vigentes, existe una serie de acuerdos bilaterales firmados por Argentina, Brasil y Paraguay que merecen mención, aunque muchos ya hayan sido nombrados durante este trabajo.

Así, con relación a la Argentina, fueron firmados los siguientes acuerdos entre países miembros o asociados al bloque: a) Convenio con la República del Paraguay sobre Traslado de Personas Condenadas para Cumplimiento de Sentencias Penales (1995); b) Convenio con la República de Bolivia sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales (1996); c) Convenio con la República Bolivariana de Venezuela sobre Traslado de Condenados (1996); d) Convenio con la República de Perú sobre Traslado de Personas Condenadas (1998); e) Tratado con la República Federativa de Brasil sobre Traslado de Condenados (1998); f) Tratado con la República de Chile sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales (2002)[81].

Brasil, a su vez, celebró los siguientes acuerdos bilaterales relacionados a la materia: a) Tratado con la República de Chile sobre Transferencia de Presos Condenados (1998); b) Tratado con la República Argentina sobre Traslado de Condenados (1998); c) Acuerdo con la República de Bolivia sobre Transferencia de Nacionales Condenados (1999); d) Tratado con la República de Paraguay sobre Transferencia de Personas Condenadas y de Menores Bajo Tratamiento Especial (2000); e) Tratado con la República de Perú sobre Transferencia de Presos (2003)[82].

Paraguay tiene los siguientes convenios: a) Convenio con la República Argentina sobre Traslado de Personas Condenadas para Cumplimiento de Sentencias Penales (1995); b) Tratado con la República Federativa de Brasil sobre Transferencia de Personas Condenadas y de Menores Bajo Tratamiento Especial (2000); c) Tratado con la República de Perú sobre Traslado de Personas Condenadas y de Menores Bajo Tratamiento Especial (2001)[83].

Por ende, con relación a Uruguay, lo que se observa es que este país no realizó ningún tratado bilateral para el traslado de condenados con sus países vecinos o integrantes del Mercosur[84]. Entretanto, como sostiene Santiago Deluca, con relación a este país se aplican las normas de uso consuetudinario vigentes[85].

6. EL DERECHO DE FUENTE INTERNA DE LOS ESTADOS MIEMBROS REFERENTE AL TRASLADO

A los Estados, como entes soberanos, les es dada la facultad de reglamentar, en el ámbito interno, el sistema adoptado en sus territorios para el traslado de condenados extranjeros, como política criminal en materia de cooperación penal internacional y que les servirá como regla a ser adoptada en caso de no haber un convenio internacional entre Estado de condena y Estado receptor del condenado.

Teniendo en cuenta este contexto, cumple analizar, aunque de forma breve, la legislación de cada uno de los Miembros del Mercosur, a fin de detectar si el traslado está reglamentado en sus ordenamientos internos o no.

Con relación a la Argentina, desde 1996, la cuestión ya había sido reglamentada por medio de la Ley nº 24.767, conocida como Ley de Cooperación y Asistencia Internacional en Materia Penal, la cual contempla disposiciones generales, extradición, asistencia en la investigación y juzgamiento de delitos, cumplimiento de condenas, competencia, entre otros temas[86]. Luego de su lectura, lo que se nota es que el traslado de condenados se encuentra tratado en el capítulo referente al cumplimiento de condenas, antes mencionado, de lo que deviene la necesidad de trazar algunas líneas generales respecto a su reglamentación.

Siendo así, el artículo 82 de la Ley nº 24.767 dispone que las penas privativas de libertad impuestas por un tribunal de un país extranjero a nacionales argentinos podrán ser cumplidas en la Argentina. Los dispositivos subsiguientes tratan de cuestiones referentes a la solicitud, las condiciones para el traslado, los documentos necesarios y los costos.

Según la norma mencionada, en síntesis, es permitido que la petición de traslado sea presentada por el condenado, por tercero a su nombre o por el Estado de condena, cabiendo al Ministerio de Justicia decidir acerca del pedido, desde que cumplidas las condiciones establecidas en el artículo 85[87]. Si se acepta la solicitud, en este caso, el traslado se autorizará desde que la pena sea cumplida conforme a las leyes y reglamentos vigentes en la Argentina, la cual informará periódicamente al Estado de condena acerca del desarrollo del cumplimiento de la pena, cabiendo a éste, únicamente, la posibilidad de revisión de la sentencia, de

concesión de indulto o conmutación de pena. Además, según el artículo 89, el traslado, una vez autorizado, se efectuará en el lugar y en la fecha convenidos por los Estados, haciéndose cargo la Argentina de los gastos desde el momento en que la persona trasladada quede bajo su custodia[88].

A su vez, el artículo 105 trata sobre el cumplimiento en el extranjero de condenas dictadas en la Argentina, determinando que las penas privativas de libertad impuestas por un tribunal argentino a una persona que tenga nacionalidad extranjera, podrán ser cumplidas en el país de esa nacionalidad, rigiéndose el trámite y las condiciones de forma análoga a lo prescripto para el cumplimiento en la República Argentina de condenas dictadas en el extranjero.

Tratándose de Brasil, lo que se verifica es que el ordenamiento jurídico interno de este país no cuenta siquiera con una ley general que reglamente la cooperación penal internacional. En este sentido, advierte la doctora Carolina Yumi de Souza:

> "um grave problema para a aplicação das medidas de cooperação dentro de nosso ordenamento e que não deve ser desconsiderado é a ausência de regulamentação específica com relação à matéria. Sua aplicação depende do entendimento de um quebra-cabeça normativo, que se encontra disposto de maneira esparsa, e do acompanhamento da evolução da jurisprudência."[89]

Es decir, en Brasil, las normas de fuente interna referentes a la cooperación penal internacional se encuentran dispersas, sobretodo, en el Código de Proceso Penal, Decreto-Ley nº 3.689, de 1941, artículos 780 a 790 y en la Resolución nº 9/2005 del Superior Tribunal de Justicia, instrumentos legales que solamente tratan de los exhortos o cartas rogatorias y de la necesidad de homologación de las sentencias extranjeras, sin hablar sobre el traslado de condenados de manera puntual. Debido a esto, los casos internacionales que involucren Brasil, referentes a la materia, solamente serán atendidos, es decir, solamente tendrán concedida la transferencia del preso, si este país mantiene con el Estado de condena o receptor un tratado reglamentando la materia. Eso es, por fin, lo que está dispuesto en la página oficial del Ministerio

de Justicia de este país, que expresamente dispone que: "no Brasil, a transferência de presos somente poderá ser efetivada quando houver Tratado celebrado"[90].

Igual situación ocurre con Paraguay, el cual tampoco cuenta con una ley específica reglamentando la cooperación penal internacional y el traslado de condenados. El Código de Proceso Penal de este país, Ley nº 1.286, de 1998, contempla reglamentaciones de forma general, referentes a exhortos (art. 146), extradición (arts. 147 a 149) y medidas cautelares (art. 150), pero nada suma con relación a la transferencia de presos.

Por ende, cumple mencionar todavía que Uruguay, así como Brasil y Paraguay, tampoco posee una ley específica en materia de cooperación penal internacional. Lo que se puede encontrar son disposiciones dispersas referentes a la asistencia internacional en esta materia en el Código de Proceso Penal, Ley nº 15.032, de 1980, que en sus artículos 32 y 130 contempla la extradición; en la Ley nº 17.060, de 1998, que dispone sobre los estupefacientes y sustancias que determinan dependencia física y psíquica, y que trata, en sus artículos 76 y 79 de la cooperación penal internacional contra el narcotráfico; y en el Decreto nº 398, de 1999, que reglamenta la ley anterior, el cual aborda, en sus artículos 13 y 14 la cooperación jurídica internacional penal.

A partir de lo expuesto, verificase que entre los Estados Miembros del Mercosur, en la actualidad, solamente la República Argentina cuenta con una ley interna específica en materia de cooperación penal internacional que, a su vez, abarca la cuestión de la transferencia de condenados para su país de origen.

7. CONCLUSIÓN

El instituto del traslado de condenados a su país de origen, sea éste el de la nacionalidad o el del domicilio o residencia habitual, es una especie de ejecución de sentencia penal extranjera que se constituye en una reciente forma de cooperación penal internacional, con objetivos humanitarios relacionados, principalmente, a la rehabilitación social del condenado, después del cumplimiento de la pena, en la medida que facilita al sentenciado el acercamiento a su familia, a sus orígenes, a sus costumbres.

Como ya se sabe, los principios tradicionales en materia de derecho penal, tales como la soberanía nacional y la territorialidad, están

siendo flexibilizados para alcanzar objetivos mayores, vinculados específicamente al respeto y a la garantía de los derechos humanos.

Así, desde 1951 ya se tiene noticias del uso del traslado como forma de cooperación entre países, la cual fue ganando espacio, principalmente, después de la entrada en vigor de la Convención Europea sobre Transferencia de Personas Condenadas, hecha en Estrasburgo, en 21/03/1983.

Hoy en día, existen más instrumentos multilaterales reglamentando la materia, como por ejemplo, en el ámbito interamericano, la Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero, más allá de muchos convenios o acuerdos bilaterales entre Estados.

Con relación al Mercosur, además de los acuerdos bilaterales existentes entre los Estados involucrados en el bloque, existen instrumentos internacionales destinados a reglamentar la materia, como lo es el Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur y entre ellos y Bolivia y Chile y el Protocolo sobre Traslado de Personas Sujetas a Regímenes Especiales, complementario al acuerdo anteriormente mencionado.

Los tratados mercosureños permiten que el condenado, una vez dado su consentimiento expreso, cumpla el lapso de pena privativa de libertad pendiente de ejecución en el país del cual es nacional o residente. Además, siguen la línea de los tratados ya existentes en el sentido que la ley del Estado receptor regulará la ejecución de la pena, salvada la cuestión de la revisión de la sentencia de condena, que sigue siendo competencia exclusiva del Estado sentenciador.

Infelizmente, estos acuerdos todavía no están vigentes en el bloque, porque falta la incorporación al derecho interno por parte de algunos Estados Miembros y/o Asociados. En este sentido, estamos conformes a lo que sostiene el profesor Santiago Deluca, según el cual:

> "no puede dejar de señalarse la trascendencia que se atribuye a las normas Mercosur sobre traslado internacional de condenados, así como su relación con los Derechos Humanos, y las ventajas que su aprobación e incorporación por los Estado Parte genera. Esta simbiosis derecho

> internacional/derecho interno permite contar con un marco normativo regional homogéneo y dotado de imperium a la hora de la aplicación práctica por los tribunales y – en consecuencia – genera un mayor grado de seguridad jurídica y previsibilidad para las personas."[91]

Como es notorio, con la incorporación al derecho interno de los tratados mencionados, celebrados en el ámbito Mercosur, se podría brindar al bloque una mayor previsibilidad jurídica, lo que aleja la incertidumbre y permite a los ciudadanos el goce de la facultad de cumplir la pena impuesta en el Estado con el cual tengan vínculos más estrechos, sean ellos determinados por la cercanía con la familia, con sus orígenes, etc.

Además, puntualmente, la incorporación mencionada permitirá que Uruguay sea parte de un convenio internacional de traslado de condenados, ya que hasta el momento el país no cuenta con ningún tratado sobre la materia. Con esto, se podría brindar una mayor efectividad intra bloque al derecho a la dignidad de la persona humana, inherente a cualquier ciudadano, y a la previsibilidad jurídica antes referida.

Por ende, la entrada en vigor del Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur y entre ellos y Bolivia y Chile y del Protocolo sobre Traslado de Personas Sujetas a Regímenes Especiales, complementario al acuerdo anteriormente referido, significará un avance muy grande en términos de cooperación penal internacional que profundizará aún más la ideada integración regional.

Notas

[1] Considerando de la Decisión CMC nº 34/2004, que contiene el Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur y entre ellos y la República de Bolivia y la República de Chile, todavía no vigente.

[2] Con relación a Venezuela conviene destacar que este país todavía no fue admitido como miembro pleno del Mercosur, aunque haya sido firmado el Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur, en Caracas, el 04/07/2006. Como Brasil y Paraguay todavía no internalizaron el tratado mencionado a su derecho interno, Venezuela todavía no es Estado Parte del bloque, figurando solamente como Estado Asociado.

[3] Nos referimos a las libertades de circulación de personas, factores productivos, servicios y mercaderías.

[4] TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. "Protocolo sobre Ajuda Jurídica Mútua em Assuntos Penais". In: VENTURA, Deisy (org). *Direito Comunitário do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 218.

[5] A título de curiosidad, es interesante mencionar que entre los países que hacen parte del Mercosur, existe una cantidad considerable de detenidos extranjeros, nacionales o residentes permanentes de otros Estados que igualmente integran el bloque económico en la condición de Miembros. Conforme los últimos datos divulgados por el Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena de 2007, en la Argentina, en este año, estaban detenidos en las cárceles nacionales 112 brasileños, 605 paraguayos y 366 uruguayos. (Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la República Argentina. *Informe Anual de la República Argentina – SNEEP 2007*. Disponible en: http://www2.jus.gov.ar/politicacriminal/Informe%20SNEEP%20TotalPais%202007.pdf, acceso en 02/09/2009). En Brasil, conforme los últimos registros del Departamento Penitenciario Nacional del Ministerio de Justicia, en junio de 2009, cumplían pena en los presidios brasileños 83 argentinos, 358 paraguayos y 91 uruguayos. (Ministerio de Justicia de la República Federativa de Brasil. *Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – INFOPEN - Relatório Estatístico Junho 2009*. Disponible en: http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm, acceso en 02/09/2009.) El Ministerio de Justicia y Trabajo de Paraguay no cuenta con informaciones respecto a la cantidad de extranjeros mercosureños que cumplen pena en sus cárceles nacionales, de acuerdo al país del cual son originarios. Solamente cuenta con el dato que la población carcelaria extranjera, en 2008, sumaba un total de 313 presos en el país (Ministerio de Justicia y Trabajo de la República del Paraguay. http://www.mjt.gov.py/parted.pdf, acceso en 02/09/2009). Con relación a Uruguay, tanto el Ministerio de Educación y Cultura, cuanto la Dirección Nacional de Cárceles no cuentan con ninguna información divulgada.

[6] DIBUR, José Nicasio.; DELUCA, Santiago. *El Traslado de Condenados Nacionales a su País de Origen (una forma reciente de cooperación internacional en materia penal)*. Buenos Aires: La Ley, 2005. p. 3

[7] Mucho se habla de transnacionalización del delito, principalmente con relación a la criminalidad organizada contemporánea, en donde la ubicuidad con que se despliega el proceso ejecutivo criminal se sitúa en distintos territorios nacionales. Es el caso, por ejemplo, de los delitos financieros internacionales, los delitos tributarios, el tráfico de armas, de órganos y de personas, el narcotráfico, entre otros.

[8] A respecto, afirman Dibur y Deluca que: "las relaciones entre los países se hallan hoy día reguladas por un orden de coordinación y no de supraordinación, afirmación que contribuye a llevar a la práctica, entre otras cosas, la entreayuda judicial penal internacional." (DIBUR, José Nicasio.; DELUCA, Santiago. *Op. cit*. p. 4)

[9] ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. "Cooperação Internacional na Luta contra o Crime. Transferência de Condenados. Execução de Sentença Penal Estrangeira. Novo Conceito". In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Nº 10, abr/jun 1995. p. 107.

[10] En este punto, es importante destacar la reflexión hecha por el profesor Lucas E. Barreiros, que al tratar el tema de los derechos humanos y de la soberanía, entendida como concepto del derecho internacional público, advierte que: "tal vez el desafío más grande al que se enfrenta esta idea, y la noción de soberanía en general, es el de reconciliar este concepto con la aspiración de la comunidad internacional de garantizar que a cada ciudadano de cada Estado le sean concedidos derechos humanos y que estos derechos sean respetados por todos los Estados. El problema es, por supuesto, de qué forma la comunidad internacional puede asegurar el respeto de los derechos humanos frente a los corolarios de independencia y no-intervención en los asuntos internos de un Estado en aquellos casos en que este no haya adquirido obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. ¿Es posible reconciliar un sistema de derecho internacional basado en la soberanía como su noción fundamental con la protección de los derechos humanos o deberíamos aceptar el hecho de que ambos son incompatibles y que solo mediante el consentimiento de los Estados involucrados podremos llegar a dar solución a este problema?" (BARREIROS, Lucas

E. "El Derecho Internacional Contemporáneo y el Problema de la Soberanía. Un intento de reconciliación". In: PINTO, Mónica (comp.). *Las Fuentes del Derecho Internacional en la Era de la Globalización*. Buenos Aires: Eudeba, 2009. pp. 86-87)

[11] Con relación a la flexibilización del principio del territorialismo, es interesante destacar el pensamiento del profesor uruguayo Didier Opertti Badan, para quien: "en el tema de la cooperación penal internacional ha jugado de modo aún más severo que en el campo civil, el principio el territorialismo. Derecho penal y territorialismo han aparecido casi como una sola afirmación. Mientras que el derecho civil ha sido más proclive al elemento extranjería, a aceptar la condición de extranjería, en el derecho penal ha jugado de modo muy rígido el principio del territorialismo. En consecuencia, las dificultades en materia de cooperación han sido mayores que en materia civil, sensiblemente mayores. El celo territorialista es mayor en materia penal; entonces, el derecho procesal penal ha sufrido el impacto de ese territorialismo, y de ahí que la única institución que se abriera camino en el derecho cooperacional, en su momento, históricamente considerada, haya sido la extradición, porque no es otra cosa que una afirmación del territorialismo; vale decir, juzga, condena, aprehende y mantiene preso el juez del Estado donde se produjo el delito, principio éste del territorialismo; la extradición sirve a éste. En cambio, la entrega de presos, la entrega de detenidos, la cooperación para que un detenido que fue autor de un delito en la República Argentina, pero su familia está en el Uruguay y su hábitat está en el Uruguay, consagra el principio opuesto y con ello se habilita la transferencia del detenido. (…) Quiere decir, que ya se está abriendo aquí, una fuerte fisura al principio del territorialismo, porque de aquella idea central de que había que trasladar los hititas o los egipcios de un lugar a otro para ser juzgados y condenados por la ley de ese lugar, hemos pasado a que, condenado alguien por la ley de un Estado, puede cumplir pena en otro. Pero éste no es, sin duda, por extremo, el único ejemplo." (BADÁN, Didier Opertti. "La Asistencia Judicial Internacional. Un enfoque general. Últimos Desarrollos en el Ámbito Penal." In: LANDONI SOSA, Angel (dir.) *Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del MERCOSUR*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1997. pp. 139-140.)

[12] PIOMBO, Horacio Daniel. "La Transferencia de Condenados: nuevo instituto de la cooperación penal internacional (fundamentos, realidad y proyecciones de tal problemática contemporánea, todavía no abordada en la doctrina patria)". *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. Córdoba, 1991. p. 214.

[13] TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. "Nuevos Desarrollos en la Cooperación Judicial Penal Internacional en el ámbito del MERCOSUR y del Derecho Uruguayo". In: *El Dial – Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Buenos Aires: Albremática, 23/05/2008. Con otras palabras, Tabaré Sosa Aguirre destaca que: "el proceso (…) constituye un complejo de actos diversos que se suceden en un período más o menos extenso, considerados como una unidad en vistas al fin que los reúne (en el caso, la aplicación de la ley penal). Normalmente estos actos se desarrollan dentro del ámbito de competencia de la autoridad judicial en que tiene lugar el proceso, en tanto que otros se deben cumplir en lugares distintos, dentro o fuera del Estado donde se instruye el proceso. Precisamente, cuando bajo esas condiciones el órgano jurisdiccional de un Estado solicita auxilio de un órgano jurisdiccional de un Estado diferente, estamos en presencia de la cooperación judicial penal internacional." (SOSA AGUIRRE, Tabaré. "Cooperación Judicial Internacional en Materia Penal." In: *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*. Nº 3. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1990. p. 440 *apud* CERVINI, Raúl; ARAÚJO JUNIOR, João Marcello. "Cooperación Penal Internacional en el Mercosur. Concepto y limites." In: ZAFFARONI, Baigún; PIERANGELI, García-Pablos. *De las Penas: homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*. Buenos Aires: Depalma, 1997. p. 104.

[14] En este sentido ver: CERVINI, Raúl; ARAÚJO JUNIOR, João Marcello. *Op. cit.* p. 99.

[15] SOUZA, Carolina Yumi de. "Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal: considerações práticas." In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Nº 71. São Paulo: RT, mar/abr 2008. p. 300.

[16] Según advierte Tellechea: "diversos textos de cooperación penal acordados en la región y en participar la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal y el Protocolo de San Luis, consagran expresamente la Autoridad Central como el procedimiento para la remisión

y recepción de solicitudes de auxilio penal internacional, arts. 3 de ambos textos. El Protocolo de San Luis atiende cuidadosamente el papel llamado a desempeñar por las Autoridades Centrales en la prestación de la asistencia penal internacional, en los artículos: 8, tramitación con prontitud de las solicitudes recibidas; 11, información inmediata a las autoridades requirentes de las razones por las cuales la solicitud no hubiere podido ser cumplida en todo o en parte; y 25, exoneración en los documentos públicos transmitidos a través de esta vía de legalización o cualquier otro procedimiento análogo, solución fundada en el carácter oficial de las Autoridades Centrales, lo que permite presumir la autenticidad de la documentación remitida por su intermedio." (TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. "Nuevos Desarrollos en la Cooperación Judicial Penal Internacional en el ámbito del MERCOSUR y del Derecho Uruguayo". *Op. cit.*)

[17] TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. "Nuevos Desarrollos en la Cooperación Judicial Penal Internacional en el ámbito del MERCOSUR y del Derecho Uruguayo". *Op. cit.*

[18] Con relación al tema, conviene destacar que, cuando el traslado de un detenido se destina solamente a la producción de prueba en el extranjero, no se está delante de un tercer nivel de cooperación, porque solamente habrá la transferencia del preso para que este declare o sea testigo. Este también es el entendimiento esbozado por los profesores Cervini y Araújo Júnior, los cuales clasifican el diligenciamiento de traslado voluntario de personas para prestar testimonio en el Estado requirente como cooperación penal internacional de primer grado. (CERVINI, Raúl; ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo. *Op. cit.* p. 120.)

[19] *A contrario sensu,* Cervini y Araújo Júnior consideran que solamente la extradición se sitúa en el tercer nivel de cooperación penal internacional. (CERVINI, Raúl; ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo. *Op. cit.* p. 121.)

[20] Con relación a los principios de la cooperación penal internacional es necesario mencionar que: a) la prestación de asistencia penal internacional es un deber del Estado rogado, salvo excepciones de interpretación estricta, tales como delitos políticos y militares, 'non bis in idem', no afectación del orden público internacional, seguridad e intereses esenciales del Estado rogado; b) la asistencia penal internacional debe ser brindada en principio sin la exigencia de doble incriminación; c) en tanto se trata de una cooperación entre Estados soberanos, en el ámbito interamericano y subregional no se faculta a autoridades o particulares pertenecientes al Estado requirente a llevar a cabo en el requerido actuaciones que conforme a la ley de éste sean reservadas a sus propias autoridades; d) la cooperación deberá prestarse ante solicitudes emanadas de autoridades encargadas de la investigación o enjuiciamiento del delito en el Estado requirente; e) en tanto el objeto de la cooperación es la asistencia penal entre los Estados, no se otorga derechos a los particulares para la obtención, supresión o exclusión de pruebas o para oponerse al cumplimiento de las solicitudes de asistencia. (TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. "Nuevos Desarrollos en la Cooperación Judicial Penal Internacional en el ámbito del MERCOSUR y del Derecho Uruguayo". *Op. cit.*)

[21] PIOMBO, Horacio Daniel. *Op. cit.* pp. 217-218.

[22] En este contexto, conviene destacar que la Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Exterior, hecha en Managua, en 1993, la cual vincula Belice, Brasil, Canadá, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Venezuela, expresamente destaca en su art. 3º que la condena a cumplirse no puede ser pena de muerte y el tiempo por cumplirse al momento de hacerse la solicitud debe ser de por lo menos seis meses. En el mismo sentido, entre la serie de instrumentos internacionales bilaterales existentes en el ámbito Mercosur sobre la materia, se puede citar el Tratado celebrado entre Brasil y Argentina sobre el Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales, suscripto en Buenos Aires, en 1998, que en su art. 4º, incisos "b" y "c", igualmente veda la transferencia del condenado para cumplimiento de pena de muerte y además exige que la pena tenga un plazo de duración determinado. Siguiendo la misma línea de razonamiento, el Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur y entre ellos y la República de Bolivia y la República de Chile, firmado en Belo Horizonte, en 16/12/2004, todavía no vigente, establece en su art. 3º, inciso 5 que la condena impuesta no debe ser de pena

de muerte o de prisión perpetua. Entretanto, agrega que: "en tales casos el traslado sólo podrá efectuarse si el Estado sentenciador admite que el condenado cumpla una pena privativa de libertad cuya duración sea la máxima prevista por la ley penal del Estado receptor, siempre que no sea prisión perpetua". De la misma forma, el acuerdo mencionado, en el inciso 6 del mismo artículo, determina como plazo de duración de la pena por cumplirse el mínimo de un año, aumentando lo establecido por la Convención Interamericana. No obstante, adiciona que "los Estados Partes del presente Acuerdo podrán convenir el traslado aún cuando la duración de la pena por cumplir sea inferior a lo previsto en el párrafo anterior." Pareciera, en este punto, que el Acuerdo debería haber seguido lo que dispone la Convención Interamericana, para evitar asimetrías con relación a los Estados que la ratificaron y que igualmente hacen parte del ámbito Mercosur, por un criterio de uniformidad legislativa.

[23] CASTILHO, Ela Wiecko V. de. "Cooperação Internacional na Execução da Pena: a transferência de presos". In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Nº 71. São Paulo: RT, mar/abr 2008. p. 244. El Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur permite, en su art. 2º, que la transferencia también sea hecha para los casos de condena condicional o libertad condicional, anticipada o vigilada.

[24] GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. *Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. pp. 256-258 *apud* CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Op. cit*. pp. 242-243.

[25] PIOMBO, Horacio Daniel. *Op. cit*. pp. 221-223.

[26] Respecto al tema, la doctrina destaca que se agregó a los principios basilares del Derecho Penal el *principio de la humanidad*, en la medida que el poder punitivo estatal no puede aplicar sanciones que atenten contra la dignidad de la persona humana o que lesionen la constitución psicofísica del condenado. Además, "sin perjuicio de sostenerse que el derecho penal no es en su esencia de carácter asistencial, fincando su carácter primeramente en la justicia distributiva, responsabilizando al delincuente por la violación del orden jurídico, se concluye que ninguna pena privativa de la libertad puede tener una finalidad que atente contra la incolumidad de la persona como ser social." (BITENCOURT, César R.; REGIS PRADO, Luiz. "Princípios Fundamentais do Direito Penal". In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Nº 5. São Paulo: RT, 1996 *apud* DIBUR, José Nicasio.; DELUCA, Santiago. *Op. cit*. p. 55)

[27] De acuerdo con las informaciones del Ministerio de Justicia de Brasil: "a Organização das Nações Unidas tem insistido quanto à imprescindibilidade de tal cooperação, dirigindo esforços no sentido de difundir a proposta da transferência de presos como método moderno de reeducação para fortalecer o alicerce de reconstrução pessoal do preso diante da perspectiva de futura vida livre no convívio social." (Ministerio de Justicia de la República Federativa de Brasil. *Transferência de Condenados*. Disponible en: http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJCD90C52DITEMID74E57DE62CF440278C1991CB3746DEC1PTBRIE.htm, acceso en 20/06/2009)

[28] En este sentido, para ejemplificar, vale la pena mencionar lo dispuesto en el art. 5º de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual trata sobre el derecho a la integridad personal, estableciendo que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, que nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, asimismo que toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, que la pena no puede trascender de la persona del delincuente, y que las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados. En el mismo sentido, en el ámbito mercosureño, fue firmado el Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos del Mercosur, aprobado por la Decisión CMC nº 17/2005.

[29] Esta Declaración de la ONU fue adoptada en 13/12/1985, por medio de la Resolución nº 40/144.

[30] DIBUR, José Nicasio.; DELUCA, Santiago. *Op. cit*. p. 53.

[31] CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Op. cit*. p. 235.

[32] PIOMBO, Horacio Daniel. *Op. cit*. p. 224.

[33] Sobre el Acuerdo ver: http://cronica.diputados.gob.mx/DDebates/50/1er/Ord/19760923.html, acceso en 26/08/2009.

[34] PIOMBO, Horacio Daniel. *Op. cit.* p. 225.

[35] CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Op. cit.* p. 236.

[36] De acuerdo con João Marcello de Araújo Júnior: "a preocupação da ONU voltou a manifestar-se no 8º Congresso, realizado em Havana em 1990, no qual a Decisão 11/104 determinou estudos para a formulação de uma convenção internacional ampla sobre a cooperação em temas relativos à delinqüência, consolidando entre outras coisas, os tratados existentes ou em vias de serem celebrados, cuidando da extradição, da assistência recíproca, da transferência de presos estrangeiros, da transferência de vigilância sobre delinqüentes estrangeiros sujeitos a condenação condicional, e do cumprimento das sentenças penais e dos mandados judiciais de apreensão de ativos obtidos de forma ilícita." (ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. *Op. cit.* p. 108)

[37] Conforme destaca el profesor Piombo, la Convención del Consejo de Europa concerniente a la transferencia de personas condenadas no puede ser calificada estrictamente de "europea", una vez que fue abierta a Estados democráticos situados fuera de Europa, como por ejemplo, Estados Unidos y Canadá. (PIOMBO, Horacio Daniel. *Op. cit.* p. 227)

[38] GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. *Op. cit.* p. 267 *apud* CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Op. cit.* pp. 236-237.

[39] PIOMBO, Horacio Daniel. *Op. cit.* p. 227.

[40] Sobre el tema, ver la materia publicada en 28/06/1999, por el Diario La Nación, disponible en: http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=143808, acceso en 26/08/2009.

[41] CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Op. cit.* p. 238.

[42] VICO, Carlos M. *Curso de Derecho Internacional Privado.* T.II. 2ª ed. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina, 1934. § 124 *apud* BALESTRA, Ricardo R. *Derecho Internacional Privado.* 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006. p. 377.

[43] PIOMBO, Horacio Daniel. *Op. cit.* p. 219. Para profundizar el tema de la extradición ver obra del mismo autor: PIOMBO, Horacio Daniel. *Tratado de la Extradición (internacional e interna).* 2 vol. Buenos Aires: Depalma, 1998.

[44] Entre Uruguay (Ley 17.499, de 27/05/2002), Brasil (Dec. Leg. 605, de 11/09/2003, promulgado por el Decreto nº 4.975/2004) y Paraguay (Ley 2753, de 11/10/2005) el Acuerdo está vigente en la actualidad.

[45] Con relación al uso de las modernas tecnologías de la informática, y su respectiva aplicación al Derecho, es interesante destacar una de las conclusiones presentadas en las XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, llevadas a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, entre los días 25 y 27 de octubre de 2006, en donde se cogitó la posibilidad legal de empleo de la videoconferencia como mecanismo idóneo para la producción de pruebas, en la medida que puede evitar el traslado de detenidos. Veamos: "la videoconferencia es admitida legalmente en la mayoría de los países y, cuando no se halla prevista, se encuentra aceptada por la jurisprudencia como forma de protección de testimonios o de peritos o manera de evitar el traslado de presos. No obstante, fueron formuladas críticas a la utilización de aquéllas, principalmente porque dificulta una amplia defensa, impide el contacto directo con el juez." (MASCIOTRA, Mario. "XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal: problemas actuales del proceso iberoamericano". In: *Revista de Derecho Procesal.* Nº 2007-1. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007. p. 573)

[46] Información extraída del sitio oficial del Departamento de Derecho Internacional de la OEA: http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-55.html, acceso en 01/09/2009.

[47] El Protocolo de San Luis, a ejemplo de otros Protocolos firmados en el ámbito Mercosur, estructura la cooperación internacional a través del mecanismo de las autoridades centrales. Conforme enseña el profesor Eduardo Tellechea Bergman, "las Autoridades Centrales son órganos especializados en materia de auxilio jurídico internacional, constituyendo el eje alrededor del cual gira la entreayuda jurídica interetática contemporánea. Su origen se encuentra en el ámbito de la cooperación internacional civil y comercial y fueron previstas inicialmente por las *Convenciones de*

La Haya sobre Notificación en el Extranjero de Actos Judiciales en Materia Civil y Comercial de 1965 y sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero de 1970. En el continente americano, fueron legisladas desde las *Convenciones Interamericanas de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero,* tratados con un muy alto nivel de ratificaciones, que abarcan entre sus Estados Partes a todos los países del MERCOSUR. El empleo de la vía Autoridad Central elimina enlentecedores encadenamientos burocráticos en lo que hace a la transmisión de los pedidos de cooperación internacional, permitiendo la rápida comunicación entre la autoridad requirente del auxilio y aquella encargada de su diligenciamiento." (TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. "Protocolo sobre Ajuda Jurídica Mútua em Assuntos Penais". *Op. cit.* p. 221.) Atendiendo a lo expuesto anteriormente y a lo que fue consignado en el Protocolo de San Luis, en cada uno de los países miembros del Mercosur funcionan como Autoridades Centrales los siguientes órganos: a) en Argentina – Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto – Dirección General de Asuntos Jurídicos; b) en Brasil – Ministerio de Justicia – Secretaría Nacional de Justicia; c) en Paraguay – Ministerio de Justicia y Trabajo; d) en Uruguay – Dirección de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Educación y Cultura.

[48] Reza el art. 19: "1.- La persona sujeta a un procedimiento penal en el Estado requerido, cuya comparecencia en el Estado requirente sea necesaria en virtud de la asistencia prevista en el presente Protocolo, será trasladada con ese fin al Estado requirente, siempre que esa persona y el Estado requerido consientan dicho traslado. 2.- La persona sujeta a un procedimiento penal en el Estado requirente de la asistencia y cuya comparecencia en el Estado requerido sea necesaria, será trasladada al Estado requerido, siempre que lo consienta esa persona y ambos Estados estén de acuerdo. 3.- Cuando un Estado Parte solicite a otro, de acuerdo al presente Protocolo, el traslado de una persona de su nacionalidad y su Constitución impida la entrega a cualquier título de sus nacionales, deberá informar el contenido de dichas disposiciones al otro Estado Parte, que decidirá acerca de la conveniencia de lo solicitado. 4.- A los efectos del presente artículo: a) el Estado receptor deberá mantener a la persona trasladada bajo custodia, a menos que el Estado remitente indique lo contrario; b) el Estado receptor devolverá la persona trasladada al Estado remitente tan pronto como las circunstancias lo permitan y con sujeción a lo acordado entre las autoridades competentes de ambos Estados, sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior; c) respecto a la devolución de la persona trasladada, no será necesario que el Estado remitente promueva un procedimiento de extradición; d) el tiempo transcurrido bajo custodia en el Estado receptor, será computado a los efectos del cumplimiento de la sentencia que se le impusiere; e) la permanencia de esa persona en el Estado receptor no podrá exceder de noventa (90) días, a menos que la persona y ambos Estados consientan en prorrogarlo; f) en caso de fuga en el Estado receptor de la persona trasladada que esté sujeta a una medida restrictiva de libertad en el Estado remitente, éste podrá solicitar al Estado receptor el inicio de un procedimiento penal a fin del esclarecimiento del hecho así como su información periódica." Con relación al plazo de permanencia del detenido en el país receptor, es conveniente subrayar la asimetría existente con relación a la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, la cual, en su art. 20, apartado "e", establece que: "la permanencia de esa persona en el Estado receptor en ningún caso podrá exceder del período que le reste para el cumplimiento de la condena o de sesenta días, según el plazo que se cumpla primero, a menos que la persona y ambos Estados consientan prorrogarlo".

[49] En este sentido, la profesora Solange Mendes de Souza sostiene que el instituto del traslado de personas sujetas a procedimiento penal "trata-se de apresentação voluntária do investigado ou réu." (MENDES DE SOUZA, Solange. *Cooperação Jurídica Penal no Mercosul: novas possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 219)

[50] MENDES DE SOUZA, Solange. *Op. cit.* p. 189. Siguiendo el mismo razonamiento, el profesor Didier Opertti Badan todavía destaca que: "el salvoconducto y la inmunidad, que son mecanismos de protección normalmente referidos al derecho diplomático, aparecen insertos en la cooperación penal internacional como mecanismos garantistas del traslado del detenido de un Estado a otro, para lograr de esta manera asegurar de que quien sale de un Estado y está sujeto a prisión en éste,

regrese, y no sea objeto de lo que la doctrina llama extradición oblicua o indirecta." (BADÁN, Didier Opertti. *Op. cit.* p. 141)

[51] Interesante mencionar todavía que en 05/12/2002, por ocasión de la XVIII Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur (Decisión CMC nº 27/02), fue firmado el Acuerdo Complementario al Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Partes del Mercosur y el Acuerdo Complementario al Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Partes del Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile, todavía no vigentes. Recientemente, en 30/06/2008, la República de Ecuador adhirió a estos nuevos instrumentos. Cumple destacar que estos dos acuerdos complementarios, de igual contenido, entre otras cosas, reglamentan cuestiones administrativas, contemplando en sus textos dos formularios: uno para la solicitud de asistencia judicial y otro sobre informaciones respecto al cumplimiento de la solicitud formulada.

[52] PIOMBO, Horacio Daniel. *Op. cit.* pp. 219-220.

[53] Según destaca el profesor Piombo: "si se pone el acento en el hecho de que el instituto puede dar lugar a una repatriación de reclusos en forma recíproca, se pone de manifiesto un dato que es común con un instituto del Derecho humanitario bélico como es el intercambio de prisioneros (…). Sin embargo, no debe olvidarse que los prisioneros de guerra no son personas condenadas, sino cercenadas en el goce de sus derechos por el estado de necesidad originado en el conflicto bélico, respecto de los cuales la repatriación es ajena a todo designio de 'resocialización'." (PIOMBO, Horacio Daniel. *Op. cit.* p. 220)

[54] A título de curiosidad, conviene mencionar que a mediados de marzo de 2009, se llevó a cabo entre ambos países el centésimo vigésimo sexto intercambio de condenados, en donde México entregó a Estados Unidos diez estadunidenses que cumplían sentencias en cárceles del país latinoamericano y recibió de EEUU un total de 26 reos mexicanos. (Información disponible en: http://www.vanguardia.com/mundo/america/23542-mexico-y-estados-unidos-intercambian-presos, acceso en 31/08/2009.)

[55] En el ámbito Mercosur, el Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes, firmado en Belo Horizonte, el 16/12/2004, todavía no vigente por estar pendiente de ratificación de Argentina, Paraguay y Uruguay, explicita, en su art. 3º, inciso 4, que es condición para el otorgamiento de la transferencia "que el condenado sea nacional o residente legal y permanente del Estado receptor", adoptando la moderna tendencia humanitaria respecto a la ampliación del ámbito personal de incidencia del traslado. En el mismo sentido, está el Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur con la República de Bolivia y la República de Chile, hecho en la misma ciudad y fecha del anterior, igualmente no vigente, por faltar la ratificación por parte de Brasil, Uruguay, Bolivia y Chile. La Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero, *a contrario sensu*, solamente admite el traslado de nacionales (art. 3º, inc. 4), condición que es comúnmente encontrada en los tratados bilaterales celebrados entre los Estados miembros del Mercosur entre sí y con relación a terceros, extra-zona o Estados Asociados. Con relación al Tratado bilateral celebrado entre la República Argentina y la República de Chile sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales, suscripto en Santiago de Chile, el 29/10/2002, conviene destacar que este, en su art. 3º, apartado "c", aborda, más allá de la cuestión de la nacionalidad, la doble nacionalidad argentino-chilena, adoptando, en este caso, como criterio último, el del domicilio o residencia habitual, para la resolución del conflicto surgido, teniendo en cuenta el principio de la rehabilitación del condenado. Según este dispositivo: "la aplicación del presente Tratado quedará sujeta a las siguientes condiciones: (…) c) que la persona condenada sea nacional del Estado receptor. La condición de nacional será considerada en el momento de la solicitud del traslado. En caso de doble nacionalidad argentino-chilena, será de aplicación en cada caso la legislación sobre nacionalidad vigente en el Estado sentenciador. Asimismo, a los efectos de la doble nacionalidad se tendrá en cuenta, siempre que pueda favorecer la resocialización de la persona, su último domicilio o residencia habitual."

[56] PIOMBO, Horacio Daniel. *Op. cit.* p. 229.

[57] CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Op. cit.* p. 245.

[58] En este sentido, por ejemplo, se puede citar el Tratado sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales, suscripto entre la República Federativa de Brasil y la República Argentina, en Buenos Aires, el 11/09/1998 (art. 4, apartado "d") y el Convenio sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales, suscripto entre la República Argentina y la República de Bolivia, en La Paz, el 19/11/1996 (art. 4º, apartado "d"). En sentido contrario, el Convenio entre la República Argentina y la República Dominicana sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales, suscripto en Santo Domingo, el 23/02/2004, impone, en su art. 4º, apartado "d", como condición para la concesión de la transferencia que "la parte de la condena que faltare cumplir al momento de efectuarse la solicitud sea superior a 2 años".

[59] Interesante destacar que la Convención Interamericana sobre la Asistencia Mutua en Materia Penal, vista por ocasión del estudio del traslado de detenidos para la producción de pruebas en el extranjero, expresamente alude, en su art. 20, apartado "a", que se podrá denegar la transferencia "si la persona detenida o que se encuentre cumpliendo una pena negare su consentimiento a tal traslado".

[60] Este Acuerdo todavía no está vigente, una vez que solamente Paraguay, en 12/08/2008, ha ratificado e internalizado la norma en destaque.

[61] Eso es, por ejemplo, lo que dispone el Tratado sobre Transferencia de Presos Condenados, celebrado entre la República Federativa de Brasil y la República de Chile, en 29/04/1998. Según el art. 5º, apartado 4 de esta norma: "o Estado que receber a solicitação de transferência da outra Parte poderá solicitar a comprovação do consentimento expresso do condenado em relação à transferência. O consentimento não poderá ser revogado depois da aceitação da transferência pelos dois Estados."

[62] DELUCA, Santiago. "Traslado Internacional de Condenados". In: *La Ley,* nº 154. Buenos Aires: La Ley, 14/08/2009. p. 2.

[63] CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Op. cit.* p. 245.

[64] En este sentido: art. 3º, inciso 5 del Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur; art. 3º, inciso 5 de la Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero, que se refiere solamente a que la condena a cumplirse no sea pena de muerte; art. 4º, inciso "b" del Tratado entre Brasil y Argentina sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales, que, además de exigir que la condena no sea pena de muerte, hace una salvedad en los siguientes términos: "a menos que ésta haya sido conmutada", etc.

[65] Este Tratado fue celebrado en Brasilia, el 10/02/2000.

[66] Respecto a este principio, también conocido como "*ne bis in idem*", es importante destacar que se trata de un criterio de interpretación o solución a constante conflicto "entre la idea de seguridad jurídica y la búsqueda de justicia material, que tiene su expresión en un criterio de la lógica, de que lo ya cumplido no debe volverse a cumplir. Esta finalidad (…) se traduce en un impedimento procesal que negaba la posibilidad de interponer una nueva acción, y la apertura de un segundo proceso con un mismo objeto. En otras palabras, el *ne bis in idem,* garantiza a toda persona que no sea juzgado nuevamente por el mismo delito o infracción, a pesar de que en el juicio primigenio fue absuelto o condenado por los hechos que se pretenden analizar por segunda ocasión." (*El Principio No bis in Idem*. Disponible en: http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/805F5242-24E6-4D5F-AD86-A008D886F9C6/0/LicPauladelSagrarioNunezVillalobos.pdf, acceso en 02/09/2009.)

[67] SOUZA, Carolina Yumi de. *Op. cit.* pp. 323-324.

[68] En igual sentido: art. 12 del Tratado entre Argentina y Costa Rica sobre Ejecución de Sentencias Penales, suscripto en Buenos Aires, el 15/08/2001.

[69] Todos los tratados referentes al tema abordan la cuestión del Estado receptor no poder alargar la pena para más allá de la duración establecida por el Estado de condena. Por ejemplo: art. 12 del Convenio entre Bolivia y Argentina sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento

de Sentencias Penales, entre otros.

[70] CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Op. cit.* p. 246. Brasil fue el único país, entre los ratificantes de esa Convención, que opuso reserva al artículo 7º, inciso 2.

[71] Dicta el art. 10: "A execução da sentença e o tratamento a ser aplicado à pessoa transferida reger-se-ão pelas leis do Estado recebedor, inclusive as condições de concessão ou revogação da liberdade condicional ou mudança de regime carcerário."

[72] Acá es interesante mencionar la salvedad contenida en el art. 10, inciso 2 del Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur, el cual permite que el Estado receptor pueda solicitar al Estado sentenciador, mediante petición fundada, el indulto o conmutación de la pena.

[73] La Convención Europea sobre Traslado de Personas Condenadas, en su art. 12, permite que el indulto, conmutación, gracia o perdón sean asignados también por el Estado receptor.

[74] Se puede citar todavía, mismo que no haya relación con el Mercosur, el Tratado entre Argentina y Costa Rica sobre Ejecución de Sentencias Penales (art. 11) y el Convenio sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales entre Argentina y República Dominicana, suscripto en Santo Domingo, el 23/02/2004 (art. 10).

[75] PIOMBO, Horacio Daniel. *Op. cit.* pp. 230-231.

[76] ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. *Op. cit.* p. 113. En sentido contrario, Carolina Yumi de Souza destaca que: "com relação aos pedidos passivos, quando a base for um tratado (a menos que este disponha de maneira diversa), traz ainda a possibilidade de cumprimento por meio do auxílio direto, não havendo a necessidade de envio ao Superior Tribunal de Justiça para a concessão do *exequatur."* (SOUZA, Carolina Yumi de. *Op. cit.* p. 314)

[77] El tema del reconocimiento y ejecución de sentencias penales extranjeras, en razón de su extensión, no será tratado en la presente investigación.

[78] Con referencia a los acuerdos bilaterales, cabe resaltar que el procedimiento del traslado está previsto para desarrollarse por vía diplomática. Por ejemplo: art. 6 del Tratado entre Brasil y Argentina sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales; art. 6º del Convenio entre Argentina y Bolivia sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales; art. 6º del Tratado entre Argentina y Chile sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales.

[79] Estas son las condiciones exigidas, igualmente, por el Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur con la República de Bolivia y la República de Chile (art. 5º), y por el Protocolo sobre Traslado de Personas Sujetas a Regímenes Especiales, complementario al Acuerdo anterior (art. 6º), ambos todavía no vigentes.

[80] Respecto al procedimiento del traslado en Brasil, es interesante destacar las conclusiones prácticas de la profesora Ela Wiecko de Castilho, para quien: "o procedimento se desenvolve na Secretaria Nacional de Justiça/Divisão de Medidas Compulsórias do Ministério de Justiça, indicado nos tratados como a autoridade central brasileira. Na maioria dos países com que o Brasil celebrou tratados é igualmente o Ministério da Justiça a autoridade central. De qualquer modo, sempre intervém a autoridade diplomática. A transferência passiva tem início com a solicitação, em regra por Nota Verbal, formulada por embaixada, de ofício ou decorrente de pedido do estrangeiro preso ou de seu familiar. A seguir, comunica-se ao juízo da execução penal, solicitando os documentos necessários. Depois de traduzidos são encaminhados à Embaixada do país recebedor. Se houver concordância são ultimados atos administrativos no âmbito do Ministério da Justiça e contatada novamente a embaixada para apresentar compromisso de respeito aos termos da transferência. A Polícia Federal encarrega-se da entrega do preso aos agentes do Governo estrangeiro. As despesas correm à conta do Brasil até a entrega. A transferência ativa é deflagrada a partir de correspondência do preso brasileiro dirigida às autoridades brasileiras, aqui ou no exterior, diretamente ou por intermédio de amigos ou familiares. Tomando conhecimento, o Ministério das Relações Exteriores contata a embaixada do local da prisão a fim de solicitar os documentos, que deverão ser traduzidos. Após, verifica-se com o juízo da execução penal mais próximo da residência originária do preso,

a possibilidade de vaga no sistema prisional. Se houver anuência o procedimento tramita até aprovação pelo Secretário Nacional de Justiça. Por fim, necessário obter, via diplomática, o aval para a transferência. Cabe a Polícia Federal receber o preso dos agentes do Governo estrangeiro e encaminhá-lo ao local de cumprimento da pena. As despesas correm à conta do país estrangeiro até a entrega à Polícia Federal." (CASTILHO, Ela Wiecko V. *Op. cit.* pp. 247-248)

[81] Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de Argentina. Disponible en: http://www.mrecic.gov.ar/, acceso en 03/09/2009.

[82] Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil. Disponible en: http://www2.mre.gov.br/dai/bilaterais.htm, acceso en 03/09/2009.

[83] Ministerio de Relaciones Exteriores de Paraguay. Disponible en: http://www.mre.gov.py/dependencias/tratados/tratados%20bilaterales/cuadro%20bilateral/por%20paises/inicio%20america%20del%20sur.htm, acceso en 03/09/2009.

[84] Ministerio de Relaciones Exteriores de Uruguay. Disponible em: http://www.mrree.gub.uy, acceso en 03/09/2009.

[85] DELUCA, Santiago. *Op. cit.* p. 2. Cuando habla de normas consuetudinarias vigentes, el autor expresamente se refiere a los Tratados de Montevideo de 1889 y 1933. Además, hace referencia igualmente a la Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero y a la Convención Interamericana de Cooperación Internacional en Materia Penal de Bahamas.

[86] Es conveniente destacar que existe un Proyecto de Reforma del texto de la Ley mencionada, de autoría del Dr. Marcelo Alejandro Peluzzi, el cual busca modificar, por ejemplo, el capítulo referente al cumplimiento de condenas, para que abarque, además de eso, el cumplimiento de suspensiones del juicio a prueba y el cumplimiento de medidas de seguridad curativas y educativas. (DIBUR, José Nicasio.; DELUCA, Santiago. *Op. cit.* pp. 57-61)

[87] Las condiciones previstas por el art. 85 son las siguientes: a) que el condenado sea argentino al momento en que se presenta la solicitud; b) que la sentencia de condena en el país extranjero sea definitiva y esté firme; c) que el condenado haya dado ante una autoridad diplomática o consular argentina, y con asistencia letrada, su libre y expreso consentimiento al traslado, después de ser informado de las consecuencias; d) que la duración de la pena pendiente de cumplimiento sea de por lo menos dos años al momento de presentarse el pedido; e) que el condenado haya reparado los danos ocasionados a la víctima en la medida que le haya sido posible." Al final del dispositivo, se hace mención a que "no importará para la concesión del traslado que el hecho cometido no sea delito para la ley argentina", de lo que deviene que no es exigida la condición de doble incriminación, común en los tratados ya analizados.

[88] Es curioso mencionar que el art. 90 de la Ley nº 24.767 permite que el condenado por un tribunal de un país extranjero a cumplir una pena en régimen de condena condicional o libertad condicional, pueda cumplirla en la Argentina, bajo la vigilancia de las autoridades argentinas. Cuanto a esto, se puede decir que igualmente se permite a los demás extranjeros que con la Argentina mantengan algún tipo de vínculo que allí cumplan sus penas, no siendo el beneficio de la transferencia concedido exclusivamente a los nacionales de este país.

[89] SOUZA, Carolina Yumi de. *Op. Cit.* p. 302. En el mismo sentido véase: PEREIRA NETO, Pedro Barbosa. "Cooperação Penal Internacional nos Delitos Econômicos". In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Nº 54. São Paulo: RT, may/jun 2005. pp. 160 y ss.

[90] Ministerio de Justicia de la República Federativa de Brasil. *Transferência de Condenados. Op. cit.*

[91] DELUCA, Santiago. *Op. cit.* p. 2.

BIBLIOGRAFÍA

ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. "Cooperação Internacional na Luta contra o Crime. Transferência de Condenados. Execução de Sen-

tença Penal Estrangeira. Novo Conceito". In: *Revista brasileira de ciências criminais.* Nº 10, abr/jun 1995.
BADÁN, Didier Opertti. "La Asistencia Judicial Internacional. Un enfoque general, Últimos desarrollos en el ámbito penal." In: LANDONI SOSA, Angel (dir.) *Curso de derecho procesal internacional y comunitario del MERCOSUR.* Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1997.
BALESTRA, Ricardo R. *Derecho internacional privado.* 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006.
BARREIROS, Lucas E. "El Derecho Internacional Contemporáneo y el Problema de la Soberanía. Un intento de reconciliación". In: PINTO, Mónica (comp.). *Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización.* Buenos Aires: Eudeba, 2009.
BITENCOURT, César R.; REGIS PRADO, Luiz. "Princípios Fundamentais do Direito Penal". In: *Revista brasileira de ciências criminais.* Nº 5. São Paulo: RT, 1996
CASTILHO, Ela Wiecko V. de. "Cooperação Internacional na Execução da Pena: a transferência de presos". In: *Revista brasileira de ciências criminais.* Nº 71. São Paulo: RT, mar/abr 2008.
CERVINI, Raúl; ARAÚJO JUNIOR, João Marcello. "Cooperación Penal Internacional en el Mercosur. Concepto y limites." In: ZAFFARONI, Baigún; PIERANGELI, García-Pablos. *De las penas: homenaje al profesor Isidoro de Benedetti.* Buenos Aires: Depalma, 1997.
DELUCA, Santiago. "Traslado Internacional de Condenados". In: *La ley,* nº 154. Buenos Aires: La Ley, 14/08/2009.
DIBUR, José Nicasio.; DELUCA, Santiago. *El traslado de condenados nacionales a su país de origen (una forma reciente de cooperación internacional en materia penal).* Buenos Aires: La Ley, 2005.
El principio no bis in Idem. Disponible en: http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/805F5242-24E6-4D5F-AD86-A008D886F9C6/0/LicPaulaDelSagrarioNunezVillalobos.pdf, acceso en 02/09/2009.
GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. *Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
MASCIOTRA, Mario. "XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal: problemas actuales del proceso iberoamericano". In: *Revista de derecho procesal.* Nº 2007-1. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.

MENDES DE SOUZA, Solange. *Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Ministerio de Justicia de la República Federativa de Brasil. *Sistema integrado de informações penitenciárias – INFOPEN - Relatório estatístico junho 2009*. Disponible en: http://www.mj.gov.br/data/Pages/JD574E9CEITEMIDC37B2AE-94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm, acceso en 02/09/2009.

Ministerio de Justicia de la República Federativa de Brasil. *Transferência de condenados*. Disponible en: http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJCD90C52DI-TEMID74E57DE62CF440278C1991CB3746DEC1PTBRIE.htm, acceso en 20/06/2009

Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la República Argentina. *Informe anual de la República Argentina – SNEEP 2007*. Disponible en: http://www2.jus.gov.ar/politicacriminal/Informe%20SNEEP%20TotalPais%202007.pdf, acceso en 02/09/2009

PEREIRA NETO, Pedro Barbosa. "Cooperação Penal Internacional nos Delitos Econômicos". In: *Revista brasileira de ciências criminais*. Nº 54. São Paulo: RT, may/jun 2005.

PIOMBO, Horacio Daniel. "La Transferencia de Condenados: nuevo instituto de la cooperación penal internacional (fundamentos, realidad y proyecciones de tal problemática contemporánea, todavía no abordada en la doctrina patria)". *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. Córdoba, 1991.

PIOMBO, Horacio Daniel. *Tratado de la extradición (internacional e interna)*. 2 vol. Buenos Aires: Depalma, 1998.

SOUZA, Carolina Yumi de. "Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal: considerações práticas." In: *Revista brasileira de ciências criminais*. Nº 71. São Paulo: RT, mar/abr 2008.

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. "Nuevos Desarrollos en la Cooperación Judicial Penal Internacional en el ámbito del MERCOSUR y del Derecho Uruguayo". In: *El Dial – Suplemento de derecho internacional privado y de la integración*. Buenos Aires: Albremática, 23/05/2008.

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. "Protocolo sobre Ajuda Jurídica Mútua em Assuntos Penais". In: VENTURA, Deisy (org). *Direito comunitário do Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997*.