



Ministerio Público de la Nación

Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

DICTAMEN N° 9809

“GUTIÉRREZ HURTADO, Rosa Esther y otros

s/ infracción -incidente de nulidad-

Causa n° CPE 457/2014/6/CFC1 - Sala I

FN: 36756/2014

Presenta Breves Notas (audiencia 13/05/15)

Excma. Cámara:

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía N° 4, en los autos Nro. CPE 457/2014/CFC1 del registro de la Sala I, caratulados: “GUTIERREZ HURTADO, Rosa Esther y otros s/ infracción ley 22.415 - incidente de nulidad”, me presento ante ustedes y digo:

I.

Que notificado de la audiencia prevista en el art. 465 bis, señalada para el día 13 de mayo de 2015 las 8:50 hs. del Código Procesal Penal de la Nación (conf. fs. 82), vengo a presentar breves notas respecto del recurso de casación interpuesto por la defensora pública oficial que asiste a Rosa Esther Gutiérrez Hurtado, Ilse Tobar Flores y Margarita Parada Torrez, contra la resolución del Tribunal que confirmó la decisión del juez *a quo*, en cuanto no había hecho lugar al planteo de nulidad formulado.

II.

El hecho objeto de las presentes actuaciones ocurrió el día 07/04/14 a las 17:45 hs. aproximadamente, en el sector de arribos de la terminal “A” del Aeropuerto internacional “Ministro Pistarini” de la localidad de Ezeiza, provincia de Buenos Aires. En aquella oportunidad, personal de la Policía de Seguridad Aeroportuaria intervino a raíz de la noticia de que una

mujer había requerido asistencia médica por presentar un fuerte dolor en la zona abdominal. El personal sanitario interviniente decidió trasladarla a las instalaciones del servicio de sanidad del aeropuerto para una mejor atención.

En ese momento, mientras la mujer estaba siendo atendida por sus fuertes dolores, la oficial de la PSA Juárez se apersonó y procedió a identificar a la pasajera, y verificó que se trataba de Rosa Esther Gutiérrez Hurtado, de nacionalidad boliviana, que había arribado al país en un vuelo proveniente de la ciudad de Santa Cruz de las Sierras, Estado Plurinacional de Bolivia, y que poseía dos tickets de vuelo, uno con destino a Roma, Italia y otro con destino a la ciudad de Tel Aviv, Estado de Israel, ambos de la empresa “Alitalia”. Transmitió aquella novedad a la Guardia de Prevención y el Oficial Ayudante Alfredo Escobar le ordenó que *“convocara en forma preventiva un testigo hábil y se dirigiera junto a la misma hacia el sector donde se encontraba siendo asistida la Sra. Gutiérrez Hurtado...”* (del acta de procedimiento que luce a fs. 9/12 de estas actuaciones).

Para mayor precisión transcribiré una secuencia del “Acta de Procedimiento”: *“Que siendo aproximadamente las seis horas diez minutos, el Oficial JUAREZ, informó vía frecuencia radial, que personal médico en momentos en que realizaba la asistencia de la nombrada procedió, en presencia de la testigo de apellido CORONEL BRITIZ junto a la Oficial SANDER a realizar una extracción vaginal de un cuerpo extraño introducido en un organismo, de consistencia rígida, compuesto exteriormente por material látex, de tamaño medio, de color negro y consistencia rígida, y que para preservar la integridad física de la pasajera en procedería a realizar su traslado hacia el Hospital Interzonal de la localidad de Ezeiza “Dr. Alberto Eurnekian”, para la realización de estudios más complejos, con motivo de detectar o descartar la posible ingesta de cuerpos extraños en el organismo”.*

Resulta relevante mencionar que de la declaración testimonial de los oficiales Sofía Sander y Juan Juárez, surge que el personal médico les contó que la imputada había referido que “estaba introducida”.



Ministerio Público de la Nación

Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

Luego, el agente policial Escobar se comunicó con la secretaria del Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 8, a quien relató los hechos acaecidos y obtuvo por parte de ésta la orden de que procediese a requisar a la pasajera, sus pertenencias, se realizasen pruebas sobre el cuerpo extraño y se notificasen las novedades surgidas de aquel registro.

A su vez, de la requisa realizada sobre las pertenencias de Gutiérrez Hurtado se halló una nota que, conforme la transcripción que obra en el acta: *"HOLA ALLI TE ESTOY ENVIANDO LOS 3 TKS POR SEPARADOS PARA EL DIA 7 DE ABRIL SALIENDO DE SANTA CRUZ HACIA BUENOS AIRES CON AEROLINEAS ARGENTINAS...[...]* Y DE ALLÍ EL VUELO SALE DE BUENOS AIRES HACIA TELVIVI...".

A raíz de todo lo narrado, y previa orden judicial (otorgada telefónicamente), se procedió a la detención de la nombrada.

Por otro lado, personal policial dispuso extremar los controles con personas y equipajes de aquellos pasajeros que tuvieran el itinerario de viaje: Santa Cruz de las Sierra – Buenos Aires – Roma – Tel Aviv (conf. fs. 12).

Mediante la consulta a integrantes de la empresa Alitalia, la policía determinó que Ilse Tobar Flores y Margarita Parada Torrez poseían igual itinerario de viaje que Rosa Esther Gutiérrez Hurtado. Previa comunicación con el juzgado interviniente, se logró hallar a Ilse Tobar Flores, quien fue llevada a las oficinas de Guardia de Prevención, junto con su equipaje. Lo que sigue es transcripción del acta de procedimiento que luce a fs. 18/21 de los autos principales: *"transcurridos unos cinco minutos de haber arribado todos los intervinientes en esta guardia de prevención, la sra. TOBAR*

FLORES manifestó espontáneamente en presencia de testigos, de manera textual "TENGO ADENTRO", SIC., realizando en forma simultánea gestos de un dolor fuerte en la zona inguinal...". Como conclusión del procedimiento, y previa atención médica se extrajo un objeto de similares características a aquel que le había sido extraído a Gutiérrez Hurtado, y que -al igual que aquel- contenía 513 gramos de cocaína.

Con relación a la situación de la tercera imputada, Margarita Parada Torrez, no corresponde realizar manifestación alguna debido a que el 30/07/14 el Juzgado Penal Económico N° 8 resolvió sobreseerla totalmente (conf. fs. 681/682vta. de los autos principales), decisión que quedó firme, de modo que no existe agravio que habilite el tratamiento del recurso interpuesto en favor de aquella.

El hecho imputado a Gutiérrez Hurtado y Tobar Flores se describió como el intento de ingresar al país, mediante ocultación en la zona genital y con la finalidad de comercialización, la cantidad aproximada de 1.006,50 gramos de clorhidrato de cocaína (500,5 gramos imputados Rosa Esther Gutiérrez Hurtado y 506 gramos, a Ilse Tobar Flores), proviniendo de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, Estado Plurinacional de Bolivia.

III.

La defensa planteó la nulidad del procedimiento que culminó con la detención de Rosa Esther Gutiérrez Hurtado por violación a la garantía de autoincriminación de la nombrada, así como también violación al secreto profesional por parte del personal de servicio de Sanidad del Aeropuerto Internacional "Ministro Pistarini" de la localidad de Ezeiza.

Consecuentemente, postuló la nulidad de todo lo actuado a raíz de ello, a saber: la requisita y detención de Gutiérrez Hurtado, detención de Tobar Flores, su declaración espontánea y posterior detención de Margarita Parada Torrez, todo ello en virtud de lo previsto en el art. 172 del CPPN.



Ministerio Público de la Nación

Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

El Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 8 resolvió no hacer lugar a la nulidad planteada y, contra esa resolución, la defensa interpuso recurso de apelación.

El 8/07/14, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico resolvió confirmar la resolución apelada. Entendió que los policías aeroportuarios no habían actuado en el suceso a raíz de la información suministrada por la imputada al médico, sino por un procedimiento de prevención, de conformidad con las atribuciones que le confería la ley procesal penal, la aduanera y la de seguridad aeroportuaria (artículos 183 y ssgtes. del Código Procesal Penal de la Nación, 119 y 120 del Código Aduanero y Ley 26.102). Argumentó que aquellas normas le otorgaban facultades para investigar por iniciativa propia la posible comisión de un delito y, en el caso, las circunstancias del hecho que dieron origen a esta causa, sumadas a la “intuición o experiencia que posee la policía”, habían justificado la presencia de los agentes, su permanencia en el lugar y la necesidad de investigar las particularidades detectadas.

Respecto del agravio relativo a la autoincriminación involuntaria, con fundamento en que la imputada no había tenido más opción que solicitar asistencia médica por encontrarse en riesgo su salud; el tribunal consideró que tal agravio había sido rechazado por el juez con fundamentos que se encontraban ajustados a derecho y que no habían sido rebatidos ni cuestionados con precisión por el apelante en oportunidad de recurrir la resolución ni al informar en la audiencia ante este tribunal. Y no consideró mayores consideraciones al respecto.

Concluyó que el procedimiento por el cual se había hallado la sustancia estupefaciente y detenido a Gutiérrez Hurtado, no presentaba vicio alguno que autorizase a declarar su nulidad, ni la de los actos que se produjeron a raíz de aquel.

Contra esta resolución, la defensa interpuso recurso de casación, el cual fue concedido a fs. 74.

IV.

La recurrente fundó sus agravios en la arbitrariedad de la resolución atacada. Argumentó que la decisión se había apartado de una serie de preceptos constitucionales, como ser el debido proceso legal –por violación a la garantía que prohíbe la autoincriminación–, derecho de defensa, derecho a la intimidad y a la libertad, entre otros.

En contraposición a lo sostenido por el tribunal, la defensa argumentó que la única vía por la cual el personal policial había tomado intervención en el hecho era al aviso del médico. Reseñó que la imputada había acudido a un empleado de la empresa de seguridad privada “Securitas” para pedirle asistencia médica urgente, por presentar fuertes dolores abdominales que le impedían mantener su equilibrio, que su asistida estaba “doblada de dolor” y resaltó que este extremo no se encontraba controvertido. En este punto, la imputada habría tenido que elegir entre su salud, y el riesgo para su vida, con la posibilidad de ser sometida a un proceso penal.

V.

La resolución que se cuestiona en las presentes es equiparable a sentencia definitiva, ello en virtud de que las imputadas se encuentran detenidas en prisión preventiva, lo cual requiere tutela inmediata conforme el pronunciamiento de la CSJN en “Di Nunzio” (Fallos: 328:1108). El presente es un incidente de nulidad en dónde se plantea una nulidad absoluta, que provoca un perjuicio que es de imposible, insuficiente o tardía reparación ulterior.



Ministerio Público de la Nación

Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

A su vez, se encuentran presentes los demás requisitos de admisibilidad: existe cuestión federal, la resolución recurrida es contraria a los derechos federales invocados por la defensa, existe relación directa entre los agravios y aquéllas, etcétera.

VI.

El análisis de las presentes actuaciones nos exige realizar consideraciones previas sobre dos cuestiones principales, a saber:

a) La prohibición contra la autoincriminación.

La Constitución prohíbe el uso de la compulsión física o moral para obtener comunicaciones o expresiones de una persona, en este sentido establece que “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo” (art. 18 CN, 14.3.g del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 8.2.g. y 8.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

La primera interpretación realizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de esta garantía se encuentra en el fallo “Mendoza” de 1864 (Fallos 1:350), en ella se había citado al procesado a absolver posiciones (bajo juramento), la Corte dijo que ello era contrario al artículo 18 de la Constitución Nacional, en tanto ponía en la encrucijada de violar el juramento o declarar contra sí mismo.

En este sentido, una persona no puede verse obligada a testificar contra sí misma o de proveerle al Estado de alguna otra prueba de naturaleza testimonial o comunicativa. En el caso bajo análisis, la disyuntiva a la que estaba sometida Gutiérrez Hurtado estaba dada por continuar con los fuertes dolores que padecía, ver afectada su salud, integridad física y hasta su vida o afrontar un proceso penal. Como fue referenciado en el fallo

“Balvidieso” (Fallos: 333:405) “Del mismo modo, es incuestionable que el estallido de las cápsulas en el aparato digestivo del procesado importaba un peligro cierto de muerte; de entenderse que son válidas las pruebas que surgen de la necesaria intervención médica para evitar su propia muerte, el procesado aquí también se hallaba en la disyuntiva de morir o de afrontar un proceso y una pena (en palabras del juez Lejarza en ocasión del plenario nombrado: el "inhumano dilema: la muerte o la cárcel"). Los valores en juego en el caso concreto son, por ende, la vida y el interés del Estado en perseguir los delitos, cualquiera sea la gravedad de éstos y sin que quepa tomar en cuenta distinciones contenidas en disposiciones procesales, pues esta ponderación no puede resolverse con otra base que la jerarquía de valores y bienes jurídicos que deriva de la propia Constitución Nacional.”

La cláusula protege las comunicaciones, sean verbales, escritas, gestuales, porque en esos casos la prueba está en la mente, en la voluntad del sujeto, su obtención depende de su conciencia, de los procesos de sus razonamientos. Cualquier tipo de coacción a que esté sometida la persona, ya sea que esta provenga del actuar de los funcionarios policiales o que sea utilizada por éstos posteriormente, que produzca una comunicación incriminante, está prohibida.

En el caso traído a estudio, la imputada le indicó al personal médico que se “encontraba introducida”, esta expresión en el contexto dado fue unívoca, y permitió inferir que llevaba estupefaciente en el interior de su cuerpo, por lo cual se encuentra amparada por la garantía en cuestión.

Pues si bien la disminución de la voluntad provino de un padecimiento físico, éste fue aprovechado por los funcionarios públicos con fines de persecución de un delito, lo cual resulta a todas luces contrario a la garantía contra la autoincriminación coaccionada (art. 18 CN).



Ministerio Público de la Nación

Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

Ahora bien, pese a que el caso se resolvería por aplicación de esta garantía, deberá analizarse la lesión a otros derechos constitucionales, pues ello puede repercutir en la situación de terceros.

b) El derecho a la intimidad y el secreto médico.

La segunda cuestión traída a estudio consiste en determinar si la intervención y conocimiento del personal policial tuvo origen en los dichos de un profesional de la salud, respecto de información que le fuera brindada en el marco de la relación confidencial médico-paciente, que está amparada por las garantías y derecho a la intimidad, dignidad, salud, etc.

La actividad profesional a la que nos referimos se encuentra regulada por la ley 17.132 de Ejercicio de la Medicina, que en su art. 11 establece: *“todo aquello que llegare a conocimiento de las personas cuya actividad se reglamenta en la presente ley, con motivo o en razón de su ejercicio, no podrá darse a conocer – salvo los casos que otras leyes así lo determinen o cuando se trate de evitar un mal mayor y sin perjuicio de lo previsto en el Código Penal –, sino a instituciones, sociedades, revistas o publicaciones científicas, prohibiéndose facilitarlo o utilizarlo con fines de propaganda, publicidad, lucro o beneficio personal”*.

El Procurador General de la Nación en el ya citado caso “Baldivieso” expuso: *“... el secreto médico es un dispositivo tendiente a asegurar la intimidad relativa a un ámbito privado como lo es la información acerca del propio estado de salud psicofísica. El carácter privadísimo de esa información y la sensibilidad de su revelación convierten a este ámbito de la intimidad en constitutivo de la dignidad humana...”*

En materia penal, el art. 156 del Código Penal de la Nación tipifica la conducta de quien *“...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”.

Por su parte, el Código Procesal Penal de la Nación prescribe que *“deberán abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hubieren llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad: los ministros de un culto admitido; los abogados, procuradores y escribanos; los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar; los militares y funcionarios públicos sobre secretos de Estado...”* (art. 244 del CPPN, el resaltado me pertenece).

En este punto, no tiene interés alguno que la paciente se haya visto sometida a un examen físico y mental de forma voluntaria o compulsiva, pues ambas situaciones gozan de la misma protección legal. Sólo sería ajeno a este derecho de jerarquía legal la situación en la cual la intervención del médico haya sido requerida por la autoridad judicial (ejemplo, peritajes médicos o psicológicos) y haya existido previamente causa probable o sospecha razonable de que en el cuerpo existe prueba de un delito para cuyo acceso es requisito necesario la intervención del profesional del arte de curar. En estos casos, está claro que no hay secreto que resguardar, en lo que al delito investigado se refiere, pero el secreto subsiste de todos modos para todas las demás cuestiones de salud, de modo que si del examen médico apareciera la prueba de otro delito, esto debería quedar resguardado por la regla de confidencialidad profesional. Esta cuestión fue zanjada en el conocido plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la ciudad de Buenos Aires, “Natividad Frías” (resuelto el 26/08/1966).

En el presente, conforme fueron narrados los hechos, tanto en el acta de procedimiento que luce a fs. 9/12 del presente incidente, como en las declaraciones testimoniales que se encuentran glosadas a continuación de aquella, no se halla controvertido que la intervención de la Policía de Seguridad Aeroportuaria se produjo a raíz de la solicitud del personal médico,



Ministerio Público de la Nación

Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

y en un contexto de padecimiento físico de una persona de la que hasta ese momento no se sospechaba la comisión de un delito, y que fue el médico interviniente quien refirió a la policía los dichos incriminantes de Rosa Gutiérrez Hurtado.

La Cámara sostuvo que el hecho de que el médico haya manifestado a los policías que la paciente le había mencionado que “estaba introducida” con un objeto extraño, no permitía afirmar que ello constituyese la revelación de información confidencial suministrada en función de su actuación profesional, ya que aquellas expresiones resultaban “*totalmente difusas, ambiguas y equívocas y, en consecuencia, no permiten concluir de forma certera a qué podían referirse*”. Pero este razonamiento pone al descubierto la falacia de la fundamentación. Es que si ello hubiera sido así, no habría habido causa probable para iniciar un procedimiento policial en su contra (!). En otras palabras, si de las manifestaciones de la imputada no se hubiera podido inferir elemento incriminatorio alguno en contra –tal como afirmó la Cámara–, ¿cuál fue la causa probable que permitió a los policías intervenir con fines de investigar la comisión de un ilícito? Cómo se ve, el argumento esbozado por el *a quo*, lejos de legitimar el accionar policial, reafirmó la conclusión de que la PSA actuó fuera de su competencia. Ello sin perjuicio de que, en contraposición a lo expresado en la resolución recurrida y dado el contexto en el que se suscitaron los hechos, los dichos que profirió Gutiérrez Hurtado al personal médico resultaban unívocos. Por el contrario, si aquella frase fuera interpretada como *noticia criminis* esa situación reconduciría a su vez, al problema de la valoración de la cláusula contra la autoincriminación vista en el punto anterior. Como se ve las dos líneas de razonamiento conducen al

mismo resultado y no a un *tertius* dónde se coloca la conclusión de la cámara de apelaciones.

Se ve así que la intervención policial con motivo del pedido de colaboración por parte de la asistencia médica, debió limitarse a la debida asistencia hacia las personas ante una emergencia. Es decir, se trataba de una intervención con fines médicos y no con fines de averiguación de un delito.

Conclusión, las manifestaciones que Gutiérrez Hurtado le profirió al personal médico en su carácter de paciente y con fines médicos (ya que se relacionaban directamente con su dolencia) se encontraban amparadas por el secreto médico que conduce a la prohibición que recae sobre los médicos de develar ese tipo de información, y ésta no se sortea con la presencia policial, porque el hecho de que la policía asista a un médico en la consulta de un paciente no transforma ese acto en un procedimiento policial sino, exactamente al revés, transforma al policía en un auxiliar del médico, porque el acto sigue siendo un acto médico. Los dichos del personal médico a los agentes de la PSA constituyeron sin lugar a dudas, un incumplimiento de su deber de confidencialidad.

Tampoco se encuentra justificación legal alguna la presencia de terceros durante la consulta y atención médica. Recordemos que el procedimiento por el cual se extrajo el objeto que portaba Gutiérrez Hurtado en su vagina fue presenciado por una agente de la Policía de Seguridad Aeroportuaria y una testigo, lo cual constituyó sin lugar a dudas una violación al derecho a la intimidad (art. 19 de la CN, de conformidad con Fallos: 306:1892 "Ponzetti de Balbín") y a la dignidad de la persona humana.

Los médicos y auxiliares de la medicina están obligados a resguardar la confidencialidad a raíz del secreto profesional, y de su violación no corresponde derivar prueba válida en contra del paciente.



Ministerio Público de la Nación

Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

c) El apartamiento de la doctrina de la CSJN en “Baldivieso”

La Cámara se apartó explícitamente de la doctrina sentada por la CSJN en “Baldivieso” (Fallos: 333:405) por entender que la situación de hecho de la presente se diferenciaba de la que había motivado aquel pronunciamiento, por dos razones: (1) que en el caso bajo estudio el procedimiento se había iniciado a raíz de la actividad legalmente desarrollada por la autoridad de prevención presente en el lugar del hecho, y (2) que no se había acreditado que hubiera corrido riesgo la vida de la imputada, quien no tuvo ninguna secuela física de gravedad.

En lo que respecta al primer motivo, sostuve más arriba que la intervención de la PSA no intervino en su función de “preventor” de delitos, sino en el marco de una emergencia médica y además, no se ajustó a lo que prescribe el CPPN y la ley N° 26102 de Seguridad Aeroportuaria.

Respecto del segundo motivo dado para apartarse del fallo de la Corte, la afirmación que realizó el *a quo* respecto de la falta de riesgo de vida de Gutiérrez Hurtado, es inatendible. En primer lugar, porque ello fue afirmado luego de que se le diera adecuado tratamiento médico a la imputada, y se le extrajese el cuerpo extraño del interior de su cuerpo, es decir, *ex post*. En segundo lugar, porque la garantía contra la autoincriminación compulsiva de ningún modo exige la presencia de un riesgo vida del declarante, ya que las situaciones de coacción son subjetivas y no objetivas. No interesa lo que ocurre sino lo que el sujeto cree que ocurre (por ejemplo, una amenaza con un arma de juguete), y que es lo que determina sus declaraciones.

Pero hay más, el estándar de la Cámara no puede ser aceptado de ningún modo porque aunque a una persona se le garantice que su vida no correrá peligro, igualmente se la puede colocar en una situación de violencia moral amparada por la garantía, como puede ser el caso de una tortura controlada por médicos, de lo cual tenemos suficiente experiencia en Argentina, donde el sujeto no se autoincrimina para hacer cesar el camino hacia la muerte, sino para hacer cesar el dolor.

En síntesis, ninguno de los dos motivos dados por la Cámara para apartarse de la doctrina de la CSJN resultan atendibles.

El conflicto de intereses que fundó el pronunciamiento de la CSJN, es idéntico al que se encuentra en las presentes actuaciones: *“En abstracto puede entender que se trata de la ponderación entre el derecho a la confidencialidad que le asiste a todo habitante de la Nación que requiere asistencia a un profesional de la salud –una acción privada incluso de quien se encuentra realizando una conducta delictiva, en tanto parte integrante de su ámbito de autonomía individual tal como lo señala el señor Procurador General (art. 19 de la Constitución Nacional)– y el interés del Estado en la persecución de los delitos; pero en concreto y en el caso, se trata nada menos que del derecho a la vida de una persona y ese interés del Estado”*. Ello de conformidad con el dictamen del Procurador General de la Nación, quien se había expedido en el sentido de que un derecho personalísimo como es el derecho a la intimidad, supera el interés social en la aplicación de una pena: *“...el interés en la persecución del delito tiene un peso menor que la protección de la confianza general de recurrir a la ayuda médica como promotor del sistema de salud pública...”*.

VII.

Situación de Ilse Tobar Flores:

Finalmente, con relación al planteo del recurrente relativo a que la postulada nulidad debía beneficiar también a la coimputada Ilse Tobar Flores, corresponde analizar los siguientes puntos:



Ministerio Público de la Nación

Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

El conocido plenario “Natividad Frías” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal se sostuvo –con total independencia de la posición de algunos jueces que se refieren a la cláusula contra la autoincriminación compulsiva– que lo relevante del caso era que se violaba el secreto médico respecto de la imputada-paciente, lo cual no podía ser invocado en su favor por los terceros que no son titulares de aquel secreto médico (a diferencia de lo que ocurre con la violación de garantías de jerarquía constitucional), es decir, que los fundamentos expuestos sólo alcanzaban a la autora del hecho, *“sin rozar para nada la responsabilidad penal de terceras personas (autores, coautores, instigadores o cómplices) que queda indemne, y a los que corresponde instruir el proceso respectivo en todos los casos”*.

Como fue reseñado, lo que motivó la detención de Ilse Tobar Flores fue el hecho de poseer el mismo itinerario de viaje que Gutiérrez Hurtado, y en momentos previos a que se procediese a requisarla, ésta había manifestado textualmente: “tengo adentro”. Luego, fue asistida por personal médico y se extrajo el estupefaciente del interior de su vagina.

Así las circunstancias, entiendo que la doctrina de “Natividad Frías” no es aplicable al presente caso sólo a su respecto. La distinción entre una situación y la otra está dada porque en el citado plenario la noticia del propio delito había surgido de la intervención médica en sí misma, mientras que aquí surgió de los dichos bajo presión –por el dolor físico– de la paciente a la médica antes de comenzar la auscultación. Esa es la distinción imperante por sus consecuencias. En “Natividad Frías” se trató sólo de la violación del secreto médico, y por esa razón no podía ser invocado en su favor por los terceros que no son titulares de ese derecho de confidencialidad.

Pero ello no ocurre cuando se trata de la violación de garantías de jerarquía constitucional.

Ello en virtud de que el Estado no puede utilizar el producto de actos ilícitos para cumplir con su actividad de persecución penal. Esta doctrina conocida como “fruto del árbol venenoso” fue desarrollada en varias ocasiones por la CSJN (Fallos: 46:36, “Charles Hermanos”; 303:1938, “Montenegro”). Pero es recién en el caso “Rayford y otros” (Fallos: 308: 733) en el dónde la Corte sienta una serie de principios respecto del alcance de la regla de exclusión, y en lo que aquí atañe, respecto a la posibilidad de que tal regla pueda ser invocada por terceros involucrados, quienes están amparados por ella en virtud de la garantía de debido proceso. Allí dijo que *“conceder valor a las pruebas obtenidas por vías ilegítimas y apoyar en ellas una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con la garantía del debido proceso, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito por el que se adquirieron tales evidencias”*. En este contexto, entendió que la exclusión probatoria debía beneficiar a los demás intervinientes en atención a que *“no hubo varios cauces de investigación sino uno solo, cuya vertiente original estuvo viciada y contaminó todo su curso”*.

Por lo que concluyo, que la declaración de nulidad de todo lo actuado incluye al procedimiento llevado a cabo contra Ilse Tobar Flores.

VIII.

Como última reflexión, y al margen de los temas tratados en el presente debo mencionar que en casos como el presente se está criminalizando al más débil, al último eslabón de la cadena del delito de contrabando de estupefacientes. A quienes (sin ahondar en los motivos que la llevaron a realizar el acto que se le reprocha) arriesgan su propia vida y son utilizadas como un “simple medio” por los jefes y organizadores de esta clase de delitos verdaderos autores del ilícito objeto de ésta causa, que se aprovechan de la situación económica y de la falta de instrucción de éstas



Ministerio Público de la Nación

Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

personas, generalmente mujeres. La represión estatal no puede recaer sólo sobre quienes cometen un delito que benefician a otras personas, pues de esa manera la ley penal se traduce en criminalizaciones secundarias hacia los más vulnerables e impunidad a los mandantes que se benefician con éstas prácticas.

IX.

Por todo lo expuesto, concluyo que en el presente se vulneró la garantía contra la autoincriminación compulsiva y, a su vez, los dichos autoincriminantes que Gutiérrez Hurtado le profirió al personal médico en su carácter de paciente y con fines médicos se hallaban amparados por el secreto médico que conduce a la prohibición que recae sobre los médicos de develar ese tipo de información. Por lo que los dichos del personal médico a los agentes de la PSA constituyeron sin lugar a dudas, un incumplimiento de su deber de confidencialidad.

Al no existir un cauce independiente, y en virtud de la regla de exclusión, debe declararse la nulidad absoluta de todo lo actuado (arts. 166, 172 y cc. CPPN) con relación a Gutiérrez Hurtado y a Tobar Flores.

Por otro lado, existe cuestión federal simple pues el *a quo* se apartó de forma infundada de la doctrina sentada por la CSJN en “Baldivieso”.

Finalmente, la investigación debe continuar con el fin de identificar a quienes proveyeron el material estupefaciente a las nombradas, y a quiénes estaba dirigido, y de ningún modo la declaración de nulidad que se propicia beneficia a aquellos autores.

X.

Por lo tanto, solicito a VV.EE. que haga lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa con relación a las imputadas Rosa Esther Gutiérrez Hurtado e Ilse Tobar Flores y se declare abstracto respecto de Margarita Parada Torrez.

Fiscalía N° 4, 13 de mayo de 2015.

G.