

1º) Fly Machine S.R.L. s/ recurso extraordinario (FALLO DE LA CORTE- VOTO JUEZ ZAFFARONI)-
PARA L TEXTO DEL FALLO DE LA CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL
VER: JURISPRUDENCIA PENAL DE BUENOS AIRES, Tº 124, P. 207 y ss.)

Procedimiento penal. Tentativa de contrabando documentado. Declaración de nulidad de los requerimientos de elevación a juicio del fiscal y de la querrela relacionados con una persona ideal. Irresponsabilidad penal de los entes ideales. Rechazo de la apelación federal por falta de fundamentación suficiente.

F. 572. XL. "Fly Machine S.R.L. s/ recurso extraordinario".

Suprema Corte:

- I -

La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal rechazó el recurso interpuesto por la Dirección General de Aduanas y, en consecuencia, confirmó lo resuelto por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Córdoba, que declaró la nulidad de los requerimientos de elevación a juicio del fiscal y la querrela, así como también de todos los actos procesales que incluyeran a la empresa "Fly Machine" como imputada.

Adoptó ese temperamento, al sostener la imposibilidad de que las personas jurídicas puedan ser sujetos pasibles de la aplicación de sanciones en sede judicial por la comisión de un delito determinado, en el caso, tentativa de contrabando documentado. Según el a quo, esa interpretación surge del criterio expuesto por VE en Fallos: 305:246 y, asimismo, consideró que la irresponsabilidad penal de los entes ideales encuentra sustento en el principio "societas delinquere non potest", en la medida que el delito es una manifestación humana que sólo puede ser atribuida a una persona física.

Sin embargo, como consecuencia del principio de la "doble jurisdicción" en materia de contrabando que la Corte reconoció, incluso, con posterioridad al precedente citado, la Cámara no descartó la posibilidad de sancionar a la sociedad una vez juzgado y eventualmente condenado Gerardo González, en orden al delito que se le imputa por su conducta como socio gerente de "Fly Machine S.R.L.", con las penas o medidas de seguridad contempladas en los Artículos 876, apartado 1, inciso g) e i); 887 y 888 del Código Aduanero, de carácter accesorio a la pena privativa de libertad previamente impuesta.

Contra este pronunciamiento la querellante interpuso recurso extraordinario, que fue concedido a fojas 29.

- II -

En su presentación de fojas 9/21, los letrados apoderados de la Dirección General de Aduanas sostienen que en el fallo se realizó una errónea inteligencia de las normas federales aplicables, lo que implicó prescindir de la ley al impedir que la persona jurídica pueda ser juzgada y condenada en sede judicial por la comisión del delito que se le atribuye en autos.

También tachan de arbitrario lo resuelto en tal sentido, por implicar un inequívoco apartamiento de la solución normativa prevista para el caso, en detrimento de las garantías constitucionales que invocan a tal efecto.

- III -

Si bien el recurso extraordinario resultaría formalmente procedente, en la medida que se pretende discutir el alcance o inteligencia de normas de carácter federal -Artículos 94, apartado 2; 876, apartado 1, incisos "f", "g" e "i"; 887; 888; 1026 y 1121, de la Ley N° 22.415- y la decisión apelada resuelve el caso en forma contraria al derecho que los recurrentes fundan en ellas (Fallos: 302:1105; 304:1109; 310:966 y 1822; 315:942 y 321:2926, entre muchos otros), cabe tener en cuenta también que tales cuestiones, al vincularse con un pronunciamiento que no pone fin al pleito ni impide su continuación, resultan ajenas, por regla, a la instancia del Artículo 14 de la Ley N° 48 (Fallos: 302:1078; 316:2597), salvo que lo resuelto ocasione un agravio que, por su magnitud y de acuerdo con las circunstancias del hecho, resulte de imposible reparación ulterior (Fallos: 306:1705; 315:2584; 318:665; 321:1385).

Precisamente, no aprecio que la crítica de los recurrentes, tal como se encuentra planteada, alcance para configurar dicha excepción. Pienso que ello es así, pues se limitan a reiterar la mención de las sucesivas leyes en materia aduanera que, a su juicio, admitirían la posibilidad de someter a persecución penal a un ente ideal por los delitos cometidos por sus representantes, sin refutar adecuadamente los argumentos vertidos en el fallo y sustentados en principios de derecho criminal que obstan a ello, motivo por el cual la apelación federal adolece, en este aspecto, del requisito de fundamentación suficiente que exige el Artículo 15 de la Ley N° 48, al no refutar todos y cada uno de los argumentos en que se apoya la decisión impugnada (Fallos: 303:620; 304:635; 307:142; 312:389).

Pero, lo que resulta relevante en este mismo sentido, es que tampoco advierten los letrados apoderados de la querrela que la inteligencia asignada por el a quo a las normas federales no implica, tal como lo sugieren, que desaparezcan el delito y la penas previstas en el Código Aduanero para las personas jurídicas. Por el contrario, lo que se desprende de esa interpretación es que resulta factible sancionar al ente ideal, aunque ello se encuentra supeditado a que las personas físicas que actuaron en su representación, hayan sido previamente juzgadas y condenadas en sede judicial por el delito que se les reprocha, atento el carácter accesorio de las penas para cuya aplicación también se faculta a la Aduana, conforme lo tiene establecido VE en los casos que se invocan en el fallo.

Por lo tanto, en la medida que los recurrentes no se hacen cargo de ese razonamiento, ni aducen nuevos argumentos que puedan conmover el criterio establecido en tales antecedentes, no se alcanza a comprender ni aquéllos demuestran cuál es el perjuicio sufrido en esta etapa del proceso, como consecuencia de la resolución de la Cámara al respecto. Tiene dicho la Corte que una de las características que debe reunir todo gravamen que se intenta subsanar por medio del recurso extraordinario, lo constituye la circunstancia de que se haya alegado un perjuicio concreto y actual (cfr. Fallos: 256:125; 302:939; 306:1698; 310:418; 312:916), extremo que, por lo expuesto, no encuentro presente en el sub júdice.

Igual defecto de fundamentación presenta el remedio federal en cuanto a la supuesta contradicción que se aduce como causal de arbitrariedad, al admitir el a quo, a pesar de la imposibilidad de juzgamiento de un ente ideal, la aplicación de una pena por parte del juez (retiro de la personería jurídica y, en su caso, la cancelación en el Registro Público de Comercio, prevista en el Artículo 876, apartado 1, inciso "i", del Código Aduanero), "[...] sin haberle permitido a la persona, ya sea física o jurídica, ejercer los derechos acordados y reconocidos en nuestro procedimiento penal y de raigambre constitucional [...]" (fs. 19 vta./20) que le asiste. En efecto, además de obviar las razones vertidas en el fallo en tal sentido, fundadas en el carácter y naturaleza de esas sanciones que, insisto, la Corte reconoció en los precedentes que se citan a tal efecto, tampoco se llega a advertir en esta ocasión el perjuicio que le podría acarrear a la querrela la posibilidad de que el ente ideal fuera eventualmente sancionado con las penas que el propio Código Aduanero autoriza al juez a aplicar (Artículo 1026, inciso a), y que constituye la esencia de su reclamo ante esta instancia.

- IV -

Por todo lo expuesto, soy de la opinión que VE debe declarar improcedente el recurso extraordinario interpuesto a fojas 9/21.

Buenos Aires, 29 de septiembre de 2005.

Eduardo Ezequiel Casal

Buenos Aires, 30 de mayo de 2006.

Vistos los autos: "Fly Machine S.R.L. s/ recurso extraordinario".

Considerando:

Que tal como lo señala el señor Procurador Fiscal en su dictamen, la apelación federal carece de fundamentación suficiente.

Por ello, se declara mal concedido el recurso extraordinario deducido. Hágase saber y devuélvase.

Enrique Santiago Petracchi - Elena I. Highton de Nolasco - Juan Carlos Maqueda - E. Raúl Zaffaroni (en disidencia) - Ricardo Luis Lorenzetti - Carmen M. Argibay.

Disidencia del Señor Ministro doctor Don E. Raúl Zaffaroni.

Considerando:

1°) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal confirmó el pronunciamiento dictado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de la Provincia de Córdoba, en cuanto resolvió declarar la nulidad de los requerimientos de elevación a juicio de fs. 319/321 (formulado por la querrela) y 322 (presentado por la fiscalía) en razón de que en ellos se había imputado a una persona jurídica -la empresa "Fly Machine S.R.L."- la comisión de un delito -contrabando documentado en grado de tentativa (Artículos 863, 864 inc. b, 865 inc. f y 871 del Código Aduanero)-; declarándose también la nulidad de todos los actos procesales que referían a la aludida empresa como imputada.

Contra esa decisión los apoderados de la Administración Federal de Ingresos Públicos (Dirección General de Aduanas) dedujeron el recurso extraordinario que fue concedido a fs. 29.

2°) Que para así decidir, el tribunal a quo sostuvo que no resultaba posible aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas porque ello implicaba la derogación de los principios que rigen la acción, la imputabilidad, la culpabilidad y la pena, aunque sí reputó factible sancionar al ente ideal con penas o medidas de seguridad de carácter administrativo, como lo son las que el Código Aduanero contempla en los Artículos 876, ap. 1°, incs. "g" e "i" y 888, las cuales se aplicarían como consecuencia de la conducta de los órganos de estos entes colectivos.

3°) Que la recurrente fundó su apelación extraordinaria en la errónea interpretación de los Artículos 94 ap. 2°, 863, 864 inc. b, 865 inc. f, 871, 872, 876, 887, 888, 1026 y 1121 del Código Aduanero -Ley N° 22.415-, dado que tanto el Tribunal Oral interviniente como el a quo habrían efectuado un examen desacertado de las normas jurídicas que regulan el juzgamiento en sede penal de una persona jurídica y el sistema de doble jurisdicción -criminal y administrativa- que deriva de las penas previstas para el delito de contrabando.

También se impugnó la sentencia por considerarse que incurría en una arbitrariedad concerniente a sus fundamentos y efectos, en razón de que el fallo cuestionado se apoyaría en una inexacta valoración jurídica toda vez que, aun aceptando la imposibilidad de juzgamiento en sede penal de una persona de existencia ideal, no cabría aplicarle pena sin

asegurársele previamente el ejercicio del derecho de defensa en juicio y el debido proceso legal.

4°) Que el recurso extraordinario resulta formalmente procedente por hallarse en tela de juicio la inteligencia que corresponde asignar a determinadas normas federales y porque lo resuelto ha sido contrario al derecho que la recurrente fundó en ellas. A su vez, la decisión objetada genera para la recurrente un gravamen de imposible reparación ulterior porque el derecho alegado debe ser amparado en la oportunidad procesal en que fue invocado habida cuenta de que la declaración de nulidad de todos los actos procesales que afectaron a la empresa "Fly Machine S.R.L." como imputada implicaría su desvinculación definitiva del proceso penal.

5°) Que más allá de lo que pueda establecerse en ciertas leyes de naturaleza penal, el requerimiento de conducta humana como presupuesto sistemático para la construcción del concepto de delito responde a una mínima exigencia de racionalidad republicana dentro del método dogmático jurídico-penal y su definición se halla condicionada por los contenidos que surgen de ciertos postulados de jerarquía constitucional, entre los cuales se destaca el *nullum crimen sine conducta*.

6°) Que en tal sentido, cabe relevar que de las expresiones "hecho del proceso y de la causa" (Artículo 18 de la Constitución Nacional) y "las acciones" a que refiere el Artículo 19 constitucional -que a contrario sensu, serían acciones públicas (o privadas con implicancia pública)- surge el principio de materialidad de la acción (*nulla injuria sine actione*) según el cual ningún daño, por grave que sea, puede estimarse penalmente relevante sino como efecto de una conducta.

Por lo demás, conforme a la incorporación del Artículo 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, se exige expresamente en varios textos de derecho internacional de los derechos humanos que sólo pueden configurar delitos las acciones u omisiones -Artículo 11, 2° párrafo, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Artículo 15, párrafo 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y Artículo 40, párrafo 2°, ap. a, de la Convención sobre los Derechos del Niño-.

7°) Que por lo tanto, la construcción del concepto jurídico-penal de acción halla un límite concreto en ciertas coordenadas constitucionales en cuya virtud los delitos, como presupuestos de la pena, deben materializarse en conductas humanas, describibles exactamente en cuanto tales por la ley penal.

8°) Que, en síntesis, la operatividad de la máxima constitucional *nulla injuria sine actione* impone la delimitación del concepto jurídico-penal de conducta, sobre la base de un hacer u omitir que reconocería como único sujeto activo al ser humano, respecto del cual puede reaccionar el Estado con las penas legalmente previstas, excluyendo por ende a las personas jurídicas de acuerdo con el principio *societas delinquere non potest* (o *universitas delinquere nequit*); el cual salva además los irrenunciables principios de culpabilidad y personalidad de la pena.

9º) Que en cuanto a las normas federales invocadas, cabe consignar que, en rigor, no se encuentra cuestionada la interpretación de las tipificaciones contenidas en los Artículos 863, 864, 865, 871 y 872 del Código Aduanero -pese a lo afirmado por la recurrente-, pues la discusión planteada no atiende a la estructura de los tipos penales mencionados sino que remite a su no aplicación respecto de un ente ideal.

10) Que, por su parte, el Artículo 887 del ordenamiento jurídico aduanero se limita a establecer una responsabilidad solidaria de las personas jurídicas con sus dependientes por las penas pecuniarias; mientras que el Artículo siguiente, si bien refiere al supuesto en que un ente ideal resulte condenado por algún delito aduanero, ello no implica per se el reconocimiento legal de que las personas jurídicas puedan ser autoras de delitos. Ello es así porque la norma admite una exégesis diferente -que de acuerdo a las apreciaciones efectuadas sería respetuosa del texto constitucional- que consiste en relacionar la expresión "fuere condenada" con la condena impuesta en sede administrativa donde se aplican las penas pecuniarias -interpretación ésta que resulta extensible a la norma del Artículo 94, ap. 1, inc. d, 1º, según la remisión que surge del ap. 2º, inc. "d", del citado precepto legal-.

11) Que más allá de lo expresado en torno al concepto de acción, existen otras limitaciones que no hacen viable la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En efecto, una de ellas esta configurada por la imposibilidad de realizar a su respecto el principio de culpabilidad dado que no resulta factible la alternativa de exigir al ente ideal un comportamiento diferente al injusto -precisamente por su incapacidad de acción y de autodeterminación-, negando así la base misma del juicio de reproche. En este sentido asiste razón al fallo apelado cuando afirma que la capacidad penal de una sociedad implica "la derogación de los principios que rigen la acción, la imputabilidad, la culpabilidad y la pena".

12) Que tampoco cabe soslayar la circunstancia de que nuestra legislación carece de una regulación procesal específica que determine el modo en que debería llevarse a cabo el enjuiciamiento criminal de las personas de existencia ideal, y que permita también individualizar a los sujetos susceptibles de asumir una concreta representación en tal sentido. En consecuencia, la práctica judicial materializada al respecto no halla fundamento en texto positivo alguno, afectando de esta forma las garantías de legalidad, de defensa en juicio y del debido proceso.

13) Que ello no implica negar la posibilidad de que las personas de existencia ideal sean sometidas a sanciones jurídicas que comporten el ejercicio de poder coactivo reparador o administrativo, pues esta posición sólo se limita a frenar el impulso por dotar a aquellos entes de capacidad delictiva.

14) Que dicha doctrina armoniza plenamente con la fijada por esta Corte en Fallos: 321:2926 y 323:637, oportunidades en la cuales se sostuvo que del ordenamiento aduanero (Artículo 1026) surge que las sanciones del Artículo 876, ap. 1, son accesorias de la pena privativa de la libertad, pues en materia de contrabando la sanción judicial a aplicar es independiente de la decisión del órgano administrativo.

15) Que, por último, tal postura no implica afectación alguna al derecho de defensa del ente ideal toda vez que puede ser ejercido en la instancia correspondiente y por ante el juez competente.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Hágase saber y devuélvase al tribunal de origen.

E. Raúl Zaffaroni.

2º) FALLO CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL CAUSA "INVERSORA KILMY" (siguiendo la doctrina sentada en "PEUGEOT- CITROEN" [PARA EL TEXTO DEL FALLO PEUGEOT – CITROEN, cfr. JURISPRUDENCIA PENAL DE BUENOS AIRES, Tº 119, p. 172 y ss.]).

CNCasación Penal, sala III, 04/12/02, Inversora Kilmy S.A. s. recurso de casación

Sociedad constituida en el extranjero (Uruguay). Sucursal en Argentina. Representante. Facultades. Ley de sociedades: 121. Indagatoria.

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 Fégoli, 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 impuesto a fs 630/647vta. 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, 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 37807/7 (Hecho "B" o 21), JLSU 208680-7 (Hecho "C" o 19), NYKU658906-8 (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. 2º 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. 1º art. 456 CPP)".

Sostiene la recurrente que los Jueces del Tribunal a quo "han considerado a Javier Mazzea un simple apoderado de Inversora Kilmy SA 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 SA 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 trata 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 reclamaban es el previsto en la sección XV de la ley 19.550, referido a las sociedades concluidas 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 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 este, 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 SA, 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 SA ".

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 sostuvo in re "Peugeot Citröen S.A. s. rec. de casación" (causa n° 2984, reg. 715/01, del 16/11/01, del voto del doctor Riggi), 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 responsabilidad. 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 aún cuando doctrinariamente pudiéramos compartir este criterio, resulta indudable que éste 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 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 haber duda de que en toda discusión sobre dicho derecho en general (y, por ende, -como ocurre en la especie-, sobre quien "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, (párrafo) I, '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, aún cuando éste se tratare de una persona de existencia ideal.

Cuadra señalar, entonces, que conforme lo dispone el artículo 121 de la ley 19.550 (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, 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 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 sido 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 rigorismo formal manifiesto, habida cuenta 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 19.550 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. E. R. Riggi. J. E. Fegoli. G. J. Tragant.