

///nos Aires, 14 de julio de 2020.

AUTOS Y VISTOS:

Le corresponde intervenir a esta Sala con motivo del recurso de apelación deducido por la defensa contra el auto que procesó a M. G. G. por considerarla *prima facie* autora penalmente responsable del delito de encubrimiento por omisión de denuncia calificado por tratarse el hecho precedente de uno especialmente grave y trabó embargo sobre sus bienes y/o dinero hasta cubrir la suma de cien mil pesos (\$100.000) (fs. 450/458, puntos I y II).

Presentado el memorial de conformidad con lo dispuesto por el Acuerdo General de esta Cámara del 16 de marzo pasado, la cuestión traída a conocimiento del Tribunal se encuentra en condiciones de ser resuelta.

Y CONSIDERANDO:

I. En cuanto a los hechos, las manifestaciones de la víctima, analizadas en su verosimilitud por el informe documentado a fs. 212/216 y respaldadas por el testimonio de su acompañante terapéutico Á. F. y las constancias de la historia clínica mencionadas por el *a quo*, prueban -con las exigencias de esta etapa- que la imputada omitió denunciar el abuso sufrido por el menor D. R., quien desde mediados de 2016 le habría comunicado lo que ocurría. Incluso los actos propios de M. G. G. sobre los que no hay controversia alguna, como el informe que elevara el 5 de julio de 2017 al Consejo de niños, niñas y adolescentes de la ciudad (fs. 149), brindan un indicio de su reticencia, puesto que recién ese día dio cuenta a las autoridades de los hechos de los que tomara conocimiento el 3 de julio -según surge de ese propio documento- y una vez que se había enterado de la activación al día siguiente en la escuela y en el hospital del protocolo que terminó con la internación de R. y la intervención policial que dio lugar al sumario penal.

Esto debe complementarse con la evidencia de los motivos de la conducta de la procesada, quien le habría referido a F. que pretendía evitar consecuencias negativas, como el cierre mismo del hogar “.....” (fs. 364/vta.). Al respecto, aún prescindiendo de los dichos de aquel testigo, las circunstancias más objetivas del caso -como el grosero contraste entre la pasividad de la imputada y la premura con la que actuaron los educadores y profesionales de la salud en amparo del menor- demuestran que cualquiera haya sido la razón por la que G. G. decidió ocultar lo ocurrido, es evidente que no tenía que ver con la protección o asistencia del niño, con la observancia de su interés superior. Por lo demás, encerrada en una negativa completa, tampoco la imputada ni su defensa han ensayado una justificación en ese sentido, aun cuando resulta ello relevante en orden a las cuestiones de derecho a las que a continuación damos respuesta.

II. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, la defensa centra sus agravios en el alegato por la inexistencia de delito. Al menos, impugna con diversos argumentos la improcedencia de la figura escogida en el procesamiento, que ha sido también la que propició, en su momento, el rechazo de la excepción de prescripción que esta Sala confirmó en su anterior intervención.

Por tratarse entonces de una discusión dirimente, a pesar de la provisoriedad de las calificaciones en esta etapa, hemos de dar respuesta al planteo.

1. En primer lugar, y en razón de la postulada aplicación al caso de la hipótesis del art. 277, inciso 1ro, supuesto “d” del Código Penal, hemos de descartar la pretensión de limitar el universo de los sujetos activos a los funcionarios a los que les compete, los especifica o les es sustancialmente inherente el oficio de promover la acción penal. Esto por cuanto supone hacer abstracción de otras normas y principios de nuestra legislación, contraviniendo el razonable mandato de la CSJN de evitar interpretaciones que no concilien las leyes vigentes o supongan la imprevisión o torpeza en el

legislador (*Fallos* 313:1149, 312:1614, 315:1256, 329:872, 330:1910, 341:1268).

Si fuera correcto decir que lo que se pretendió con la última reforma es limitar el delito a los Magistrados del Ministerio Público Fiscal, la primera contradicción aparecería en la letra misma de la figura puesto que en la primera parte señala a quien “no *denunciare* la perpetración de un delito o no *individualizare* al autor o partícipe de un delito”. Los dos verbos, que son el núcleo de este tipo penal, como ocurre con cualquier otro, no parecen ser acciones propias -o al menos exclusivas- de los Fiscales, sino más bien actos de naturaleza general, que en los ordenamientos procesales a los que necesariamente debe recurrir este modelo para integrarse están abiertos a cualquier persona. Incluso, a los Fiscales se los especifica en los códigos por su rol de receptores de las denuncias o encargados de su estudio y escrutinio (como los artículos 175, párrafo 2do, 180, 181, 188, 196, 196 ter y 210, párrafo del CPPN) más que como encargados de realizarlas. En cuanto a la acción de *individualizar* a los responsables de un delito, se trata también de un asunto general, incluso declarado en nuestra Ley procesal como uno de los objetivos elementales de la instrucción de un sumario penal (art. 193, inciso 3ro del CPPN), que también cabe ser atribuida como obligación a los policías y demás auxiliares de justicia, quienes a su vez deben tomar denuncias e investigar, como los Fiscales, los delitos en los que le corresponde prevenir (arts. 175, párrafo 1ro, 183 y siguientes del CPPN). Lo mismo debería decirse de los jueces, para quienes todo esto constituye una obligación elemental, además de expresamente reglada puesto que tanto deben ocuparse de la denuncias que les son formuladas como, en nuestro sistema todavía mixto, tomar a su cargo la dirección de la investigación (art. 195 del CPPN); también es coherente su inclusión como posibles sujetos activos de este supuesto de encubrimiento con la represión en el art. 274 del Código Penal de la conducta de todo funcionario, sin distinciones, que *dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes*.

El pretendido criterio restrictivo tampoco se corresponde con la evidencia de una política criminal encaminada a ampliar este tipo de obligaciones en tutela de las víctimas, a las que nos hemos de referir más adelante, ni con la también sistemática interpretación que merece la segunda parte de la norma. Porque la referencia al que “estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito”, nuevamente nos aleja del rol específico de los Fiscales, e incluso de los Policías y los Jueces. Ello en tanto, aun cuando no puede haber duda alguna de su eventual condición de sujetos activos de esta figura, se trata de los actores u operadores mismos de “la persecución penal”. Así como de todas maneras la ley no distingue -y en la invocación de dicho principio podría haberse dado por terminada esta explicación-, la lógica hermenéutica indica que el legislador necesariamente se ha referido a una cualidad personal o condición de sujetos a la obligación legal de “denunciar” los delitos o “individualizar” a sus autores de mayor alcance que la limitada al estrecho conjunto de los funcionarios encargados de ejecutar la faena cuyo buen rumbo se quiere tutelar; a menos que se pretenda sostener que sólo incurren en esta acción los que omiten promover aquello que ellos mismos deben hacer, lo que constituye un absurdo.

2. En auxilio de la tesis contraria, que puede incluso alcanzar a quienes *no son funcionarios públicos* -lo que se deriva ya por lógica de la previsión de tal condición como agravante-, acude nuevamente la norma misma en análisis, puesto que agrega que se debe tratar de la obligación de promover la persecución de *la índole* de los delitos de los que el asunto de la causa se trata. Esto se corresponde con el modo en el que suelen establecerse las *obligaciones legales de denunciar*, que por lo general contienen tales distingos objetivos o materiales, es decir en remisión a determinada especie de delitos.

Así es como en el supuesto general de la obligación de denunciar -art. 177 del CPPN-, además de la calidad de funcionario público o profesional del arte de curar de los obligados,

en ambos casos los delitos deben ser perseguibles de oficio y conocidos en ejercicio de la función o profesión, además de exigirse, para el segundo grupo, que se trate de los delitos que atentan contra la vida o la integridad física del prójimo.

Esta previsión en torno a la índole de los delitos contiene determinaciones específicas en la legislación, donde se suele reiterar la obligación según la competencia o ámbito en los que se desempeñan los funcionarios (como la reglamentación misma del art. 177 del CPPN por Decreto 1162/2000 para los funcionarios de la Administración Nacional, la disposición análoga del art. 33 del Decreto 41/99 -Código de Ética en la Función Pública- o las múltiples normas especiales, en cierta forma redundantes de las anteriores). Sin perjuicio de la referencia a los funcionarios públicos como nota predominante, en las últimas décadas se ha verificado una progresiva extensión de la obligación de denunciar, fundada más en *la índole* o naturaleza de algunos delitos que en la condición de los involucrados. En ese sentido, el Código Procesal Penal Federal la amplía considerablemente y, además de las comentadas categorías del art. 177 del CPPN, agrega en su art. 237 a los escribanos y contadores *en los casos de fraude, evasión impositiva, lavado de activos, trata y explotación de personas* y a cualquier persona que por disposición de la ley, de la autoridad o por algún acto jurídico tengan a su cargo el manejo, la administración, el cuidado o control de bienes o intereses de una institución, entidad o persona, *respecto de los delitos cometidos en perjuicio de ésta o de la masa o patrimonio puesto bajo su cargo o control*, siempre que conozcan del hecho por el ejercicio de sus funciones.

3. En tal senda pueden ubicarse también las obligaciones de denunciar previstas en las leyes 26.061 y 24.417, vinculadas con la protección de los menores o las personas más débiles en un ámbito familiar o doméstico.

En su artículo 30, la primera de ellas -a la que nos hemos referido en la anterior intervención, aunque con diversa

integración, de esta Sala- establece que los miembros de los establecimientos educativos y de salud, públicos o privados y todo agente o funcionario público que tuviera conocimiento de la vulneración de los derechos de las niñas, niños o adolescentes, tienen la obligación de comunicar dicha circunstancia a la autoridad administrativa de protección de derechos en el ámbito local, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad por dicha omisión. El artículo 9° es más amplio en cuanto al universo de eventuales obligados puesto que sin distingo sobre condiciones personales establece que *“La persona que tome conocimiento de malos tratos, o de situaciones que atenten contra la integridad psíquica, física, sexual o moral de un niño, niña o adolescente, o cualquier otra violación a sus derechos, debe comunicar a la autoridad local de aplicación de la presente ley”*.

La autoridad de aplicación aludida es, en la Ciudad de Buenos Aires, el Consejo de los Derechos de niñas, niños y adolescentes, creado y establecido por la Ley local N° 114, en cuyo artículo 55, inciso “e” se establece como obligación del presidente del organismo “denunciar ante las autoridades judiciales competentes las infracciones a leyes vigentes en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes”.

Estas previsiones tanto reglamentan los compromisos asumidos por la República en la Convención de los Derechos del Niño como, en nuestro caso, se complementan con las obligaciones establecidas para los responsables de los establecimientos a los cuales la citada autoridad de aplicación confía el cuidado de los niños que toma a su cargo.

4. Tal era la situación del niño D. R., a cuyo respecto la justicia Civil había dictado el 23 de julio de 2015 una medida “cautelar genérica”, en el marco de lo establecido en las Leyes 114 de la ciudad y 26.061 de la Nación y el art. 232 del CCYCN, en virtud de la cual fue sustraído de las violencias que sufría en su ámbito familiar y colocado al resguardo del mencionado Consejo, que

a su vez lo derivó al Hogar llamado “.....”. Esta institución, tal como la propia imputada lo señaló en su descargo, además de hallarse alcanzada por las obligaciones establecidas en la Convención y las leyes dictadas en consecuencia, había asumido las que en el mismo sentido y a los mismos fines se hallaban enunciadas en el convenio que la vinculaba al Consejo y la reglamentación que constituía su norma superior inmediata (“Manual de Procedimientos de las Organizaciones de la Sociedad Civil con Convenio con la DGNYA” aportado a fs. 319). Allí se comprometieron sus responsables de manera expresa a informar “*toda novedad relevante que se refiera directamente al niño, niña, adolescente alojado...al Área de Supervisión, la Defensoría Zonal del CDNNYA, Servicio Zonal de Provincia y/o Juzgado interviniente*” (acápite “*Informes y relevamientos durante el período de alojamiento*”).

En consecuencia, es evidente que G. G. debía denunciar el abuso sufrido por R. y no lo hizo. Y aun cuando en etapas posteriores del proceso podría profundizarse el análisis relativo a la naturaleza del rol que desempeñaba por delegación del Consejo, aquella obligación se sostiene en disposiciones legales expresas y subsiste aunque no le fuera aplicable la que el art. 177 del CPPN establece para los funcionarios públicos. En razón de los especiales deberes asumidos en amparo del niño y del ámbito específico en el que tales afanes tenían lugar, no puede caber duda de que se encontraba obligada a *promover la investigación de aquellos ataques sexuales* y, por consiguiente, alcanzada por la figura del art. 277, inciso 1ro, hipótesis “d”, en tanto a tal *índole* de delitos se refieren las normas que regulaban su actuación. Es indiferente en orden a este encuadre que ello pudiera haber sido cumplido merced a la directa noticia a las autoridades policiales -y por su intermedio a las judiciales-, como lo hicieron los directivos del Hospital Donación Francisco Santojanni y de la Escuela N° de esta ciudad, o bien comunicando los hechos a la autoridad de aplicación de la Ley 26.601. Al menos en este último supuesto, tanto hubiera satisfecho el

deber expreso de informar al Consejo, como posibilitado al organismo en cuestión el estudio de los hechos, la adopción de las medidas de protección de la víctima y la evaluación de las presentaciones que el caso ameritaba en sede policial o judicial.

5. En lugar de ello, se constituyó en un obstáculo insalvable para las investigaciones y decisiones a las que deben dar lugar estos casos, que recién pudo ser removido providencialmente al cabo de al menos un año. De esta manera puede también advertirse la correspondencia entre el reproche concreto y el bien jurídico tutelado con la represión del delito de encubrimiento.

Por esa razón, tampoco resulta relevante que los hechos sufridos por R. pudieran al momento de su comisión constituir delitos dependientes de instancia privada -son anteriores a la sanción de la Ley 27.455 (b.o. 25/10/2018) que modificó el art. 72 del Código penal e incluyó en la nómina de los delitos de acción pública a los reprimidos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando la víctima fuera menor de 18 años-. En definitiva, la fuente legal de la obligación que G. G. tenía de denunciarlos no hace distinciones de tal especie y *subordina todos los actos al interés superior del niño*.

De todas formas, si bien el texto entonces vigente establecía que en esos casos “no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales”, también advertía que debía procederse de oficio “cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador.” Asimismo, que “cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre algunos de éstos y el menor, el Fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquél”. Confrontado el caso con estas normas que, cabe recordarse, se encuentran previstas en auxilio de las víctimas de los delitos y no en beneficio de la impunidad de sus victimarios, se advierte que el niño se hallaba dispuesto por la justicia civil y a resguardo provisorio de las autoridades del sistema tutelar, de manera

que resultaba razonable que operara en su caso la excepción, en ausencia -o fundada exclusión- de los padres y de persona alguna que hubiera sido designada formalmente como su tutor o guardador. Con más razón cuando, aún de haberse considerado que los responsables del hubieran desempeñado alguno de esos roles, sus propios actos hubieran conducido a la restante solución legal en tanto sumieron a la víctima en el desamparo, subordinando los auxilios a intereses subalternos, cuyos pormenores desconocemos, pero es evidente que resultaban ajenos a lo que mejor convenía al niño.

6. En suma, que a falta de padres la facultad por entonces vigente de habilitar o no la instancia penal fuera ejercida por los tutores o guardadores de un niño, no debía confundirse con la obligación que aquellos pudieran tener en un caso concreto de denunciar y promover la investigación de los delitos que afectaran a sus asistidos. Tal era la situación de la imputada, en tanto era su deber expreso dar noticia de lo ocurrido y no le correspondía la eventual reserva de acción, que en todo caso podría haberse reconocido al Consejo o al Juez Civil de haber resultado ello razonable en beneficio de la víctima. Esto último, como lo hemos señalado en el primer apartado de estos considerandos, tampoco fue invocado por la imputada o su defensa y, *de todas maneras, el proceso en cuestión observó finalmente el trámite de los delitos de acción pública, con impulso del Ministerio Público Fiscal (237/239 y 243/245vta.).*

Por lo demás, esta economía de los fines de la ley y el caso concreto sirve también para dar respuesta al restante agravio de la defensa, según el cual no puede haber encubrimiento en tanto los autores del delito precedente fueron sobreseídos por inimputables. Tal criterio, contra el cual se pronuncian buena parte de nuestros penalistas, nuevamente olvida la razón de la norma como resguardo de la administración pública y la debida actuación de sus organismos en la investigación de los delitos, aunque sus autores no lleguen a ser condenados -o tan siquiera conocidos, como ocurre con los delitos precedentes en la enorme mayoría de los reproches por

encubrimiento-.

También pasa por alto que la actuación del Estado frente a los actos que amenazan o lesionan la vida, la salud, la libertad en todos sus órdenes y la propiedad de nuestros semejantes, no supone como único objetivo o consecuencia la aplicación de una pena a los autores, para lo que basta con recordar -además del interés en la represión de las conductas accesorias, como el encubrimiento mismo o la participación, en la que rige por ello la regla de la no transmisibilidad del art. 48 del Código Penal- que las acciones antijurídicas pueden también dar lugar a medidas de seguridad o tratamiento de los que carecen de capacidad de culpabilidad o bien, con particular relevancia en estos casos, al debido resguardo de las víctimas.

En ese sentido, Sebastián Soler comparte la solución que aquí propiciamos y enseña que *“en general, debe observarse que el delito de encubrimiento es, según se ha dicho, una ofensa a la administración de justicia; consiste en trabar o entorpecer esa acción por entrometimiento. Ahora bien, la función desplegada por la justicia en un proceso, el objeto mismo del procedimiento, no es el de castigar, sino el de esclarecer y declarar la verdad. Esa es la condición previa a todo pronunciamiento condenatorio o absolutorio, y eso es lo que el entrometimiento perjudica y lo que la ley quiere tutelar. De ello se deduce que es indiferente para la existencia del encubrimiento el hecho de que se favorezca a un sujeto que, en definitiva, deberá ser absuelto en el proceso. Las causas de justificación y de inculpabilidad deben ser también juzgadas”* (“Derecho Penal Argentino”, Tomo V, páginas 328/329, Tea, Buenos Aires, 1994).

Por todo lo expuesto, y hallándose reunidos los extremos exigidos por el art. 306 el CPP, corresponde confirmar el procesamiento decidido.

Respecto del embargo, más allá de que se encuentra debidamente motivado en los términos del artículo 123 del

ceremonial, destacamos que el *quantum* de la medida cautelar debe resultar suficiente para afrontar no sólo los rubros comprendidos en el art. 518 del C.P.P.N. sino también la composición de costas que ilustra el art. 533 de dicho ordenamiento. En tal entendimiento, el monto discernido no se advierte desproporcionado, si se tienen en cuenta tales conceptos como también la actuación del letrado particular que se desempeña en la causa.

En consecuencia, el Tribunal **RESUELVE**:

CONFIRMAR el auto que procesó a M. G. G. por considerarla *prima facie* autora penalmente responsable del delito de encubrimiento por omisión de denuncia calificado por tratarse el hecho precedente de uno especialmente grave y trabó embargo sobre sus bienes y/o dinero hasta cubrir la suma de cien mil pesos (\$100.000) (fs. 450/458, puntos I y II).

Notifíquese, efectúese pase electrónico y, oportunamente, devuélvase. Sirva la presente de muy atenta nota de envío. Se deja constancia de que el juez Alberto Seijas integra la Sala IV por sorteo del 6 de marzo pasado –efectuado conforme a las previsiones del artículo 7° de la Ley 27.439–, como también el juez Juan Esteban Cicciaro por sorteo del 28 de noviembre de 2019, aunque este último no interviene de conformidad con lo previsto en el artículo 24 *bis*, último párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación.

IGNACIO RODRÍGUEZ VARELA

ALBERTO SEIJAS

Ante mí:

Anahí L. Godnjavec