

Poder Judicial de la Nación

2010 - Año del Bicentenario

**Causa N° 43.214 “Vago, Gustavo
(Skanska S.A.) s/embargo
preventivo”**

Juzgado N° 7 - Secretaría N° 13

Reg. N°: 819

//////////nos Aires, 31 de agosto de 2010-

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

I.- Los apoderados de Skanska S.A., Dres. Hugo Pinto y Pedro Migliore, a través del recurso de apelación a fs. 66/67 del incidente pretenden que se revoque la decisión de fs. 47/60 por medio de la cual el Dr. Oyarbide, interinamente a cargo del Juzgado Federal N° 7, Secretaría N° 13, dispuso trabar embargo preventivo sobre los bienes de la firma, hasta cubrir la suma de \$ 17.323.926,46 (*diecisiete millones, trescientos veintitrés mil, novecientos veintiséis pesos con cuarenta y seis centavos*).

Si bien la medida se materializó bajo una modalidad distinta de la requerida por los acusadores, pues con posterioridad el Juez aceptó, como suficiente garantía de la suma a resguardarse, una póliza de seguro de caución para sustitución de medidas cautelares decretadas judicialmente *-otorgada por “Finanzas y Crédito S.A. Compañía de Seguros” a favor de Skanska S.A. (cfr. fs. 78)-*, toda vez que los peticionantes consintieron ese modo de concreción (*vid. notificaciones de fs. 78 y 79*) y que, más allá de esta variación, la medida cautelar conserva los caracteres que han sido materia de apelación, corresponde realizar la revisión pretendida.

II.- En función del pedido de la Dirección de Investigaciones de la Oficina Anticorrupción como parte querellante y de la pretensión del acusador público y tras oír las oposiciones de Skanska S.A., el Juzgador hizo lugar al embargo, aunque con un alcance más limitado que el requerido, pues al calcular su extensión entendió que correspondía circunscribirlo, por el momento, al presunto beneficio que la empresa habría recibido en razón de las irregularidades en la contratación, adjudicación y ejecución de las obras que le fueron encomendadas en el marco del “Fideicomiso Gas”, para la ampliación del

USO OFICIAL

gasoducto norte, por parte de la licenciataria TGN (*concurros privados N° CMPF00001 y GSDF0001*). Excluyó del cómputo, en consecuencia, los presuntos beneficios que habría recibido en el contexto de las obras de ampliación del gasoducto sur, donde Skanska S.A. habría sido subcontratista de “Odebrecht”. Tal limitación fue consentida por los peticionantes.

a) Desde un punto de vista sustancial, el Juez justificó la procedencia de la medida a la luz del art. 23 del C.P., en cuanto prevé que en todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en el Código Penal o en leyes especiales, ella decidirá el decomiso de las ganancias que son el producto o el provecho del delito, el cual podrá alcanzar a personas de existencia ideal, cuando se hubiese beneficiado en razón de esas ganancias y el autor o los partícipes del delito hubiesen actuado como sus órganos, miembros o administradores (*párrafos 1 y 3*).

En cuanto a la ley habilitante para asegurar, en forma cautelar, la concreción del decomiso, el Dr. Oyarbide invocó tanto el anteúltimo y último párrafo de aquella norma, como el art. 518 del C.P.P.N., en especial, su tercer párrafo.

En respaldo de la aplicación de tales normas, citó las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción – *ratificada por Ley N° 26.097, del 9/6/06*- en especial, su art. 31, incs. 1, 2 y 4.

El magistrado argumentó que si bien el decomiso fue considerado originalmente una pena accesoria, circunscripta a los *instrumenta sceleris* y a los efectos que, en forma *directa*, habría producido el delito, a partir de la reforma de la ley N° 25.188, habría perdido dicha naturaleza en algunos supuestos. Sostuvo que cuando el art. 23 del C.P., según su nueva redacción, admite –*en lo que aquí interesa*- el decomiso de las cosas o ganancias que son el *producto* o el *provecho* del delito y su aplicación a sujetos no destinatarios de la condena –*personas de existencia ideal (en los supuestos previstos por la norma) o terceros a quienes se hubiese beneficiado a título gratuito con aquel producto o provecho*-, revela la finalidad de reponer las cosas al estado anterior a la comisión del delito y de evitar que su perpetración no produzca beneficios – *objetivo que habría encontrado concreción legislativa a través de los arts. 29, inc. 1 y 32 del CP*-; por lo cual, en estos casos, el decomiso dejaría de ser una

Poder Judicial de la Nación

2010 - Año del Bicentenario

pena accesoria. Por ello, la eventualidad de que la medida alcance a personas jurídicas no se traduciría en la atribución de responsabilidad penal, sino en la necesidad de evitar, de recaer una sentencia de condena, la consolidación del provecho o beneficios del delito (*vid. considerando IX, último párrafo*).

En cuanto a la coerción procesal destinada a asegurar los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de comiso en el sentido indicado, el magistrado consideró, por una parte, que el anteúltimo y último párrafo del art. 23 del C.P., habilitan al órgano jurisdiccional a adoptar, desde el inicio de las actuaciones, las medidas cautelares suficientes en esa dirección o para hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o evitar que se consolide su provecho o a fin de obstaculizar la impunidad de sus partícipes. Por la otra, sin embargo, al evaluar la admisibilidad concreta del embargo solicitado, se concentró en los recaudos previstos por el art. 518 del C.P.P.N.

Concluyó que la sistematización de aquellas premisas sustanciales y procesales encontraba respaldo en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, según la cual, cada Estado parte debe adoptar, en el grado que permita su ordenamiento jurídico, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso del producto –o de los bienes cuyo valor corresponda a dicho producto- de los delitos tipificados con arreglo a la Convención y, además, aquellas que resulten necesarias para permitir la identificación, localización, el embargo preventivo o la incautación de ese producto –con la aclaración de que tales medidas pueden abarcar bienes adquiridos con aquel producto, o incluso, aquellos obtenidos de fuentes lícitas, entre los que hubiesen sido entremezclados los sujetos a comiso, hasta alcanzar el valor de estos últimos-.

b) Para aplicar ese sistema de normas al caso concreto, el Dr. Oyarbide describió, primero, las hipótesis que conforman el objeto del proceso. Destacó entre ellas la relacionada al supuesto pago ilegítimo de sobrepagos respecto de las contrataciones concretadas en el Proyecto de Expansión de Gas 2005 –decreto N° 180/04; Resolución N° 185/2004 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y Resolución N° 663/2004 de la Secretaría de Energía- con las firmas Skanska S.A., Techint S.A., B.T.U. S.A. y Contreras Hnos. S.A., para la realización de las obras comprometidas en

la ampliación del Gasoducto Norte; y con la firma Odebrecht S.A. –*quien, a su vez, subcontrató con Skanska S.A., Techint S.A. y con Contreras Hnos. S.A.-*, para la ampliación del Gasoducto Sur. Asimismo, se habrían abonado mayores costos y gastos adicionales, en concepto de órdenes de cambio y/o readecuación de contratos, los cuales habrían importado un precio mayor al pactado en las contrataciones.

Las sumas de dinero producto de los sobrepuestos habrían ingresado, en forma ilegítima, al patrimonio de los funcionarios públicos que intervinieron en las operaciones y/o al de las empresas adjudicatarias de las obras (*o, en su caso, al de las subcontratistas o vinculadas*); en perjuicio del fideicomiso financiero constituido para el financiamiento de las obras, del Estado Nacional, de los inversores que constituyeron el fideicomiso (*privados, públicos y préstamos del exterior*) y/o de los usuarios del servicio regulado de transporte y distribución de gas –*por la imposición de mayores cargos tarifarios-*.

También destacó que se investiga la posible sustracción de fondos del fideicomiso, mediante el pago, por parte de Skanska S.A., a veintitrés empresas por operaciones que se imputaron a las obras pero que, sin embargo, fueron simuladas. El producto de la sustracción habría sido destinado al pago de comisiones indebidas a los funcionarios públicos.

A través de aquellas maniobras, con la anuencia de los funcionarios –*quienes habrían violado los deberes y la confianza que les fue depositada-* se habría beneficiado a las adjudicatarias de las obras.

Agregó que, en este contexto, también se investigaba si los pagos de Skanska S.A. a sus ex empleados involucrados –*luego indagados en la causa-*, en concepto de indemnizaciones por despido o, en el caso del Ingeniero Mario Piantoni, como plan de pensión por renuncia, constituyeron medios para comprar sus respectivos silencios.

En segundo lugar, sostuvo que aquellos sobrepuestos, más allá de la intervención de sus dependientes, habrían beneficiado a Skanska S.A., pues fue la empresa quien, en definitiva, habría percibido del fondo fiduciario los montos por las obras ejecutadas en función de las contrataciones que se investigan. En este sentido, fue la firma quien suscribió, por medio de su apoderado Javier Azcárate –*imputado en la causa-*, el contrato para la

Poder Judicial de la Nación

2010 - Año del Bicentenario

construcción de la planta compresora Dean Funes, del 28/4/05, y el contrato para la ampliación del gasoducto norte, del 11/4/05 –*ambos relacionados con el proyecto de expansión del Gasoducto Norte*-. También fue la firma quien, a través de su representante Eduardo Varni, suscribió, esta vez como subcontratista, el acta de las condiciones contractuales en relación con las obras de expansión del Gasoducto Sur.

Estimó que de probarse con el grado de certeza requerido para el dictado de una condena la materialidad de las maniobras descriptas, más allá de la responsabilidad penal de los individuos intervinientes, el producto de los delitos habría beneficiado a Skanska S.A., por lo cual podría ser alcanzado, en esa ocasión, por la medida del art. 23 del C.P.

Aun cuando no ha operado esa condición, el “*a quo*” consideró verosímil el derecho invocado por los peticionantes, puesto que ya se había convocado a quienes representaron a la firma en las contrataciones cuestionadas a prestar declaración indagatoria, por existir elementos suficientes para sospechar de sus intervenciones en los hechos investigados –*entre los que se computan los sobrepuestos referidos*-. Agregó que más allá de la duración de la instrucción y de que aún no había recaído auto de mérito, la sospecha no ha sido desvirtuada.

También estimó configurado el peligro en la demora pues, más allá de la situación económica de Skanska S.A., el embargo peticionado por los acusadores se presentaba como la única medida eficiente para asegurar el eventual decomiso del provecho del delito y, en esa dirección, la potestad confiscatoria del Estado.

c) En cuanto al monto, el juez sostuvo que debía calcularse en función del beneficio que habría reportado para la sociedad el accionar de sus ex dependientes pero, según lo adelantado, limitado a las obras contratadas respecto de la expansión del Gasoducto Norte (*construcción de la planta compresora Dean Funes y ampliación de la capacidad de transporte del gasoducto*).

A su vez, calculó los beneficios en orden a los supuestos sobrepuestos que la firma habría percibido, que computó en función de la diferencia entre el presupuesto confeccionado por la licenciataria TGN en los concursos privados correspondientes y el precio final que, con fondos del

fideicomiso financiero, se habría abonado por su ejecución. Estimó, teniendo en cuenta el carácter cautelar de la medida, que podían considerarse al menos indiciarios en el sentido indicado, los informes elaborados por la División Jurídico Contable de la P.F.A. *–relativos a la comparación entre los valores presupuestados con aquellos contratados y finalmente, con los abonados (fs. 8883/8899 y 10.406/10.418 de la causa principal)–*.

En cuanto al presupuesto base de TGN para la construcción de 232 km. de gasoducto paralelo al Norte (*concurso privado GSDF 0001*), que fijó un precio de U\$S 5,38 pulgada metro, las ofertas rondaron en US\$ 6,16 y, tras una mejora de precios, Skanska S.A. propuso U\$S 5,76. Se le adjudicó la construcción del tramo N° 79 (*Dean Funes-Ferreira*), para el que se había presupuestado por \$ 20.187.954. Sin embargo, se contrató por \$ 21.702.165 y se pagó \$ 21.648.552, por lo cual se registró una diferencia de \$ 1.460.598.

Respecto de la construcción de tres plantas compresoras (*Lumbreras, Dean Funes y Lavalle*), TGN presupuestó \$ 37.650.00, y el precio obtenido tras las rondas de mejoras de ofertas fue de \$ 44.624.503. A Skanska S.A. se le adjudicó la construcción de la planta turbocompresora de Dean Funes, y si bien se había presupuestado la suma de \$ 11.700.000, se contrató por \$ 26.398.945 y se pagaron \$ 27.563.328,46. Por ello, la diferencia entre lo presupuestado y lo pagado fue de \$ 15.863.328,46.

El Dr. Oyarbide concluyó, en forma preliminar, que los beneficios que habría recibido Skanska S.A. en razón de los sobrepuestos investigados, sumarían \$ 17.323.926,46, monto que constituyó, en consecuencia, el alcance de la medida cautelar apelada.

III.- El recurso de apelación de los abogados de Skanska S.A. reflejó la postura delineada en sus oposiciones a las solicitudes de la OA y de la Fiscalía de fs. 13/16 y 24/43 respectivamente.

No se cuestionó, desde una perspectiva sustancial, la base material de la medida según la reforma de la Ley de Ética Pública N° 25.188 al primer y tercer párrafo del art. 23 del C.P., en cuanto prevé la posibilidad de que el decomiso alcance, además de los instrumentos y efectos del delito, su producto o provecho y de que se aplique a personas jurídicas cuando los autores o partícipes hubiesen actuado como sus órganos, miembros o administradores en

Poder Judicial de la Nación

2010 - Año del Bicentenario

su beneficio, aun cuando el sistema punitivo, con contadas excepciones en leyes especiales, haya mantenido la doctrina del “*societas delinquere non potest*”.

Los cuestionamientos se concentraron, en cambio, en las derivaciones procesales que, según los recurrentes, aparejaría la aplicación de esa norma. La principal, radica en que, toda vez que una persona de existencia ideal no podría ser destinataria de una condena, resultaría de todos modos penada –*en forma accesoria*- sin un debido proceso legal que habilitase ese poder punitivo. De ese modo, el decomiso sobre sus bienes resultaría confiscatorio –*en desmedro de la prohibición del art. 17 de la C.N.*- y violatorio de la garantía del art. 18, C.N.

Pero más allá de esta cuestión, hicieron hincapié en la especial incidencia que aquella derivación debería tener en el alcance que ha de otorgarse, en este tipo de casos, a los presupuestos de las medidas cautelares - *la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora (con la salvedad de la contracautela, en orden a lo normado por el art. 200, inc. 1 del C..P.C.C.N. que los recurrentes no discuten)*-.

De hecho, estructuraron su recurso de apelación sobre la base de estos dos tópicos, al señalar que habrían de extremarse los presupuestos de una medida cautelar para asegurar el decomiso de terceros ajenos al proceso -*en relación con los casos comunes*-, pues en definitiva, el decomiso constituía una pena y al aplicarse con anterioridad a una condena a través de una medida cautelar, alcanzaba en forma anticipada a quien, al no estar legitimado pasivamente, no cuenta con la salvaguarda del debido proceso adjetivo.

Sin embargo, según la exposición, no se habría acreditado a la luz de dichos parámetros, la verosimilitud del derecho invocado. Toda vez que para un eventual decomiso en el caso de autos se requeriría que recayese condena respecto de los miembros de Skanska S.A.; que esa sentencia se expidiera, además, sobre el decomiso –*por entender que tras la reforma, esa pena no sería de aplicación automática*-; que se probase que quienes fueron declarados como autores o partícipes del delito, hubiesen actuado como órganos de la persona jurídica para beneficiar a esta última y no en provecho propio; y que se comprobase que la sociedad recibió ese provecho, el “humo de buen derecho” debió partir, al menos, de la existencia de un auto de procesamiento

respecto de aquéllos. Sin embargo, pese al tiempo transcurrido desde las indagatorias de los miembros de Skanska S.A., aún no se habían resuelto sus respectivas situaciones procesales. Argumentaron, por lo demás, que tampoco se habría comprobado la existencia de los sobrepuestos que el Juez toma como base para el embargo, pues en lugar de una pericia, se recurrió a un informe de la División Jurídico Contable de la P.F.A. que sólo compara el presupuesto de la licenciataria con el precio pagado a Skanska S.A., cuando esa propuesta no era vinculante para la firma y cuando su representada ofertó incluso precios inferiores a los de otros concursantes. Agregaron que menos aún se ha comprobado que las personas físicas imputadas hubiesen actuado en beneficio de la empresa.

Tras pasar los autos al acuerdo, denunciaron como hecho nuevo la presentación por parte de los peritos contadores de un informe de avance del peritaje encomendado el cual, según el escrito, daría razón a su parte en punto a la inexistencia de los sobrepuestos.

Sostuvieron que tampoco se habría acreditado la concurrencia del peligro en la demora, pues en supuestos de labilidad del *fumus bonus juris*, debió extremarse la demostración de la necesidad de la cautela a través de proyecciones basadas en datos objetivos sobre aquel riesgo. Sin embargo, teniendo en cuenta el comportamiento procesal de su representada, el hecho de que asumió, ante el fuero penal tributario, los compromisos fiscales por sumas millonarias una vez que se detectaron las irregularidades de la facturación, y la solvencia de la compañía, tampoco concurre dicho recaudo. Concluyeron que la medida no responde a ningún criterio de necesidad y utilidad procesal.

Agregaron que las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción invocadas por el magistrado, o bien no resultan de aplicación al caso, o bien, dan razón al planteo de su parte.

La única salvedad, en lo que atañe a la falta de cuestionamiento, desde una perspectiva sustancial, de la base normativa de la medida, fue la queja relativa a los parámetros de determinación del monto del embargo el cual, según los apelantes, debió calcularse en función del daño supuestamente causado, atendiendo al carácter de pena (*accessoria*) del decomiso.

Poder Judicial de la Nación

2010 - Año del Bicentenario

Sin embargo, en el memorial de fs. 119/134, los abogados introdujeron el planteo de inconstitucionalidad del art. 23 del C.P. a la luz de la garantía del debido proceso legal y del derecho de propiedad, el cual incursiona en aspectos sustanciales no revelados con anterioridad y que contiene una pretensión no articulada oportunamente, fuera de los márgenes delimitados por la apelación que abrió la jurisdicción de la Sala.

Pero una detenida lectura del planteo permite advertir que esa incursión no tiene como norte sino aquel revelado al apelar, es decir, la demostración de las derivaciones procesales que, según los apelantes, ha de tener una aplicación respetuosa del debido proceso y del derecho de propiedad de la regla que admite que el decomiso recaiga sobre personas jurídicas en los supuestos a los que alude la norma en cuestión. Este objetivo del planteo se revela con claridad en su cierre, cuando se circunscribe la tacha constitucional tan sólo a los aspectos procesales del art. 23 *–mas no a la faceta sustancial mencionada–* es decir, a los párrafos reformados por la ley 25.815 atinentes a la facultad jurisdiccional de adoptar, desde el inicio del proceso, las medidas cautelares necesarias para asegurar los bienes susceptibles de comiso o para hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o para evitar que se consolide su provecho o con el fin de obstaculizar la impunidad de los partícipes.

De hecho, la articulación constitucional se conectó luego con el desarrollo de los agravios relacionados con la ausencia de la verosimilitud del derecho y del peligro en la demora y se aclaró expresamente que la inconstitucionalidad no constituía el único agravio de su parte.

Teniendo en cuenta que para dar acabada respuesta a los agravios no es necesario, en consecuencia, tensar los límites fijados por el recurso de apelación; y que la regla según la cual la correcta y oportuna articulación de la cuestión constitucional responde al tipo de control de constitucionalidad instaurado por nuestro constituyente *-difuso, para el caso concreto y, por cierto, “a posteriori”-* en miras a la delicadeza institucional de la invalidación constitucional de una norma dictada por un órgano de gobierno mayoritario (*conf. Sala I, c/nº Nº 41.998 “Recurso de casación en autos `N.N. s/ abuso de autoridad y violación de deberes de funcionario público”, rta. el 23 de diciembre de 2008, reg. Nº 1606, entre otras*), la revisión pretendida se ceñirá a

los márgenes delineados por el recurso de apelación, es decir, a la concurrencia en el caso de los presupuestos habilitantes de la medida cautelar, a la luz del sistema de normas cuyos alcances fueron oportunamente cuestionados.

III.1.- La querrela se presentó a fs. 135/146 y solicitó la confirmación, en todos sus términos, de la decisión apelada.

Como premisa, la OA sostuvo que la medida no persigue que se juzgue sobre la responsabilidad penal de Skanska S.A., sino el recupero de los bienes que serían producto del delito que habrían cometido sus administradores o representantes, para cumplir con el principio de justicia que impone, más allá de las sanciones de carácter penal contra los responsables, la restitución de los bienes que resulten del beneficio de un delito –*sean sus beneficiarios personas físicas o de existencia ideal*-. Coincidió con el “*a quo*” en que la reforma del artículo 23 C.P. abandona la concepción del decomiso como una pena accesoria y lo erige como una medida destinada a recuperar el provecho del delito adquirido por los representantes de una persona jurídica en su beneficio, o recibido, a título gratuito, por un tercero. Indicó que esta perspectiva se sostiene, además, en la premisa de que el derecho de propiedad sólo existe en la medida en que ella haya sido adquirida en forma legal. Aclaró que esta recuperación de ganancias indebidas debe diferenciarse de la reparación de los daños ocasionados por un actuar ilícito.

Argumentó que, teniendo en cuenta que el art. 23 del C.P. exige como presupuesto del decomiso, la condena de las personas físicas que hubiesen actuado como mandatarios, representantes u órganos de la persona de existencia ideal; que las actuaciones se encuentran en la etapa de investigación preliminar; y que se halla pendiente el resultado de un importante peritaje técnico, la adopción del embargo preventivo (*art. 518, C.P.P.N.*) contra la persona jurídica se erige como la medida más adecuada para resguardar preventivamente los bienes que eventualmente puedan ser decomisados y evitar que la persona jurídica realice evasiones tendientes a ocultar y dificultar su detección.

Como el Juez, invocó como respaldo la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y, en cuanto a los agravios de los recurrentes vinculados con los presupuestos de la cautela, la querrela sostuvo

Poder Judicial de la Nación

2010 - Año del Bicentenario

que su naturaleza provisoria requiere tan sólo un examen de verosimilitud, mas no de certeza y que, en esta dirección, el informe de la División Contable de la P.F.A. no es meramente comparativo y acrítico; por lo demás, existen en las actuaciones otras pruebas que indican la existencia de sobrepuestos injustificados.

Por otra parte, en cuanto a la vinculación exigida por el art. 23 del C.P. entre la actuación de los miembros de la persona jurídica con el supuesto provecho en poder de ésta, la OA sostuvo que los ex gerentes se encuentran imputados en la causa y, por mediar la sospecha necesaria en relación con sus respectivas intervenciones, se les recibió declaración indagatoria en los términos del art. 294 del C.P.P.N. Resaltaron que, al momento de los hechos, eran las máximas autoridades de la compañía a nivel local.

En cuanto a los agravios relativos al peligro en la demora, la querrela señaló que el comportamiento procesal de Skanska S.A. y la rectificación fiscal a los que hicieron alusión sus abogados, tuvo lugar una vez que la justicia penal tributaria había avanzado en la investigación y que se había allanado la sede de la empresa. Luego se remitió a los argumentos del Juez en cuanto a este punto e hicieron referencia a un remate de ciertos bienes de uso de la firma.

IV.- Es un principio reconocido en todas las tradiciones jurídicas la noción de que nadie debe beneficiarse de sus acciones ilícitas y de que el delito comprobado no rinda beneficios (*cf.* Jorge, Guillermo, “El decomiso del producto del delito”, en “Recuperación de activos de la corrupción” del mismo autor, 1º Edición, Del Puerto, Buenos Aires, 2008, cap. 3, ps. 67/106; CNCP, Sala IV, “Alsogaray, María Julia”, 9/6/05; en especial, voto del Dr. Hornos y del Dr. David; CFed, Sala I, en composición anterior, c/nº 33.477, “Glavina, Bruno s/ denegación de medida cautelar solicitada”, rta. el 6/11/01, Reg. Nº 1062; estos principios, por lo demás, fueron tenidos en cuenta por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos precedentes en que se estudiaron los fundamentos de la regla de exclusión de la prueba obtenida ilegalmente).

Sin embargo, la modernidad desconfió de la herramienta del decomiso para materializar tales principios de justicia, en razón del uso

distorsionado que había hecho la monarquía para acrecentar las rentas fiscales; por ello protegió la propiedad privada del decomiso como sanción penal y restringió las transferencias de propiedad de los particulares al Estado a los supuestos de expropiación basada en ley que declarara su utilidad pública, con la eventual revisión judicial de la compensación que se estableciera. Así, el art. 17 de la C.N. dispone que la confiscación queda borrada para siempre del Código Penal argentino (*cf. Jorge, Guillermo, op. cit.*).

De ese modo, el decomiso como sanción penal quedó limitado, en primer lugar, a los instrumentos del delito –*entendidos en razón de su vinculación física con el perjuicio ocasionado*- y el fundamento de su privación radicó en la necesidad de que no volviesen a ser utilizados en forma perjudicial para la sociedad. Así, fue considerado una medida de carácter punitivo que dependía de la condena del acusado y que, en consecuencia, sólo podía recaer sobre bienes de su propiedad, mas no de terceros (*vgr., CNCP, Sala IV, “Jerez”, del 8/9/04; Sala III, “Bedoya”, 12/8/08 y CNPE, Sala B, “Naquiche Valladolid”, del 20/10/09, entre muchos otros –en los dos primeros se trataba de elementos de propiedad de terceros utilizados para la comisión de un delito mientras que en el último, el imputado, quien estaba en poder del bien al momento del secuestro, había fallecido con antelación a la condena-*).

En segundo lugar, también se limitó a los “efectos” del delito, término que fue interpretado restrictivamente –*con algunas salvedades (como Zaffaroni-Alagia-Slokar en “Derecho Penal, Parte General”, Ediar, 2da. Edición, Buenos Aires, 2005, p. 988)*- y que se circunscribió, en general, al objeto del delito (*por ejemplo, a la moneda falsa confeccionada*). Así, por ejemplo, Soler indica que en estos casos, el decomiso no alcanza al producto total del delito, a los objetos robados –*que pertenecen a su propietario*- o a lo que el condenado se procuró mediante los *producta sceleris*, como ser lo comprado con moneda falsa (*cf. Soler, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, Tea, 5ta. edición, Buenos Aires, 1987, 11º reimpresión total, 1999/2000, Tomo 2, p. 460*). En estos supuestos, los objetos normalmente son destruidos con independencia de la culpabilidad o inocencia de su titular, o derechos de terceros, lo cual revela una naturaleza preventiva (*cf. Jorge, Guillermo, op. cit.; en sentido similar, Zaffaroni-Alagia-Slokar –“Derecho Penal, Parte General”,*

Poder Judicial de la Nación

2010 - Año del Bicentenario

Ediar, 2da. Edición, Buenos Aires, 2005, p. 987, para quienes el decomiso debe ser distinguido de ciertas medidas de coacción administrativa directa de carácter policial preventivo).

En función de esta perspectiva –*que informó el instituto en cuestión en la redacción originaria del C.P., hasta su modificación por la Ley de Ética Pública-*, el decomiso se revela como una medida “*in personam*”, es decir, como una pena accesoria a una sentencia de condena que, por ello, no puede ser aplicada en caso de fallecimiento o rebeldía del acusado y que sólo puede alcanzar los bienes de su propiedad que utilizó como instrumento del delito o que fueron su producto –*directo-*.

Sin embargo, a partir de la década de los '80 nació –*sin perjuicio de la ya existente-* una nueva forma de decomiso dirigido a reducir ciertos mercados ilícitos vinculados con la criminalidad organizada.

Así, entre muchos ejemplos, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, introdujo el decomiso del producto del delito como herramienta para reducir el narcotráfico y, por esa vía, se introdujo en la mayoría de las legislaciones (*cfr. Jorge, Guillermo, op. cit.*).

En esta nueva forma del decomiso pueden inscribirse los arts. 30 y 39 de la ley 23.737 –*en cuanto disponen que, además de los instrumentos utilizados para la comisión del delito (salvo que pertenecieran a una persona ajena al hecho y las circunstancias del caso o elementos objetivos acreditaran que no podía conocer tal empleo ilícito), se procederá a la incautación del beneficio económico obtenido por el delito y que la sentencia de condena decidirá definitivamente respecto de los bienes decomisados-* y el art. 278, inc. 4, según ley 25.246 –*referido al decomiso del producto de maniobras de lavado de dinero-*.

En la misma línea se inscribía también el viejo art. 25 de la ley 23.737, derogado por la Ley de Lavado de Dinero, el cual admitía, en su último párrafo, que se dispusieran las medidas procesales para asegurar las ganancias o bienes presumiblemente derivados de los hechos descriptos en la ley de estupefacientes y que el interesado, durante el proceso, pudiera probar su

legítimo origen –*en cuyo caso, el tribunal ordenaría su devolución o, eventualmente, su indemnización*–.

La CNCP, al revisar la aplicación de la norma derogada, había admitido la posibilidad de que se trabasen medidas cautelares durante el procedimiento, con el fin de asegurar el eventual decomiso del producto de los delitos prescriptos en la ley de estupefacientes o de las maniobras de lavado de dinero vinculadas con el tráfico de estupefacientes, delimitando este tipo de medidas, eminentemente cautelares, con el comiso que venían a asegurar, el cual, eventualmente, vendría de la mano de la sentencia de condena (*vgr., Sala III, “Dobniewski, Luis”, del 16/3/01, “Torres”, del 25/6/07, entre otras*).

En esta misma línea se inscriben los precedentes de esta Sala mediante los cuales se mantuvieron medidas cautelares respecto de bienes vinculados con maniobras de lavado de dinero proveniente del tráfico de estupefacientes y que si bien se encontraban, de algún modo, en poder de terceros, no era posible descartar que éstos fuesen ajenos a los hechos investigados. Así, por ejemplo, en la causa N° 43.971, “Nitemax S.A. s/levantamiento de medida de no innovar”, del 25/2/010, reg. N° 124, se confirmó el rechazo del pedido de levantamiento de esa medida sobre un campo que habría sido adquirido por esa persona de existencia ideal, por cuanto las pruebas recolectadas hasta ese momento permitían sospechar de una vinculación entre esa firma con algunas de las sociedades de las que se habrían valido los imputados para el desarrollo de la actividad de lavado de activos, por la que se encontraban procesados. Así se dijo que: “...Tales circunstancias impiden reconocer en el peticionante –al menos, de momento- a un tercero de buena fe –ajeno a los hechos investigados-, cuyo derecho de propiedad no podría ser menoscabado por la medida cautelar cuya subsistencia propiciamos (ver, en ese sentido, causas N° 40.412, reg. N° 147 y N° 40.447, reg. N° 149, ambas resueltas el 21/2/08)...”.

Los hechos de corrupción –*como los casos de criminalidad organizada a los que nos hemos referido*– tampoco generan una víctima concreta pero, en general y según se predica, afectan a la sociedad toda por el empobrecimiento material que generan y reproducen –*más allá del institucional*–

Poder Judicial de la Nación

2010 - Año del Bicentenario

Así, por ejemplo, la CNCP, en el precedente “Alsogaray” ya invocado, sostuvo que: “...respecto del delito de corrupción, puede considerarse que el decomiso cumple una función reparatoria del daño social causado, por lo que resulta importante otorgarle un sentido de restauración de la justicia y restablecimiento del equilibrio perdido, destinado a recuperar para la comunidad los activos obtenidos o utilizados en la comisión de los delitos socialmente dañosos...” (*del voto del Dr. Hornos*).

El Dr. David, por su parte, concentrado en la tendencia internacional vinculada con la finalidad de recupero, explicó al votar en ese fallo, que antiguamente, las consecuencias jurídicas de carácter patrimonial establecidas por la comisión de ilícitos, jugaron un rol secundario en el derecho penal, puesto que el lugar primordial lo ocupaba la sanción del autor en tanto que individuo y su patrimonio sólo representaba un interés para la investigación de la prueba o para el orden público, considerándose el comiso como una consecuencia accesoria de la condena. “...Sin embargo, las tendencias actualmente dominantes en la lucha contra delitos tales como el narcotráfico, el crimen organizado, el fraude y la corrupción, incorporan nuevas sanciones dirigidas hacia el patrimonio del delincuente, en donde el decomiso constituye uno de los instrumentos más importantes...Debemos hacer notar aquí, que la política criminal más equitativa y eficaz de los países en materia de recuperación de activos provenientes de conductas ilícitas, se orienta ahora, no solamente hacia acciones independientes o paralelas a la acción penal centrada en la condena, sino a ejercitarlas en un ámbito civil o administrativo...Por otra parte, los requisitos para decretar el decomiso en numerosos países son menos exigentes que para la condena penal, y en otros es resultado de acciones independientes o paralelas al proceso penal...”.

La preocupación que subyace a esta nueva tendencia fue la que guió, entre otros asuntos, la sanción de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (*ratificada por nuestro país, Ley N° 26.097, del 9/6/06*). El artículo I establece como una de sus finalidades, promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos.

Los trabajos preliminares dan cuenta de que el recupero de activos provenientes de hechos de corrupción fue uno de los puntos centrales del instrumento internacional (*cfr. informe del Comité Especial encargado de negociar la Convención contra la Corrupción sobre la labor de sus períodos de sesiones primero a séptimo -N.U. A/58/422, 7 de octubre de 2003-*). Así, por ejemplo, en un seminario técnico, con intervención de expertos, convocado específicamente para tratar esa cuestión, se sugirió establecer una serie de medidas, tales como el control sobre el uso de empresas anónimas o ficticias; el decomiso y recuperación del producto de la corrupción de alto nivel, hubiera o no evasión fiscal; ampliar las facultades de otros Estados para el bloqueo de transferencias cuando el Estado de origen no estuviera dispuesto o no pudiera hacerlo por motivos de corrupción. También se formularon observaciones respecto de la necesidad de resolver el problema de la localización e incautación del producto ilícito destinado a los beneficiarios de una transferencia tras el fallecimiento del funcionario corrupto, cuando no fuera posible entablar una acción penal; acerca de la necesidad de establecer criterios más uniformes para las normas probatorias con respecto al embargo preventivo y la incautación de activos de origen ilícito, entre otros asuntos.

IV.1) Ahora bien, antes de concentrarnos en el estudio concreto de las previsiones específicas de la Convención, corresponde señalar que la reforma introducida por la Ley de Ética Pública N° 25.188 fue aquella que introdujo, en el contexto del Código Penal – *más allá de las disposiciones ya existentes en leyes especiales-* aquella nueva forma de decomiso, sin perjuicio de mantenerse su modalidad tradicional.

Por una parte, previó específicamente que la medida podía alcanzar, más allá de los instrumentos y objetos del delito, “el producto o provecho” derivado de éste (*cfr. art. 23 del C.P.*). Por la otra, se introdujo en forma contemporánea un nuevo supuesto al art. 29 del C.P., relativo a los asuntos que puede abarcar la sentencia de condena, la cual podrá ordenar *-además de la indemnización del daño y el pago de las costas-*, “la reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias”. El art. 30 del C.P., también reformado, prescribe a su vez un orden de prioridad para cubrir “todas las

Poder Judicial de la Nación

2010 - Año del Bicentenario

responsabilidades pecuniarias”, cuando los bienes del condenado no fuesen suficientes, entre las que incluye, en el inciso 3, el decomiso del producto o el provecho del delito.

Ahora bien, el sentido de la modificación paralela del art. 23 y del art. 29 –con el consecuente cambio del art. 30 del C.P.- fue específicamente expuesto por el diputado encargado de informar al cuerpo legislativo el proyecto de reformas penales de la Ley. Así, éste expuso que: “...Uno de los propósitos de esta norma es decomisar la ganancia que pudo obtener el funcionario corrupto o que haya delinquido contra el Estado. ¿Por qué se plantea el decomiso de la ganancia? Porque en el texto actual de la ley se habla de los efectos provenientes del delito, y la jurisprudencia entendió de un modo restrictivo esta expresión. Con el objeto de que el funcionario que delinque contra el Estado no pueda gozar de la ganancia que ha obtenido se propicia el decomiso de aquélla. En el campo privado, por medio de la acción de daños y perjuicios, el particular puede demandar por el monto de la ganancia que el delincuente haya obtenido, más allá de los efectos del delito. En cambio, en el campo de los delitos contra la administración esto no resulta tan fácil, porque en muchos casos es difícil acreditar el perjuicio concreto del Estado. Por esta razón se opta por la figura del decomiso. Precisamente la figura del decomiso también se reordena en los artículos que son modificados teniendo en cuenta esta finalidad, sin alterar la prevalencia de la víctima en la indemnización por los daños y perjuicios. Los artículos del Código Penal que se modifican para cumplir este objetivo, son los siguientes: 23, 29, 30 y 33...” (cfr. LL-2000-A, “Antecedentes Parlamentarios”, *parágrafo 13, ps. 693/694*).

En consonancia con la nueva finalidad de recuperar los activos provenientes de hechos de corrupción, la Ley comentada introdujo además otra modificación al art. 23 del C.P. concerniente a las personas que pueden ser alcanzadas por el decomiso. Así, su redacción actual, en el párrafo tercero dispone que: “...Cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros, o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra estos...”; mientras que el cuarto párrafo, indica que podrá pronunciarse también

contra un tercero, cuando éste se hubiese visto beneficiado a título gratuito del provecho o producto del delito.

Estas modificaciones del art. 23 del C.P., atinentes al alcance objetivo y subjetivo de la medida, y del art. 29 del C.P., resultan coincidentes, a nuestro entender, con los propósitos y tendencias señalados en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

En efecto, tras definir en su art. 2, los alcances del “producto del delito”, “decomiso” y “embargo preventivo” o “incautación”–*bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito; privación de carácter definitivo de bienes por orden de un tribunal u otra autoridad competente; y prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o trasladar bienes, o de asumir la custodia o el control temporales de bienes sobre la base de una orden de un tribunal u otra autoridad competente, respectivamente*-, la Convención establece, en su artículo 1, que cada Estado parte adoptará, en el mayor grado en que lo permita su ordenamiento jurídico, las medidas necesarias para autorizar el decomiso del producto de los delitos tipificados con arreglo a la Convención (*o de bienes cuyo valor corresponda al del producto*) y de los equipos o instrumentos destinados o utilizados a la comisión de esos delitos.

Sin perjuicio de lo prescripto por el art. 26 respecto del compromiso de avanzar en materia de responsabilidad de las personas jurídicas –*penal, civil o administrativa*- en orden a los delitos tipificados según la Convención, el art. 34, bajo el título: “consecuencias de los actos de corrupción”, establece que, con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, cada Estado parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción y, en ese contexto, podrán considerar a esta última un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva.

Si se toman en cuenta los principios de justicia a los que ha aludido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el sentido de que la razón de justicia exige que el delito comprobado no rinda beneficios; que el Código

Poder Judicial de la Nación

2010 - Año del Bicentenario

Penal, a través de la reforma de la Ley de Ética Pública ha positivizado, como uno de los fines de la actuación de la ley material en forma paralela a los perseguidos por la aplicación de una pena, la “reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible” –*disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias*-; que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción refleja la preocupación internacional por recuperar los activos provenientes de los hechos de corrupción tipificados en el instrumento y convierte este punto en uno de sus objetivos en orden al cual los Estados asumen una serie de compromisos, entre los cuales se cuenta el de decomisar el producto de aquellos delitos y, en su caso, adoptar las medidas tendientes a eliminar las consecuencias de los actos de corrupción, sin perjuicio de la protección de los terceros adquirentes de buena fe; la nueva redacción del art. 23 del C.P., en cuanto admite el decomiso del provecho del delito que hubiese beneficiado a una persona jurídica, cuando los autores o partícipes hubiesen actuado como sus representantes, órganos o mandantes, no se revela violatoria del derecho de propiedad y, en esta dirección, como una confiscación prohibida por la Constitución Nacional (*art. 17, C.N.*).

USO OFICIAL

Es que subyace a esta modificación la misma premisa sobre la que se apoyaba la redacción original del art. 23 del Código Penal y que consiste en que la adquisición del derecho de propiedad sólo puede responder a un justo título, mas no a un hecho ilícito (*ver, en este sentido, el precedente de la Sala citado “Nitemax S.A.*). Esta concepción –*que deja a resguardo los derechos adquiridos por el tercero de buena fe*- no sólo se deriva de los principios generales del derecho y de las disposiciones del Código Civil –*vgr., art. 2610 del CC*- sino que también se ha positivizado en el ámbito internacional y respecto del asunto que nos interesa, en el artículo 34 de la Convención citada, que compromete a los Estados parte a eliminar las consecuencias de los actos de corrupción.

Por cierto que el decomiso, como apuntan los apelantes, debe estar precedido de un debido proceso y ello, más allá de la finalidad con que se active en el caso concreto. En este sentido, la Sala se ha expedido *in re*: “Escudero”, al sostener que tanto la imposición de una multa como el comiso exigen un juicio previo que, entre otras garantías, requiere el cumplimiento del

derecho a ser oído (cfr. Causa N° 43.416, “Escudero, Federico David s/ exhorto”, rta. el 6/10/09, reg. N° 1099).

En el que nos ocupa, el pedido cautelar ha sido presentado en el marco de un proceso penal en trámite y se ha fundado en la necesidad de asegurar el provecho del delito que habría beneficiado, por medio de la actuación de sus mandatarios u órganos, a una persona jurídica.

Según hemos visto, los apelantes no cuestionan la legitimidad del derecho sustancial en que se fundó la medida –*el eventual alcance del decomiso del provecho del delito a una persona jurídica cuando los autores o partícipes hubiesen actuado como sus órganos, miembros o administradores*–; denuncian, en cambio, la violación del debido proceso legal en función de una confiscación dirigida a una persona de existencia ideal que, como tal, no puede ser legitimada pasivamente en el proceso penal –en función del “*societas delinquere non potest*”- y respecto de quien, tampoco, se ha entablado acción civil alguna por los daños. Plantean así un supuesto de indefensión, atendiendo, asimismo, a las supuestas interferencias entre los arts. 23 y 29 del CP, según ley 25.188 y el art. 1102 del Código Civil.

Cabe señalar que si bien otras legislaciones regularon el decomiso del producto del delito bajo un régimen de acción *in rem*, que opera exclusivamente en relación con el origen de los bienes en forma independiente a la acción penal (*por lo cual su eventual aplicación no está sujeta a la condena de los imputados y se rige por estándares probatorios de los procedimientos civiles o administrativos*), nuestro sistema actual, según la reforma de la ley 25.188, no ha abandonado del todo un régimen “*in personam*” pero, a la vez, ha introducido ciertos elementos “*in rem*” que transforman al decomiso en una medida híbrida.

El régimen actual conserva la necesidad de que recaiga la condena de los autores o partícipes del delito pero, como contrapartida, reconoce la posibilidad de que el decomiso alcance a personas no legitimadas pasivamente en el proceso penal –*personas de existencia ideal o terceros, en los supuestos previstos por los párrafos 3° y 4° del art. 23 del C.P.*–.

Dicho régimen no compromete, en principio, el debido proceso legal pues, según lo que se desprende de los considerandos precedentes, existe una relación sustancial que, en el marco del procedimiento penal, da lugar

Poder Judicial de la Nación

2010 - Año del Bicentenario

a la acusación, defensa, prueba y sentencia, más allá de que la persona jurídica no se encuentre imputada por la comisión del delito investigado.

Ese vínculo, teniendo en cuenta los fines establecidos por el art. 29 del C.P., está representado por el hecho de que no es posible adquirir legalmente la propiedad de un bien cuando éste represente el producto de un delito, por lo cual, en virtud de lo establecido por el art. 34 de la Convención contra la Corrupción, es factible tomar las medidas necesarias para evitar las consecuencias de hechos de esa especie.

Ello no implica un supuesto de responsabilidad objetiva, sino que el art. 23 del C.P. exige que los órganos, miembros o administradores de la persona jurídica hayan sido condenados por el delito y, por otra parte, que aquélla se haya beneficiado de su producto o provecho.

Subyace a esta disposición consideraciones de tipo similar a lo que la doctrina civilista ha denominado “la penetración de la personalidad societaria”, según la cual la diversidad jurídica frente al ordenamiento y terceros entre la personalidad de las sociedades y la de sus socios, “...no es principio propio de la personalidad societaria, sino una consecuencia de su individualidad jurídica. No existen distintas y bifurcadas realidades de hecho, puesto que no hay absoluta separación o independencia entre la persona societaria y sus socios, artífices de su origen, dueños de su voluntad, titulares últimos del interés al que aquélla, como medio técnico, sirve de instrumento...La penetración es una superación de la forma jurídica persona adoptada por la pluralidad organizada en unidad, es un levantar el velo de la personalidad, un mirar dentro de ella para atender a sus realidades internas y a la que es propia de quienes conforman o disponen de la voluntad que la ley le asigna...” (cfr. *Zaldívar, Enrique, “Cuadernos de Derecho Societario”, Abeledo-Perrot, 1º edición, Buenos Aires, 1973, Volumen I, ps. 156/157; los destacados nos pertenecen*).

En efecto, la separación jurídica entre los socios y la persona jurídica, no permite concluir, *a priori*, que los primeros actuaron necesariamente en su propio interés y no en el de la persona jurídica de la cual son miembros, administradores u órganos. Tampoco admite que el provecho del delito pueda ponerse al amparo de una persona de existencia ideal que, en principio, no puede

delinquir, para evitar su recuperación o con el fin de que el delito rinda sus frutos.

Por ello, más allá de la responsabilidad penal de los miembros por la comisión del delito –*la cual habrá de ser declarada por medio de una condena firme*– el decomiso puede alcanzar a las personas jurídicas cuando los primeros hayan actuado como sus órganos, mandatarios o miembros y aquélla se haya beneficiado con el producto o provecho del delito perpetrado por aquéllos.

Por cierto, que todas estas últimas circunstancias habrán de ser establecidas en orden a los estándares del proceso penal en cuyo marco ha quedado regulado, por el momento, el decomiso del provecho del delito y ello implica que su aplicación habrá de estar precedida de acusación, defensa, prueba y sentencia acerca de las circunstancias a las que se refiere el art. 23, 3° párrafo del C.P.

En suma, el “*societas delinquere non potest*” no interfiere, *a priori*, en el derecho de defensa de la persona sobre la cual recaerá oportunamente la medida, quien podrá ser oída, en consecuencia, sobre todas aquellas circunstancias requeridas por el art. 23 del C.P. para que el decomiso alcance eventualmente su patrimonio.

IV.2) Sentada la legitimidad de la base sustancial de la medida cautelar apelada en función de la garantía del debido proceso legal, corresponde evaluar ahora la procedencia del embargo en esta etapa del proceso que, como hemos dicho, ha sido el foco del recurso de apelación.

Si el proceso penal persigue hacer actuar la ley material y ésta impone, como uno de sus propósitos, la reposición al estado anterior del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias (*art. 29, inc. 1 C.P., según ley 25.188*) y así la recuperación de activos provenientes de hechos de corrupción y la eliminación de sus consecuencias (*Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*), nada obsta a que se dicten, durante su sustanciación, medidas cautelares para asegurar esa finalidad (*cfr., mutatis mutandi, art. 280 del C.P.P.N.*), siempre que se configuren ciertos presupuestos.

Así, la CSJN ha dicho que: “...la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer

Poder Judicial de la Nación

2010 - Año del Bicentenario

en un proceso y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido. Ello es lo que permite que el juzgador se expida sin necesidad de efectuar un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean toda relación jurídica. De lo contrario, si estuviese obligado a extenderse en consideraciones al respecto, peligraría la obligación que pesa sobre él de no prejuzgar, es decir, de no emitir una opinión o decisión anticipada –a favor de cualquiera de las partes- sobre la cuestión sometida a su jurisdicción...” (*Fallos: 314:711*).

Cabe destacar en primer lugar, que la traba de un embargo sobre los bienes de Skanska S.A. para asegurar el eventual decomiso del provecho del delito no se revela como la imposición anticipada “de una pena” según la denominación que utilizan los apelantes, sino que, en forma cautelar, tiende a asegurar la eventual aplicación del decomiso en caso de recaer sentencia de condena sobre los autores o partícipes que habrían actuado en su provecho como órganos, administradores o miembros.

En segundo lugar, cabe analizar el agravio vinculado con la eventual inexistencia de una ley procesal habilitante de esa medida de coerción procesal –*sea por la inaplicabilidad de la figura del embargo preventivo, sea por la objeción contra los últimos dos párrafos del art. 23 del C.P., según ley 25.815-*.

Cabe señalar a este respecto, que la reforma del art. 23 del C.P. a través de la ley 25.815 sólo vino a reforzar el nuevo camino trazado por la Ley de Ética Pública. En esta dirección, quien informó en la Cámara revisora las conclusiones de la comisión correspondiente, indicó que la modificación propuesta al primer párrafo del artículo, imponiendo la figura del decomiso “para todos los casos en que recayera condena”, respondía a la necesidad de garantizar en la práctica judicial el logro de su fundamento, que no es otro que el de excluir cualquier posibilidad de que de un delito castigado por el Estado, resulte un remanente de lucro para quien lo cometió.

Se aclaró, asimismo, que la reforma “...establece, además, que sobre todos estos bienes y derechos podrán aplicarse medidas cautelares

antes del dictado de la sentencia de condena (por ejemplo, secuestros, clausuras, embargos, prohibición de disponer, etc.). Además, para orientar las normas de los códigos de procedimiento sobre este punto, se dispone que las medidas cautelares para asegurar el presumible decomiso podrán disponerse desde el inicio de la actuación judicial (sin esperar por ejemplo que se dicte un auto de procesamiento). Por cierto que las medidas cautelares procederán cuando el decomiso sobre los bienes o derechos que ellas restrinjan provisoriamente sea presumiblemente aplicable, para evitar que se utilicen arbitrariamente...” y se destaca que, siguiéndose la línea fijada por el Congreso al sancionar, por ejemplo, el art. 238 bis (por ley 25.324), aquellas medidas cautelares podrán tender a hacer cesar los efectos del delito o evitar que se consolide su provecho o la impunidad de sus partícipes (*cfr. “Antecedentes Parlamentarios”, LL-2004-A, tratamiento en el Senado, parágrafos 55-60*).

De allí que, más allá de lo que se desprende de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en lo atinente a las medidas cautelares dirigidas a asegurar el eventual recupero de los activos de delitos de corrupción, lo cierto es que la reforma reconoce expresamente que las medidas cautelares a las que se alude, hacen referencia a las ya existentes en los Códigos de Procedimiento, las cuales, en consecuencia, pueden aplicarse para asegurar, en forma provisoria, el decomiso que tenga lugar en caso de recaer condena.

De hecho, aun cuando la reforma establece que tales medidas podrán ser aplicadas desde el inicio del procedimiento, en el debate se aclara que dicha mención se introdujo con el fin de destacar que pueden disponerse aún antes del auto de procesamiento, pero siempre y cuando exista la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.

Por lo demás, según hemos dicho en otros precedentes e incluso, en aquellos por medio de los cuales se revisaron los embargos preventivos dictados respecto de las personas físicas que habrían intervenido en los hechos investigados en esta causa –*entre los que se computan los de los miembros de Skanska S.A.*–, el art. 518 del C.P.P.N. persigue como finalidad “...asegurar la eventual responsabilidad pecuniaria ante la eventualidad de una condena...” (*cfr. c/nº 41.150, “Azcarate, Javier s/ apela embargo preventivo”, del 17/9/08, reg. Nº 1051, entre muchas otras*). Entre ellas y tal como se

Poder Judicial de la Nación

2010 - Año del Bicentenario

desprende de la lectura del art. 30 del C.P., corresponde computar “el decomiso del producto o el provecho del delito” aun cuando, según lo expuesto, éste no sea equiparable a una pena de multa ni tampoco, a la indemnización de los daños y perjuicios.

En la resolución apelada no se aplicaron, como leyes procesales habilitantes, los párrafos cuestionados del art. 23 del C.P., sino que sólo fueron invocados para reforzar la aplicación del art. 518 del C.P.P.N. No se advierte por ello el perjuicio que la mención de tales normas habría ocasionado a la apelante, quien pretende su invalidación. Pareciera que la objeción central que se alega al respecto, se refiere, en cambio, al adelantamiento de la medida cautelar a un estadio anterior al auto de procesamiento respecto de las personas físicas imputadas, cuando en el caso de Skanska S.A. ni siquiera ha sido *–ni podría ser–* legitimada pasivamente.

Sin embargo, en el último precedente citado, se sostuvo que: “...la ley procesal prevé la cautela real como acompañamiento del dictado del auto de procesamiento, mas admite excepcionalmente su adelantamiento ‘cuando hubiere peligro en la demora y elementos de convicción que la justifiquen’...” y que: “...Junto a la habilitación normativa, la jurisprudencia también ha autorizado el resguardo anticipado cuando existe llamado a prestar declaración indagatoria aun cuando la situación procesal no se halle definida (c. 39.339, “Telleldín, Carlos A. y otro s/ apela embargo preventivo” –Carlos A. González, Jorge L. Rimondi y Gustavo A. Bruzzzone- rta. 20/7/06, reg. 736, entre otros)...”.

Si bien los recurrentes no desconocen esta previsión, remarcan que ella, de por sí excepcional, ha de circunscribirse al caso de las personas físicas imputadas pues respecto de la sociedad, no puede vislumbrarse humo de buen derecho alguno *–tanto en lo que atañe a la existencia de sobrepagos, como a la actuación de los ex gerentes en provecho de la sociedad–*.

Sin embargo, el “*a quo*” no invocó, como único sustento de la verosimilitud del derecho, el estado de sospecha acerca de la intervención de Mario Piantoni *–ex CEO de Latinoamérica–*, Javier Azcárate *–gerente comercial para Argentina–*, de Gustavo Vago *–primero COO y luego CEO de Latinoamérica–*, de Héctor Obregón *–gerente del Knowledge operativo–*, de Juan

Carlos Bos *–gerente de operaciones de la sucursal Argentina–*, de Alejandro Gerlero *–gerente del proyecto en cuestión–*, de Ignacio de Uribelarrea *–country manager de Argentina– (así como de los restantes directivos que habrían intervenido en el otro proyecto investigado en autos)*, en las maniobras que constituyen el objeto de investigación de la causa, anteriormente sintetizadas y entre las que se destaca la atinente al pago de sobrepagos en el marco de las obras adjudicadas a Skanska S.A. en los concursos privados convocados por TGN para la ampliación del gasoducto norte; sino también el hecho de que, para la fecha de los sucesos, los nombrados eran los máximos responsables de la empresa en Argentina involucrados en el proyecto; de que fue la empresa la que, en definitiva, habría percibido del fondo fiduciario los montos por las obras ejecutadas en orden a las contrataciones que se investigan y que, en este sentido, por medio de su apoderado Javier Azcárate *–quien fue indagado–*, Skanska S.A. suscribió el contrato para la construcción de la planta compresora Dean Funes el 28/4/05, y el contrato para la ampliación del gasoducto norte, del 11/4/05.

Agregó, por lo demás, que se encuentra en plena etapa de investigación la hipótesis de que los altos precios pagados por la firma a sus ex empleados, imputados en la causa, en razón de sus respectivas desvinculaciones, podrían haber representado un medio para “comprar” sus silencios.

En consecuencia, el Juez no sólo argumentó acerca de la verosimilitud del derecho en relación con la materialidad de los hechos, sino también respecto de los restantes recaudos a los que se refiere el art. 23 del C.P. para que el eventual decomiso que recaiga en caso de condena de los nombrados, pueda alcanzar a la persona jurídica, es decir, en relación con la actuación de los indagados en representación de Skanska S.A. y del posible beneficio que ésta habría recibido en virtud del pago de los sobrepagos, en connivencia con los funcionarios públicos intervinientes.

Ahora bien, en cuanto al señalamiento de los impugnantes en relación con que tales sobrepagos no habrían existido *–cuestionando a tal efecto el informe efectuado por la División Técnico Contable de la P.F.A., con el agregado de que el informe de avance de la pericia contable presentado como “nuevo hecho” daría razón a sus agravios–* cabe destacar que teniendo en cuenta el carácter cautelar de la medida y que, en esta dirección, requiere una

Poder Judicial de la Nación

2010 - Año del Bicentenario

demostración tan sólo provisoria del derecho invocado, la Sala entiende que los agravios de los recurrentes se revelan como la pretensión de que se acrediten con certeza, en este estadio del proceso, aquellos extremos, lo cual no se compece con el carácter meramente provisional de la cautela.

Por otra parte y en orden a tal característica, nada impide, de concluirse la falta de configuración de una hipótesis de investigación en función de la terminación del peritaje contable, que eventualmente cese o se modifique la cautela (cfr. Sala I, c/nº 43.590, “*Greco, Alfredo s/ embargo preventivo*”, del 30/6/10, reg. Nº 630).

Por lo expuesto, la Sala entiende que la afirmación preliminar acerca de la concurrencia de la verosimilitud del derecho, con los alcances señalados, encuentra respaldo en las constancias de la causa.

En lo que atañe a las alegaciones vinculadas con el peligro en la demora, se ha sostenido que requiere una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que llegue a producir el hecho que se pretende evitar pueden restar eficacia al reconocimiento del derecho en juego, operado por una posterior sentencia (CSJN, “*Albornoz c/MTSS s/ medida de no innovar*”, del 20/12/84).

Según lo expuesto con antelación, cabe señalar que el embargo cuestionado se ha dictado para asegurar los bienes que eventualmente pudiesen ser decomisados en caso de recaer sentencia de condena y, de ese modo, recuperar los activos provenientes del delito investigado y evitar, por otra parte, que el provecho se consolide o rinda sus frutos.

En cuanto a las consecuencias de la conexión entre ambos presupuestos que indica la parte –es decir, que frente a una lábil verosimilitud del derecho, corresponde una reforzada demostración del peligro en la demora–, cabe señalar que, según lo considerado al momento de evaluar la procedencia de los embargos preventivos en relación con los ex empleados de la firma, la Sala ha sostenido que “...es cierto que el tiempo transcurrido desde que se llevó a cabo...(la indagatoria)...hasta hoy ha superado en exceso la previsión legal en lo que a la resolución de la situación procesal concierne (cfr. art. 306 del C.P.P.N.). Sin embargo, esto no puede ser interpretado como una circunstancia contraria al peligro en la demora que se vincula, no con ese retraso, sino con la necesidad de

asegurar la garantía para una eventual pena pecuniaria, la indemnización civil y las costas a recaer en este proceso...” (cfr. Azcárate, cit., entre muchos otros).

Ahora bien, no puede pasarse por alto que desde la convocatoria a prestar declaración indagatoria de los ex gerentes de Skanska S.A. y sus respectivas ampliaciones, ha transcurrido con holgura el plazo previsto por el art. 306 del C.P.P.N.

Por ello, atendiendo a la excepcionalidad de la medida de coerción procesal, no puede dejar de señalarse, como lo hemos hecho en ocasiones anteriores, la necesidad de que el magistrado “*a quo*” resuelva con la urgencia del caso la situación procesal de quienes han sido indagados y, en lo que aquí interesa, de los miembros de Skanska S.A. respecto de los cuales sospecha su actuación en beneficio de la persona jurídica; y que adopte las medidas necesarias para que se presente el informe pericial que los apelantes han venido reclamando, no sólo para asumir una postura respetuosa de los derechos de las personas físicas y de aquellos de la de existencia ideal, sino también para procurar alcanzar los restantes fines del proceso penal.

Por último, en lo atinente al monto de la medida, cabe señalar que teniendo en miras su finalidad, resulta razonable su cómputo en función de los beneficios que habría percibido la empresa en orden a las maniobras investigadas y, en consecuencia, en relación con los sobrepuestos que habría percibido. De acuerdo con las consideraciones previas, no son aplicables, para este tipo de supuestos, los parámetros relativos a la reparación por el daño que habría causado el delito –*concepto más abarcador que el relativo a la recuperación de los beneficios*– ni aquellos relativos al cómputo de la pena.

En cuanto al modo de calcular los sobrepuestos en cuestión, si bien puede tomarse como base el informe considerado por el “*a quo*”, cabe tener presentes las precauciones señaladas con antelación en relación con la necesidad imperativa de concluir con la pericia contable referida.

Por lo expuesto, el Tribunal **RESUELVE:**

CONFIRMAR la decisión de fs. 47/60 en cuanto decide y fuera materia de apelación.

Poder Judicial de la Nación

2010 - Año del Bicentenario

Regístrese, hágase saber al representante del Ministerio Público Fiscal y oportunamente, devuélvase al Juzgado de primera instancia, quien deberá practicar las notificaciones restantes.

Fdo.: Eduardo Freiler-Eduardo Farah-Jorge Balletero. Ante mí: Sebastián N. Casanello, Secretario de Cámara.

Ante mí:

USO OFICIAL

