(S-3292/18)

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,…

Artículo 1º.- Sustituyese el artículo 71 del Código Penal por el siguiente:

Artículo 71.- Sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes:

1) Las que dependieren de instancia privada;

2) Las acciones privadas.

3.) Aquellas en las que el imputado haya sido condenado en otra jurisdicción en causa similar en la que concurran las circunstancias de identidad de sujeto, objeto y se trate de un delito de acción pública.

4) La excepción contemplada en el inciso anterior, solo tendrá vigencia, si el imputado acepta colaborar con el Ministerio Público Fiscal suministrando datos, referencias y toda otra información que le sea requerida, que permita la localización de los bienes, derechos o valores objeto de los ilícitos realizados y que conduzcan a la investigación de las infracciones penales de su autoría, de aquellas en las que fuera coparticipe o de las que por su función tuviera el debido conocimiento,

Artículo 2º.- Incorporase como artículo 71 bis al Código Penal, el siguiente:

Artículo 71 bis. El acuerdo de colaboración indicado en el inciso 4 del artículo precedente deberá ser homologado por el Juez interviniente, tendrá carácter vinculante para los tribunales del juicio, y revestirá el carácter de cosa juzgada a todos los efectos.

Artículo 3º.- Incorporase como artículo 71 ter al Código Penal el siguiente:

Artículo 71 ter. A los efectos de establecer que los delitos de acción pública investigados en otra jurisdicción resulten similares a los aquí investigados, resultará suficiente para acreditar el objeto de los mismos la copia certificada de la sentencia contra el imputado, dictada por el tribunal extranjero, o el acuerdo homologado por el Juez interviniente en la causa.

DIRECCIÓN GENERAL DE PUBLICACIONES

Artículo 4º.- Comuníquese al Poder Ejecutivo

Fernando E. Solanas

FUNDAMENTOS

Señora Presidente:

Con motivo de las investigaciones que lleva adelante la justicia de la República Federativa de Brasil, en el caso denominado “Lava Jato, se han podido detectar los enormes focos de corrupción, a través de la llamada delación premiada, por lo cual, resulta factible canjear información de un arrepentido, por una disminución de la pena, y eventualmente inmunidad. La empresa Odebrecht se comprometió ante la Securities and Exchange Commission (SEC) a colaborar con todos aquellos países en los que sus funcionarios y empleados cometieron delitos. Esto como un ejemplo significativo, de lo que puede ocurrir respecto a cualquier tipo de acciones delictivas, donde se ofrezca colaboración a cambio de una disminución de la pena.

Quizás sea Brasil el país donde más se ha avanzado en este sistema de canje de información desde hace tiempo, ya que en mayo de 1995 fue sancionada la Ley No. 9.034/95 que dispone "sobre la utilización de medios operacionales para la prevención y represión de actos practicados por organizaciones criminosas." Esta ley fue creada para definir y regular "medios de prueba y procedimientos investigativos que ponderasen sobre crimen resultante de actos de banda", considerando causa compulsoria de disminución de la pena la delación de uno de los participantes en la organización criminal. El 19 de julio de 1995 fue sancionada la Ley No. 9.080/95, previendo, igualmente, la delación al coautor o partícipe de crimen cometido contra el sistema financiero nacional o contra el orden tributario o económico y las relaciones de consumo, cuando fueran cometidos por banda o en coautoría. En 1998 surgió la Ley No. 9.613/98, la llamada ley de "lavado de dinero", disciplinando, igualmente, la disminución de pena para el "colaborador espontáneo". Un año después se dictó la Ley No. 9.807/99, de protección a víctimas y testigos amenazados, que también prevé la delación premiada

En otras legislaciones, en países desarrollados económicamente, la figura de la delatio ya existía hace tiempo (asegurando incuestionablemente la vida del denunciante), como sucede en los Estados Unidos “plea bargaining” y en Italia como "patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata" que fueron concebidas con la posibilidad de concluir, y en algunos casos evitar, el proceso (o el

H. CÁMARA DE DIPUTADOS

juicio oral) tras la negociación entre el fiscal y la defensa, homologada posteriormente por el órgano judicial.

En el Código Penal brasileño ya existía la figura de la atenuante genérica del Art. 65, III, b, según la cual, la pena será atenuada siempre que el autor haya "tratado, por iniciativa propia y con eficiencia, inmediatamente después del delito, de atenuar las consecuencias, o, antes del juicio, haya reparado el daño", lo que podría, muy apropiadamente, compensar (por decirlo así) la actitud del delincuente, al auxiliar a la autoridad investigadora o judicial.

Además de la atenuante mencionada, existe la institución del arrepentimiento eficaz que, al igual, beneficia al agente cuando éste impide voluntariamente que se produzca el resultado de la ejecución del delito, haciéndole responder solamente por los actos ya practicados (Art. 15 del Código Penal). Se podría hacer referencia, inclusive, al precepto del Art. 16, arrepentimiento posterior, si bien éste es limitado a aquellos crímenes cometidos sin violencia o amenaza grave a la persona, pero, de igual manera, es compensador a la actitud positiva por parte del delincuente, reduciéndole la pena.

En ese ordenamiento jurídico, y consubstanciado en el Código Penal se permitía beneficiar al reo en determinadas circunstancias, cuando demostrase "menor endurecimiento en el querer criminoso, cierta sensibilidad moral, un sentimiento de humanidad y justicia que lo llevan, una vez pasado el ímpetu del crimen, a procurar detenerlo en su proceso de agresión al bien jurídico, impidiendo sus consecuencias," como lo ha señalado Aníbal Bruno [Direito Penal, 4a. ed., Tomo III, p.140, 1984]

La "delación premiada" en Brasil consiste en un acuerdo alcanzado por el investigado (acusado o condenado) por la comisión de un delito y el Estado, titular del ius puniendi, a través del Ministerio Fiscal, en el que, a cambio de la confesión o la prestación de información relevante, se ofrecen al presunto delincuente determinados beneficios, que pueden consistir en la rebaja de la pena, o incluso su remisión total en los casos de colaboración especialmente importante, y también en la retirada de la acusación, con el consiguiente sobreseimiento de la causa, o, previamente, en la decisión de no acusar al delator. Así entendida, es un instrumento más al servicio de la justicia penal, por cuanto puede ayudar en la obtención de pruebas, facilitando la investigación -y, en general, la persecución- de delitos de especial gravedad, en especial de los cometidos en el ámbito de la delincuencia organizada, y en conocidos actos de corrupción, como lo puntualizáramos respecto a la llamada “Operación Lava Jato”

El instituto de la delación premiada en Brasil, si bien se originó en las décadas anteriores tiene antecedentes en el ordenamiento jurídico

PROCURACIÓN GENERAL DE LA PROVINCIA

desde el tiempo de la colonia, constando en las Ordenaciones Filipinas de 1603, (Título VI del Libro III “Del que se obligó a responder en otro juicio”; y en el ítem 12 del Título CXVI del Libro V “Como se perdonará a los malhechores que lleven a prisión a otro”). A partir de ahí, las leyes coloniales e imperialistas mantuvieron el criterio de premiar a quien se acercara a la Corte a deponer contra sus compinches de fechorías. Las leyes post imperio, formateadas a partir del sistema procesal mixto, mantuvieron tales criterios, aunque sin expresarlos normativamente; es decir, la jurisprudencia se encargó de premiar al delator con mengua de la pena, u otro beneficio.

A pesar de las críticas de muchos juristas resulta indudable que las nuevas formas de delincuencia necesitan que los sistemas de investigación penal se actualicen y se amplíen en la medida de la existencia de las formas delictivas complejas y sofisticadas que se pueden observar en la actualidad, pero también debe advertirse que una investigación penal no puede desarrollarse sin límites ni garantías. En los tiempos políticos que se viven actualmente en Latinoamérica, podemos constatar que existen procesos criminales abiertos a autoridades públicas, gobernantes y ex presidentes en diferentes países (Argentina, Brasil, Paraguay, Ecuador etc.) como derivación de informaciones surgidas de declaraciones de arrepentidos colaboradores o delatores. Siendo así, es imprescindible comprender la legalidad del instrumento, no sólo desde el derecho positivo interno, sino también desde el ámbito de aplicación del derecho internacional, sobre todo desde el respeto a las convenciones de Derechos Humanos.

La Ley brasileña 9.613, del 3 de marzo de 1998. Dispone sobre los crímenes de lavado u ocultación de bienes, derechos y valores; etc. Art. 1º § 5º “La pena será reducida de uno a dos tercios y comenzará a ser cumplida en régimen abierto, pudiendo el juez dejar de aplicarla o substituirla por pena restrictiva de derechos, si el autor, coautor o partícipe colabora espontáneamente con las autoridades, prestando esclarecimientos que conduzcan a la investigación de las infracciones penales y de su autoría o la localización de los bienes, derechos o valores objeto del crimen”. Asimismo, la Ley 11.343, del 2006 que instituyó el Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas; establece normas para la represión a la producción no autorizada y al tráfico ilícito de drogas; define crímenes y da otras providencias. En el art. 41 determina que “El indiciado o acusado que colabora voluntariamente con la investigación policial y en el proceso criminal en la identificación de los demás coautores o partícipes del crimen y en la recuperación total o parcial del producto del crimen, en caso de condena, tendrá pena reducida de un tercio a dos tercios”.

Hoy en día, casi no existe jurista que no coincida en la evidente influencia de la tradición jurídica anglosajona en la incorporación a

DIRECCIÓN GENERAL DE PUBLICACIONES

nuestros ordenamientos procesales de varios modelos de terminación anticipada del proceso; y en realidad, puede afirmarse que pocos son los sistemas jurídicos que no lo han instaurado de alguna forma, en legislaciones procesales de la región

En nuestra legislación penal, el sistema del arrepentido es bastante ambiguo y muy reciente, ya que la ley 27.304 se sancionó en el año 2016. Mediante sus disposiciones modificatorias del Código Pena, el imputado ofrece al Fiscal información verificable, y a cambio de ello obtiene una promesa de reducción de la pena en la instancia de juicio oral lo que debe ser homologado por el Juez instructor, pero que no tiene carácter vinculante, debido a lo cual se convierte en un esquema de escasa previsibilidad. Si analizamos con rigor la instrumentación de este proceso del arrepentido, puede observarse que no existe forma de terminar un proceso de manera anticipada y tampoco de negociar eficazmente a fin de contar con la información necesaria que permita investigar con rigor la comisión de delitos de acción pública. Si bien la Ley citada ha especificado todos aquellos casos en que corresponde una reducción de la pena, y se establecen condiciones muy parecidas a las existentes en la legislación brasileña, el esquema de escasa previsibilidad que mencionamos dificulta la aplicación de este procedimiento, especialmente en el caso de arrepentidos extranjeros, que han sido beneficiados con una reducción de pena en su país, debido a las limitaciones fijadas por el artículo 71 del Código Penal, que significa que los fiscales no puedan elegir que delitos perseguir. Por otra parte en nuestra legislación existe reducción de pena, pero no se contempla que la misma pueda dejar de ser aplicada, ni condonar la misma en ningún caso, como si ocurre en otras legislaciones.

Por diversos casos que son de dominio público y que han conmocionado al mundo empresario, originados principalmente en la operación Lava Jato. Un conjunto de empresas brasileñas fueron investigadas, y se aceptó en muchos casos la delación premiada por parte de sus funcionarios. Quizás por el volumen de sus operaciones realizadas en varios países latinoamericanos la empresa Odebrecht, ha sido la más significativa, siendo investigada en la justicia federal de la Argentina, por la celebración de varios contratos de obra pública de enorme significación. Pero resulta difícil acceder a la colaboración de tales funcionarios, debido a limitaciones de la legislación penal, con lo cual, se frustra la posibilidad de llegar en la investigación a sus últimas consecuencias.

El caso más relevante de la imposibilidad de contar con la colaboración de arrepentidos lo constituye la actuación de Luiz Mameri quien asumió el cargo de vicepresidente de Odebrecht para América Latina y Angola en abril de 2008, habiendo trabajado 31 años como funcionario en la constructora brasileña en varios países. Fue el responsable de supervisar y liderar a los directores superintendentes

PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN

(DS) de Angola, Perú, Argentina, Ecuador, Colombia, Panamá, México, República Dominicana, Guatemala y Cuba.

Como parte de sus funciones, primero como vicepresidente y luego como líder empresarial, Mameri elaboró el planeamiento de mediano y largo plazo en las estrategias generales del negocio. En julio de 2012, como resultado de una restructuración en la compañía, Mameri dejó la supervisión y coordinación en Angola. A partir de ese momento su trabajo se centró en los países de Latinoamérica bajo su supervisión., con excepción de Brasil y Venezuela.

Debido a la investigación realizada en la denominada operación Lava Jato, que llevó a los funcionarios de las principales constructoras brasileñas a ser imputados de diversos delitos, el 12 de diciembre de 2016, Mameri fue interrogado por los fiscales brasileños Almir Teubl Sánchez y Thiago Henrique Viegas Lins en la sede de la Procuraduría en Sao Paulo – como parte de su acuerdo de delación premiada – sobre sus funciones como vicepresidente de la constructora, su relación con los directores superintendentes, y sobre cómo fue el esquema de autorización de pagos de sobornos a funcionarios públicos a través del Sector de Operaciones Estructuradas.

La confesión de Mameri, mostró la coordinación con los directores superintendentes de los países que tuvo a su cargo que se realizó de la siguiente manera: Al final de cada año, cada director le presentaba su “plan de negocio”, llamado internamente “Programa de Acción- PA” para los siguientes años. El PA debía contar con un presupuesto, estrategia, resultados previstos y la lista de obras que pretendían conquistar en sus respectivos países. Acordados y aprobados los términos del PA, cada director superintendente era el encargado de ejecutar las actividades en sus países.

Mameri coordinaba, supervisaba y acompañaba el desarrollo de los planes de acción. En ese sentido, los directores superintendentes le daban cuenta de sus actividades en reuniones periódicas y en otras ocasiones, cuando este hacía visitas a los países bajo su responsabilidad.

Respecto a los pagos de sobornos, Mameri indicó a los procuradores brasileños que estos se hicieron con ‘recursos no contabilizados’ [es decir, dinero negro]. En su declaración confesó el pago de coimas por 2.900.000 dólares para las obras del soterramiento del Ferrocarril Sarmiento, expresando su intención de colaborar con la justicia argentina, con el fin de suministrar toda la información posible sobre las negociaciones efectuadas con funcionarios y empresarios de la constructora IECSA que estaban llevando a cabo la obra. Pero esa colaboración quedó condicionada, a no resultar condenado en la Argentina, ya que había sido penalizado en su país.

DIRECCIÓN GENERAL DE PUBLICACIONES

La presentación que efectuaran los abogados de Mameri sobre la falta de acción respecto de su representado fue rechazada por el Juez aquo y ante la apelación deducida La Cámara Criminal y Correccional Federal confirmó el rechazo con fecha 24 de agosto de 2018, estimando que los elementos aportados en la causa, no resultaban suficientes para “acceder a lo solicitado en la excepción, en tanto las referencias obtenidas no alcanzan para acreditar suficientemente ante esta jurisdicción el extremo que se pretende, es decir, la identidad de sujeto, objeto y causa. En efecto, para evaluar el planteo, resulta necesario contar con información específica por parte de las autoridades de la República Federativa de Brasil, especialmente acerca de los hechos concretos por los cuales es sometido a enjuiciamiento Mameri y su situación procesal. Por lo tanto, ni la suscripción del “Acuerdo de Colaboración Premiada” -por parte de Mameri-, ni la firma del “Convenio de Leniencia” -por parte de Odebrecht-, acompañados en el legajo por la defensa, permiten superar la incertidumbre señalada. El fallo del tribunal de Alzada, si bien no descarta la posibilidad de que se modifique la situación procesal de Mameri, adoptó una posición formalista que impide seguir avanzando, y de tal manera, el Ministerio Público Fiscal se encuentra en una especie de encerrona investigativa que no le permite seguir avanzando al no contar con ese testimonio fundamental.

El caso señalado, es uno de los tantos que podrían producirse, y que dificultan investigaciones que resultan fundamentales, debido a las limitaciones que apuntáramos. Por tal circunstancia, entendemos que debe instrumentarse un procedimiento expeditivo, que respetando la normativa legal, permita al Ministerio Público Fiscal la celebración de acuerdos con personas que se hayan arrepentido en otros países, obteniendo importantes reducciones de pena, y eventualmente la no aplicación de la que les correspondiere. Tales acuerdos permitirán que se obtenga la colaboración que determina la Ley 27.304 sin que vuelvan a ser juzgadas en la jurisdicción argentina, ya que han sido penalizadas en sus países de origen, por causas, donde haya identidad de objeto, sujeto, y se trate de delitos de acción pública.

Por todo ello resulta conveniente dejar sin efecto las limitaciones del artículo 71, estableciendo que los acuerdos que se firmen con el Ministerio Público Fiscal, y sean homologados por el Juez interviniente, tengan efecto vinculante con el Tribunal del juicio, revistiendo el carácter de cosa juzgada, y que a los efectos de la acreditación del objeto de la causa, resulte suficiente la certificación de los tribunales de la nacionalidad del arrepentido.

DIRECCIÓN GENERAL DE PUBLICACIONES

En razón de los fundamentos expuestos solicito a mis pares se sirvan acompañar este Proyecto de Ley.

Fernando E. Solanas

DIRECCION GENERAL DE PUBLICACIONES