

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS*

En una causa por contrabando, Casación convalidó la declaración indagatoria prestada por el representante de un ente ideal, al entender que éste no era un simple apoderado de la sucursal. Según la ley de sociedades comerciales y constancias de autos, el imputado tenía amplias facultades para representar y obligar a la firma. Consideró que no hubo afectación a la garantía de defensa en juicio.

En la Ciudad de Buenos Aires, a los 4 días del mes de diciembre de dos mil dos, se reúnen los miembros de la Sala Tercera de la Cámara Nacional de Casación Penal, doctores *Eduardo Rafael Riggi*, *Guillermo José Tragant* y *Juan Edgardo Fécoli*, bajo la presidencia del primero de los nombrados, asistidos por la Prosecretaria de Cámara, doctora *María Laura Olea*, con el objeto de dictar sentencia en la causa N° 3871 del Registro de esta Sala, caratulada “*Inversora Kilmy S. A. s/ recurso de casación*”. Representa al Ministerio Público el señor Fiscal General doctor *Ricardo Gustavo Wechsler*, actúa como querellante la Dirección General de Aduanas y ejerce la defensa de la persona jurídica imputada el doctor *Eduardo Alberto Álvarez*.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO:

Llega la causa a conocimiento de esta Alzada a raíz del recurso de casación interpuesto a fs. 630/647 vta. por la señora Fiscal General, doctora *Marta Inés Benavente* contra la sentencia de fs. 568/607 vta., dictada por el Tribunal Oral

* Publicado en el *Diario Judicial* del 11/4/2003.

en lo Penal Económico N° 1, en la que en su punto dispositivo segundo se resolvió declarar “[...] la nulidad parcial de las declaraciones indagatorias obrantes a fs. 24.197/8 vta. y 29.793 y vta. de los autos principales, y de todo lo actuado en su consecuencia, únicamente respecto de la imputada “Inversora Kilmy S. A.”, y por lo tanto, absolviendo a la mencionada firma en orden a la introducción a plaza de la mercadería transportada en los contenedores identificados como TEXU 378107/7 (Hecho “B” o 21), JLSU 208680-7 (Hecho “C” o 19), NYKU 658906-8 (Hecho “D” o 24) y TRIU 453705-3 (Hecho “F” o 23)[...]”

El Tribunal de mérito hizo lugar al remedio interpuesto (fs. 651/657 vta.), siendo debidamente mantenido en esta instancia a fs. 671.

Durante el término de oficina sólo se presentó el señor Fiscal General ante esta instancia (fs. 677 y vta.). Cumplidas las previsiones del artículo 468 del ritual –conforme constancia actuarial de fs. 688–, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

SEGUNDO:

Corresponde ahora reseñar los agravios expuestos por la parte impugnante, quien manifiesta recurrir de conformidad con las previsiones de ambos incisos del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación. En tal sentido, expresa la señora Fiscal General que “[...] la sentencia adolece de vicio ‘in procedendo’ –inc. 2° art. 456 del CPP– al interpretar erróneamente, y con arbitrariedad, el régimen general de nulidades del Código Procesal, así como el derecho de defensa en juicio que habría motivado la concreta nulidad declarada en forma parcial sobre las declaraciones indagatorias mencionadas [...] Por otro lado, la errónea interpretación que se hace en la sentencia del régimen de nulidades establecido en el ordenamiento procesal, a su vez, se apoya en la errónea interpretación de una ley sustantiva –en el caso la ley de sociedades– (inc. 1° art. 456 CPP)[...]”

Sostiene la recurrente que los Jueces del Tribunal a quo “[...] han considerado a Javier Mazzea un ‘simple apoderado’ de Inversora Kilmy S. A. y que, en tanto no se trata del presidente del directorio a que se refiere el art. 268 de la ley 19.550, no se encontraba habilitado para prestar declaración indagatoria en representación de la firma mencionada”. Al respecto sostiene que el tribunal de grado ha “[...] enmarcado erróneamente la actuación de Mazzea en la especie, obviando considerar las consecuencias que se derivan del hecho de que Inversora Kilmy S. A. sea una sucursal de una sociedad anónima constituida en el extranjero, cuestión crucial al momento de definir las características de la representación que Mazzea ostentaba. El erróneo encuadre otorgado surge prístino del apoyo que la sentencia busca en el art. 268 de la ley de sociedades y en la jurisprudencia que de la Cámara Nacional en lo Penal Económico y CSJN cita, que no responden al supuesto de autos (no se trataba de sucursales de sociedades anónimas constituidas en el extranjero) y por lo tanto, son inaplicables al caso”.

Expresa que de las escrituras mediante las cuales se inscribiera a la sociedad extranjera Inversora Kilmy S. A. ante la Inspección General de Justicia “[...] surge a las claras que el encuadre que la persona jurídica y su representación re-

clamaban es el previsto en la sección XV de la ley 19.550, referido a las sociedades constituidas en el extranjero. Al respecto, vale decir que existen tres casos que se han tenido en cuenta para la actuación en el país de sociedades constituidas en el extranjero, uno de los cuales es el ejercicio habitual del comercio o establecimiento de sucursal u otra representación permanente. En el art. 118 y ss. se establecen las condiciones a que deberá sujetarse la sociedad, debiendo puntualizarse que la ley y en definitiva todo el sistema establecido por la ley de sociedades tiende a conferirle una autonomía operativa a esa sucursal. Así, se les impone, como primera medida, acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes de su país; en segundo lugar fijar un domicilio en la república y como tercera medida, la justificación de la decisión de crear dicha representación y designar la persona a cuyo cargo estará (designación de representantes –uno o varios– que actuarán también conjunta, indistinta o alternativamente). Luego, no puede haber representación, agencia o sucursal sin un responsable ante terceros y ante la autoridad de control, responsable que lo será en la misma medida que lo son los administradores de las sociedades constituidas en el país. A tales representantes, dijimos, se los equipara, en la extensión de sus obligaciones y en la medida de sus responsabilidades, a los administradores de las sociedades constituidas en el país. Y las obligaciones de los representantes, y por ende, las responsabilidades emergentes de esas obligaciones, figuran en el art. 121 de la ley, conforme cuyo texto, el representante de sociedad constituida en el extranjero contrae las mismas responsabilidades que para los administradores prevé la ley”.

De todo ello infirió que “[...] de haberse aplicado las normas mencionadas, es claro que no podría haberse concluido –como se hizo– que ‘Inversora Kilmy S. A.’ no se encuentra debidamente representada en esta causa por su órgano pertinente, sino por un ‘simple apoderado’[...] Y éste, porque, lejos de ser ‘un simple apoderado’, Mazzea, conforme los instrumentos reseñados, era quien ostentaba la representación en el país de la sucursal Inversora Kilmy S. A., tenía a su cargo la administración de la entidad así como la disposición de sus bienes y, conforme el orden jurídico interno, su actuación y responsabilidad se encontraba equiparada a la de un director de sociedad anónima. Es decir que –dentro de la República Argentina– Mazzea era la máxima autoridad de Inversora Kilmy S. A.”

TERCERO:

La cuestión a resolver en estas actuaciones se circunscribe entonces a determinar quién es la persona física que debe concurrir a prestar declaración indagatoria en nombre del ente ideal, teniendo en cuenta que en la presente causa la persona jurídica imputada está constituida en el extranjero, y su presencia en la República Argentina se reduce a una sucursal.

Es conveniente recordar aquí cuanto se sostuviera *in re* “Peugeot Citroën S. A. s/ rec. de casación” (causa N° 2984, reg. 715/01, del 16/11/01, del voto del doctor Riggí), ocasión en la que se afirmó que “[...] la doctrina considera mayoritariamente que no cabe la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues [...] no son capaces de acción ni de culpabilidad, y que la teoría del delito, al basarse en el comportamiento de un ser humano, rechaza este tipo de respon-

sabilidad. Así, sostiene el Tribunal Supremo Español que ‘[...] la persona jurídica siempre, por definición, por la realidad de las cosas, ha de actuar a través de personas físicas. En el derecho penal lo que interesa es quién actúa realmente, qué persona despliega el comportamiento [...]’ (STS, 24/3/1997). Pero en definitiva, y aun cuando doctrinariamente pudiéramos compartir este criterio, resulta indudable que este Tribunal debe atenerse y ajustar su pronunciamiento al derecho positivo vigente –en el caso concreto, lo expresamente previsto al respecto por la ley especial que rige la materia” [extremo extensamente detallado en el aludido pronunciamiento y cuya atenta lectura sobre el particular nos permitimos respetuosamente sugerir], “por lo demás receptada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 298:693 y 316:1588 [...]–, y ello así por cuanto, conforme al reiterado criterio rector sostenido inveteradamente por el Alto Tribunal [...] ‘por amplias que sean las facultades judiciales en orden a la interpretación y aplicación del derecho, el principio de la separación de poderes, fundamental en el sistema republicano de gobierno adoptado por la Constitución Nacional, no consiente a los jueces el poder de prescindir de lo dispuesto expresamente por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto (Fallos: 234:82, 310; 241:121; 250:17; 263:460) [...]’ ”.

En aquella oportunidad, y vinculado más estrechamente con la cuestión relativa al modo en que los entes ideales ejercen su derecho de defensa, se señaló también que “prevista la responsabilidad penal de los entes ideales, la utilización de los preceptos por los que se regula el instituto de la declaración indagatoria en el Código Procesal Penal de la Nación aparece como la única vía para garantizar a la persona jurídica el ejercicio de tan inalienable derecho”.

La jurisprudencia se ha pronunciado en similar sentido al afirmar que “[...] por lo mismo que la declaración indagatoria del acusado, además de ser una irremplazable fuente de información para el juez de instrucción, constituye también un derecho incancelable y un invalorable medio de defensa para el encausado no puede caber duda de que en toda discusión sobre dicho derecho en general (y, por ende, –como ocurre en la especie–, sobre quién ‘puede’ o ‘debe’ prestar declaración indagatoria en nombre y representación de una sociedad anónima o de otra persona jurídica cualquiera), está comprometida la garantía constitucional de la defensa en juicio, que el art. 18, Const. Nac., proclama inviolable, lo mismo que el art. 11, [parágrafo] 1, ‘Declaración Universal de los Derechos Humanos’, en la parte que establece que toda persona acusada de un delito tiene derecho a ser juzgada en juicio público ‘en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa [...]’ ” (conf. sumario del fallo dictado *in re* “Leiro, Germán y otro”, Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala II, rta. 31/10/62).

Y es que “La declaración indagatoria, acto trascendental de la instancia, que otorga la posibilidad inicial de la defensa material del imputado, requiere la personal intervención de éste: es decir que en la misma, no puede ser sustituido ni representado [...] Si bien el principio expuesto resulta innegable y fácilmente practicable en el supuesto de procesamiento de personas de existencia visible, la cuestión aparece compleja cuando el sometimiento a juicio tiene por sujeto a un ente

ideal, cuya naturaleza inmaterial y absoluta carencia de voluntad intrínseca, hacen de imposible cumplimiento la satisfacción de un acto como el de la indagatoria o interrogatorio. Habida cuenta de ello, cabe preguntarnos ¿cómo es posible dar cumplimiento a una forma de tan indiscutible importancia, e imprescindible, cuando se lleve a juicio a los entes morales? La respuesta surge con toda sencillez. Pues, no podrá ser de otra forma que obteniendo información o posibilitando oportunidad defensiva inicial; vale decir, indagando a los representantes del ente” (conf. voto del doctor Miguel F. Echegaray en el fallo plenario recaído en los autos caratulados “Serur Hnos. y otros”, Cámara Nacional en lo Penal Económico en Pleno, del 22/5/62).

Como fácilmente fluye de los precedentes citados, el instituto de la declaración indagatoria es el único previsto en nuestro ordenamiento ritual para recibir declaración al imputado, aun cuando éste se tratare de una persona de existencia ideal.

Cuadra señalar, entonces, que conforme lo dispone el artículo 121 de la ley 19550 (de sociedades comerciales), “El representante de sociedad constituida en el extranjero contrae las mismas responsabilidades que para los administradores prevé esta ley [...]” Aplicando dicho precepto a las circunstancias comprobadas en la presente causa, advertimos que tratándose “Inversora Kilmy” de una sociedad anónima, resulta que su representante se encontraba investido, en relación a la sucursal radicada en nuestro país, de las mismas facultades que la referida ley prevé para el presidente del directorio. En tal sentido, establece el artículo 268 que “La representación de la sociedad corresponde al presidente del directorio. El estatuto puede autorizar la actuación de uno o más directores. En ambos supuestos se aplicará el artículo 58”. Por su parte, el artículo 58 dispone que “El administrador o el representante que de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social [...]”.

Como se advierte de todo cuanto se viene desarrollando, la capacidad de Javier Mazzea para representar a la empresa “Inversora Kilmy S. A.” en el acto de prestar declaración indagatoria surge prístina, analizando la sentencia impugnada, los embates que contra ella formula la señora representante del Ministerio Público Fiscal, y las escrituras públicas que en fotocopias fueran remitidas por la Inspección General de Justicia (conf. legajo 1001694, que corre por cuerda), pues la entidad imputada ha sido constituida en la República Oriental del Uruguay, manteniendo en el territorio nacional una sucursal de la casa matriz, la que se encontraba a cargo de Javier Mazzea, en virtud del poder otorgado por las autoridades de la empresa, quien en consecuencia de ello se encontraba investido de facultades suficientes para representar y obligar al ente. En tal sentido, repárese que según consta en la escritura pública glosada a fs. 31/35 del informe de la Inspección General de Justicia, Javier Mazzea fue designado apoderado de la empresa “Inversora Kilmy S. A.”, para ejercer la administración de la sucursal constituida en el territorio nacional, habiendo si-

do investido de “ilimitadas facultades” para administrar y disponer de sus bienes, potestades entre las que se encontraba actuar en juicio.

Desconocer la existencia de dicha circunstancia importa en el caso un rigorismo formal manifiesto, habida cuenta de que era precisamente el apoderado de la empresa quien se encontraba al frente de la entidad en nuestro país, y en consecuencia, investida de potestades suficientes para representar al ente en el acto de prestar declaración indagatoria.

Por lo demás, en virtud de la referida condición de responsable de la firma en el territorio nacional, Mazzea era también la persona que se encontraba en mejores condiciones para brindar todas las explicaciones y descargos que hacen al ejercicio del derecho de defensa en juicio. Lo expuesto nos conduce a recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que *“es admisible que la declaración indagatoria, impuesta sin posibilidad de sustitución de personas al presidente o a los miembros del directorio de una sociedad anónima y con motivo del juzgamiento de infracciones a la ley del caso, puede importar efectiva obstrucción a la defensa en juicio”*. Fundamentó su postura el Alto Tribunal en la consideración que resulta *“verosímil la ignorancia total de las personas mencionadas respecto de los hechos de la causa”*, y declaró también que *“la pertinencia de la concurrencia personal a la indagatoria no conserva su razón de ser específica cuando lo acriminado no son contravenciones de índole personal, sino que derivan de las responsabilidades establecidas por las normas vigentes de fomento industrial, imputables a las personas jurídicas”* (conf. Fallos 259:107).

Como se advierte de todo lo desarrollado precedentemente, la declaración de nulidad decretada por el Tribunal *a quo* merece en el caso la censura de esta Cámara, y ello así por cuanto la misma desatiende las expresas previsiones de la ley 19550 que rige la materia, a lo que se agrega que tampoco se vislumbra vulneración alguna al derecho de defensa en juicio que autorice la tacha de nulidad dispuesta.

En mérito de todo lo expuesto, el Tribunal **RESUELVE:**

I) HACER LUGAR, sin costas, al recurso de casación interpuesto a fs. 630/647 vta. por la señora Fiscal General, doctora Marta Inés Benavente contra la sentencia de fs. 568/607 vta., dictada por el Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 1; II) DECLARAR LA NULIDAD del punto dispositivo II de la sentencia de fs. 568/607 vta., en cuanto declara la nulidad parcial de las declaraciones indagatorias obrantes a fs. 24.197/24198 vta. y 29.793 de los autos principales y consecuentemente absuelve a la firma “Inversora Kilmy S. A.” del delito que se le imputara; y III) REMITIR la presente causa al Tribunal *a quo* para que previa sustanciación conforme a derecho, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí decidido (artículos 456 incisos 1° y 2°, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, hágase saber y remítanse las actuaciones, sirviendo la presente de muy atenta nota envío.

Fdo.: Dres. Eduardo R. Riggi, Guillermo J. Tragant, Juan E. Fégoli. Ante mí: María de las Mercedes López Alduncin, Secretaria.