



*Ministerio Público de la Nación  
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

DICTAMEN N° 11.803

*“BOBBIO, Gerardo Andrés y otro s/ averiguación de delito” –recurso de casación–*

CFP 7245/2013/TO1/2/CFC1– Sala IV

Excma. Cámara:

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía N° 4, en la causa CFP 7245/2013/TO1/2/CFC1 del registro de la Sala IV, caratulados: *“BOBBIO, Gerardo Andrés y otro s/ averiguación de delito” (recurso de casación)*, me presento y digo:

**I.**

Que conforme lo autoriza el art. 466 del Código Procesal Penal, vengo por el presente a expresar, durante el término de oficina, la opinión de este Ministerio Público Fiscal respecto del recurso de casación interpuesto por la defensa de Gerardo Andrés Bobbio y Ulises Aldemar Ziembra, contra la resolución del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 de la Capital Federal que resolvió no hacer lugar a la petición de sobreseimiento al haber operado la reparación integral del perjuicio ocasionado (art. 59 inc. 6 del Código Penal)

**II.**

El hecho imputado a Gerardo Andrés Bobbio y Ulises Aldemar Ziembra ocurrió el 20 de mayo de 2013 y consistió en haber generado la orden transferencia de \$ 18.333, desde el área Tesorería del Fondo Nacional de las Artes, a sus cuentas bancarias personales, bajo la apariencia del pago de dos subsidios a nombre de Irupeta Irupé y Asociación Civil La Conurbana. En aquella maniobra, los imputados se hicieron de una orden para la realización de dos transferencias financieras desde la cuenta oficial del organismo en el Banco Nación sucursal Playa de Mayo, en la que incluyeron como destinatarios los datos de sus cuentas personales en el Banco Francés, a las que efectivamente fueron girados los fondos. Las transferencias se efectivizaron el 21 de mayo de 2013 en la caja de ahorro en pesos n° 99/556578/8 a nombre de Ulises Ziembra por \$ 3.333 y en la caja de ahorro en pesos n° 099-40-577626/7 de Gerardo Andrés Bobbio por \$15.000.

La conducta descripta fue calificada como como constitutiva del delito de estafa en perjuicio de una administración pública, en calidad de coautores (172 y 174 inc. 5° del CP).

A fs. 1/9 del presente legajo, la Defensa Oficial de ambos imputados solicitó el sobreseimiento de sus asistidos por haber operado la reparación integral del perjuicio ocasionado a la administración pública, y por aplicación del artículo 59, inciso 6º del Código Penal y de los artículos 336, inciso 1º y 361 del Código Procesal Penal de la Nación. Sostuvo que si bien la norma en que se fundaba su pedido no se encontraba vigente al momento de los hechos, resultaba de aplicación en virtud del artículo 2 del Código Penal, y que de no aplicarse tal precepto por no hallarse reglamentado por el Código Procesal Penal vigente, ello implicaría convertir “en letra muerta” lo regulado por el art. 59 del Código Penal. A su vez, destacó que sus asistidos habían reparado el daño causado con suficiente anticipación a que se formulara la denuncia penal que dio inicio a la presente causa y que ello se encontraba corroborado en autos.

Sobre ello, corresponde señalar que a fojas 70 del principal obra la copia del comprobante de depósito correspondiente a la transferencia efectuada el día 30 de julio de 2013 por Gerardo Andrés Bobbio por la suma de tres mil trescientos treinta y cinco pesos (\$3.335), aportado por Isaac Roberto Faur al momento de prestar declaración testimonial –conf. fs 84/86-y a fojas 320 copia certificada de la transferencia realizada por el nombrado el día 8 de julio de 2013 por el importe de quince mil pesos (\$15.000), ambos efectuados en la cuenta corriente nro. 54792 de la Sucursal nro. 85 del Banco de la Nación Argentina perteneciente al Fondo Nacional de Las Artes.

Corrida vista del pedido de sobreseimiento a la fiscal, ella se pronunció de forma negativa a su concesión. Entendió que el instituto invocado carecía de operatividad en tanto el legislador nacional había subordinado su aplicación a las leyes procesales correspondientes y el Código Procesal Penal vigente carecía de normas específicas sobre la reparación integral como causa de extinción de la acción y de reglas de disponibilidad de la acción en esa materia.

El 12 de abril de 2018 el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 de la Capital Federal no hizo lugar a lo peticionado. Los jueces Dres. Fernando Canero y Julio Panelo coincidieron con la opinión de la Fiscal. Sostuvieron que, si bien la ley 27.147 y en consecuencia la reforma del art. 59 del Código Penal se encuentra en vigencia, el instituto en cuestión no encuentra su correlato instrumental en el código de procedimientos actual, por lo que –a su criterio– resulta imposible su aplicación y destacaron que el mismo texto legal, en el inciso cuya aplicación se pretende, remite a las leyes procesales vigentes. Y agregaron que no era facultad de ese Tribunal legislar respecto de la



*Ministerio Público de la Nación  
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

instrumentación del instituto, pues ello excedía las atribuciones constitucionales inherentes al Poder Judicial de la Nación.

Por su parte, el juez Dr. José V. Martínez Sobrino entendió que el instituto que establece la reparación del perjuicio como una forma de extinción de la acción penal, no opera en forma automática por el solo hecho de devolver las sumas que le fueron sustraídas a la Administración Pública, sino que su aplicación conllevaba el consentimiento explícito de la parte damnificada, es decir, que la víctima del delito debía aceptar dicha reparación a través de un acuerdo de partes. A su vez, entendió que el instituto no puede ser de aplicación para el caso en que los presuntos autores del injusto en examen sean funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y puso como ejemplo de aquel criterio lo normado en el artículo 67, apartado 2º del Código Penal o en el inciso 7º del artículo 76 bis de ese cuerpo legal.

Contra esta resolución interpuse recurso de casación la defensa, que fue formalmente concedido.

### III.

Nuestra legislación penal adopta como regla general el llamado principio de oficialidad o de legalidad procesal para el ejercicio de la mayoría de las acciones penales. Esto significa que, salvo para los delitos de acción privada y algunos condicionamientos previstos para los llamados dependientes de instancia privada, las acciones penales deben ser realizadas, iniciadas, ejercidas y desarrolladas por los órganos correspondientes (jueces, fiscales, etcétera, según el caso), y que no puede evitarse su promoción o hacerse cesar por algún criterio de conveniencia u oportunidad.

Ahora bien, en ese contexto, aparece el llamado principio de oportunidad. En puridad él no se refiere a todas las circunstancias en las que una acción penal no puede iniciarse (por concurrir una causa de justificación, de exclusión de la culpabilidad o la punibilidad) o a aquellos casos en que cesan o culminan de una manera distinta a la generalidad (como puede ser el instituto de la suspensión del juicio a prueba), sino a los casos en que el fiscal tiene la facultad de no promover la acción penal desde los primeros momentos, pese a encontrarse frente a un caso que la ley reputa delito. Opera como el principio dispositivo en el ejercicio de las acciones. La idea de la posibilidad de su consagración en la legislación positiva nació con el reconocimiento del fracaso,

en los hechos, del postulado que predica que todos delitos deben ser perseguidos por igual, ya que los intentos de su implementación son la principal causa de una formidable cifra negra y de una tremenda arbitrariedad en el ejercicio de las acciones, así como del colapso actual de todas las administraciones o servicios de justicia (consecuencia procesal).

Bien, cualquiera fuese su naturaleza jurídica, en el inciso 6º art. 59 del Código Penal se ha legislado el supuesto de reparación integral del perjuicio como causal de extinción de la acción penal ya promovida. Se trata de un criterio de cese del desarrollo y extinción de la acción penal. Pero esa excepción a la regla general ya mencionada, el legislador nacional la condicionó a las condiciones que regulación procesal establezca. Como sabemos, nuestros ordenamientos procesales son de carácter local pues las provincias no han delegado la facultad a la Nación de dictar códigos de forma, de modo que son las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires quienes deben legislar qué pasos deben cumplirse para acceder a la reparación integral del daño y, así, lograr la extinción de la acción penal.

Al igual que la suspensión del proceso a prueba, se trata de un instituto que tiene elementos de fondo y de forma, penales y procesales. Se trata de un beneficio o derecho sujeto a algunas condiciones, que tienen las características de ser suspensivas. Las condiciones suspensivas son aquellas futuras e inciertas que, una vez cumplidas, dan nacimiento al derecho de que se trate. Una condición suspensiva es la que debe cumplirse para que el imputado tenga el derecho, no a la automática extinción de la acción penal, sino a que el juez decida si la declara o no. Sin esa condición, ni siquiera nace el derecho a obtener una resolución judicial que la conceda.

Una vez cumplidas las condiciones establecidas en las leyes procesales operará una condición resolutoria y el imputado podría obtener el derecho a otra resolución judicial para lograr la extinción de la acción penal que nació con el delito.

Paralelamente aparece otro problema, derivado de que no existe en el orden federal o nacional esa regulación procesal de esta nueva causal de extinción de la acción penal. Ante la falta de regulación procesal vigente, la jurisprudencia interpretó la norma de manera disímil. Por un lado, se admitió la aplicación del instituto en cuestión a pesar de no hallarse regulado en el código de forma, en cuyo caso sería el juez quien –sin entrar en la discusión respecto de si tiene facultades para hacerlo o no– debería completar las condiciones para su



*Ministerio Público de la Nación  
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

aplicación. La solución opuesta está dada por quienes sostienen que no resulta operativo hasta tanto se reglamente, de conformidad con lo que expresamente prevé la norma.

El juez Dr. Eugenio Sarrabayrouse en su voto como juez de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional en la causa N° 25872/2015/TO1/CNC1, resuelta el 22/05/2017 (Reg. 399/2017) sostiene que existe una laguna técnica en la actual redacción del art. 59 del Código Penal, que deben establecerse mínimamente cuáles son las pautas para la aplicación de ambas causas de extinción de la acción penal y que esa tarea está actualmente en cabeza de los magistrados.

Sin embargo, la laguna legal deviene insalvable. No es tan sencillo considerarlo operativo, porque la causal del derecho de fondo dice “reparación integral del perjuicio”, lo cual no es sinónimo de reparación económica. Es decir, aún en los casos de delitos de contenido patrimonial, es posible que los legisladores procesales exijan algo más que una mera reparación económica y, en tal caso, sería evidente que los jueces no podrían crear esos demás requisitos.

Ahora bien, en el caso de autos no creo necesario expedirme sobre este asunto en razón de que se presentan las circunstancias que analizó el magistrado que votó en último término, al considerar que no correspondía la aplicación del instituto a los hechos cometidos por funcionarios públicos.

Abona esta posición el hecho de que ninguna de las legislaciones procesales a que remite la ley penal permite la extinción de la acción penal a funcionarios públicos. Es un requisito negativo: no ser funcionario público y haber cometido el delito en el ejercicio de las funciones.

En el marco de la reforma del Código Procesal Penal de la Nación (ley 27.063) se habían regulado los casos en los que el titular de la acción podía disponer de ella. Pero su entrada en vigencia (ley 27.150) se encuentra suspendida por el art. 2º del Decreto de Necesidad y Urgencia n° 257/2015 del Poder Ejecutivo de la Nación (BO: 29/12/2015). En aquél se establecía que el representante del Ministerio Público Fiscal no puede prescindir ni total ni parcialmente de la acción cuando el imputado fuera funcionario público y se le atribuyera un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo (art. 30 de la ley 27.063 –ley suspendida–).

Es decir, ni siquiera de *lege ferenda, favor rei*, podría accederse al beneficio. Y tampoco mediante la aplicación de algún criterio material basado en un principio arraigado por la costumbre jurídica nacional. Ello así, porque en todas las provincias donde está regulado el instituto, la extinción de la acción penal por reparación del daño está vedada para los funcionarios públicos.

Podemos mencionar, por ejemplo, el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, que en su art. 13bis establece criterios de oportunidad en los cuales el fiscal de la instrucción podría prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho o algunos de los hechos, pero, excluye aquellos casos en los cuales “...el autor del delito fuera funcionario público y hubiese cometido el hecho con abuso de su cargo...” (art. 13ter, inc. 1º).

Por su parte, en el Código Procesal Penal de La Rioja, se prohíbe otorgar beneficios como la suspensión del juicio a prueba o la celebración de un acuerdo de juicio abreviado en los hechos en los que se encuentre imputado un funcionario. Aquí, si bien no se trata de criterios de oportunidad, son casos en los cuales existe una forma distinta de realización o extinción de la acción penal.

La provincia de Mendoza, bajo el acápite de “principio de oportunidad” establece ciertas circunstancias en las cuales el Ministerio Público podrá solicitar al Tribunal que se suspenda total o parcialmente, la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho cuando: 1) Se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución de este, salvo que afecte el interés público o lo haya cometido un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él. (art. 26 del CPP de Mendoza).

A su vez, en la provincia de Salta, se encuentra regulado que el fiscal podrá someter el conflicto a mediación (art. 235 del CPP de Salta) y exceptúa los casos en los cuales “se trate de delitos que exijan para su realización la calidad de funcionario público como sujeto activo o que sean cometidos en perjuicio de la administración pública” (inc. b). A su vez, en el art. 231 se establece: “No obstante el deber impuesto por el artículo 5º, el Fiscal podrá decidir mediante decreto fundado el cese del ejercicio de la acción penal, total o parcialmente, o su limitación a alguna o varias infracciones, o a algunas de las personas que participaron en el hecho, de acuerdo a los criterios de oportunidad que a continuación se establecen taxativamente: a) Siempre que no medie



*Ministerio Público de la Nación  
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

condena anterior, cuando se trate de un hecho que por su insignificancia, por lo exiguo de la contribución del partícipe o por su mínima culpabilidad, no afecte mayormente el interés público, salvo que haya sido cometido por un funcionario público con abuso de su cargo”.

Como podemos observar, cualquiera de las dos soluciones que se adopte sobre el tema llevaría a que no corresponde hacer lugar al pedido de sobreseimiento por reparación integral del perjuicio en el caso de autos. En la primera de ellas, porque se trata de un derecho condicionado a la regulación procesal vigente, que hoy en día no lo prevé. Y en el segundo caso, porque aunque lo previera, el criterio uniforme de la jurisprudencia y de la legislación nacional comparada es que las acciones penales públicas por hechos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y/o contra una administración pública no son disponibles bajo ningún concepto.

Por último, en todos los códigos también se establece como condición que el fiscal esté de acuerdo con la concesión de esa causal de extinción de la acción penal. Y aquí la fiscal se opuso al pedido de la defensa.

**IV.**

Por todo lo expuesto, entiendo que el recurso de casación de la defensa debe ser rechazado.

Fiscalía General N° 4, 13 de julio de 2018.

G.