

SE PRESENTA EN CALIDAD DE AMICUS CURIAE.

Señor Juez:

Mario Alberto JULIANO, D.N.I. 11.416.894 y **Nicolás LAINO**, DNI 30.296.348, en nuestro carácter de Presidente y Secretario General de la Asociación Civil Pensamiento Penal, respectivamente, en la I.P.P N° **00-026698-12**, constituyendo domicilio en Colombres 1678, Lomas de Zamora, nos presentamos y decimos:

I. OBJETO.

La Asociación Civil Pensamiento Penal (en adelante APP) viene a expresar su opinión sobre alguna de las cuestiones debatidas en esta causa, esperando sean tomadas en consideración por el señor Juez y contribuyan a la mejor resolución del tema.

II. LEGITIMACIÓN DE LA ASOCIACIÓN PENSAMIENTO PENAL PARA EFECTUAR ESTA PRESENTACIÓN.

La presentación es suscripta por Mario Alberto Juliano y Nicolás Laino, en el carácter de presidente y secretario de APP, respectivamente, lo cual surge de los estatutos sociales y documentación anexa, que se encuentran a su disposición, para el caso de estimarlo necesario.

APP es una entidad civil, sin fines de lucro, integrada por operadores del sistema penal (jueces, fiscales, defensores, docentes y estudiantes) de todo el país, cuyos principales objetivos son la promoción, el respeto y resguardo de los derechos humanos. En particular, cabe remitir a cuanto surge del estatuto social de APP, inscripto bajo el numero 2.216 (dos mil doscientos dieciséis) de la Inspección General de Personas Jurídicas de Viedma, provincia de Rio Negro, y en concreto de su artículo 2 en el que se fija el objeto social, que

“comprende la defensa, promoción y afianzamiento de los principios estructurales del Estado constitucional de derecho y del derecho internacional de los derechos humanos.”

La APP es responsable de la revista electrónica “Pensamiento Penal” ([HYPERLINK "http://www.pensamientopenal.com.ar"](http://www.pensamientopenal.com.ar))

www.pensamientopenal.com.ar) en la que se publican quincenalmente materiales jurisprudenciales, doctrinarios e informes sobre la situación de los derechos humanos y de las personas privadas de su libertad, y otros temas relacionados íntimamente con el derecho penal en todas sus expresiones. También cuenta con un sitio web (HYPERLINK "http://www.pensamientopenal.org.ar" www.pensamientopenal.org.ar) donde diariamente se publican las noticias relacionadas con el mundo penal y que son remitidas vía mail a más de diez mil contactos.

Estas actividades tienen como objetivo promover, desde el espectro que le cabe abarcar, la información de la población en general y de los profesionales del derecho en particular sobre derechos humanos y derecho penal, constitucional y penitenciario.

Como antecedentes más inmediatos y relevantes de este tipo de presentaciones, vale tener en cuenta el “*amicus curiae*” acompañando la acción que fuera iniciada por los detenidos en *Penitenciarías de Mendoza* en situación de obtener libertad condicional, pero imposibilitados de ello por haber sido declarados reincidentes, solicitando por acción declarativa de certeza la declaración de inconstitucionalidad de este instituto (causa 93.267 del registro de la Corte Suprema de Mendoza).

En fechas más recientes, APP ha acompañado con sendos *amicus curiae* ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y ante la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, la presentación del Centro de Estudios Legales y Sociales denunciando el incumplimiento de lo que la Corte Suprema Nacional ordenara en su resolución del 3 de mayo de 2005 en el marco del *hábeas corpus* de la causa “Verbitsky”.

APP también ha efectuado presentaciones ante el máximo Tribunal nacional solicitando la invalidez de las detenciones efectuadas por personal de Gendarmería nacional en zonas fronterizas de la República Argentina (causas “Tonore Arredondo” y “Jiménez Manrique”), y ha realizado una presentación en el marco de una solicitud judicial, propiciando la declaración de inconstitucionalidad y anticonvencionalidad de la facultad policial contenida en el inciso “b” del artículo 8 del decreto ley 4.663 de Catamarca.

En el mes de junio de 2012 APP se presentó como *amicus curiae* en el expediente 2301032/36, caratulado “Portal de Belén Asociación Civil c/Superior Gobierno de la Provincia – amparo”, manifestándose a favor de la vigencia del protocolo para

atención de abortos no punibles elaborado por la provincia de Córdoba, cuya aplicación fuera suspendida por un amparo planteado por un particular.

Entendemos que cuanto hemos manifestado en los párrafos que anteceden marcan la indudable legitimación de APP para intervenir como amiga del tribunal en esta causa, al demostrar el constante compromiso, desde su constitución, con la lucha a favor de los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho y con el respeto irrestricto de las libertades ciudadanas.

En virtud de estas consideraciones, desde APP consideramos que en el carácter de institución constituida con el fin de la promoción y salvaguarda de los derechos humanos, así como el fortalecimiento del Estado democrático y el mejoramiento de la administración de justicia, tenemos la obligación institucional de intervenir como “amigos del tribunal” brindando argumentos que sirvan para dilucidar la presente causa.

III. LOS HECHOS

El 8 de mayo de 2012 la señora Fanny Levano Peralta, trabajadora social del Hospital Municipal Eduardo Oller, de San Francisco Solano, partido de Quilmes, se presentó ante las autoridades de la Seccional 4ta. de Quilmes, tras haber tomado conocimiento por el médico de guardia, el doctor Lichiardi, del ingreso a la guardia del nosocomio de un parto domiciliario sin feto.

La señora Peralta refirió que consultó a María del Carmen Enrique (la paciente) por el feto, y que está le manifestó que no lo había visto y que fue trasladada al hospital por una amiga. Luego de esto la señora Peralta se comunicó con el tío y la madre de la paciente.

La madre de la paciente, al concurrir al hospital para interiorizarse sobre el estado de salud de su hija, conversó con la trabajadora social y le comentó que al llegar a su casa su hija le pidió un balde para hacer sus necesidades (porque carecen de baño). Una vez que hizo sus necesidades le devolvió el balde para que tire los desperdicios al pozo ciego.

La asistente social refiere que le consultó por el feto, y como la madre dijo no haber visto nada, eso la motivó a presentarse en la Seccional junto con el precario médico.

Esa misma fecha, la doctora Silvina Sánchez, médico de policía, se constituyó en el Hospital Oller y tomó vista de la historia clínica donde consta que la paciente refiere haber sufrido parto domiciliario de un embarazo de veinticuatro semanas, que tenía fecha probable de gestación el 15 de junio de 2012. Según

surge de la historia clínica el parto fue en presencia de su progenitora, sin bebé y sin placenta, ya que dice haber arrojado el contenido en el pozo del baño. Se trataría de un parto de pre término domiciliario.

El 9 de mayo de 2012 se libró orden de allanamiento del domicilio de la madre de la paciente, lugar donde se produjo el parto domiciliario; y se procedió al secuestro de un feto y placenta.

De acuerdo al protocolo de autopsia, el feto hallado se trata de un feto del sexo masculino de veintidós a veinticuatro semanas de gestación, que ha nacido muerto, sin lesiones traumáticas.

La defensora oficial, Karina Costas, solicitó la nulidad de la denuncia y en consecuencia de todo lo actuado, por considerar que se encuentra afectada la garantía consagrada en el artículo 18 de la Constitución nacional, al haberse violado la garantía que protege contra la autoincriminación, alegando que no puede utilizarse la información aportada por la paciente, toda vez que al concurrir al Hospital público revela en forma directa o indirecta su conducta anterior. Por último menciona que no se preservó el secreto profesional.

El fiscal interviniente, Ramiro Varangot, solicitó que se rechace el planteo de nulidad por considerar que no se ha menoscabado garantía constitucional alguna, y que la defensa se ha adelantado al planteamiento en cuestión, toda vez que el Ministerio Público Fiscal no ha dirigido imputación alguna contra la persona que la defensora pretende asistir, por lo que no existe imputado a quien defender. También refiere que el registro domiciliado ordenado por el juez interviniente, fue tendiente a determinar la existencia del hecho denunciado como constitutivo de delito e individualizar a quienes presuntamente pudieran ser partícipes del mismo.

IV. FUNDAMENTOS

A partir de los hechos narrados aportaremos nuestro punto de vista desde tres ejes: 1) las pautas que la jurisprudencia brinda para analizar este caso, 2) el alcance del secreto médico en el sistema internacional de derechos humanos, y 3) desde un enfoque criminológico.

1. Secreto profesional, derecho a la intimidad, obligación de denunciar y autoincriminación.

En esta causa se plantea un conflicto de intereses. Por un lado, el derecho a la

confidencialidad del paciente (que tiene su correlato en el secreto profesional), y prohibición de autoincriminación contenida en la Constitución nacional; y por el otro, la obligación que tienen los funcionarios públicos de denunciar la comisión de delitos perseguibles de oficio.

Resulta oportuno recordar que el artículo 287 del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires, prescribe:

“Tienen obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio:...

2. Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional, el cual, salvo manifestación en contrario, se presumirá.”

Mientras que el artículo 156 del Código Penal, dispone:

“Será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa.”

La Constitución nacional, en su artículo 18 establece que nadie será obligado a declarar contra si mismo. El secreto médico encuentra resguardo en el artículo 19 de la carta magna, ya que su objetivo es proteger la privacidad del paciente.

En casos de aborto se plantea la necesidad de establecer cuál es el alcance de la normativa citada, y cuál es su correcta interpretación, a la luz de la Constitución. Es decir, en qué casos prevalece el secreto profesional sobre la obligación de denunciar, y viceversa.

Situaciones análogas fueron abordadas por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en el conocido plenario “Natividad Frías”. La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lo propio en el caso “Baldivieso”, que retoma la doctrina del plenario “Natividad Frías”.

Quien pone su salud en manos de un médico, debe tener una relación de confianza con el profesional de la salud que le permita dar información completa y verídica sobre la dolencia que la aqueja, y a su vez tiene la expectativa razonable de que no se difunda la información que brinde.

En este sentido se ha dicho que:

“El enfermo que busca los auxilios de un médico piensa que lo hace con la seguridad de que sus males no serán dados a conocer, porque el secreto más estricto los ampara”.

Carmen Argibay, con relación a la confidencialidad de la información que se brinda en una consulta médica dijo:

“Cuando los cuidados del cuerpo son realizados por las personas con el auxilio de un tercero, como es el caso del médico, no cabe presumir, al menos sin un fundamento razonable, que ha mediado una renuncia a la exclusividad o reserva garantizada por la Constitución Nacional contra las invasiones gubernamentales. Es en este ámbito de privacidad en el que debe situarse la figura del secreto médico, en cuanto exige a los profesionales de la salud mantener la confidencialidad sobre la información obtenida a través del vínculo profesional con su paciente...” (del voto de Argibay, considerando octavo, en el caso “Baldivieso”). Como se desprende de las citas realizadas, existe un derecho del paciente a que la información brindada en el marco de una consulta médica esté amparada por el secreto profesional.

El derecho a la privacidad, en esta casuística, se encuentra íntimamente vinculado con la prohibición de autoincriminación, porque:

“El art. 18 de la Constitución Nacional dice que “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”, y una forma larvada, cruel e innoble de conculcar el precepto es utilizar el ansia vital de la abortada para la denuncia de su delito, delito éste conocido o por una confesión que le ha sido prácticamente arrancada, o por un estado de desvalimiento físico y espiritual no aprovechable para esos fines” (del voto del juez Lajerza en el plenario “Natividad Frías”).

Razonar con un criterio contrario implicaría colocar a los usuarios de los servicios de salud en un estado de desprotección absoluta, toda vez que al brindar información a los profesionales para recibir atención médica, se encontrarían en riesgo de sufrir persecución penal; lo que los colocaría en una disyuntiva inaceptable e inhumana que bien ha sido definida por el juez Lajerza como “La muerte o la cárcel”.

En esa misma línea argumental se ha dicho que:

“Aceptar la validez de las manifestaciones incriminatorias que el confidente pueda hacer respecto de su asistida lleva a la pérdida de las garantías que para ella representa el deber del secreto reglado. “Para el médico, en efecto, la abortante es antes que nada una paciente a la que está obligado a asistir y procurar curación; obligarle, en tales condiciones, a denunciar a su propia cliente, sobre recargar su conciencia y constituir una flagrante violación del secreto profesional, redundaría a buen seguro en grave perjuicio y riesgo de las asistidas, pues muchas de ellas, ante el fundado temor de que la consulta médica sirviere de

antesala a la prisión y al deshonor, preferirían ocultar su estado o seguir entregadas al arbitrio de comadres o curanderos (Quintana Ripollés, A., "Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal", t. I, p. 520)". (del voto del juez Pena en el plenario "Natividad Frías")

En el considerando tercero del voto de Petracchi y Highton de Nolasco en "Baldivieso", se sostuvo que:

"...el principio republicano de gobierno impide que el Estado persiga delitos valiéndose de medios inmorales como sería aprovecharse del inminente peligro de muerte que pesa sobre el procesado que acude a la atención médica, mediante la imposición de un deber al médico que lo convierta en un agente de la persecución penal del Estado".

En conclusión, de acuerdo a la jurisprudencia citada, consideramos que resulta inadmisibles que se promueva una causa penal que ha sido iniciada valiéndose de medios prohibidos.

2. El secreto profesional en el Sistema Internacional de Derechos Humanos.

Tanto el Código Internacional de Ética Médica, sancionado por asamblea de la Asociación Médica Mundial, como el Código Argentino de Ética Médica, establecido por la Asociación Médica Argentina, estipulan la obligación del profesional de la medicina de guardar secreto sobre su actividad en relación a sus pacientes, deber ético que se fundamenta en la *"esencia misma de su profesión y se relaciona con el respeto a la libertad del paciente"*.

Dicha obligación, que también constituye un derecho, tiene su fundamento en la protección de los derechos humanos de los pacientes y la práctica ética de la medicina, los que dependerán de que los profesionales de la salud desempeñen correctamente su obligación de guardar el secreto profesional. Por esta razón, éste se encuentra protegido por instrumentos de derechos humanos, legislaciones nacionales y códigos de ética médica.

Conforme a los tratados de derechos humanos, el secreto profesional reconoce su existencia en la protección del derecho a la intimidad. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la CIDH) declaró que el derecho a la intimidad garantiza *"un espacio que nadie puede invadir, una esfera de actividades absolutamente personal para cada individuo"*.

El derecho a la privacidad está protegido por varios tratados de derechos humanos. Entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) (cuyas normas han adquirido el carácter de *ius cogens*), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y la Convención Americana de Derechos

Humanos (1969).

El artículo 12 de la DUDH estipula: *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”*. En el mismo sentido, el artículo 17 del PIDCP establece: *“(1) Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. (2) Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”*. A su vez, el artículo 11 de la CADH dice: *“(2) Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. (3) Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”*.

Siguiendo la normativa internacional y la postura de la CIDH con respecto al derecho a la intimidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la CtIDH) resolvió a favor de la guarda del secreto profesional, generando un caso emblemático en la materia.

La sentencia emitida por la CtIDH, el 18 de diciembre de 2004 en el caso *“De la Cruz Flores vs Perú”*, argumentó, de manera clara y concisa, a favor del secreto profesional médico, estableciendo que el médico que tenga conocimiento del origen ilícito de las lesiones causadas a una persona no está obligado a denunciar el hecho (C. Tamayo e I. Sandoval, 2010).

En consecuencia, estableció tres exigencias respecto a la importancia de mantener el secreto profesional y a la obligación de denunciar los ilícitos: *“la Corte considera que la información que el médico obtiene en ejercicio de su profesión se encuentra privilegiada por el secreto profesional. Por ejemplo, el Código Internacional de Ética Médica de la Asociación Médica Mundial dispone que “el médico debe guardar absoluto secreto de todo lo que se le haya confiado, incluso después de la muerte del paciente”*”. Continuó diciendo: *“El Comité de Derechos Humanos ya ha recomendado que leyes nacionales sean modificadas en el sentido de proteger la confidencialidad de la información médica”*. Y, finalmente, *“[la] Corte considera que los médicos tienen un derecho y un deber de guardar confidencialidad sobre la información a la que tengan acceso en su condición de médicos”*.

En conclusión, para la Corte el médico no está obligado a denunciar el hecho o información privilegiada por el secreto profesional cuya existencia se basa en la

protección de principios fundamentales de los derechos humanos. El juez Sergio García Ramírez resaltó en su voto razonado sobre la profesión del médico y la necesidad de determinar el límite de la responsabilidad de mantener el secreto profesional. Profundizó sobre la importancia del secreto profesional y las consecuencias de su vulnerabilidad, haciendo una reflexión sobre la naturaleza del acto médico, cuya finalidad es preservar la vida y la salud de las personas por el único profesional idóneo. *“El profesional de la medicina que cuida de la salud de sus semejantes y los protege de la enfermedad y de la muerte cumple la obligación que naturalmente le corresponde y que la ley debe amparar cuidadosamente. Esa protección y ese cumplimiento poseen sentido propio, con total independencia de las ideas políticas, religiosas o filosóficas del médico y del paciente. Tan censurable sería que el Estado impusiera o autorizara a los médicos el ejercicio desviado de su encomienda, como ha sucedido bajo regímenes totalitarios, como que les impidiera cumplir el deber ético y jurídico que les incumbe, e incluso les impusiera sanciones por hacerlo. En ambos casos el Estado lesiona el derecho a la vida y a la salud de las personas, tanto directamente como a través de la intimidación o la restricción impuesta a quienes se hallan regularmente obligados a intervenir, con motivo de la profesión que ejercen, en la preservación de esos bienes”*.

Finalmente, el voto del juez García Ramírez concluyó que el fundamento social de la relación médico-paciente consiste en que: *“La idea de que el médico está obligado a atender a todas las personas, por igual, sin entrar en calificaciones acerca de su condición moral o legal, y de que la atención de la salud constituye un deber del facultativo, y simultáneamente un derecho, así como la admisión del secreto médico acerca de las revelaciones del paciente, vienen de tiempo atrás y se han asentado con firmeza en varios de los más notables instrumentos ético-jurídicos de esa profesión, que contemplan, entre otros extremos, las particularidades de la relación entre médico y paciente y las características de la lealtad que aquél debe a éste”*.

Por lo tanto, según la Corte, así como hay un interés general en preservar la confidencialidad de las comunicaciones entre el abogado y su cliente, o entre el sacerdote y el penitente, el interés social en preservar la vida y la salud de las personas justifica el respeto al secreto médico.

El secreto profesional tiene un fundamento social que va mucho más allá de la relación médico-paciente, su protección se debe también a un interés colectivo basado en la función propia y exclusiva del ejercicio de la medicina. La relevancia

que la Corte otorga al secreto profesional se refleja cuando ésta hace referencia a una recomendación efectuada por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en la que se recomienda a los Estados parte adaptar sus legislaciones a la necesidad de proteger el secreto profesional.

A pesar que los hechos que dieron origen a la causa *De la Cruz Flores vs Perú*, difieren absolutamente de los que motivan este caso, las pautas establecidas por la CtIHD en referencia a la inviolabilidad del secreto profesional son extensibles a todas aquellas circunstancias que entren en la esfera de la relación médico-paciente. Esfera que, en este caso, se vio vulnerada por la injerencia de otro profesional (la trabajadora social), quien al tomar conocimiento por parte del médico de guardia sobre los hechos ocurridos, realiza la denuncia ante las autoridades policiales, habiendo debido abstenerse de hacerlo.

Los principios precedentes no son ajenos al ámbito de conocimientos del trabajador social, cuya profesión se basa en el desarrollo social, la justicia social y la cooperación con una perspectiva fundamentada en los derechos humanos, conforme a lo establecido por la Federación Internacional de Trabajadores Sociales. El actuar de la trabajadora social ha exhibido ignorancia en la necesidad de preservar la intimidad de la paciente a través del respeto de la confidencialidad que surge del secreto profesional.

2.1. Perspectiva de género.

Cabe destacar la importancia que tiene asignar una perspectiva de género al derecho a la intimidad y, en consecuencia, al secreto profesional, toda vez que se ven involucrados derechos exclusivos a la condición de mujer, tales como los relacionados a su salud sexual y derechos reproductivos.

El Comité CEDAW, en su Recomendación General número 24 sobre la mujer y la salud, interpretando el artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, estableció la obligación de los Estados de eliminar *“la discriminación contra la mujer en lo que respecta a su acceso a los servicios de atención médica durante todo su ciclo vital, en particular en relación con la planificación de la familia, el embarazo, el parto y el período posterior al parto”*.

También expresó su preocupación por el vínculo existente entre el cumplimiento del derecho a la privacidad en materia de salud, aborto, y salud de las mujeres, al expresar que: *“La falta de respeto del carácter confidencial de la información afecta tanto al hombre como a la mujer, pero puede disuadir a la mujer de obtener asesoramiento y tratamiento y, por consiguiente, afectar negativamente su salud y*

bienestar. Por esa razón, la mujer estará menos dispuesta a obtener atención médica para tratar enfermedades de los órganos genitales, utilizar medios anticonceptivos o atender a casos de abortos incompletos, y en los casos en que haya sido víctima de violencia sexual o física”.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en lo que respecta al tema específico de la mujer y su atención post-aborto, ha establecido que el derecho a la intimidad es violado cuando los Estados tienen leyes que obligan la denuncia de una mujer que se ha practicado un aborto, por lo que recomendó que se revisen las leyes para: “*proteger el carácter confidencial de la información médica*”.

La inviolabilidad del secreto profesional de la relación médico-paciente, se eleva a un plano superior en aquellos casos que involucran algún aspecto personalísimo de la mujer, en particular los relacionados a su salud reproductiva. Establecer una perspectiva de género, teniendo en cuenta la normativa internacional y la doctrina generada al respecto, tiene como objeto la eliminación de todas las medidas o conductas discriminatorias para que la mujer pueda ejercer su derecho a la salud al más alto nivel posible y en un plano de igualdad con respecto a los demás miembros de la sociedad.

3. Enfoque criminológico

Sin perjuicio del análisis jurídico ya realizado sobre la implicancia de la garantía de la autoincriminación y el secreto profesional a la hora de dar curso a un proceso penal iniciado a partir de una denuncia efectuada por profesionales del sistema público de salud que tomaron conocimiento de la eventual existencia de un delito, en ocasión de atender a una mujer que refería haber sufrido un parto pre-término domiciliario cuyo feto se encontraba sin vida; resulta de suma relevancia dar cuenta de cuestiones distintas al mero abordaje jurídico.

La importancia de traer a colación *otras* cuestiones radica en que no es posible resolver la continuación del proceso penal en ciernes sin valorar el contexto en el que hechos se inscriben. Hacer lo contrario, implicaría realizar un análisis acrítico de la causa, poniendo en tensión un adecuado servicio de justicia.

Para penetrar en el abordaje integral propuesto es necesario advertir que debe hablarse sin eufemismos: aquí se investiga la comisión de un aborto que, como en la generalidad de los casos en Argentina y en el mundo, fue seleccionado por el sistema penal en virtud de la *grave situación de vulnerabilidad* en la que se encontraba la mujer, respecto de la que el sistema penal no podía valerse.

Y no podía hacerlo porque la selectividad inherente al poder punitivo tuvo, en el

presente caso, características que la tornaron absolutamente contraria al Estado de Derecho.

Dicho en otros términos, desconocemos si la mujer se practicó o consintió que le practiquen un aborto. Ello es irrelevante. Lo que importa es que la interrupción del embarazo, capaz de constituir el delito de aborto, fue seleccionada por el sistema penal en virtud de la situación de vulnerabilidad de la mujer, la que se vio acentuada por haber concurrido a un hospital público en búsqueda de asistencia, motivo por el que ningún proceso penal podía iniciarse, so pena de constituir una clara violación a los principios del Estado de Derecho.

Veamos por qué la mujer se encontraba en situación de vulnerabilidad, cómo se agravó ese estado y por qué la selectividad propia del poder punitivo tuvo características harto cuestionables.

3.1. Situación de vulnerabilidad.

Para analizar la situación de vulnerabilidad en que se encontraba la mujer debe tenerse en cuenta que la interrupción de su embarazo fue altamente insegura.

Debe destacarse que la interrupción investigada tuvo lugar en el domicilio de la mujer, el que presenta condiciones de extrema pobreza. Prueba de ello lo constituye el hecho que en el lugar no hubiera un baño, razón por la que la mujer debía realizar sus necesidades fisiológicas en un balde, cuyo contenido era arrojado en un pozo ciego, donde a la postre fue encontrada la placenta y el feto sin vida.

Además de las malas condiciones en las que el parto se llevó a cabo, debe considerarse que se trató de una interrupción *insegura* por tratarse de un embarazo avanzado, interrumpido entre las veintidós y veinticuatro semanas de gestación, lo que incrementaba el riesgo de vida para la mujer.

Tampoco debe pasarse por alto que el embarazo fue interrumpido sin contar con los mínimos estándares médicos, ya que al carecer la mujer de recursos económicos y sociales puede presumirse su dificultad para acceder a una atención médica de calidad, rápida y segura.

3.2. La atención en un hospital público. El agravamiento de su situación de vulnerabilidad.

La inseguridad en la que tuvo lugar la interrupción del embarazo hizo que la mujer se presentara en un nosocomio público buscando asistencia vital. Sin embargo, en ese mismo acto, su situación de vulnerabilidad se acentuó exponencialmente.

La descripción de los hechos indica que la mujer ingresó por guardia a un hospital

público refiriendo haber tenido un parto domiciliario, cuyo feto no había visto. La pregunta por parte de los profesionales fue inmediata: ¿dónde se encontraba?, ¿en qué circunstancias se había llevado a cabo el parto? Las respuestas que en habrían sido útiles para comprender mejor el diagnóstico del estado de salud de la paciente, aquí tuvieron otro objetivo.

El Estado, al que la mujer recurrió en ejercicio de su derecho a la salud, comenzó con celeridad sorprendente a realizar todas las tareas tendientes a corroborar la existencia de un delito: el médico de guardia dio aviso a la trabajadora social; ella se comunicó telefónicamente con los familiares de la mujer; ambos profesionales denunciaron el hecho en una comisaría; y luego se produjo el allanamiento en el domicilio de la mujer, donde fueron secuestrados el feto y la placenta, dando así inicio a este proceso penal.

En este contexto, la situación de vulnerabilidad de la mujer se agravó al colocar ella misma su propio cuerpo en manos del Estado y ser utilizada como prueba de un eventual delito. Fue colocada “*entre la espada y la pared*” y fue el Estado quien resolvió preliminarmente el dilema.

3.3. La selectividad del poder punitivo.

Es sabido que no es posible llevar a cabo la totalidad del programa criminalizante del Estado. La llamada cifra negra demuestra que no todos los conflictos que usualmente se catalogarían como delito son criminalizados. Serán las agencias encargadas de ejercer la criminalización secundaria, las que en forma selectiva optarán por investigar y juzgar a determinadas personas.

Esas personas se encuentran en una situación de vulnerabilidad que lesiona al principio constitucional de igualdad (artículo 16), pues, quienes no se encuentren en tal estado tienen ínfimas posibilidades de ser captadas por el sistema penal. Pero cuando esa selectividad se vale de la *colaboración* de la propia persona que, sin intención alguna de autoincriminarse, se presenta ante el Estado a ejercer un derecho; el accionar del Estado se aparte de su deber de superioridad ética.

Cuando una mujer acude a un hospital público en búsqueda de asistencia vital, para salvaguardar su vida e integridad personal, la sola posibilidad de ser seleccionada por el sistema penal como sospechosa de un delito, la convierte en una *presa fácil de cazar* al colocarla frente al dilema de decidir entre su propia muerte o la pérdida de su libertad, al afrontar un inminente proceso penal que puede culminar en la cárcel.

En conclusión, a la luz de estas *otras* cuestiones, proseguir con un proceso penal iniciado a raíz de la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la mujer,

la que se vio agravada al acudir a un hospital público en ejercicio de su derecho a la salud, donde fue denunciada penalmente por profesionales estatales que tomaron conocimiento de un supuesto delito en ocasión de salvar su vida e integridad; profundiza de un modo extremo la selectividad propia del poder punitivo, vulnerando el Estado de Derecho.

VI. PETITORIO

Por las razones enunciadas, solicitamos que se tenga a la Asociación Pensamiento Penal presentada como “amigo del tribunal”, como así también que los argumentos aportados sean utilizados para la resolución del caso.

Mario Alberto Juliano
PRESIDENTE

Nicolás Laino
SECRETARIO GENERAL

En “Natividad Frías” una mujer se practicó un aborto, y como consecuencia del mismo sufrió complicaciones en su salud que la obligaron a concurrir a un hospital público. El personal del hospital la denunció, siendo condenada en primera instancia. Finalmente fue absuelta por la Cámara porque su defensa solicitó la nulidad del proceso ya que la causa fue iniciada porque la mujer reveló que se había practicado un aborto.

En el caso, el señor Baldivieso concurrió a la guardia de un hospital debido a que sentía un grave malestar. Luego de haber sido asistido por varios médicos, le diagnosticaron que su dolencia se debía a la ingesta de cuerpos extraños, que se trataban de cápsulas con clorhidrato de cocaína. Alguno de los profesionales que asistieron a Baldivieso pusieron esta situación en conocimiento de un agente de policía, dándose inició a una causa penal. Como consecuencia de ello, el señor Baldivieso fue condenado por el Tribunal Oral Criminal Federal de Salta, lo que lo llevó a interponer un recurso extraordinario que fue acogido favorablemente.

Cámara Nacional Criminal y Correccional, “Natividad Frías” 26 de agosto de 1966. Voto del Dr. Amallo.
Artículo 102 del Código de Ética Médica de la Asociación Médica Argentina (2001).

C. Tamayo e I. Sandoval, 2010. *El Derecho de las Médicas y los Médicos al Secreto Profesional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. PROMSEX: Lima, Perú.

Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1996, OEA OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. 14 marzo 1997.

C. Tamayo e I. Sandoval, 2010. *El Derecho de las Médicas y los Médicos al Secreto Profesional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. PROMSEX: Lima, Perú.

De la Cruz Flores vs Perú, 2004.

Id.

Id.

Id.

Id.

O. Cabrera y M Hervia, 2009. *Secreto Profesional Médico y Servicio de Salud Sexual y Reproductiva en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Revista Argentina de Teoría Jurídica, Nro. 13, junio de 2009.

Id.

La mujer y la salud: 02/05/1999. CEDAW Recomendación General 24.

Id.

Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. Chile. 03/30/1999.CCPR/C/79/Add.104, y Heathe Luz McNaughton y otros, 2004. *Entre la Espada y la Pared: el secreto profesional y la atención post-aborto*. Managua, Nicaragua.

Decimos “eufemismos” en honor a la postura del Fiscal, que luego de haber allanado el domicilio de la mujer, en el que se secuestró el feto y la placenta, insiste en considerar que no hay imputado (*sic*) a quien defender y solicita, en consecuencia, el rechazo del planteo de nulidad de la denuncia y de todo lo actuado por la defensa.

El aborto previsto como delito en el artículo 88 del Código Penal compromete una realidad que merece ser analizada atentamente, a juzgar por la cantidad de mujeres que anualmente mueren como consecuencia de esta práctica. Se estima que en Argentina el número de mujeres muertas por causas relacionadas con el aborto ronda el centenar. Al respecto debe verse la presentación que APP efectuó en calidad de amicus curiae en autos “Portal de Belén Asociación Civil c/Superior Gobierno de la Provincia – amparo” en el expediente 2301032/36 de la Cámara Tercera Civil y Comercial de la provincia de Córdoba el 15 de junio de 2012. En esa oportunidad APP se expidió sobre la problemática del aborto, en general, y del aborto no punible, en particular, aconsejando el rechazo de la acción de amparo incoada con el fin que no se apliquen los protocolos médicos de abortos no punibles en los establecimientos médicos de la provincia. Disponible en HYPERLINK "<http://www.pensamientopenal.org.ar>" www.pensamientopenal.org.ar. Asimismo ver Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), “Aborto legal, seguro y gratuito: las consecuencias de la falta de debate” elaborado por Bascary, Lourdes en “*Derechos Humanos en Argentina. Informe Anual 2012*”, CELS-Siglo XXI Editores, año 2012, Bs. As., págs. 377-401.

Ídem.

Por *situación de vulnerabilidad* entendemos a la “concreta posición de riesgo criminalizante en que la persona se coloca”; estado que se integra con los “datos que hacen a su status social, clase, pertenencia laboral o profesional, renta, estereotipo que se le aplica, etc” Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl - Alagia, Alejandro - Slokar Alejandro, “Derecho Penal. Parte General”, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, páginas 11 y 624.

Si bien desconocemos si se trató de una interrupción natural del embarazo o si ella fue inducida, lo cierto es que el parto se produjo en condiciones inseguras. Para dar cuenta de lo que ello vale traer a colación lo establecido por la Organización Mundial de la Salud en relación a los abortos riesgosos. Se considera que un *aborto inseguro* es: “un procedimiento para terminar un embarazo que es efectuado ya sea por personas que carecen de las habilidades necesarias o en condiciones carentes de los estándares médicos mínimos, o ambas cosas”. Cabe dejar sentada la propia inseguridad que provoca el hecho de que la práctica abortiva voluntaria se encuentre prohibida: “Las altamente restrictivas leyes de aborto no están asociadas con tasas de aborto más bajas. Por ejemplo, las tasas de aborto son de 29 y 32 por 1,000 mujeres en África y América Latina, respectivamente— regiones en las que el aborto es ilegal bajo la mayoría de circunstancias en la mayor parte de los países. La tasa es de 12 por 1,000 en Europa Occidental, en donde el aborto generalmente se permite bajo causales amplias. En lugares en donde el aborto es permitido en términos legales amplios, generalmente es seguro; y, donde está altamente restringido es típicamente inseguro (...)”. Cfr. Instituto Guttmacher y Organización Mundial de la Salud (OMS), “Hechos sobre el aborto inducido en el mundo”, informe del mes de Enero 2012. Disponible en HYPERLINK

"<http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Evidencia/Estadistica/Guttmacher2012.pdf>" <http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Evidencia/Estadistica/Guttmacher2012.pdf>

Si bien no existe consenso a nivel mundial sobre el concepto *pobreza*, porque puede interpretarse como “incapacidad de las personas de vivir una vida tolerable”, “necesidades básicas insatisfechas” o “insuficiencia de recursos”, lo cierto es que no contar con un baño en el hogar encuadra en cualquiera de las definiciones posibles de pobreza. Al respecto ver

Feres, Juan Carlos y Mancero, Xavier, *“Enfoques para la medición de la pobreza. Breve revisión de la literatura”*, CEPAL Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Chile, 2001.

Por ejemplo, en los casos de aborto, *“el proveer servicios apropiados para un aborto temprano salva la vida de las mujeres”* porque *“los riesgos asociados con el aborto inducido, a pesar de ser mínimos cuando el mismo se lleva a cabo adecuadamente, aumentan con la duración del embarazo”* Cfr. Organización Mundial de la Salud (OMS), *“Aborto Sin Riesgos: Guía técnica y de políticas para Sistemas de Salud”*, 2003.

Es indudable que la pobreza genera mayores vulnerabilidades y exclusiones entre las mujeres y sus familias. Cfr. Montaña, Sonia, *“Políticas para el empoderamiento de las mujeres como estrategia de la lucha contra la pobreza la pobreza”* CEPAL Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Trigésima tercera reunión de la Mesa Directiva de la Conferencia Regional sobre la Mujer en América Latina y el Caribe, Trinidad y Tobago, 2001, página 3.

Según el Observatorio de Salud Sexual y Reproductiva, los lugares de residencia donde las mujeres tienen muy alto riesgo de morir por causas evitables son aquellos donde existe un alto grado de inequidad social. Cfr. Observatorio De Salud Sexual Y Reproductiva, *“La situación de la mortalidad materna en Argentina”* Hoja Informativa N° 1, elaborada por Romero Mariana, Chapman Evelina, Ramos Silvina, Abalos Edgardo; Abril 2010. Disponible en HYPERLINK ["http://www.ossyr.org.ar/index.html"](http://www.ossyr.org.ar/index.html) www.ossyr.org.ar/index.html

Cfr. Mc Naughton, Heathe Luz y otros, página 34.