



*Poder Judicial de la Nación*

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 49424/2018/TO1/CNC1

**Reg. n°113/2021**

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 10 días del mes de febrero de 2021 se constituye el tribunal, integrado por el juez Eugenio C. Sarrabayrouse en ejercicio de la presidencia, y los jueces Horacio L. Días y Daniel Morin, asistidos por el prosecretario actuante, por videoconferencia (cfr. Acordadas n° 1, 2 y 3 y 4/2020 de esta Cámara), a fin de resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa de Martínez contra la resolución que resolvió rechazar la solicitud de suspensión de juicio a prueba en favor del nombrado en esta causa n° **CCC 49424/2018/TO1/CNC1**, caratulada **“MARTÍNEZ, Rubén Darío s/ recurso de casación”** de la que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 14 de la Capital Federal resolvió:

**“NO HACER LUGAR a la concesión del beneficio de la suspensión del juicio a prueba”** incoada en favor de Rubén Darío Martínez.

Para así resolver, consideró que el consentimiento fiscal resultaba necesario para la procedencia del instituto. Asimismo, coincidió con los argumentos vertidos por esa parte al momento de dictaminar en sentido negativo, los cuales se expondrán a continuación:

El auxiliar fiscal Francisco Figueroa indicó que Martínez poseía la mayoría de las condiciones para el otorgamiento del instituto, pero que con relación al carácter de funcionario público que veda su concesión, es la sociedad quien necesita evaluar y controlar a la persona que posea esa característica. Por otro lado, indicó que la ley definía en el art. 77 del Código Penal (CP), qué se entiende por “funcionario público”, razón por la cual resulta propicio debatir la causa en un juicio. A tales fines, afirmó que en esa oportunidad podrían analizarse las características del hecho, las funciones de Martínez, su acceso a los objetos presuntamente sustraídos y el riesgo administrativo que les podría haber generado a sus compañeros de trabajo. A su vez, el fiscal puso de resalto que actualmente se encontraba en trámite un expediente administrativo en el Hospital Fernández para determinar la

responsabilidad de Martínez en los hurtos imputados. A raíz de ello, indicó que ese derecho era propio de las personas que trabajan en un hospital público y que en caso de pertenecer a un establecimiento privado, el nombrado ya habría sido despedido o apartado de sus funciones. Frente a tales circunstancias, consideró que Martínez gozaba de una estabilidad laboral que lo distinguía de un enfermero privado; y que, en virtud de ello, no se estaría vulnerando el principio de igualdad al momento de denegarle la suspensión de juicio a prueba por ser un funcionario público.

II. Ante esa decisión, la Defensora Pública Coadyuvante, Julieta Mattone, interpuso un recurso de casación que fue concedido por el tribunal *a quo*.

Allí, denunció que la resolución impugnada carecía de fundamentación y que también había incurrido en una errónea aplicación de los arts. 76 y 77, CP. Consecuentemente, solicitó que se revoque la decisión por soslayar la existencia de los requisitos necesarios para la concesión del instituto en favor de Martínez.

En particular, alegó que la interpretación realizada por el tribunal al momento de determinar qué alcance tenía la figura de un “funcionario público” vulneró el principio de legalidad, en tanto se efectuó una analogía *in malam partem*. Ello así, puesto que se había considerado que Martínez revestía tal calidad sólo por el hecho de trabajar en un hospital del ámbito público. En esa inteligencia, la defensa sostuvo que el dictamen fiscal no lograba explicar de manera adecuada por qué la profesión de enfermero calificaba a Martínez como un funcionario público. Al respecto, mencionó que tampoco se fundamentó de qué manera la conducta del imputado influyó en el desarrollo de la voluntad estatal –facultad inherente a los funcionarios públicos– o por qué razones de política criminal Martínez no podría acceder a un instituto que legalmente le correspondía.

A mayor abundamiento, ejemplificó su punto al mencionar que no es lo mismo una imputación contra el director de un hospital o el secretario de un juzgado que una dirigida hacia un empleado administrativo o un auxiliar judicial. En tal sentido, indicó que existía una



*Poder Judicial de la Nación*

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 49424/2018/TO1/CNC1

diferencia en la responsabilidad que recaía sobre cada rol, así como también en la distinta capacidad que cada uno tendría al momento de tomar decisiones o determinar la voluntad estatal. Por ello, consideró que el funcionario es quien ejecuta dicha voluntad mientras que el empleado simplemente cumple con una tarea dentro del órgano.

En ese orden de ideas, destacó que la ley 26.733 produjo una modificación en el art. 77, CP al agregar el concepto de empleado público. Sin embargo, de dicha reforma no podría deducirse que el legislador simplemente olvidó modificar también el contenido del art. 76 *bis*, CP, para así incluir a los delitos cometidos por empleados públicos como aquellos en los cuales no procedería una suspensión de juicio a prueba. Para ilustrar dicho punto, puso de resalto que algunos artículos del Código Penal indicaban que el sujeto activo de determinados ilícitos podría ser tanto un empleado como un funcionario público mientras que otros especificaban que debía tratarse de éstos últimos.

Por todo lo expuesto, esa parte consideró que la oposición fiscal presente en la causa incurría en un supuesto de arbitrariedad y que la resolución adolecía del mismo vicio por sustentar el rechazo en esos mismos argumentos sin realizar sobre dicho dictamen un juicio de logicidad y razonabilidad.

**III.** En su intervención, la Sala de Turno de esta Cámara decidió remitir el caso a la Oficina Judicial para que lo asigne a una sala del tribunal y otorgó al recurso el trámite previsto en el art. 465, *bis*, CPPN.

**IV.** El 30 de julio del 2020 se le concedió a las partes el plazo de cinco días hábiles, desde la notificación, para la presentación de un memorial en sustitución de la audiencia de trámite especial establecida en el art. 465 *bis*, CPPN o, en su defecto, para solicitar la realización de audiencia por videoconferencia.

A tales efectos, tanto la defensoría como el Ministerio Público Fiscal presentaron ante esta instancia escritos titulados como “*Breves notas*”. La parte recurrente sustancialmente reeditó los argumentos ya expuestos a lo largo de la incidencia aquí tratada. Por su parte, el órgano acusador agregó que su dictamen había sido

adecuadamente fundado y que por esa razón resultaba vinculante para la jurisdicción. Por otro lado, indicó que los hurtos habrían sido cometidos por Martínez en ejercicio de sus funciones y al aprovechar las facilidades que su cargo le otorgaba. Y, finalmente afirmó que en el caso existía un interés político criminal en la realización de un debate oral y público en el cual se resuelva la situación del nombrado.

**Y CONSIDERANDO:**

**El juez Horacio L. Días dijo:**

Puesto a resolver el caso, soy de la opinión que a partir de la incorporación al derecho positivo de la ley de Ética en el ejercicio de la Función Pública (25.188, BO. 26.10.99), como así también en el orden supranacional a partir de las obligaciones asumidas por el Estado argentino al suscribir las respectivas Convenciones de lucha contra la Corrupción en los ámbitos tanto de los Estados Americanos (OEA) como de Naciones Unidas (ONU), el concepto de “Funcionario Público” dejó de ser un elemento normativo del tipo penal que venía definido por la rama del derecho administrativo, bajo la acepción de quien “encarna la voluntad del Estado”, distinguiendo así empleados de funcionarios.

En efecto, específicamente en estos documentos se define la noción de funcionario público con criterio funcional, tal como lo explica Edgardo DONNA (Derecho Penal, parte Especial, Rubinzal, t.III, p. 47), al señalar que se trata de un concepto funcional que se relaciona con la participación de la persona en la función pública, de acuerdo al propio artículo 77 del Código Penal. La participación del funcionario en la función requiere algo más, esto es, un verdadero ejercicio de acuerdo a la concepción real-funcional que es la adecuada al orden legal penal. Visto así, el funcionario público es un individuo titular de funciones orgánicas del servicio estatal, caracterizado por las notas de remuneración y profesionalidad pública. Desde esta concepción, el concepto de funcionario se convierte en un concepto material-real, o si se quiere funcional-sustantivo. Por ello el concepto de funcionario es funcional, con lo cual el problema se traslada a qué se entiende por “función pública” (en su artículo 1ro. segundo párrafo, la citada ley



*Poder Judicial de la Nación*

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 49424/2018/TO1/CNC1

25.188 se la define como “toda actividad temporaria o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado, o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”).

Del mismo modo, la ley 24.759 (BO, 29.3.1996) incorporó la Convención Interamericana contra la corrupción que también define al funcionario público como cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, electo, seleccionado o designado para prestar funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos. Como puede verse ya no más un determinado escalafón jerárquico dentro de la verticalidad burocrática de la administración pública resulta aquello que define a un funcionario, sino antes bien, en cada caso concreto, si el sujeto por su cercanía con el bien jurídico tutelado por el tipo penal, tiene capacidad funcional para afectarlo. Es decir si en su relación con el Bien jurídico, la persona se encuentra obligada a su cuidado, y por ende, por esa relación directa, puede afectarlo, lesionarlo o violarlo. De esta manera, poco importa si la persona es funcionario o empleado en el derecho administrativo, sino si por su posición o sus deberes puede afectar directamente al bien jurídico tutelado por la norma en cuestión (Cf. DONNA, ob. cit. p. 49). Por esta razón se comprende que Claus ROXIN (Autoría y dominio del hecho, Marcial Pons, p. 383), advirtiera pioneramente que los delitos propios de los funcionarios públicos son, antes bien, delitos de quebrantamiento de un deber extrapenal, ya que al estar obligados a la tuición de dicho interés jurídico, la infracciones penales se realizan en estos casos tanto por comisión como por comisión por omisión. Y del mismo modo, en el plano del derecho realizador o adjetivo, esta concepción permite comprender cabalmente, la *ratio legis* de imposibilitar la suspensión del juicio a prueba, o bien obturar cualquier otra aplicación de reglas de oportunidad procesal, en casos donde la comunidad jurídica necesita conocer si en verdad un servidor público decepcionó la intereses confiados, sea por infidelidad, sea por incompetencia, pues resulta impostergable, además de penar los hechos en caso de haber sido

cometidos, resolver eventuales inhabilitaciones para ocupar funciones públicas.

Así las cosas, analizado el caso bajo estudio a la luz de los conceptos desarrollados precedentemente, se advierte que de la propia plataforma fáctica de la tesis de la acusación, no se desprende que el imputado, en ocasión de desempeñarse como enfermero de un hospital público, haya tenido una posición de garantía, o posición de deber, que lo obligara a velar por la preservación de los objetos cuyo apoderamiento ilegítimo se le pretende atribuir. Y en prueba de ello, aparece la imposibilidad de imputarle la comisión por omisión en el hipotético caso que terceros desconocidos hubiesen cometido el injusto contra la propiedad, puesto que velar por la protección o tuición de esos objetos no constituía algo propio o relativo a sus funciones. Pues entonces, si ello es así, no aparece ningún quebrantamiento de deberes especiales por dilucidar en este caso, no se satisface el requisito funcional característico del concepto de funcionario público que en los términos del art. 76 *bis* antepenúltimo párrafo del Código Penal, veda la posibilidad de conceder la suspensión del juicio a prueba a aquellos funcionarios públicos que, *en ejercicio de sus funciones*, hubiesen participado del hecho. Por añadidura, no existe ninguna razón de orden público que obligue a la realización de un Debate oral en este caso, por lo que la fiscalía obró arbitrariamente al oponerse al instituto sin un motivo plausible, y el tribunal con errónea interpretación de la ley sustantiva al denegarlo.

Por todo ello, propongo al acuerdo, hacer lugar al recurso de casación interpuesto, revocar el pronunciamiento impugnado, y devolver el caso a la instancia originaria para que, siguiendo la doctrina judicial que emana del presente, conceda la suspensión del juicio a prueba de Rubén D. Martínez, bajo las condiciones que estime procedentes, previa constatación de la ausencia de antecedentes penales y cualquier otro impedimento legal. Tal es mi voto.

**El juez Morin dijo:**

1.- El artículo 77 del CP denomina funcionario público y empleado público a toda persona que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas. A su vez el



*Poder Judicial de la Nación*

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 49424/2018/TO1/CNC1

artículo 1° de la ley 25.188 de ética en el ejercicio de la función pública establece un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñan en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado.

Queda claro de este modo que a la hora de identificar a los sujetos destinatarios de las normas, éstas no efectúan distinciones en cuanto a la *jerarquía*. Todos los agentes del Estado son susceptibles de ser alcanzados por la regla.

Sentado ello, corresponde preguntarse si el enfermero de un hospital público cumple una función pública.

Desde el momento en que el Estado ha tomado para sí la función de atender la salud de la población mediante la creación y el sostenimiento de hospitales públicos, con el consiguiente aporte estatal para solventar los recursos humanos y de equipamiento que ello conlleva, no encuentro buenas razones para afirmar que los encargados de prestar ese servicio público no la están efectivamente desempeñando.

Veámoslo con dos ejemplos:

Caso 1: El conductor de la ambulancia A y el enfermero B que prestan funciones en un hospital público están en un bar tomando algo mientras miran un partido de la selección argentina de fútbol. Les comunican que se ha producido un accidente y que deben acercarse al cruce de las calles X y Z. Ambos informan que se encuentran cerca del lugar y que se dirigirán allí inmediatamente. Esta información neutraliza a su vez el auxilio que se disponía a prestar el equipo de ambulancia C, que se estaba dirigiendo al lugar del accidente pero se encontraba más lejos, pues ante tal información es desviado para atender otro episodio. En el momento en que se están por retirar del bar, se cobra un penal contra la selección argentina y se echa al zaguero central. Ello provoca una batahola entre los jugadores que dura varios minutos hasta que finalmente los ánimos se serenán y el equipo contrario procede a patear el penal. Recién luego de que esto ocurre A y B salen del local. Cuando

llegan al lugar, recogen a la señora Gloria quien finalmente muere al llegar al hospital. Luego se comprueba que de haber sido trasladada al nosocomio de forma inmediata habría sobrevivido sin lugar a dudas.

Caso 2: Los protagonistas del caso anterior, A y B, luego de dejar a la señora Gloria arriban al departamento que comparten. Allí comienzan a discutir acerca de si el zaguero central, que juega en el equipo de uno de ellos, había sido bien expulsado o no. Luego de tomar un par de cervezas la discusión va subiendo de tono y se traslada a cuestiones personales como consecuencia del deterioro de la convivencia. B da por terminada la discusión -que a esa altura es a los gritos- rompiendo la botella de cerveza en la cabeza de A, que queda malherido.

Ambos ejemplos permiten visualizar que lo que determina el cumplimiento de la función pública es el rol que cumple el agente a la hora de actuar.

La actuación en el caso 2 constituye claramente la realización de una conducta a título personal. Pero, cuando el Estado para proveer a la salud pública dispone de un conductor de ambulancia y un enfermero para socorrer a los heridos, el rol que desempeñan estos agentes cuando se encuentran predispuestos para llevar a cabo tal función es precisamente el que reclama la norma para resultar operativa.

Expuesta entonces, de manera general, la forma en la que considero que debe interpretarse la actuación del funcionario público, corresponde llevar el foco al caso bajo estudio.

Se imputa a Martínez que ingresó fuera de su horario laboral a la Unidad Coronaria del Hospital Fernández y le refirió a la enfermera Molina que venía de una reunión con el Director del Hospital y que iba a retirar medicación, la tomó luego de discutir por ello con su compañera y anotó en el reporte de enfermería que retiraba medicación sin aclarar las drogas y cantidades (hecho 1).

También, como hecho 2, que el *“imputado ingresó a una habitación de recuperación cardio vascular (RCV) donde había un paciente descompensado y sustrajo la medicación del carro de la enfermera que había salido a avisar a los médicos del estado del paciente, y al regresar lo vio parado junto al carro,*



*Poder Judicial de la Nación*

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 49424/2018/TO1/CNC1

*salir rápidamente y ella verificó la faltante de 3 ampollas de fentanilo y una de morfina”.*

Se observa de este modo que, al menos en este estado de la causa, se está imputando a una persona que en su calidad de prestador del servicio público de salud no sólo utilizó su pertenencia a una agencia pública para ingresar a sectores que solo se encuentran habilitados para quienes cumplen ese rol en la función pública sino que, además, sustrajo medicamentos financiados por el Estado para atender a la salud pública.

En tales condiciones, no advierto la razón por la que se debería dejar de aplicar la clara norma prevista en el antepenúltimo párrafo del art. 76 *bis*, en cuanto dispone que “(n) *o procederá la suspensión del juicio cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito*”.

En virtud de lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto y confirmar la resolución recurrida.

Así voto.

**El juez Eugenio Sarrabayrouse dijo:**

Tal como se indicó anteriormente, la cuestión central del caso radica en determinar si resulta aplicable la prohibición legal prevista en el art. 76 *bis*, CP cuando establece que “...*no procederá la suspensión del juicio cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito...*”. En este punto, y para definir el concepto de funcionario público, entiendo que el art. 77, CP, no puede ser interpretado hoy aisladamente, sino que debe serlo en conjunto con las distintas leyes y tratados internacionales sobre la materia. Se trata de un elemento normativo, para cuya definición resulta particularmente relevante el art. 1º de la Ley de Ética Pública (25.188), en cuanto establece: “*La presente ley de ética en el ejercicio de la función pública establece un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado. Se entiende por función pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada*

*por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos...*". En cuanto al presente caso, comparto con el juez Morin que las características de los hechos revelan, tal como han sido descritos en el requerimiento de elevación a juicio, que los presuntos hurtos denunciados habrían sido cometidos por Rubén Darío Martínez en ejercicio de sus funciones y al aprovechar las facilidades que su cargo le otorgaba como enfermero del Hospital General de Agudos "Juan A. Fernández". En la audiencia del art. 293, CPPN y en la presentación digital ante esta instancia, el representante del Ministerio Público Fiscal explicó que la función de enfermero que revestía Martínez le permitió ingresar a áreas restringidas para cualquier otra persona externa al hospital y tener acceso donde se guardaba medicación con limitada comercialización, primero al sector de heladeras del Servicio de Unidad Coronaria (hecho 1) y luego a las habitaciones de recuperación cardio-vascular (hecho 2); pues según la imputación se habría sustraído un total de siete ampollas de felanio y una de morfina (cfr. surge del auto de procesamiento incorporado digitalmente en el sistema informático Lex-100). Además, allí se hizo mención que se encontraba en trámite un expediente administrativo del hospital público, porque la conducta reprochada había puesto en peligro a otros enfermeros que también fueron sumariados por ser compañeros de trabajo.

Agrego que los hechos se desarrollaron en el marco de un rol como *enfermero que le había asignado el Estado en un hospital público*, es decir, en el marco de una función esencial y específica de la función administrativa, destinada al bien de la generalidad de los ciudadanos (el cuidado de la salud pública). Destaco además que las conductas reprochadas *habrían sido cometidas abusando del ejercicio de esas tareas propias*; es decir, se trata de hechos ejecutados mediante el ejercicio irregular de sus funciones, instrumentalizadas con fines ilícitos. En este contexto, la decisión del juez integrante del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nro. 14 -al remitirse a los argumentos de la oposición fiscal- no es arbitraria y no advierto una errónea interpretación de la ley.



*Poder Judicial de la Nación*

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 49424/2018/TO1/CNCI

Por ello, voto por rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Rubén Darío Martínez y confirmar la resolución recurrida, en todo cuanto fue materia de recurso, con costas.

Por ello, **esta Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por mayoría, RESUELVE:**

**RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto por la defensa de Rubén Darío Martínez y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la resolución impugnada. Con costas, atento al resultado arribado (Ley 25.188; art. 76 *bis* y 77, CP; art. 32 y 54 Ley 24.660; y, arts. 317 inc. 5°, 456, 465 *bis*, 470 y 471 –estos dos últimos, *a contrario sensu*–, 530 y 531, CPPN).

Se deja constancia de que los jueces Eugenio Sarrabayrouse y Daniel Morin emitieron sus votos en el sentido indicado, pero no suscriben la presente en cumplimiento de las Acordadas n° 4, 6, 7, 8, 10, 27 y cc., todas del 2020, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y las Acordadas n° 1, 2 y 3/2020 de esta Cámara.

Regístrese, comuníquese mediante oficio electrónico al tribunal correspondiente (Acordada 15/13, CSJN; Lex 100), y remítase el expediente oportunamente (cfr. Acordadas n° 8/2020, 27/2020 y cc. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación). Notifíquese.

HORACIO L. DÍAS

Ante mí:

Joaquín Marcet  
Prosecretario de Cámara

