En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 26 días del mes de julio del año dos mil diecisiete, se reunieron en Acuerdo los miembros de la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada por los ministros Alejandro Javier Panizzi, Miguel Ángel Donnet y Mario Luis Vivas, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados «**DUFOUR, Gabriela y Otros en autos: "G., J. s/ Dcia."**» (Expediente 100207 – Folio 1 - Año 2016 – Letra «D» - Carpeta Judicial N° 5591).

Del sorteo practicado en la hoja 444, resultó el siguiente orden para la emisión de los votos: Panizzi, Donnet y Vivas.

El juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. Llega a conocimiento de esta Sala la sentencia N° 4/2016 de la Cámara en lo Penal de Puerto Madryn –integrada por los doctores Leonardo Pitcovsky, Rafael Lucchelli y Flavia Trincheri.

Mediante ese pronunciamiento el Tribunal revisor, en lo que aquí interesa, confirmó la condena a dos años y seis meses de ejecución condicional impuesta a Héctor Omar Albornoz y Gabriela Marisa Dufour, en orden al delito de administración fraudulenta (artículos 173, inciso

///

7° y 45 del digesto sustantivo), por los hechos ocurridos en Puerto Madryn entre los días 24/2/2014 y 8/4/2014, en perjuicio de A. S.A.

En desmedro de esa decisión se alzaron los penados Gabriela Dufour -mediante el escrito glosado entre las hojas 390/406- y Héctor Omar Albornoz –con la presentación de las hojas 407 a 413 y vuelta.

II. Los hechos que han sido materia de acusación se describieron en la sentencia de la siguiente manera: «El día 7 de abril de 2014 los buques P. **, P. ***, C. S. S., C. B. E. y C. D. B., todos ellos pertenecientes a la empresa A. S.A. se soltaron de sus amarras del muelle Almirante Storni, quedando varados en la playa, no sin antes sufrir serias averías, por los golpes que se dieron entre sí, como así también contra el muelle. Que dichos daños se produjeron a consecuencia de la conducta de los encartados, toda vez que los mismos de acuerdo a las constancias de autos (Decreto N° 180/14 del 24/02/2014) estaban a cargo de la custodia y preservación de los bienes de la empresa A. S.A. Ello así ya que los imputados habían sido informados expresa y puntualmente por diversas vías (entrevistas personales con el personal de a bordo, comunicaciones electrónicas, etc.) que las

///

embarcaciones corrían serios riesgos de quedar a merced de las inclemencias climáticas, lo que finalmente ocurrió, toda vez que no tenían las condiciones mínimas de seguridad, ya que no contaban ni con cabos de amarre, ni combustible para maniobras de urgencia. Que la situación de extrema precariedad respecto de la seguridad de los buques según se corroboró en el presente Legajo era de cabal y acabado conocimiento por los imputados, de lo que resulta la voluntad de perjudicar los intereses patrimoniales que custodiaban, ya que contaban con presupuesto asignado y disponibilidad económica para aportar los elementos que hubieran a la postre evitado lo que según las pericias acompañadas han provocado, esto es, daños que insalvablemente afectaron el valor de los bienes bajo su custodia, en un caso, como así también la destrucción de aluno de ellos en otro».

III. En el escrito de las hojas 390/406, la condenada Gabriela Dufour, afirmó que la resolución de la Cámara en lo Penal carecía de motivación suficiente por haber valorado de manera parcial, arbitraria y contradictoria la prueba. Sostuvo que ese defecto acarreaba la aplicación de una figura penal a una conducta que no encuadraba en tipo penal alguno.

///

En la fundamentación de su recurso, expresó que fue declarada coautora material y penalmente responsable del delito de administración fraudulenta. Sin embargo –continuó- no existió por parte de ella dolo, fin de lucro o propósito de causar un daño, ni tampoco a su respecto la competencia material ni funcional de los bienes de A. S.A., puesto que su accionar se hallaba limitado a las competencias materiales que el ordenamiento jurídico le otorgaba.

Advirtió que para determinar su responsabilidad en los hechos era imprescindible analizar las competencias que poseía al momento de la emergencia.

Así, explicó que el exgobernador Martín Buzzi, mediante del Decreto N° 180/14, del 24 de febrero de 2014, dispuso en su artículo 1° la ocupación temporánea por causa anormal, respecto de los bienes existentes que sean utilizados en la explotación económica de la unidad productiva A. S.A. Agregó que en el artículo 4° se creaba un Comité de Administración presidido por Héctor Omar Albornoz e integrado por los licenciados S. N. y V. L., que tenía a su cargo la administración de los bienes. Indicó que el Comité estaba bajo el control y dependía jerárquicamente del Ministerio de Desarrollo Territorial y Sectores

///

Productivos, el que oficiaba como Autoridad de Aplicación.

A continuación, anotó que el artículo 5° del decreto de mención, instruía a la Fiscalía de Estado a actuar en conjunto con el Comité de Administración en resguardo del patrimonio estatal.

Más adelante, detalló las facultades y competencias del Comité de Administración, de la Fiscalía de Estado, del Ministerio de Desarrollo Territorial y Sectores Productivos y del Ministerio de Economía y Crédito Público.

De ese repaso, coligió que las competencias materiales para evitar los hechos que se imputaron, escapaban a la esfera de atribución de su parte y formaban parte de las obligaciones expresamente impuestas al Comité de Administración y a la Fiscalía de Estado.

Puso de resalto que el Ministerio de Desarrollo Territorial y Sectores Productivos que se hallaba a su cargo, sólo tenía competencia de control, ya que era el superior jerárquico del Comité de Administración, y no poseía atribuciones materiales y funcionales sobre los bienes de A. S.A.

///

Seguidamente, manifestó que los entes con competencia expresa tampoco pudieron materialmente adoptar las medidas del caso.

Así, explicó que el evento acaecido se enmarcaba en un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor. Sostuvo que la circunstancia climatológica extraordinaria acaecida quebró cualquier nexo causal entre la conducta de los funcionarios involucrados y los daños ocasionados en los buques de A. S.A.

Luego, se refirió al procedimiento de contratación como otro de los impedimentos formales que imposibilitaron adoptar las medidas del caso. Expresó que, de acuerdo a las constancias de autos, las contrataciones necesarias excedían el valor de doce módulos que habilitaban la contratación directa. A más de ello, explicó que desde el momento que se conoció la necesidad, resultaba imposible implementar el aquel procedimiento, pues los tiempos que éste demandaba, no eran suficientes. Detalló los trámites y pasos a seguir para contratar en el Estado.

A renglón seguido, destacó la incidencia que tuvo sobre los hechos investigados la intervención de Prefectura Naval Argentina, quien se negó a autorizar la extensión de certificados

///

de seguridad de la navegación y el traslado de buques a dique seco a fin de realizar las reparaciones necesarias para operar comercialmente.

Puntualizó que la decisión de Prefectura Naval Argentina desconoció el Decreto N° 180/14, la extensión de la ocupación transitoria y la condición de la Provincia como armadora.

En otro tramo de su impugnación, adujo que tampoco se le podía atribuir responsabilidad por omisión desde que no se verificó la inobservancia de ningún deber normativo de actuación.

Seguidamente, alegó que los miembros de la Cámara en lo Penal valoraron arbitrariamente la prueba existente y escogieron en forma parcializada los testimonios. Destacó que las declaraciones vertidas no hacían referencia a su persona.

Posteriormente, subrayó las conclusiones de la mayoría de la Alzada, quien asentó que el tipo penal escogido requería dos elementos subjetivos: el dolo directo y la finalidad extra de procurar un daño.

Advirtió que ni siquiera la atribuida inacción de Dufour alcanzaba por sí sola para sostener el plus subjetivo. De manera tal que –concluyó- no es posible ajustar la conducta

///

endilgada a la exigencia contenida en el artículo 173, inciso 7° del Código Penal.

Por otro costado, se opuso a la calificación propiciada por el camarista Lucchelli, pues la acusación inicial no consideró ni invocó la conducta omisiva de un funcionario público por su condición de tal.

Sobre el final, cuestionó la atribución a título de autora que efectúa el Tribunal revisor.

Por último, formuló reserva de acudir por ante la corte federal y efectuó petitorio de estilo.

IV. El condenado Héctor Omar Albornoz introdujo la impugnación extraordinaria que se encuentra cosida entre las hojas 407/413 y vuelta.

Adujo que la sentencia carecía de motivación suficiente porque valoraba parcial, arbitraria y contradictoriamente la prueba.

Anotó que los jueces comprobaron la inactividad manifiesta, que provocó el daño de los buques, basándose en las declaraciones de F., A., M. y P.

Sin embargo, puso de resalto que los sentenciadores no ponderaron la falta de recursos, ni que el poder de policía dentro del puerto lo tenía Prefectura Naval. Expresó que

///

tampoco consideraron que al momento del siniestro el Comité llevaba veinte días hábiles de intervención, ni las características excepcionales del fenómeno climático.

Manifestó que no existió inactividad de su parte sino una permanente falta de recursos, que imposibilitaba dar una solución en tan corto plazo.

A continuación, efectuó las mismas consideraciones que Dufour en cuanto a la necesidad de acreditar la finalidad extra de procurar un daño y a la posibilidad de subsumir su accionar en la figura prevista en el artículo 249 del Código Penal.

En el final, efectuó reserva de acudir por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y formuló petitorio de estilo.

V. Anticipo que analizaré conjuntamente los agravios articulados en las dos impugnaciones presentadas, ya que existe similitud en los planteos.

Tanto Gabriela Dufour como Héctor Albornoz cuestionaron el pronunciamiento de la Cámara en lo Penal de Puerto Madryn porque lo consideraron deficientemente fundado. Además, introdujeron cuestiones vinculadas con las obligaciones a su cargo, el fenómeno climático extraordinario y la

///

falta de recursos económicos para afrontar la emergencia.

En su primer planteo, la imputada Dufour se desligó de las obligaciones que le imponía el Decreto N° 180, del 24 de febrero de 2014, sobre los bienes de A. S.A. ocupados temporáneamente.

Adujo que el Ministerio de Desarrollo Territorial y Sectores Productivos del cual era titular, tenía un rol de supervisión, sin injerencia en las decisiones empresariales.

Sin embargo, no es correcto el entendimiento propiciado. El decreto de mención instituyó al Ministerio de Desarrollo Territorial y Sectores Productivos como autoridad de aplicación y control de la administración, facultándolo para dictar normas reglamentarias, complementarias y aclaratorias.

En efecto, el decreto invistió a Dufour de facultades de administración y, además, la dotó de la posibilidad de fijar las normas jurídicas que estimara necesarias para garantizar la debida conservación de los bienes ocupados. Es decir, la incusa, en su calidad de titular del órgano jerárquico superior, debía velar por el cumplimiento de las obligaciones que el decreto le impuso al Comité de Administración (o de Intervención) e, incluso, podía designar nuevos

///

integrantes de aquél y dictar normas, con el objeto de resguardar acabadamente la unidad productiva A. S.A.

La autoridad de aplicación es el organismo del Estado encargado del cumplimiento de lo ordenado y establecido en una norma reguladora. De acuerdo a un régimen federal, las autoridades de aplicación pertenecen al orden nacional, provincial o municipal.

La administración «… Es la facultad de regir y gobernar el patrimonio de otro, ordenando los medios para su mejor conservación, empleo y realización» (Gustavo B. Aboso, en «Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial», de David Baigún; E. Raúl Zaffaroni -dir.-; Marco A. Terragni -coord.-; tomo 7, página 327).

En otro tramo, los impugnantes se agraviaron porque entendieron que no se le había otorgado el alcance adecuado a la situación climática extraordinaria o a la falta de recursos económicos para paliar la emergencia.

Estos extremos fueron acertadamente analizados por los sentenciadores.

Por un lado, se comprobó que si bien el evento meteorológico resultó infrecuente, no fue imprevisto. Éste fue puesto en conocimiento de

///

las autoridades con la debida antelación. Quedó demostrado que Albornoz y Dufour recibieron comunicaciones acerca de la situación de precariedad de las embarcaciones de la firma A. S.A. y de la necesidad de contar con mínimas condiciones de seguridad y mantenimiento para que aquellas no quedaran expuestas a las inclemencias del tiempo. También se acreditó que el personal de la firma y la gente de mar alertaron sobre la tormenta inminente.

En otro orden, se ponderó que una debida diligencia de las autoridades hubiera preservado la integridad de los barcos, ya que los únicos que sufrieron los estragos del temporal fueron los de A.. Los demás buques del puerto no soportaron ninguna avería merced a la precaución de sus titulares.

Por otro lado, los magistrados desbarataron el argumento que esgrimieron los condenados para explicar que las extensas gestiones administrativas necesarias para obtener fondos, impedían atender las demandas de la emergencia en forma urgente. Es que, si luego del fenómeno se consiguieron recursos rápidamente, una adecuada diligencia anterior, hubiera posibilitado su adquisición. Por lo demás, los incusos no

///

acreditaron ni siquiera el inicio del trámite de contratación.

En resumen, los sentenciadores juzgaron que los encartados debían asumir las carencias de la empresa A. S.A., pues ese fue el sentido de la ocupación temporánea: mantener la unidad productiva en crisis, a través de la explotación de sus bienes, conservando las fuentes laborales y la vigencia de los permisos y cupos de pesca vigentes.

VI. Por otro costado, los incusos cuestionaron la significación jurídica aplicada a su accionar.

No obstante, comparto la calificación dada.

El Decreto N° 180/14 colocó a los imputados en la posición de garante con respecto a los bienes de la empresa A. S.A. Éstos tenían asignadas atribuciones referidas al giro ordinario de la unidad productiva y debían garantizar la debida conservación de los bienes ocupados.

Por lo tanto, prevenidos del temporal que se avecinaba y de las necesidades de la flota, los condenados debieron disponer las medidas necesarias tendientes a resguardar los bienes confiados. Sin embargo se comprobó que los incusos dejaron los buques a merced de las

///

inclemencias climáticas. Es decir, no procuraron impedir el resultado, pese a que tenían el conocimiento cierto de que se hallaban en situación de garantizar que aquel no se produjera, esto es, que el temporal no dañara las embarcaciones.

De esta manera, resulta ostensible la inacción de Dufour y Albornoz, quienes demostraron su voluntad de no hacer para que el daño ocurra. Ese desinterés perjudicó gravemente la flota de A. y causó pérdidas millonarias al gobierno provincial. Por lo tanto, es correcto el pronunciamiento que confirma la responsabilidad de los atribuidos.

Independientemente de su competencia reglamentaria, la contadora Dufour tenía expedita la facultad y la capacidad de decisión sobre los bienes cuya preservación le fue confiada. Va de suyo que su deber era velar sobre el patrimonio de la empresa.

De modo que, en el caso, concurren los elementos del artículo 173, inciso 7° que requiere:
a) un acto jurídico legítimo que coloque al autor a cargo del manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos; b) que con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño; c) la violación de los deberes del autor y d) el perjuicio a los intereses confiados.

Lo que el tipo exige es la intención de lucro o el daño del patrimonio ajeno. No es necesaria la presencia de ambos en el ánimo del sujeto activo.

Acerca de la figura en cuestión se ha escrito que «El daño al que nos referimos, está dado por la conciencia de dañar dolosamente los intereses pecuniarios del patrimonio ajeno, como podría ser

///

manejar el patrimonio caprichosamente hasta colocar al sujeto pasivo en estado de insolvencia. En esta finalidad, también se admite dolo eventual y si bien, no es necesario el fin de lucro, éste siempre aparece como un fin ulterior. La necesidad del perjuicio no responde obligatoriamente a un enriquecimiento de parte del sujeto activo, sino que el tipo al incluir el daño acepta que se pueda defraudar sin apoderarse de nada…» (Cristina Caamaño Iglesias Paiz, «El delito de administración fraudulenta» Ed. Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 1999, página 139).

Asimismo ha sostenido la doctrina que «La conducta infiel puede consistir en el abandono, la destrucción o la inutilización de los intereses pecuniarios ajenos.

También recaen en este accionar típico aquellos comportamientos que asumen la forma de una omisión impropia, v. gr., cuando el autor permite dolosamente que la mercadería confiada se deteriore». (Gustavo B. Aboso, en «Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial», de David Baigún; E. Raúl Zaffaroni (dir.); Marco A. Terragni (coord.); tomo 7, página 316).

La omisión dolosa tiene lugar cuando se deja de cumplir el deber, con la convicción de que con ello ocasionará un perjuicio a un tercero, daño que debió y pudo evitar. Es un dejar de hacer, a sabiendas de que ocurrirá un daño, pudiéndolo evitar.

VII. En conclusión, corresponde rechazar las impugnaciones articuladas por Gabriela Dufour (hojas 390/406) y Héctor Omar Albornoz (folios 407/413 y vuelta), con costas, y confirmar la sentencia N° 4/2016 de la Cámara en lo Penal de Puerto Madryn (hojas 363/388).

Así voto.

El juez **Miguel Ángel Donnet** dijo:

I) La Cámara en lo Penal de la ciudad de Puerto Madryn, mediante sentencia protocolizada bajo el número 4/2016, resolvió, entre otras cosas,

///

confirmar la sentencia número 496/16 respecto de Héctor Omar Albornoz y Gabriela Marisa Dufour, por el delito de Administración Fraudulenta (CP, art. 173 inc. 7°).

Contra dicha decisión dedujeron impugnación extraordinaria la defensa de los condenados.

Los motivos de los recursos fueron debidamente indicados en el voto del Ministro Panizzi, de manera que no habré de incurrir en tediosas reiteraciones.

II) Al examinar el asunto, decidí que acogeré la misma modalidad que mi colega, esto es, el análisis conjunto de las impugnaciones extraordinarias.

La jueza penal de la ciudad de Puerto Madryn, doctora Stella M. Eizmendi, condenó a Héctor Omar Albornoz y Gabriela Marisa Dufour como coautores del delito de Administración Fraudulenta a la pena de dos años y seis meses de prisión en suspenso.

El centro de discusión giró en torno a la tipicidad del hecho investigado o, en su defecto, la calificación jurídica que correspondía darle al mismo.

La magistrada fundó la coautoría y responsabilidad de los imputados en la posición de garante que a ambos los colocó el decreto número 180/14, dictado por el entonces Gobernador Martín Buzzi.

Argumenta que esta norma creó un Comité de Administración que presidió Albornoz, el cual estaría bajo el control y dependería jerárquicamente del Ministerio de Desarrollo Territorial y Sectores Productivos.

Así, continuó con el análisis del delito en cuestión, ingresando primero en la faz objetiva.

Confirmó que este tipo penal no sólo admite la acción directa, sino también la omisión impropia. Agregó que una problemática que presentan estos tipos penales es que no se menciona expresamente en el tipo el comportamiento omisivo del sujeto activo.

Luego de efectuar un análisis dogmático, concluye diciendo: ´… los encartados imbuidos en la posición de garante, en virtud del Decreto N° 180/14 P.E., tal como lo exige la norma en cuestión y el tipo objetivo de la figura penal ¿tenían la obligación

///

de evitar o tratar de evitar o impedir la producción del resultado? Evidentemente sí, ya que así lo estatuye el articulado del propio decreto…´.

En cuanto a la posición de garante discutida por la defensa de la exministra Dufour, asegura que tenía la jerarquía máxima del Comité, debiendo velar por el cumplimiento de las obligaciones que del objeto mismo surgían y pudiendo incorporar otros integrantes a los fines de tal misión.

Con relación a la faz subjetiva argumentó que también se encuentra acreditada. Que los imputados conocían los deberes que tenían a su cargo, y la posición de garantes que ostentaban por el Decreto.

Por otro lado, continuó, dejaron los bienes a merced de las inclemencias del tiempo, a pesar de haber sido avisados y advertidos.

Este breve análisis es una guía para describir el razonamiento efectuado en la primera instancia.

Posteriormente, el Tribunal Revisor confirma esta decisión, y analiza todos los motivos de agravio.

III) En la segunda instancia, ante la Cámara en lo Penal de Puerto Madryn, los aquí imputados cuestionaron el fallo que el órgano de mérito dictó, que les adjudicó responsabilidad como ex funcionarios públicos. En el caso de Graciela Dufour como titular del Ministerio de Desarrollo Territorial y Sectores Productivos; y en el de Héctor Albornoz como Presidente del Comité de Administración creado por el decreto 180/14.

Sin embargo, a pesar del encomiable esfuerzo del defensor particular, los jueces de cámara, resolvieron, por mayoría, confirmar la sentencia que les adjudicó responsabilidad, después de analizar la prueba ya valorada por la anterior jueza.

IV) Y ahora, vuelven a esta Sala con los mismos argumentos esgrimidos, para intentar nuevamente modificar la situación de los encartados, pero no indican cuál es el nuevo defecto no denunciado que podría modificar la situación.

Así, la norma provincial en cuestión determinó que todos los bienes de la firma A. S.A. estarán a cargo de un organismo administrador que tendrá la función de administración y, a la vez, que el Ministerio a cargo de la Contadora Dufour sería la

///

autoridad de aplicación y controlaría la administración, teniendo las facultades para dictar normas reglamentarias, complementarias y aclaratorias pertinentes.

Justamente este Decreto es determinante para la adjudicación de responsabilidad, en donde claramente se distinguen las facultades de administración y cuidado que detentaban, en forma enlazadas, los imputados.

La aplicación del tipo del art. 173 inc. 7° del Código Penal, es correcta y se lo explicó en las diferentes instancias. En efecto, se reveló: - haberse comprobado en la investigación que los imputados tuvieron noticias fehacientes del temporal que se avecinaba y las necesarias consecuencias gravosas que traía; y que a pesar de ello, hubo inactividad manifiesta por parte de los encausados, que determinó el daño de las embarcaciones.

De esta manera coincido con la conclusión a la que arribaron los jueces, en cuanto a que tanto Albornoz como Dufour debieron resguardar la integridad de los barcos descriptos en la norma provincial, ya que ello resultaba un capital vital para reactivar la empresa. Que nada hicieron para proteger estos bienes que estaban bajo su custodia, y esto los convirtió en sujetos activos del delito adjudicado, por omisión impropia.

Como bien lo indicó el doctor Panizzi en su voto, en el accionar desplegado por los incusos se encuentran presentes los elementos que requiere el tipo, esto es: acto jurídico que colocó a los encausados a cargo de los bienes de la empresa A. S.A. (Decreto 180/14); causar un daño al patrimonio ajeno; violar los deberes a su cargo; y causar perjuicio a los intereses confiados.

No caben dudas entonces de la configuración de la conducta típica endilgada, la cual debe ser confirmada también en esta instancia.

Por otro lado, la defensa esgrimió como agravio la inexistencia de la coautoría en este caso. Ello fue debidamente analizado en el fallo, y se respondió que existió una coautoría funcional: Albornoz y Dufour tenían, indistintamente, el dominio del hecho.

///

V) Por todo lo expuesto, voto por rechazar las impugnaciones extraordinarias articuladas por la defensa, con costas, y confirmar las sentencia de la Cámara en lo Penal venida en casación. **Así voto.**

El juez **Mario Luis Vivas** dijo:

1. Los antecedentes del caso y el resumen de los agravios ya han sido plasmados en el voto que guía el Acuerdo. A ellos me remito en mérito de la brevedad.

Paso entonces, sin más, al estudio y respuesta de las cuestiones planteadas en los recursos de Gabriela Dufour y Héctor Albornoz. Al igual que los colegas que me preceden, mi análisis también es conjunto en virtud de la similitud de contenido que encuentro entre ambas impugnaciones.

2.1. En primer lugar, Dufour afirmó que no le eran oponibles las obligaciones fijadas en el Decreto N° 180/2014 en relación con los bienes de A. S.A. que se habían ocupado de manera temporánea. El Ministerio de Desarrollo Territorial y Sectores Productivos a su cargo, dijo, tenía funciones de supervisión mas no intervenía en las decisiones de carácter empresarial.

No coincido con esta apreciación. El decreto aludido estableció a dicho ministerio como la autoridad de aplicación y control de la

///

administración de esos bienes, y en tal carácter lo facultó a dictar normas reglamentarias, complementarias y aclaratorias.

Este decreto confirió facultades de administración a la acusada, y le posibilitó el establecimiento de las normas jurídicas necesarias para la conservación adecuada de los bienes ocupados, así como la designación de nuevos integrantes en el Comité de Administración (o de Intervención). En otras palabras, Dufour debía velar por el cumplimiento de las obligaciones asignadas por decreto a dicho comité, todo ello con la finalidad de proteger la unidad productiva "A. S.A.".

En lo que a la ley penal resulta relevante, administrar implica el gobierno del patrimonio ajeno, con la potestad de actuar (cfr. DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal – Parte Especial*, tomo II-B, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2001, página 414). Este aspecto de la imputación no ofrece mayores complejidades.

Ello, sin soslayar que, a propósito de la justificación formulada en la impugnación, el deber de supervisión que se erige en cabeza de quien detenta un cargo de la naturaleza de los encartados, tiene justamente por objeto la evitación de ciertos resultados dañosos.

///

2.2. También se cuestiona la proyección otorgada al factor meteorológico –de naturaleza extraordinaria-, así como a las carencias presupuestarias para mitigar la emergencia.

Sin embargo, se acreditó que el suceso climático no fue imprevisto, más allá de ser inusual. En efecto Albornoz y Dufour recibieron, con la anticipación necesaria, varias comunicaciones sobre el estado precario de las embarcaciones de la empresa, y sobre la necesidad de adoptar medidas de mantenimiento y seguridad para evitar que quedaran a merced del mal tiempo. Asimismo, empleados de la firma y otras personas conocedoras del oficio también advirtieron sobre la inminencia de la tormenta.

Se trata de un aspecto crucial del caso, pues se proyecta –como explico más adelante– también a la faz subjetiva de la imputación. Algunos trabajadores de A. S.A. informaron a los miembros del Comité de Administración sobre la situación económica delicada de la empresa, y éstos se mostraron en condiciones de atender estos requerimientos. Se comprometieron a enviar víveres, defensas, cabos y gasoil para los buques, pero la asistencia –según estos trabajadores– nunca llegó. Dufour, por su parte, también fue anoticiada en tiempo oportuno por el titular de

///

la Administración Portuaria de Puerto Madryn sobre la situación de las embarcaciones.

En contraste con lo antedicho, se tuvo en cuenta que una actuación diligente de las autoridades hubiera redundado en un resultado diferente. Es que solo los barcos de A. S.A. soportaron las consecuencias perjudiciales del temporal, mientras que las demás embarcaciones del puerto no sufrieron daño alguno. Ello, como directa consecuencia de la intervención previsora de sus responsables.

Ambos acusados también explicaron que las intensas gestiones encaradas para procurar fondos, les imposibilitaron atender la emergencia con la urgencia del caso. Este argumento fue, sin embargo, refutado por el tribunal con un razonamiento simple y que comparto: inmediatamente después de la tormenta se reunieron los recursos necesarios.

De lo anterior se deduce sin esfuerzo que la misma intervención diligente, pero *previa* al fenómeno meteorológico, hubiera resultado exitosa en la procura de los fondos. A todo evento, los imputados tampoco demostraron haber siquiera iniciado las gestiones que luego invocaron en su descargo.

///

En suma, y tal como quedó correctamente establecido en la sentencia, la ocupación temporal de la empresa obligaba a Dufour y a Albornoz a asumir las necesidades de la firma. Era la manera de satisfacer la finalidad de la decisión política de sostener a la empresa en crisis, por medio del aprovechamiento de sus activos, el mantenimiento de los cupos y permisos de captura, y de los puestos de trabajo.

3. Las partes también criticaron la subsunción jurídico-penal de los hechos endilgados. Mas no comparto este embate, por lo que digo a continuación.

El decreto n° 180/2014, que ya cité, asignó a los funcionarios imputados una serie de facultades vinculadas directamente con el funcionamiento habitual de la firma. En el caso de Dufour, y más allá de las atribuciones normativas específicas, en su calidad de Ministro del área pertinente tuvo plena posibilidad de decidir sobre los bienes de la empresa intervenida por el Estado Provincial, con miras a procurar su adecuada conservación.

Desde esa responsabilidad funcional, ambos estaban obligados a garantizar la conservación adecuada del patrimonio ocupado. Más aún si

///

estaban enterados de la tormenta inminente, y de los recaudos que se debían adoptar al respecto.

Como anticipé, he aquí el punto crítico del caso. Ante este escenario, de todos modos Dufour y Albornoz dejaron los buques librados a su suerte. Conocían sus deberes, tenían pleno conocimiento de la inminencia del peligro meteorológico y de sus consecuencias, y de todos modos no propiciaron –estando en condiciones de hacerlo– la evitación del resultado.

Este desinterés evidente y deliberado de ambos acusados resultó muy perjudicial para la flota pesquera de la firma, pues generó un menoscabo millonario en las arcas provinciales. Y contrastó de manera elocuente con las promesas previas y, sobre todo, con las conductas posteriores al suceso climático. No se me ocurre una demostración más cabal del elemento subjetivo ("para causar daño"), adicional al dolo, que exige este tipo penal.

Se verifican, respecto de ambos inculpados, todos los elementos típicos previstos en el artículo 173 inciso 7 del Código Penal: 1) un acto jurídico que asigna al autor la responsabilidad del manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos; 2) la finalidad de causar daño; 3) la violación de los

///

deberes del autor; y 4) el detrimento ocasionado a esos intereses confiados.

Según nuestra doctrina penal, se trata de una figura que admite formas comisivas como omisivas, pues se refiere tanto a la administración y al manejo, como al cuidado de los intereses ajenos. Este cuidado implica una situación jurídica que tiende a la función concreta de conservación, guarda o protección de los intereses ajenos. Es una situación pasiva, de vigilancia sobre la cosa ajena.

En su modalidad de quebrantamiento de fidelidad, basta una situación de hecho, por ejemplo, la destrucción, el deterioro o la consumición del bien puesto a cuidado del agente, y es suficiente que el autor haya asumido el deber de cuidar lo ajeno. Puede manifestarse a través de una conducta activa u omisiva, por ejemplo, el abandono de los bienes que deben protegerse (cfr. BUOMPADRE, Jorge, *Derecho Penal – Parte Especial*, tomo 2, MAVE editor, Corrientes, 2000, páginas 164-166; en similar sentido, NAVARRO, Guillermo Rafael, *Fraudes*, Nuevo Pensamiento Penal Editora, Buenos Aires, 1994, páginas 118-119). La consecuencia natural de la ausencia de control es esencial al deber de fidelidad, pues la persona

///

colocada para ello no ejerce el control permanente (DONNA, obra citada, página 410).

En su sentido nuclear, esta forma omisiva implica un intencionado no hacer del autor, pese a estar obligado a lo contrario, a tener plena posibilidad de actuar, y a sabiendas de que esta inacción generará un daño que con la conducta opuesta se hubiera evitado.

En esto, y no en otra cosa, consistió la acusación formulada –y a mi entender demostrada– contra Dufour y Albornoz. Como correctamente se señala en la sentencia de revisión, se trata de dos autores de un único suceso, pues ambos -una como titular del Ministerio de Desarrollo Territorial y Sectores Productivos, y el otro como Presidente del Comité de Administración- debían cuidar los bienes de la empresa. La declaración del propio ex Gobernador resultó ilustrativa sobre las razones del dictado del decreto y de la idoneidad de los funcionarios elegidos a tal efecto.

No da igual que un ciudadano de a pie se abstenga de realizar una conducta que de él se aguarda en determinada situación, que lo que decida hacer u omitir un funcionario público del más alto rango provincial.

///

"Lo que se aguarda de los agentes de la administración es que controlen con competencia lo que están indelegablemente obligados a verificar, en particular las más delicadas de la organización en orden a la jerarquía y competencia entre ellos, con énfasis sobre lo que no está dividido con otros funcionarios…" (MACHADO PELLONI, Fernando M., "Bases dogmáticas para delitos de corrupción pública", publicado en DPyC 2016, mayo, La Ley, cita Online: AR/DOC/1090/2016).

La frágil condición económica de la empresa justificó la decisión del Poder Ejecutivo Provincial de ocuparla temporáneamente por el plazo de un año (Decreto 180/2014). Y si bien las funciones del Comité también abarcaban otros aspectos de las actividades de la firma (sueldos, insumos, cuestiones administrativas, etc), la protección de la integridad de los barcos era determinante para reactivar la empresa.

Dicho en otros términos: las demás obligaciones de los funcionarios imputados solo se podrían cumplir si, primero, se cuidaban los buques. Su despreocupación, intencionada, no hizo más que agravar la situación.

4. A modo de epílogo, y por su pertinencia al caso puesto a estudio de la Sala, dejo una

///

mínima reflexión vinculada con la deontología de la función pública.

El ejercicio del poder público, y la responsabilidad por dicho ejercicio, son conceptos que van de la mano. Esta rendición de cuentas de los funcionarios integra los cimientos de la moderna noción de república, pues ya se encontraba prevista en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada durante la Revolución Francesa de 1789 (artículo 15).

Lo expreso con las palabras de un maestro de nuestro derecho: "Una responsabilidad significa tener que responder por algo que se hace o se deja de hacer, y asumir las consecuencias. (…) El llamado estado de derecho –y mejor, estado de justicia- haría burla del derecho y de la justicia si se eximiera de responsabilidad, él mismo, o quienes obran por él" (BIDART CAMPOS, Germán, *El poder*, Ediar, Buenos Aires, 1985, páginas 206 y 208).

"El poder perezoso es el poder aburrido que se despreocupa del bien común, el que con indiferencia acumula demandas que deja sin respuesta, el que carece de agilidad y activismo, el que se adormece en la inercia, el que poco a poco se desgasta por la ineficiencia, el que no

///

se acompasa al ritmo social, el que no sincroniza su acción con los desafíos de su tiempo, de la sociedad, de las circunstancias. Es la haraganería del poder, la holgazanería, que pueden provenir de falta de aptitud, de falta de creatividad e imaginación en la articulación de planes e intereses, de falta de sentido servicial, y, al contrario, de una concepción del poder como beneficio propio que no se reciproca con el deber de rendir provecho social" (BIDART CAMPOS, obra citada, página 463).

5. En conclusión, y por las razones que he desarrollado hasta aquí, juzgo correcta la confirmación de la responsabilidad penal de ambos imputados.

Al igual que quienes me precedieron en la votación, propongo entonces que se rechacen las impugnaciones extraordinarias deducidas por Gabriela Dufour y Héctor Omar Albornoz, con costas, y se confirme la sentencia n° 4/2016 de la Cámara en lo Penal de Puerto Madryn.

Así voto.

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

---------- S E N T E N C I A ----------

1°) Declarar improcedentes las impugnaciones extraordinarias deducidas por Gabriela Dufour

///

(hojas 390/406) y Héctor Omar Albornoz (folios 407/413 y vuelta), con costas;

2°) Confirmar la sentencia N° 4/2016 de la Cámara en lo Penal de Puerto Madryn (hojas 363/388).

3°) Protocolícese y notifíquese.

Fdo. Alejandro Javier Panizzi-Miguel Angel Donnet-Mario Luis Vivas. Ante mi: María Fernanda Gregorio

///