

CASACIÓN

San Miguel de Tucumán, **23 de Marzo** de 2017.-

329/2017

Y VISTO: Llega a conocimiento y resolución de esta

Excma. Corte Suprema de Justicia, Sala en lo Civil y Penal, que integran los señores Vocales doctores Antonio Gandur, Antonio Daniel Estofán y Daniel Oscar Posse, presidida por su titular doctor Antonio Gandur, el recurso de casación interpuesto por defensora técnica de la imputada, contra la sentencia dictada por la Cámara Penal, Sala III del 19 de abril de 2016, corriente a fs. 540/566, el que es concedido por el Referido Tribunal mediante auto interlocutorio del 19/5/2016 (fs. 609/610). En esta sede, la parte no presentó la memoria que autoriza el art. 487 CPP (fs. 846). Pasada la causa a estudio de los señores Vocales, y establecidas las cuestiones a dilucidar, de conformidad con el sorteo practicado el orden de votación será el siguiente: Daniel Oscar Posse, Antonio Daniel Estofán y Antonio Gandur. Luego de la pertinente deliberación, se procede a redactar la sentencia.

Las cuestiones propuestas son las siguientes: ¿Es admisible el recurso?; en su caso, ¿es procedente?

A las cuestiones propuestas el señor Vocal doctor Daniel Oscar Posse, dijo:

1°).- Que mediante sentencia de fecha 19 de abril de 2016, corriente a fs. 540/566, la Cámara Penal, Sala III, dispuso, por unanimidad: “I.- CONDENAR a S.S.S....a la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES y COSTAS PROCESALES, por resultar AUTORA penalmente responsable del delito de HOMICIDIO AGRAVADO POR EL VÍNCULO MEDIANDO CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS DE ATENUACIÓN en perjuicio de N.N.S., por un hecho ocurrido el día 21/03/2014 (art. 80 inc. 1° -segundo supuesto- y último párrafo del C.P...)”.

La encartada (a quien en este recurso llamaré “Belén” en atención a ser el nombre evocativo con el que públicamente se conoce el caso) fue acusada

y condenada por el hecho de que en fecha 21/3/2014, siendo horas 3:50 aproximadamente, ingresó a la guardia mayor del Hospital Avellaneda aduciendo padecer cólicos renales y diarrea, siendo atendida por personal médico asistencial de dicha área. Que entre horas 04:00 y 05:00 aproximadamente solicitó permiso para concurrir al baño manifestando tener diarrea, y mientras se encontraba en tal lugar dio a luz un bebé de sexo masculino de aproximadamente 32 semanas de gestación, con una talla de 36 cm y 950 grs. de peso, que nació con vida conforme el informe de autopsia. Que después de dar a luz, Belén cortó el cordón umbilical, lo anudó, y con claras intenciones de provocar la muerte de su hijo lo arrojó por las cañerías del baño y tiró la cadena; y que con ese accionar provocó en su hijo un traumatismo encéfalo craneano, lesión que le ocasionó el óbito. Que luego de ello, Belén se retiró del baño y se dirigió nuevamente al consultorio donde estaba siendo atendida, quedando el cuerpo de su hijo, ya sin vida, atascado en la cañería del inodoro.

La Cámara consideró que el hecho fue cometido bajo la clara influencia y afectación por el estado puerperal en que se encontraba la imputada, interpretando que ello, si bien no implicó la absoluta incompreensión de la criminalidad de sus actos ni la imposibilidad total de dirigir sus acciones, operó como una circunstancia extraordinaria de atenuación, calificando entonces al hecho como “homicidio agravado por el vínculo, mediando circunstancias extraordinarias de atenuación” (art. 80 -inc. 1º -segundo supuesto- y última parte Código Penal).

2º).- Contra la sentencia interpuso recurso de casación la defensora técnica, Dra. María Soledad Deza, quien en un extenso memorial efectúa los siguientes cuestionamientos al fallo: a) por la transgresión e insatisfacción de la garantía de defensa en juicio de su pupila; b) por la nulidad del proceso ante la violación del secreto profesional y confidencialidad médico-paciente; y c) por la arbitrariedad en la valoración de la prueba (fs. 577/627).

Los fundamentos concretos de los agravios serán desarrollados más adelante, junto con el tratamiento puntual que sobre cada uno de ellos corresponda realizar.

3º).- El recurso fue concedido por el Tribunal sentenciante mediante auto de fecha 19/5/2016 (fs. 609/610).

Arribados los autos a esta Corte, con fecha 03/6/2016 se dictó la providencia de autos (fs. 747).

Notificada de la misma, la parte recurrente no presentó memorial facultativo, conforme informe actuarial de fecha 30/6/2016 corriente a fs. 846.

Corrida vista al señor Ministro Fiscal, se expide por la procedencia del recurso mediante dictamen obrante a fs. 974/984.

Sostiene el señor Ministro Fiscal (MF) que Belén es una mujer en estado de vulnerabilidad, y que ello no fue contemplado en la sentencia ni mereció la especial protección que impone al Estado la normativa constitucional imperante; que la sentencia afectó la inviolabilidad de la defensa en juicio cuando parcializó la declaración de la acusada; que no se acreditó la vinculación entre Belén y el niño con la pertinente producción de prueba de ADN, cuestionando el representante de la vindicta pública las numerosas irregularidades en la producción y cadena de custodia de los elementos probatorios de cargo, así como la valoración probatoria de autoría efectuado por la Cámara, considerando por ello que el fallo condenatorio es arbitrario por carecer de fundamentos suficientes. Sostiene también el MF la procedencia del agravio de la defensa relativo a la violación del secreto profesional en el caso, citando los precedentes “Baldivieso” de la CSJN y “De la Cruz Flores vs. Perú” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En estos autos se presentaron los siguientes *amicus curiae* (en adelante *amicus*): Consejo Nacional de Mujeres de la Presidencia de la Nación (fs. 653/717); Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer -CLADEM- (fs. 829/844); Asamblea Permanente de los Derechos Humanos -APDH- (fs. 852/863); Asociación de Abogados de Buenos Aires (fs. 887/898); Asociación Pensamiento Penal (fs. 906/914); Centro de Estudios Legales y Sociales -CELS- (fs. 940/958); Defensoría General de la Nación (fs. 960/972); Diputada Nacional Soledad Sosa, organismos de Derechos Humanos, parlamentarios y personalidades (fs. 986/1013); Innocente Project Argentina -IP Argentina- (fs. 1030/1044); Abogados y Abogadas del Noroeste Argentino en Derechos Humanos y Estudios Sociales -ANDHES- (fs. 1056/1063); Asociación Civil Pro-Amnistía (fs. 1075/1082); Central de Trabajadores de la Argentina -CTA- (fs. 1102/1115); Partido Demócrata Cristiano (fs. 1127/1136); Liliana Guzmán Cruzado y otras (fs. 1138/1143); Asociación de Mujeres Penalistas de Argentina (fs. 1145/1155); Asociación Americana de Juristas (fs. 1318/1320). La foliatura indicada se corresponde sólo a los memoriales y no a la documentación también presentada sobre la constitución o representación de los *amicus*.

A fs. 1157/1316 se acompaña planilla de firmas en adhesión al fallo de la organización CitizenGO.

Los argumentos de intervención de los *amicus* serán expuestos y analizados en cuanto resulten pertinentes al tratamiento de los agravios en particular.

4°).- Efectuando el examen de admisibilidad, el recurso supera dicho tamiz: ha sido interpuesto en tiempo y forma por la defensa de la imputada contra una sentencia definitiva de condena; el memorial se revela como autosuficiente,

contando con una completa relación de los hechos y antecedentes de la causa, indicando cuáles son los vicios de derecho sustancial y formal que, a criterio de la recurrente, presenta la sentencia, y cuál es la solución legal que entiende pertinente (arts. 479, 480, 483 inc. 1° y 485 CPP).

Con ello queda habilitado el tratamiento de los fundamentos del recurso.

5°).- Previo adentrarme al control de procedencia, corresponde aclarar que el marco de análisis del recurso, de conformidad con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Casal”, se realizará de manera tal de “(...) agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable (...) en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible, al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular (...)”; y que “(...) lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediatez” (CSJN, “Casal Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa”, Fallos: 328:3399).

VI.- Por una cuestión de método examinaré, en primer orden, el planteo de la nulidad en que se invoca la violación del secreto profesional por parte de los médicos y demás personal sanitario que asistió a Belén, luego continuaré con el relacionado a la violación de la garantía de defensa en juicio, y por último las dirigidas contra la afectación a la pauta hermenéutica de la sana crítica racional.

7°).- Violación del secreto Profesional

La defensora alega que en la causa se produjo la violación del secreto profesional y vulneración de la confidencialidad médico-paciente, y con ello se afectó la garantía constitucional de debido proceso y el derecho a la privacidad, intimidad y a la no autoincriminación de su defendida (art. 18 CN).

Sostiene que toda la causa se inició y motorizó aprovechándose de la información obtenida sobre la base de la relación médico-paciente, protegida por la confidencialidad y tipificada como delito su revelación, y que sobre ello se construyó el cuadro probatorio de homicidio agravado por el vínculo por el cual se condenó a su defendida, principalmente en base de las testimoniales brindadas en violación del secreto profesional.

Luego de alegar sobre los fundamentos éticos y jurídicos del deber de guardar el secreto profesional e indicar la normativa que entiende aplicable, la recurrente indica los momentos en que se habría producido el quiebre de la obligación de silencio:

a) Que el Dr. Daniel Martín violó su obligación de guardar secreto profesional, cuando según su propia declaración, en medio de la atención médica de la paciente, dijo que: *“llega una policía del sexo femenino de la guardia del Hospital preguntando si alguna paciente había ingresado con hemorragia por un aborto porque habían dejado un feto en el baño de la guardia mayor. Se le informa que había una paciente con un aborto”* (fs. 54).

b) Que antes de eso, el Dr. Daniel Martín también violó la intimidad de su paciente cuando le facilitó la Historia Clínica de la imputada a la médica de la policía Marcela Sueldos, para que ésta la lea y anote de puño y letra, con sello y rúbrica: *“Causa: homicidio”* (fs. 68).

c) Que la partera Marta Monjes (quien según fs. 12 y 38 encuentra el feto a horas 03.00), violó también el secreto profesional cuando expresó: *“acudo al baño de pacientes, situado en planta baja del edificio Avellaneda, acompañada por la guardia policial de turno a buscar el producto expulsado por la paciente S.”* (fs. 68). Pregunta la defensora ¿Por qué concurre con la “Sargento Ayudante Angela Dip” (fs. 2) si su intención no era dar noticia críminis? ¿Por qué si su intención era “salvar al bebé” (fs. 94) se hizo acompañar por una policía?.

d) Que el Dr. Jorge Augusto Molina (fs. 2) violó el secreto profesional cuando informó en el libro de novedades del Destacamento Policial del Hospital Avellaneda que la imputada *“ingresa con un cuadro de abdomen agudo a las 3.50...según los dichos del doctor la paciente quedó internada y como a las 6.30 solicitó permiso para ir al baño, al regresar estaba con una hemorragia por lo que la deriva al servicio de ginecología donde fue atendida por el Dr. Daniel Martín quien al revisarla observa resto de placenta y cordón”*.

Luego la recurrente cuestiona que la Cámara justificara la violación del secreto profesional médico bajo el argumento de que los efectores de la salud querían evitar un daño mayor, esto es “la vida de un niño” invocando el interés superior del niño. Al respecto sostiene la recurrente que ninguna vida se tuvo en miras salvar cuando ya el Dr. Martín había delatado a su paciente como “abortante” frente a la policía. Remarca que la enfermera Monjes fue a buscar el producido de un aborto en compañía policial (fs. 68) luego de que ella misma ya lo hubiera encontrado (fs. 12) y sabía que estaba muerto. Con ello la defensora sostiene que no se quería evitar ningún mal mayor, sino criminalizar a la paciente, a quien incluso interrogaron de forma invasiva y acusatoria, y permitieron que fuera sometida a exámenes policiales, requisas y violaciones a su intimidad.

Remarca que tal violación del deber de guardar secreto médico fue violada también en sede judicial. Cuestiona que la Cámara pretendiera en la

sentencia “relevar” a los efectores de la salud de su obligación de secreto, expresando la recurrente que tal relevamiento resultaba extemporáneo ya que la transgresión era pasada; y que únicamente el interesado puede relevar el secreto profesional.

Cita precedentes jurisprudenciales y solicita la exclusión probatoria de todas las pruebas testimoniales rendidas por quienes integraron el equipo de salud que atendió a su defendida en el Hospital Avellaneda, por ser sus declaraciones producto de la violación de la confidencialidad médico-paciente que garantiza el debido proceso en el art. 18 de la Constitución Nacional, en tanto impide se afecte el derecho a no auto-incriminarse como producto de la atención sanitaria recibida. Pide se haga extensiva la exclusión a todo lo que fuera consecuencia necesaria de aquellas.

8°).- Adelanto que le otorgo razón al planteo recursivo.

Como bien lo señala la recurrente, el deber de guardar el secreto profesional tiene sólidos fundamentos éticos y jurídicos destinados a apuntalar la relación médico-paciente.

Los fundamentos éticos tienen su base en una de las frases del Juramento Hipocrático, por el cual el profesional de la salud jura, en lo pertinente al caso: “...guardar silencio sobre lo que, en mi consulta o fuera de ella, vea u oiga, que se refiera a la vida de los hombres y que no deba ser divulgado. Mantendré en secreto todo lo que pudiera ser vergonzoso si lo supiera la gente...” (disponible en la página oficial del Ministerio de Salud de la Nación <http://test.e-legis-ar.msal.gov.ar/leisref/public/showAct.php?id=5299&word=>).

El Código de Ética Médica de la Asociación Médica Argentina expresa claramente respecto de la naturaleza de la reserva profesional cuando afirma que “*el secreto profesional es un deber ético que en el miembro del Equipo de la Salud nace de la esencia misma de la profesión y se relaciona con el respeto a la libertad del paciente*” (art. 102); y en el art. 217 fija el alcance de la obligación cuando expresa que “*El secreto profesional y de confidencialidad son derechos inalienables de los pacientes. El Equipo de Salud está obligado a constituirse en celoso custodio de los mismos. Las instituciones asistenciales deben actuar consensuadamente con los profesionales para normatizar que el contenido de los informes y certificaciones impidan vulnerar los derechos citados, además de cuidar cualquier otra forma en que, dentro de la Institución, pueda violarse el secreto profesional*”; en correlato, el art. 503 dispone “*Toda persona asistida tiene derecho y configura además un deber ético para quien o quienes la tratan el respeto al secreto profesional que garantiza su intimidad y preserva el ejercicio de sus derechos y dignidad como persona.*”; y el art. 504 menciona que “*Esta obligación ética de confidencialidad incluye al personal administrativo que maneja archivos de historias*

clínicas”(<https://www.ama-med.org.ar/images/uploads/files/ama-codigo-etica-castellano.pdf>).

En relación al derecho positivo, el secreto médico se encuentra legislado en la Ley N° 17.132 “Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas”, que en su artículo 11 prescribe que *“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...”*.

Por su lado la Ley Nacional N° 26.529 de “Derechos del paciente” establece en el art. 2, bajo el tópico “Derechos del paciente” que *“Constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate, los siguientes: (...) c) Intimidad. Toda actividad médico-asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la Ley N° 25.326; d) Confidencialidad. El paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente;...”*.

La Ley Nacional N° 25.326 de “Protección de datos personales” establece en su Art. 8 que *“Los establecimientos sanitarios públicos o privados y los profesionales vinculados a las ciencias de la salud pueden recolectar y tratar los datos personales relativos a la salud física o mental de los pacientes que acudan a los mismos o que estén o hubieren estado bajo tratamiento de aquéllos, respetando los principios del secreto profesional”*.

Reconoce tal importancia la guarda del secreto profesional que su violación se encuentra tipificado como delito en el art. 156 del Código Penal, conocido como “violación de secretos”, que dispone que *“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”*.

En la provincia de Tucumán, la Ley N° 6.952 en su art. 1 inc. 6 dispone que todo paciente tiene derecho: *“A que se respete su intimidad y la*

confidencialidad de todo lo relacionado con procedimientos, diagnósticos, exploraciones, interconsultas, tratamientos. Quienes no estén directamente implicados en su atención, deben contar con la autorización del paciente para estar presentes en cualquier acto relacionado con la afección que padece”.

Y dentro de la normativa procesal nuestra provincia cuenta con dos disposiciones que también contemplan la guarda del secreto profesional: el art. 223 que establece: “*DEBER DE ABSTENCIÓN*”. *Deberán abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hayan llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad: (...) los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar (...). Sin embargo, estas personas no podrán negar el testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar el secreto...*”. Y en cuanto a la “*obligación de denunciar*”, la ley ritual dispone en el art. 326 inc. 2º que “*Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio: (...) 2. Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier ramo del arte de curar que conozcan esos hechos al prestar los auxilios de su profesión, salvo que el conocimiento adquirido por ellos esté por la ley bajo el amparo del secreto profesional*”.

Por último, en lo que atañe a los Tratados de Derechos Humanos incorporados al plexo constitucional, el secreto profesional reconoce su existencia en la protección del derecho a la intimidad, la privacidad y la libertad. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos dice en su art. 12 que: “*Nadie será objeto de intromisiones arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o correspondencia, ni de daños a su honor o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales intromisiones o daños*”. El art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece que: “*(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 Convención Americana de Derechos Humanos (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*”.

Corolario: conforme la base normativa transcrita ninguna duda puede caber que lo que se intenta proteger con la obligación de salvaguarda del secreto profesional es la *intimidad* o esfera de *reserva* de un individuo, no admitiéndose que aquellas personas que puedan calificarse de “*confidentes necesarios*” puedan ultrajar lo que les ha sido dado en calidad de secreto (cfr. Parma, Carlos “*Violación del secreto*

profesional”, Código Penal Comentado de acceso libre de la Asociación de Pensamiento Penal (<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentdo/cpc37763.pdf>). Este autor, en la profunda y muy recomendable obra que acabo de mencionar, cita que el bien jurídico protegido en el llamado secreto profesional es la defensa de la intimidad como derecho de la personalidad, porque hay una necesidad individual de recurrir a estos servicios profesionales y también un interés público en garantizar instituciones sociales que tienen su fundamento en una relación de confianza” (con cita a Bajo Fernández, Miguel; “El secreto profesional”; t. 34, Anuario de Derecho Penal, Madrid, 1980, ps. 598); y al Tribunal Constitucional español cuando afirma que “el fundamento del secreto profesional médico es la intimidad del paciente, único titular para oponerse al uso de la historia clínica” (-Auto del TC 600/1989 y STC 37/1989-).

Entonces, y conforme la expresa y clara normativa transcrita, la obligación de los médicos y demás personal sanitario de respetar la intimidad del paciente y el deber de no revelar los datos a los que accedan en virtud del vínculo generado con quien busca asistencia médica, tienen fundamento en el derecho positivo nacional y en los Pactos internacionales incorporados al cuerpo constitucional.

9°).- Sentada la base normativa de la obligación profesional bajo examen, corresponde examinar si en el caso de autos se verificó algún desapego con el deber de resguardar el secreto médico, y en su caso la incidencia que pudiera haber tenido.

En ese sentido es acertado el agravio de la defensora cuando expone que en el caso se verificó la violación del secreto profesional, tanto en el ámbito médico asistencial -con lo que se dio inicio a este proceso-, como también en el tribunalicio, en sus diferentes etapas.

En cuanto al primero, ello resulta evidente conforme el acta de procedimiento -cabeza de sumario- que corre agregada a fs. 1, que indica que el día del hecho el personal policial con prestación de servicios en la Comisaría 5ª tomó conocimiento, a través de una comunicación telefónica proveniente del Destacamento Policial del Hospital Avellaneda, del ingreso en horas de la madrugada de una persona de sexo femenino llamada S.S.S., quien según se informó, habría tenido un aborto espontáneo en la Sala de Ginecología; que ya se encontraba en el lugar la Dra. Marcela Sueldos, Médico de Policía, quien refirió que el hecho podría tratarse de un homicidio de tipo doloso, y que por directivas de la Fiscalía interviniente S. ya se encontraba en calidad de aprehendida. Expresa la misma acta que el oficial policial instructor se constituyó en el hospital “a los fines de tomar debida intervención y recabar los datos necesarios para dar inicio a las actuaciones sumariales”, y que de esa forma “se recabó información de que la causante se encontraba internada en la Sala de Partos”. Agrega el acta que “(S.) ingresó por

la guardia argumentando problemas por dolor estomacal y/o abdominal, luego fue derivada por el Dr. Jorge Molina a la Sala de Ginecología, donde fue atendida por el Dr. José Daniel Martín, quien determinó que la misma se encontraba embarazada, pero previamente la causante había tenido un aborto cuyo feto fue rescatado por el propio personal médico de la Sala, que todo este procedimiento fue detallado en el parte diario efectuado por el médico de la sala y en la Historia clínica de la paciente. Como detalle a tener en cuenta, la ciudadana S. argumentó que desconocía su estado de embarazo y que su ingreso se debió a dolores en la zona abdominal...”.

El parte del Destacamento Policial del Hospital Avellaneda obrante a fs. 2 comunica como novedad el ingreso por la guardia mayor, a horas 03:50 del día 21/3/2014, de S.S.S., quien, conforme al diagnóstico del médico de guardia Dr. Jorge Molina, presentaba un cuadro de abdomen agudo, y según los dichos de este médico, la paciente como a horas 06:30 solicitó permiso para ir al baño, y al regresar estaba con hemorragia, por lo que la derivó al servicio de Ginecología, donde fue atendida por el Dr. Daniel Martín, quien observó restos de placenta y cordón compatible con gestación mayor a 22 semanas.

Estos dos instrumentos, con los cuales se dio inicio a este proceso, son claramente reveladores de que el personal médico que asistió a Belén aportó datos esenciales para su imputación: así en el acta de fs. 1 de manera expresa se indica que el instructor policial se constituyó en el hospital “a los fines de tomar debida intervención y recabar los datos necesarios para dar inicio a las actuaciones sumariales”, y que de ese modo fue cómo pudo tomar conocimiento de las circunstancias de ingreso, internación y atención médica de la imputada. El acta revela quiénes asistieron a la nombrada, por qué motivos, da cuenta de lo que se consignó en la HC, y precisa sobre lo que la paciente expresó en el sentido de desconocer su embarazo; y el parte de fs. 2, no tan sólo que precisa el diagnóstico de ingreso de Belén, sino que también remite a dichos del médico de guardia Dr. Jorge Molina sobre el estado de la paciente y hallazgo por parte del Dr. Martín de restos de placenta y cordón compatible con gestación.

Obviamente que ninguno de esos datos pudieron haber sido accedidos por el personal policial sin una revelación de parte del personal médico asistencial.

Este dato se corrobora claramente con diversas constancias de la causa:

* Así a fs. 8 del expediente corre agregada una constancia inserta en un formulario de recetario de paciente ambulatorio del Hospital Avellaneda, en la que el Dr. José Daniel Martín informa sobre el ingreso de la paciente luego de ser derivada

desde la guardia mayor, y sobre la evaluación médica efectuada y sobre el hallazgo y extracción de placenta y cordón. El último párrafo de la constancia expresa que “Se informa a guardia policial”.

* En la historia clínica (HC) de la paciente también existen datos que revelan de manera irrefutable el acceso policial a tal documento, cuyo resguardo, es dable recordar, también es abarcado por el secreto profesional: a fs. 3 de la HC (fs. 67 del expediente), último párrafo, se indica que “Se hace presente la policía del destacamento policial del hospital que informa la presencia de un feto sin vida en el inodoro del baño de la guardia mayor donde se encontraba la paciente...”. A fs. 4 de la HC. (68 del expediente) la médica de la Policía de Tucumán, Dra. Marcela Sueldos, inserta de puño y letra en la HC la leyenda “Caso Policial Causa: homicidio, se deriva feto autopsia”.

*Declaración testimonial del Dr. José Daniel Martín en la Fiscalía de Instrucción (fs. 54), donde el profesional declara que cuando realizaba el examen ginecológico de la paciente, “...llega una policía de sexo femenino de la guardia del hospital preguntando si alguna paciente había ingresado con hemorragia por un aborto porque habían dejado un feto en el baño de la guardia mayor. Se le informa que había una paciente con un aborto tras lo cual se retira a su oficina...”.

Es tan claro entonces que la información policial sobre el hecho y posible vinculación de la encartada con el mismo se derivó directamente de lo que aportó el personal médico y la documentación de la paciente, que el punto no amerita mayor detenimiento.

11°).- En cuanto al ámbito tribunalicio, cabe decir que tanto los médicos que asistieron a Belén como también el personal sanitario prestaron declaración testimonial, tanto en sede de la Fiscalía de Instrucción como ante el Tribunal de juicio, sobre hechos vinculados con la paciente y conocidos con motivo de su función profesional. Y tales declaraciones resultaron sustanciales a la hora en que se emitió la sentencia de condena, según lo explica el fallo en el punto a fs. 551 y ss. donde expresamente menciona como prueba cargosa “*Las declaraciones testimoniales brindadas en el debate por el personal que se encontraba de guardia en el Hospital Avellaneda el día del hecho, y que intervino en la atención de la paciente S.S.S.*”, detallando luego la Cámara los dichos de los testigos profesionales.

La incidencia directa entre tales relatos testimoniales y la condena de S. quedó plasmada a fs. 554, donde la Cámara, en el punto “AUTORIA MATERIAL DEL HECHO” expresa:

“Asimismo, surge acreditada la autoría con los testimonios del personal de guardia del Hospital Avellaneda (reproducidos ut supra), quienes vieron a la

imputada entrar a dicho nosocomio la madrugada del día 21 de marzo de 2014, aduciendo padecer diarrea desde hace varios días, y dolor en el estómago (testimonio de la Dra. Natalia Magalí Azar y de los enfermos Luis Antonio Gramajo y Verónica Rosa Ledesma); que la vieron ir al baño y volver dos veces (testimonio de Dra. Sara Lía Sader y de la enfermera Ledesma); que vieron que, al regresar del baño por segunda vez, presentaba un profuso sangrado en su zona genital, por lo que la derivaron al servicio de ginecología (testimonio de Dra. Sara Lía Sader, del Dr. Jorge Augusto Molina y de los enfermos Luis Antonio Gramajo y Verónica Rosa Ledesma); que allí en el servicio de ginecología, constataron la hemorragia en la zona genital, y sobre todo, vieron el cordón umbilical cortado, por lo que le realizaron un raspado, una limpieza, el alumbramiento de la placenta -que salió completa-, y un legrado (testimonio del Dr. José Daniel Martín); y que vieron, por último, que en un baño del Hospital, más precisamente en un inodoro, estaba la parte de arriba de la cabeza de un bebé, por lo que lo retiraron de ahí y lo llevaron a la Sala de Neonatología, notando además que el bebé ya estaba desarrollado, y que el cordón umbilical estaba como desgarrado (testimonio de la Lic. Marta Liliana Monjes)”.

12°).- Ahora, visto que el anoticiamiento de la hipótesis criminal fue provisto a la instrucción policial por quienes ejercieron la asistencia médica de la paciente, y que éstos además prestaron luego declaración testimonial -tanto en la Fiscalía de Instrucción como en el debate oral- incriminando a su paciente, corresponde analizar si tal aporte de datos resultaba válido.

Como ya quedó expuesto cuando efectué el relevamiento normativo aplicable al tema, la norma procesal del art. 223, luego de fijar el *deber de abstención* de los médicos y demás auxiliares del arte de curar de declarar sobre los hechos secretos que llegaran a su conocimiento en razón del oficio o profesión, establece que “*Sin embargo, estas personas no podrán negar el testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar el secreto...*”.

Entonces, por letra expresa, es el interesado -y sólo él- quien puede relevar al profesional de su deber de guarda del secreto.

Con ello le asiste razón a la recurrente en cuanto se queja del relevamiento *ex post* que efectuó el Tribunal, en la sentencia, a los testigos profesionales de su obligación de reserva o confidencialidad.

Tal razonamiento de la Cámara aparece errado, ya que carece de potestad para relevar al profesional de un aspecto obligacional establecido por la ley en favor del paciente. En esa línea es dable citar a Maier cuando expresa que “...no existe juez en el mundo que pueda liberar de un deber establecido por la ley y, en este caso, por la ley penal: si ella establece como delito la infracción al deber de guardar el secreto (CP, 156 y

157), el deber permanece maguer la “liberación pronunciada por el juez...” (Maier Julio B. J., “Derecho Procesal Penal, t. III, pág. 134 y 135, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2011).

Pues en el caso, no existe dato alguno, ni siquiera mención, de que la acusada, beneficiaria única e inalienable del resguardo profesional, hubiera relevado al personal médico asistencial del secreto adquirido por la atención de su persona.

Con ello la tardía dispensa o relevamiento efectuado por la Cámara en la sentencia es de ningún valor.

13°).- No resulta admisible justificar la ruptura de la reserva profesional con que la paciente con el argumento vertido en la sentencia en el sentido de que la paciente “...no requería el amparo del secreto profesional...”.

En tal sentido interpreto que no resulta en modo alguno razonable interpretar que el paciente deba requerir de modo expreso una reserva que se encuentra cargada como obligación sobre la espalda del médico por razones éticas y legales, como ya se vio anteriormente. La correcta interpretación es justamente la contraria: ante la obligación legal de mantener el secreto, el médico debe resguardarlo salvo que el paciente expresamente lo releve de tal. Del silencio del paciente no puede extraerse válida y racionalmente que el facultativo se encuentre habilitado para quebrar su obligación de resguardar el secreto profesional.

14°).- Tampoco puede aceptarse como válido que el secreto profesional cubra solo lo que le hubiere sido manifestado voluntariamente por el paciente. Carlos Parma, en el comentario al art. 156 del Código Penal anteriormente citado, expresa que el secreto profesional incluye también los casos en que ni siquiera exista una confidencia tácita, como sucede con el caso de los enfermos en estado de inconsciencia o incapaces de voluntad o con los sometidos en examen médico obligatorio. Y que la fórmula “tener noticia del secreto por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte”, comprende, en síntesis, tanto los secretos manifestados por su poseedor con motivo del servicio que le presta el profesional, como los relativos al objeto del servicio advertido por éste en esa ocasión; y que no es necesario que el secreto haya sido conocido por comunicación verbal; basta que el profesional tenga conocimiento de ello por razón del estado o cargo, esto que el ejercicio de la actividad correspondiente suponga el acceso a una esfera de secretos (cfr. Parma, Carlos, op. cit., pag. 42).

En igual orden Jauchen refiere que el principio de incoercibilidad del imputado consagrado en nuestra Ley Fundamental, “abarca no sólo sus manifestaciones confesorias concretas sino toda clase de manifestación o aporte de cualquier tipo de elemento, sea material, documental, expresivo, gestual, etc, que pueda comprometerlo en su situación frente a la atribución delictiva que se le realiza” (Jauchen,

Eduardo; “Derechos del imputado”, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, pág 401).

15°).- No atiendo tampoco como razonable lo expresado por la Cámara sentenciante para justificar la denuncia de los profesionales de la salud, en el sentido de que “...Se les presenta así a los profesionales de la salud una situación urgente, gravísima, excepcional, había una vida en juego, la vida de un niño recién nacido, mientras que por el otro lado, una paciente no requería el amparo del secreto profesional, sino que negaba todo tipo de embarazo, aborto, nacimiento o parto. Entonces, ante esta situación, está más que claro que era necesario decir o denunciar lo que estaba pasando, e ir en busca del niño, para tratar de salvar su vida...”.

Es que resulta claro, conforme los antecedentes relevados en esta causa, que el caso rápidamente fue calificado como homicidio, ya que el cuerpo del bebé fue hallado casi de inmediato a la toma de razón del parto de Belén. Así de la HC surge que la joven ingresó al servicio de ginecología a hs. 6.45 ya derivada desde la guardia mayor (fs. 67), y que mientras se le realizaba el legrado se hizo presente “...la policía del destacamento policial del hospital que informa la presencia de un feto sin vida en el inodoro del baño de la guardia mayor...”. Este dato del encuentro del bebé sin vida corre agregado al pie de la foja 3 de la HC (fs. 67 de autos), y si bien no consta la hora de su inserción, es claro que debió ser escrito entre horas 06.45 (momento de ingreso de la paciente al servicio de ginecología) y hs. 07.05 (en que se hace contar en la HC la extracción del cadáver del niño del baño de los pacientes del hospital). Con esto quiero expresar que muy prontamente se tomó conocimiento del hallazgo del niño sin vida, con lo que las razones de necesidad de encontrarlo con vida no eran ya -lamentablemente- tales.

Y a partir de la toma de conocimiento de la muerte del niño - que eliminaba la invocación de un estado de necesidad- se reabría la obligación de silencio del cuerpo médico asistencial no obstante lo doloroso y lamentable del cuadro. No eran ellos quienes debían servir de instrumentos de investigación o prueba respecto del hecho, sino el personal policial o de la Fiscalía de Instrucción, quienes no podían ni debían acudir a la fuente de los profesionales obligados a guardar silencio para recabar datos incriminatorios de su paciente.

Seguramente alguien podrá preguntarse si con lo dicho estoy sugiriendo que no debía denunciarse el hallazgo del cuerpo sin vida del niño en el baño. La respuesta es que claramente se debía denunciar tal hallazgo para que la policía investigara y/o diera cuenta del hecho a la Fiscalía. Lo que en modo alguno podía hacerse era acudir a los médicos para indagarlos, tal cual aconteció en este proceso, donde consta que se les interrogó “...si alguna paciente había ingresado con hemorragia por un aborto porque

habían dejado un feto en el baño de la guardia mayor...”, ante lo cual “...se le informó que había una paciente con un aborto...” (fs. 54). La toma de declaración a los médicos y personal sanitario interviniente en la atención de su paciente implicó así el claro quebrantamiento de la obligación profesional de resguardo del secreto.

Es que si el estado pretendía investigar el delito, debió hacerlo por los medios adecuados y legales, y no acudiendo a la delación de quienes se encontraban obligados a guardar silencio. En tal carril conceptual Luis Niño, luego de avalar lo resuelto en el el plenario “Natividad Frías” (que será desarrollado más adelante) sostiene que “...no puede instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo -oficial o no-, sin perjuicio de que sí corresponda hacerlo respecto de sus coautores, instigadores o cómplices”. Agrega este autor que “el acento no debe colocarse sobre lo que el profesional de la salud pueda hacer ante la evidencia de un hecho contrario a la ley, sino sobre lo que jueces y fiscales no deben hacer...”; y que “...no es la denuncia del profesional la reprochable, sino cualquier avance procesal que el juez o el fiscal anoticiado pudiere implementar sobre la base de ella contra la persona obligada por las circunstancias a autoinculparse...” (Niño. Luis; “El derecho a la asistencia médica y la garantía procesal que veda la autoincriminación forzada: un dilema soluble”, en “Garantías constitucionales en la investigación penal”, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, ps. 6).

16°).- Ni siquiera la situación de que el delito presuntamente cometido fuera un delito de acción pública autorizaba a quebrantar la obligación de guardar secreto.

El autor Carlos Parma, en la obra que vengo siguiendo, efectúa un largo relevamiento doctrinario al respecto, en el que se advierte una postura mayoritaria en el sentido de que, ante el conflicto de intereses debe privilegiarse el mantenimiento del secreto médico, aun frente a la obligación de denunciar delitos perseguibles de oficio, puesto que de lo contrario se sacrificaría la salud o la vida de las personas incurso en delitos de acción pública que necesitaran asistencia médica (Nuñez, “Manual de Derecho Penal”, parte especial; 2da. Edición actualizada por Reinaldi; pág. 180, año 1999, Editorial Lerner. También puede consultarse el “Tratado” en el tomo IV, pág. 129 y un trabajo publicado en La Ley año 1980 - D - pág. 473, comentario a fallo: “Violación de secreto profesional y denuncia de aborto”).

Soler admite la colisión de bienes jurídicos y ante eso dice “que el derecho no tiene más solución que la de sacrificar uno de los dos bienes en conflicto, por lo que debe tutelar la intimidad, ya que la intervención médica se produce en

situación de necesidad. Concluye diciendo que “no existe deber de denunciar, en consecuencia, y sí el deber de guardar secreto, cuando la denuncia expone al necesitado a proceso, porque su padecimiento es el resultado de la propia culpa criminal” (“Derecho Penal Argentino”; tomo IV, pág. 130/132; Editorial Tea, año 1978).

Núñez dice que “debe privilegiarse el mantenimiento del secreto médico, aun frente a la obligación de denunciar delitos perseguibles de oficio, puesto que de lo contrario se sacrificaría la salud o la vida de las personas incurso en delitos de acción pública que necesitaran asistencia médica... la regla es el secreto profesional (“Manual de Derecho Penal”, parte especial; 2da. Edición actualizada por Reinaldi; pág. 180, año 1999, Editorial Lerner. También puede consultarse el “Tratado” en el tomo IV, pág. 129 y un trabajo publicado en La Ley año 1980 - D - pág. 473, comentario a fallo: “Violación de secreto profesional y denuncia de aborto”).

Resulta interesante mencionar la opinión de Riquert, que va más allá cuando dice que la discusión se da sobre un “dilema ficticio” donde la ley en realidad no presenta contradicción normativa, sino que es clara. Este autor entiende que la consideración sobre las consecuencias de la noticia de fuente médica no debe variar por razón del delito que se trate. No debe ser diversa en el caso del aborto, que en el de un robo o unas lesiones graves...a la luz del art. 156 del C.P. es claro que está prohibido denunciar lo conocido bajo secreto profesional, tal el mandato del legislador. Cuando éste entendió necesario levantarlo (y no lo hizo a los fines penales), expresamente lo ha dispuesto. Así por ejemplo en la Leyes N° 11.359, N° 11.842, N° 23.798 (sobre SIDA), básicamente leyes de profilaxis” (Riquert, Marcelo; “El delito de violación de secretos”, en “Temas de Derecho Penal”, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2005, ps. 473/480).

17°).- En aval de todo lo que vengo expresando, interpreto de suma utilidad mencionar la doctrina emanada de fallos señeros vinculados con la problemática, que concretan la aplicación práctica de todos los principios legales y doctrinarios que he esbozado, y abonan la solución que propicio.

a) En el plenario “*Natividad Frías*” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (agosto 26 de 1966), ese Tribunal resolvió que “No puede instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo -oficial o no-...”.

En ese caso se había enjuiciado a la nombrada como consecuencia de la denuncia realizada por el personal del hospital al que debió acudir por las complicaciones sufridas con motivo de un aborto provocado. Como ya dije, el personal

del hospital la denunció, siendo condenada. Finalmente fue absuelta por la Cámara dado que su defensa solicitó la nulidad del proceso.

Y entre los votos que integraron la mayoría del acuerdo plenario cabe mencionar los siguientes, ante la clara vinculación con el tema de autos:

Juez Lejarza:

“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...”.

“...Es increíble que las gentes, en general, y los funcionarios y magistrados judiciales, en particular, piensen que los legisladores no pueden expresar con claridad sus pensamientos. Si quisieran que los médicos y sus acólitos o ayudantes denuncien en todos los casos a los delincuentes que asistan cualquiera sea la forma en que conozcan el origen de su mal ¿por qué no establecerlo sin ambages?”.

“En anteriores votos también he dicho hasta el cansancio que no puede instruirse un sumario sobre una denuncia delictuosa porque el ordenamiento legal es hermético y no consiente su propia violación”.

“Además, el interés público no podría justificar este inhumano dilema: o la muerte o la cárcel”.

Juez Pena: “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)”.

Juez Amallo: “No podemos admitir, de manera alguna, que la ley exija que la reserva haya sido solicitada en forma expresa. 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. Es algo sobreentendido, que no es necesario renovar en cada visita o asistencia. Pensar otra cosa sería como admitir que los

fieles que se acercan al confesionario, en busca de alivio a su conciencia y de perdón a sus pecados, tendrían que requerir esa misma reserva al confesor”.

En relación al aparente conflicto normativo entre denunciar y guardar el secreto profesional, dijo: “La aparente oposición entre ambas disposiciones legales, debe interpretarse en el sentido de que quien recurre a un médico por una afección autoprovocada, aun delictuosa como el aborto, goza de la seguridad de que su secreto no será hecho público; en cambio, no ocurre lo mismo cuando el atentado lo ha producido un extraño, desde que esa acción es extraña a la relación existente entre el médico y el enfermo, que es la amparada por la ley. En estos casos el facultativo debe denunciar el hecho delictuoso ejecutado por terceros...”.

En otro pasaje de su voto éste juez sostiene que no corresponde hacer distinción entre los médicos que ejercen su profesión en forma privada y los que lo hacen con el carácter de empleados o funcionarios públicos. Afirma el Magistrado que: “...una solución contraria nos llevaría al absurdo de admitir que un mismo médico estaría o no obligado por el secreto profesional según actuara en su consultorio particular o en la sala, gabinete o dispensario público. De hecho nos encontraríamos frente al irritante distingo entre el enfermo que cuenta con medios para su asistencia privada y el que, por no contar con ellos, necesita concurrir a un hospital oficial. Para unos no podría admitirse la denuncia, para los otros tal denuncia sería obligatoria y de esa manera el art. 16 de la Constitución Nacional sería letra muerta y la igualdad ante la ley un precepto caduco. El simple planteo de esta discriminación nos demuestra la enormidad del absurdo en ella contenido”.

Luego expresa: “Debo también agregar que si los médicos y demás profesionales en el arte de curar, no pueden ser admitidos como testigos, de acuerdo con el inc. 5° del art. 275 del Cód. de Proced., para deponer sobre hechos que por razón de su profesión les han sido revelados -y aquí no se hacen distinciones de ninguna especie-, lógico es pensar que tampoco puedan denunciar esos mismos hechos, desde que en ambos casos la "ratio legis" es la misma”.

“Asimismo, el problema ofrece a su vez un aspecto, que, desde el punto de vista de nuestro orden jurídico, asume primordial importancia. Si una mujer busca el auxilio médico porque se siente herida en su organismo, a veces con verdadero peligro de muerte, lo hace desesperada, acosada por la necesidad, forzada a ello contra su propia voluntad. Su presencia ante el profesional en el arte de curar, para tratar un aborto, que si bien provocó, ahora no puede controlar, en sus últimas consecuencias, implica mostrar su cuerpo, descubrirle en su más íntimo secreto, confesar su delito, porque su actitud resulta una confesión al fin. Entonces es cuándo cabe preguntarse si alguien tiene

el derecho de burlarla, haciendo pública su conducta, violando, con su secreto, otra vez una garantía constitucional, que enunciada en el art. 18 de nuestra Ley Suprema, establece de manera indubitable que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, y no podría negarse que en tales casos, la obligación es urgida por el derecho a vivir”.

Por último expresa: “...las razones de que he hecho mérito anteriormente, demuestran, a mi entender, que aquellos profesionales no sólo no están obligados a denunciar los casos de aborto provocado por la propia paciente, sino que la denuncia invade la órbita de lo ilícito. Tal conclusión me exime de otros argumentos. Si la denuncia a que he venido refiriéndome no ha podido formularse, por contrariar disposiciones legales de indudable aplicabilidad y normas de conducta que constituyen el fundamento moral de una profesión que, como la medicina, tan íntimamente está ligada al orden social del país, dicha denuncia no puede servir de base a proceso alguno contra la denunciada”.

El Juez Frías Caballero dijo: “La mujer urgida por la necesidad de asistencia médica a raíz de un aborto provocado por ella misma o por un tercero con su consentimiento, confronta incuestionablemente (como se ha señalado en votos anteriores) una grave situación dilemática: o solicita el auxilio médico para conjurar el peligro en que se halla y entonces se expone a la denuncia del hecho, al proceso y a la condena criminal, o se resigna incluso a la posibilidad de perder la vida”.

Luego, bajo la luz de la garantía de que "nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo" estampada en el art. 18 de la Constitución Nacional, dice: “...pienso que no puede instruirse sumario criminal en contra de la mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo (sea este último público, esto es, oficial o privado)”.

“La mera presencia ante el médico de la mujer autora o coautora de su propio aborto implica una autoacusación forzada por la necesidad impuesta por el instinto natural de la propia conservación, puesto que acude a él en demanda angustiosa de auxilio para su salud y su vida. No es, pues, posible admitir que una autoacusación de índole semejante sea jurídicamente admisible para pronunciarse en favor de la prevalecencia del interés social -si bien indiscutible- de reprimir su delito, con desmedro del superior derecho humano a la subsistencia y con menoscabo del principio que informa la norma constitucional citada”.

“Si nadie está obligado a declarar contra sí mismo -según el derecho vigente-, menos puede estarlo a sufrir las consecuencias de una autoacusación impuesta por necesidad insuperable”.

b) La transcripción de las partes sustanciales del plenario “Natividad Frias” resulta relevante en atención a que la Corte Suprema de Justicia de la Nación reafirmó su doctrina en el caso “Baldivieso, Cesar Alejandro” (Fallos: 333:405).

En el caso, el imputado Baldivieso concurrió a la guardia de un hospital debido a un grave malestar. Luego de haber sido asistido, le diagnosticaron que su dolencia se debía a la ingesta de cápsulas con clorhidrato de cocaína, lo que fue puesto en conocimiento de un agente de policía, dándose inicio a una causa penal. Baldivieso fue condenado. Llegado el caso a la CSJN, acogió favorablemente el recurso extraordinario planteado por la defensa, declarando la nulidad de todo lo actuado en esa causa y absolviendo a Baldivieso, con la doctrina que a continuación se detallará.

El voto de los Vocales Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni expresó:

“Que de conformidad con lo expuesto por el señor Procurador General...corresponde hacer lugar a la queja y revocar la sentencia recurrida, reafirmando la antigua línea jurisprudencial sentada por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en el fallo plenario “Natividad Frías” del 26 de agosto de 1966”.

“En efecto, cualquiera sea el entendimiento de las normas infraconstitucionales y, en concreto, de naturaleza procesal aplicables al caso, éstas nunca podrían ser interpretadas pasando por alto el conflicto de intereses que se halla en la base del caso concreto de autos. En abstracto puede entenderse 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 para quien se encuentra realizando una conducta delictiva, en tanto parte integrante de su ámbito de autonomía individual tal como 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”.

“Es este mismo conflicto sobre el que se debatió en el antiguo plenario mencionado, pues más allá de que en aquél conjunto de casos la concurrencia al hospital había sido precedida por la realización de maniobras abortivas, fue el peligro de muerte y el dilema al que se veía expuesto quien había delinquido y demandaba auxilio para su vida, el argumento central para su resolución (tal como puede advertirse en numerosos pasajes del fallo en pleno). A modo de ejemplo puede citarse el voto del juez Frías Caballero quien señala que el imputado “confronta una grave situación dilemática: o solicita el auxilio médico para conjurar el peligro en que se halla y entonces se expone a la

denuncia del hecho, al proceso y a la condena criminal, o se resigna incluso a la posibilidad de perder la vida”.

“...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”.

“Siendo claro que la dignidad de la persona es un valor supremo en nuestro orden constitucional, que es claramente personalista y que, por ende, impone que cualquier norma infraconstitucional sea interpretada y aplicada al caso con el entendimiento señalado por ese marco general, cabe agregar que, en consonancia con éste, 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”.

La Jueza Argibay, con su voto, dijo:

“...7) El artículo 18 de la Constitución Nacional protege específicamente al domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados, es decir, los ámbitos donde transcurre la vida privada de las personas contra invasiones arbitrarias, especialmente las perpetradas por los agentes estatales. Además, diversas normas de los pactos internacionales incorporados a nuestra Constitución al regular idéntica garantía, confieren similar protección a lo que de manera genérica se denomina como “vida privada” (artículos 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos)...”.

“...Ahora bien, en este sentido es difícil concebir un ámbito más “privado” que el propio cuerpo. Precisamente, si los constituyentes encontraron serios motivos para prodigar protección contra las injerencias del gobierno a la intimidad que está resguardada “en un sobre” (al domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados, según reza la Constitución), esto es, un ámbito cuya proximidad a la persona es relativamente menor, más fundamento hay para entender que esa protección alcanza al

mismo cuerpo de la persona. En efecto, el derecho de cada persona a excluir interferencias o invasiones de terceros en su cuerpo es un componente necesario de la vida privada en la que rige el principio de autonomía personal, por lo que este ámbito debe compartir, como mínimo, la misma expectativa de reserva que los lugares expresamente mencionados en el texto constitucional”.

“8º) Una derivación necesaria del principio mencionado en el párrafo anterior es la afirmación de la prerrogativa que las personas tienen a realizar todas aquellas acciones orientadas al cuidado y preservación de la integridad y salud física. Este cuidado de sí es, entonces, originaria y primordialmente un comportamiento que se lleva a cabo en el marco de privacidad la que, como se ha visto, encuentra la misma protección constitucional que, en general, se reconoce a la vida privada y a sus diversas manifestaciones”.

“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, deber que es definido y reglamentado en el artículo 11 de la Ley N° 17.132, sobre Ejercicio de la Medicina...”.

“12) Resta señalar que, además de no encontrarse obligados a dar noticia a la policía, los médicos que atendieron a Baldivieso tenían prohibido hacerlo, según la interpretación que se ha hecho anteriormente de las normas que reglamentan este aspecto de la vida privada...”.

c) Por el lado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), se pronunció en fecha 18 de diciembre de 2004 en el caso “De la Cruz Flores vs Perú” 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:

“...97. Al respecto, 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”.

“...100. El Comité de Derechos Humanos ya ha recomendado que leyes nacionales sean modificadas en el sentido de proteger la confidencialidad de la información médica (Cfr. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Chile, U.N.Doc.CCPR/C/79/Add.104 (1999))”.

“101. 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”.

El juez Sergio García Ramírez resaltó en su voto razonado sobre el valor deontológico de la profesión médica:

“...7. Una de las más antiguas y nobles actividades es la destinada a la preservación de la vida y la salud de las personas. Se trata, en la especie, de proteger los bienes de más alto rango, condición para el disfrute de todos los restantes. En ello se interesa la sociedad en su conjunto y el Estado debe proveer a su tutela. Este es, precisamente, el caso de la profesión médica, cuya regulación posee un notable componente ético, además de contener los datos propios de la técnica que en cada supuesto deba aplicarse, conforme al deber de cuidado que se deduce de la *lex artis*. 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...”.

“8. En mi concepto, el Estado no puede vulnerar la protección de la salud y la vida que los médicos tienen a su cargo, a través de normas o interpretaciones de éstas que disuadan al médico de cumplir su deber, sea porque lo amenacen con la aplicación de una pena, amenaza que pudiera inhibir la prestación del servicio médico, sea porque lo induzcan a hacer distinciones contrarias a los principios de igualdad y no discriminación, sea porque lo obliguen a desviarse de la función que les corresponde y asumir otra, que entre en conflicto con aquella, proponga dilemas inaceptables o altere de raíz la relación entre el médico y el paciente, como sucedería si se obligara al médico a constituirse en denunciante -o delator- de los pacientes que atiende. Otro tanto sucedería, en su propio ámbito, si se forzara al abogado a denunciar los hechos ilícitos en que ha incurrido su cliente, de los que se entera a través de la relación de asistencia y defensa, o al sacerdote a revelar los secretos que le son confiados por medio de la confesión”.

“9. En ningún caso se trata de impedir la persecución legítima de conductas ilícitas, que deben ser combatidas por medios idóneos, sino de mantener cada relación social en el cauce que le corresponde, no sólo para bien privado, sino también -y

quizás ante todo- para bien público. El fiscal y el investigador deben llevar adelante las indagaciones a las que se hallan obligados, en virtud de la función que ejercen. El médico, el abogado defensor, el sacerdote deben hacer otro tanto, con plena salvaguarda del Estado, en el ejercicio de la misión que les incumbe y que ciertamente no es la investigación de los delitos y la persecución de los infractores”.

“Sobra describir la crisis que traería consigo la subversión de los roles profesionales y sociales y la tácita incorporación de médicos, defensores y sacerdotes a las filas de la policía. Si se protege la comunicación confidencial entre el abogado y el inculcado, que está al abrigo de interferencias, y se concede que el sacerdote no está obligado a violar el secreto de confesión -que constituye, inclusive, un rasgo esencial de esta comunicación específica, que los creyentes consideran sacramental-, la misma consideración, por lo menos, se debe poner en la relación entre el médico y el enfermo”.

“10. 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.... En el juramento de Hipócrates, que aún hoy prestan muchos jóvenes al tiempo de recibir el título profesional que califica sus conocimientos para el ejercicio de la medicina, se indica: “si en mi práctica médica, o aun fuera de ella, viese u oyese (...) algo que jamás deba ser revelado al exterior, me callaré considerando como secreto todo lo de este tipo”.

Interpreto que la claridad y pertinencia al caso de la señera doctrina jurisprudencial que he reseñado -además de la autoridad que le confiere la jerarquía de los Tribunales nacionales e internacional citados- me exime de tener que formular mayores comentarios respecto del aspecto de la inviolabilidad del secreto profesional que analizo en este agravio.

18°).- De todo lo expuesto cabe concluir respecto del agravio referido a la violación del secreto médico, que el mismo tiene un fundamento social que va más allá de la relación médico-paciente, apuntado a preservar y proteger un interés colectivo basado en la función propia y exclusiva del ejercicio de la medicina. Es por ello que la CIDH en el fallo “De la Cruz Flores” hace referencia a una recomendación del

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.

En el caso la imputada ingresó por guardia a un hospital público en busca de asistencia médica por padecer dolores abdominales. Al descubrirse un feto en el baño del nosocomio y atribuírselo a Belén en razón de haberse detectado ginecorragia y un cordón umbilical saliendo de su vagina, el personal médico y asistencial que atendió a la nombrada dio aviso a la policía del hospital respecto del contenido de la atención médica realizada en la guardia y le facilitó la documentación médica. Incluso interrogó a la paciente sobre el supuesto hecho, dando también cuenta de ello al personal policial. Es decir que la información y los elementos de prueba obtenidos por los médicos - y que fueran volcados a la policía- fueron obtenidos a partir de la actividad de la propia acusada de concurrir al servicio de asistencia médica pública. Y el aporte a la instrucción policial de los datos conocidos por el cuerpo médico asistencial en ejercicio de su función implicó una clara violación a la obligación de confidencialidad profesional.

Ello constituye una primera manifestación de la verificación de *violencia institucional* en contra de la joven, ya que a la ruptura del compromiso de reserva profesional se sumó una sucesión de hechos que nada se condice con el trato que debe recibir una persona en claro estado de vulnerabilidad, en este caso una mujer, que fue al Hospital para recibir atención médica urgente: se la incriminó de ser autora del hecho acusándola desde un primer momento de mentir sobre su alegada ignorancia de su estado de embarazo; se le exhibió dentro de una caja el cuerpo del niño muerto como una suerte de castigo moral; se la sometió a tratamiento médico sin brindárse explicación alguna sobre la causa y alcance del mismo; se violaron todos sus derechos a la confidencialidad y a su privacidad, en franca vulneración de la obligación del equipo de salud de mantener el secreto médico, habiéndose permitido incluso la presencia de personal policial en medio de la práctica del legrado. Es decir que la encartada fue absolutamente relegada de su estado de paciente, dispensándosele a partir de allí un trato directo como rea.

La situación de vulnerabilidad de la mujer cobra especial relevancia al haber llegado al nosocomio apremiada por su situación de salud, impelida a colocar en forma involuntaria su propio cuerpo en manos de profesionales del estado que se suponía que debían guardar silencio de todo lo que hubieran conocido por motivo de su actividad médico asistencial. Es decir que en modo alguno puede considerarse que su sometimiento al servicio médico fuera voluntario, ya que se encontraba entre la espada o la pared, ante “el inhumano dilema: la muerte o la cárcel”.

Esa información privilegiada adquirida mediante el ejercicio médico, fue revelada también en el juicio a través de los testimonios brindados por los

médicos y enfermeros tratantes, violando nuevamente su deber de abstención a declarar, sin haber sido relevados en momento alguno por la paciente, única titular beneficiaria respecto de la obligación de guarda del secreto profesional.

Y, como ya lo expresé anteriormente, no resulta admisible que el tribunal pueda relevar a los médicos de una obligación establecida por ley, y, que también por ley expresa, sólo el interesado puede dispensar.

De tal manera se violentó la garantía prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional que prohíbe la autoincriminación forzada (art. 18 CN; art. 8, ap. 2, g, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece el "derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable", el art. 14, ap. 3, g, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece la garantía de toda persona "a no ser obligada a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable").

Esto por que la concurrencia apremiada de la mujer al hospital público no puede conducir a inferir a que hubiera prestado un libre consentimiento para hacer públicos los signos de su presunto accionar delictivo, ya que el dilema en el que se encontraba no permite calificar su comportamiento como voluntario; la actuación autoinculpatoria que implicaba entregar su cuerpo como evidencia del supuesto delito no tuvo lugar en un marco de plena libertad. Recordemos que la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone, en su art. 8, ap. 3, que "la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza".

Además el quebrantamiento del secreto médico profesional implicó la afectación del derecho a la privacidad de la imputada, consagrada en diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos: así, la Declaración Universal de Derechos Humanos dice en su art. 12 que: *"Nadie será objeto de intromisiones arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o correspondencia, ni de daños a su honor o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales intromisiones o daños"*. El artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece que: *"(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 Convención Americana de Derechos Humanos (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"*.

19°).- Por todo lo expuesto concluyo que en el presente caso se vulneró la garantía contra la autoincriminación compulsiva y el secreto médico profesional, por lo que, tanto la denuncia del personal médico a la guardia policial del Hospital Avellaneda, como su posterior declaración testimonial en sede judicial, constituyeron sin lugar a dudas, un incumplimiento de su deber de confidencialidad, fulminado de nulidad tales actos por violentar las garantías constitucionales arriba indicadas.

Al no existir un cauce independiente de investigación, y en virtud de la regla de la exclusión probatoria establecida en el art. 195 CPP, que establece: “EXCLUSIONES PROBATORIAS. No podrán ser valoradas en contra del imputado todas aquellas pruebas que resulten de la violación de una garantía constitucional acordada en su favor o las que se obtengan a partir de su declaración prestada en ausencia del defensor, siempre que, con arreglo a las circunstancias del caso, sean consecuencia necesaria de aquellas y no hubiesen podido ser obtenidas de otro modo”, corresponde declarar la nulidad absoluta de todo lo actuado (arts. 186 inc. 3°, 187 y 191 CPP), lo que así propongo al acuerdo.

20°).- Dada la nulidad que propicio, más la improbabilidad de que pudiera surgir o incorporarse nueva prueba incriminatoria respecto de la existencia del hecho o autoría, y la ante postura desincriminatoria expresada por el señor Ministro Fiscal en su dictamen, corresponde disponer el sobreseimiento de la encartada S.S.S. por el delito que se le enrostra (art. 359 inc. 5° CPP).

21°).- Nulidad por afectación de la defensa en juicio:

No obstante la resolución que propuse en el punto anterior, que ya sella positivamente la suerte del recurso, interpreto que resulta útil abordar el siguiente agravio, esto es la transgresión de la defensa en juicio en el caso.

La recurrente se agravia, en primer lugar, sobre la valoración de “reconocimiento” o “aceptación” de la existencia material del hecho y de la autoría que el Tribunal otorgó a la postura y estrategia de la defensa técnica de la imputada, que la recurrente califica de “deficitaria” e “incriminatoria”. Expresa la recurrente que una defensa técnica falente no libera al tribunal de la búsqueda de la verdad material y de un análisis consustanciado y congruente de la prueba, sin que pueda relevarse esa tarea en virtud de la labor deficiente de la defensa técnica.

Se agravia, en concreto, de que el fallo recurrido afirme *que “la materialidad del hecho en sí, como acontecimiento histórico, en las circunstancias de modo, tiempo y lugar precedentemente señaladas, no resulta del todo controvertida en el juicio, ya que es sostenida por Ministerio Público Fiscal y reconocida en gran parte de sus*

alegatos por la defensa técnica de la imputada, que no negó el acaecimiento del hecho, sino que basó su estrategia defensiva, fundamentalmente en el estado mental de la imputada (...). Y que, para justificar la determinación de autoría material en ausencia de prueba de histocompatibilidad genética (ADN), el Tribunal haya referido que *“la propia estrategia defensiva, que tal como ya dije, se basó fundamentalmente en sostener que por el estado puerperal (...) ello implica, lógicamente la aceptación de las circunstancias fácticas en que ocurrió el caso”*.

Sostiene la actual defensora que la estrategia de la defensa oficial no fue capaz de negar en uno solo de sus escritos las circunstancias de modo, tiempo y lugar, como así tampoco la autoría del delito atribuido a su cliente, a diferencia de lo que sí hizo la imputada en todas sus declaraciones. Remarca que al apelar la prisión preventiva (fs. 339/340) el Fiscal de Cámara Alejandro Noguera advirtió la deficiencia de la labor defensiva al señalar que no había cuestionado el cuadro probatorio instrumental en el cual se basa la probabilidad de la presunta participación de la imputada y que sólo “se ha limitado a exhibir mera discrepancia con los fundamentos, sin lograr mostrar desacierto en la decisión” (fs. 347/348).

Agrega que tampoco la defensa oficial cuestionó la idoneidad del cuadro probatorio instrumental, ni testimonial (producto de la violación del secreto médico) pese a que quien la precedió en la defensa técnica, el Dr. Walter Barrera, denunció expresamente la violación de secreto profesional y la consiguiente nulidad en las actuaciones que fueran producto de este delito (fs. 96/98).

Alega la Dra. Deza que esa orfandad de cuestionamiento del cuadro probatorio se debe a que la defensora oficial también condenó “moralmente” a su defendida antes de escucharla y la defendió como culpable. Que ello se advierte cuando, en oportunidad de apelar la prisión preventiva, la defensora refirió que “por más repugnancia moral y aversión personal que genere un delito...” (fs. 340).

Expresa que posiblemente por el prejuicio negativo que le generó la acusación a su defendida de “matar un bebé”, la defensora pasó por alto evaluar una serie de inconsistencias probatorias que desarrolla: (vgr. que el “feto encontrado” fue “rescatado por la partera a las 3 hs”, horario en que la imputada aún no había arribado al Hospital Avellaneda; que la autopsia no arroja un resultado cierto de la edad gestacional del bebé; que no existe certeza acerca del baño en que se encontró el cuerpo; que toda la causa es producto de la violación de la confidencialidad médico-paciente y por ende nula; etc.).

Sostiene la abogada recurrente que ese cuadro probatorio instrumental y testimonial endeble para probar la existencia material del homicidio agravado por el que se imputó, investigó y luego condenó a su defendida, debió ser

advertido ab inicio por su defensa técnica, y sin embargo no fueron cuestionadas ni al comienzo ni en la etapa de instrucción ni en el debate oral.

Cita también jurisprudencia sobre las condiciones para el ejercicio de una defensa técnica eficaz en orden a satisfacer la garantía de defensa en juicio.

En definitiva, sostiene la recurrente, una mala defensa equivale a estado de indefensión que imposibilita a las personas el acceso a la justicia. Que las deficiencias en la defensa técnica de la imputada estuvieron a lo largo del proceso de investigación, y se trasladaron finalmente al plenario donde ninguna de las circunstancias que desacreditaban la acusación fueron planteadas.

Concluye que ello justifica la declaración de nulidad de la condena.

22°).- Nuevamente le asigno razón a la queja recursiva.

La lectura del fallo me llevó a tomar conocimiento de una circunstancia nunca vista a lo largo de mi experiencia en el ejercicio profesional, antes como abogado y ahora como juez: el fallo tomó como uno de los fundamentos de la condena a la postura estratégica de la defensa oficial.

Me ha tocado intervenir como juez de casación en casos en que la actividad defensiva era pobre y hasta nula. Pero nunca antes había tenido un caso en el que dicha actividad se presentara, tal cual lo surge de las consideraciones de la sentencia en este caso, como directamente incriminatoria.

Es que la Cámara, en forma expresa, afirma en la sentencia que la *materialidad de los hechos* no se encontraba controvertida al haber sido admitida por la defensa técnica de la acusada:

“...la materialidad del hecho en sí, como acontecimiento histórico, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar precedentemente señaladas, no resulta del todo controvertida en el juicio, ya que es sostenida por el Ministerio Público Fiscal, y *reconocida, en gran parte de sus alegatos, por la defensa técnica de la imputada S., que no negó el acaecimiento histórico del hecho, sino que basó su estrategia defensiva, fundamentalmente, en el estado mental de la imputada*, alegando que la misma no era consciente de lo que hacía, procurando el encuadramiento de su conducta en el artículo 34 - inciso 1°-, del Código Penal. Sólo al final de sus conclusiones, la defensa intentó una estrategia absolutoria, que luce subsidiaria, refiriendo que en el caso no se habría alcanzado el grado de certeza necesario para el dictado de una sentencia de condena, dado que jamás al niño se le hizo un ADN para poderlo vincular con su cliente (por lo que no se habría probado el vínculo), y además, porque el bebé habría sido encontrado en un baño distinto al que está en la Guardia Mayor, que es al que habría ido su defendida” (fs. 550)

Continúa la Cámara: “*Resulta claro que la estrategia prioritaria de la defensa no radicó en negar las circunstancias fácticas en que ocurrió el hecho, sino en sostener que la imputada actuó de manera inconsciente, sin dominio de sus actos. Ello implica, sin más, la aceptación de dichas circunstancias fácticas*, por lo que el argumento esbozado en la última parte de sus conclusiones finales -sobre la supuesta falta de certeza para el dictado de una sentencia condenatoria-, luce entonces abiertamente contradictorio con el argumento defensivo central”.

Luego, al analizar la cuestión de la *autoría*, el Tribunal la tuvo por acreditada, entre otros elementos probatorios, “...d) *(de) la propia estrategia defensiva*, que como ya lo dije, se basó fundamentalmente en sostener que, por el estado puerperal en que se encontraba la imputada al momento del hecho, la misma no era consciente de lo que hacía, procurando el encuadramiento de su conducta en el artículo 34 - inciso 1º-, del Código Penal (inimputabilidad). *Ello implica, lógicamente, la aceptación de las circunstancias fácticas en que ocurrió el hecho*” (fs. 555)

La cursiva en todos los casos me corresponde.

Con tales afirmaciones, el Tribunal puso en evidencia cuestiones de notoria gravedad en cuanto al recto ejercicio de la defensa técnica de la acusada:

a) En primer lugar una inadmisibles confusión entre: a) el ejercicio de la *defensa material* llevada adelante personalmente por la persona imputada, mediante la cual ésta puede exponer en forma libre y voluntaria su postura respecto de los hechos que se le imputan, sea reconociéndolos, negándolos o aportando su propia versión, rol que es personalísimo e intransferible; y b) la *defensa técnica* que desarrolla el abogado defensor, en orden a brindar asistencia y asesoramiento jurídico al imputado, y representación en todos los actos procesales que no sean personales.

Ambos ámbitos no deben ni pueden confundirse. Como ya dije la *defensa material* recae en cabeza del imputado, que es quien conoce la realidad de los hechos y puede fijar libre y voluntariamente su postura al respecto, que bajo ningún punto de vista puede ser refutada, desmentida o suplida por su defensor so riesgo de caer en un inadmisibles conflicto de intereses. Al defensor técnico le cabe la asistencia jurídica de su cliente en aras de garantizar el debido proceso, mas no lo reemplaza en cuanto a la fijación de la *defensa material*, que como ya dije es un acto personal e insustituible.

Sentada esta base conceptual, corresponde analizar qué dijo la imputada respecto de los hechos al ejercer su *defensa material*:

En su declaración ante el Fiscal de Instrucción (fs. 23/24), Belén sostuvo que no tenía conocimiento de que cursara un embarazo: “...yo no sabía que

estaba embarazada...” y negó la imputación: “...*Nunca me quise escapar del hospital, yo si hubiese sabido que estaba embarazada me habría cuidado. Nada que ver el relato que dijeron. Cómo piensan que yo voy a hacer esa crueldad, yo no soy así. Cómo pueden inventar que yo voy a tratar de empujarlo por el inodoro...*” Esa exposición fue ratificada en la segunda declaración corriente a fs. 96/98.

Ahora bien, si la imputada, única titular de la defensa material, negaba el hecho y su autoría, bajo ningún concepto, tal cual lo expresé anteriormente, pudo aceptarse que la defensa técnica pudiera tenerlos por reconocido, porque un reconocimiento de los hechos y de la autoría en contra de la voluntad de su defendida vulneraría claramente la garantía de defensa en juicio.

En ese sentido, la Corte Suprema Nacional se expidió sobre la relación entre la defensa material que ejerce la persona imputada y la defensa técnica llevada adelante por su abogado, y estableció que la voluntad del procesado es suprema y debe prevalecer sobre la de su defensor (CSJN, Fallos 310:1797).

Resulta entonces claramente contrario a la inviolabilidad de la defensa en juicio sostener que la defensa técnica pudiera reconocer los hechos y la autoría de su defendida, en contra de las manifestaciones expresas de ésta. Ya volveré sobre el punto.

b) Por otro lado, el Tribunal no explica por qué deba tenerse como ciertos los dichos de la defensa y no los de la imputada ¿Cuál es la razón para asignarle verdad a la postura de la defensa técnica y con ello tener por desmentida a la acusada, y no a la inversa? ¿acaso por el conocimiento directo de la realidad de los hechos que es de suponerse que la defensora técnica debió adquirir por la confidencia de su defendida?

En tal caso se verificaría cualquiera de estas dos alternativas absolutamente inadmisibles: o la defensora dijo la verdad al reconocer el hecho y autoría, con lo cuál habría quebrantado el secreto profesional; o la defensora mintió y con ello perjudicó a su representada. En ambos casos se advertiría una inicua violación de la defensa en juicio y debido proceso.

c) Pero tampoco advierto que en el caso hubiera, de manera expresa, una “admisión del hecho y autoría por parte de la defensa técnica”, como lo sostiene la Cámara. Lo que sí hubo es una clara postura -que podríamos llamar *prioritaria*, siguiendo la misma conceptualización de la Cámara- de argumentar a favor del estado puerperal como causa de inimputabilidad de la acusada, y en segundo término -aunque muy tímidamente y recién al final del debate-, la defensora solicitó la absolución de su asistida tras señalar que el feto fue encontrado en un baño diferente al que acudió su defendida y

que nunca se realizó una prueba de ADN para determinar la compatibilidad genética con la imputada.

Pero reitero, no existió tal reconocimiento del hecho, sino sólo una -a mi criterio- errada manera de proponer la cuestión defensiva, ya que lo lógico era que se hubiera planteado en primer término la absolución por duda, y en subsidio, y recién para el caso de que el Tribunal tuviera por acreditado el hecho y autoría, la inimputabilidad.

Ahora bien, si el orden de los planteos defensivos no era el adecuado, el Tribunal bien pudo analizarlos en el orden más consistente (lo que es bastante usual en los tribunales, que suelen atender a los argumentos de las partes en el orden que consideran más apropiado y no necesariamente en el que fueron planteados. Es más, eso mismo estoy haciendo en este recurso). Pero nada obligaba a que por un error de la defensa -sea estratégico o lógico- en la formulación de los argumentos, debiera sostenerse que el planteo de inimputabilidad implicaba un reconocimiento de los hechos y de la autoría para así tener por reconocidos esos factores.

d) Por último, y lo más grave de todo, es que, como ya dije anteriormente, resulta inaudito que en numerosos pasajes de la sentencia se invoque los dichos de la propia defensa técnica para fundamentar la condena. Si la labor de la defensora oficial se advertía como incriminatoria o contraria a los intereses de su defendida, el Tribunal, lejos de cohonstar con ello un fallo de condena, debió directamente separar a la funcionaria y designar otro defensor, o directamente anular el proceso en caso de imposibilidad, ante la grave afectación de las garantías de defensa en juicio y debido proceso por ausencia de defensa técnica efectiva que se advertiría.

Dicho esto, veamos ahora cómo valoró la Cámara la labor técnica de defensa:

* El Tribunal, tal cual vengo analizando, consideró en los pasajes transcritos que la defensa técnica reconoció la materialidad y la autoría de su defendida;

* la Cámara se expidió sobre la cuestión del secreto profesional de los profesionales de la salud, pero remarcó “que las partes no lo plantearon en el debate, aunque sí fue mencionado por la defensa a lo largo de la investigación” (consid. I.1).

* Cuando descartó el cuestionamiento a la falta de una pericia de ADN, dijo que “dicho argumento luce abiertamente contradictorio con la estrategia central defensiva” (consid. I.2).

* Al analizar la alegada inimputabilidad por puerperio, señaló que no se contaba con información sobre “cuestiones subjetivas que puedan haber afectado a la imputada con respecto a su embarazo... Aquí, vale decir una vez más que ni ella ni su defensa técnica hicieron referencia alguna al respecto, impidiéndole al Tribunal la valoración de esas circunstancias” (segunda cuestión, apartado B, 8).

* Con referencia a la junta médica que la defensa pidió en la etapa de instrucción (fs. 146) y que mereció como respuesta del Fiscal de Instrucción un “(...) téngase presente para ser considerado oportunamente”, la Cámara expresa: “¿Qué hizo la defensa? Nada. No insistió en el pedido, ni menos aún los medios de impugnación que tenía a su alcance para que el superior jerárquico dispusiera la realización de este estudio” (en la segunda cuestión, apartado B, 9 de la sentencia).

De todo lo dicho surge que, claramente, a criterio del Tribunal, esa defensa técnica no fue eficiente.

Pero, como ya dije, ello no autorizaba a emitir sentencia de condena enajenada en tal falencia en la actividad técnico defensiva, sino que el Tribunal debió apartar a la defensora y designar nuevo defensor –si el estado del proceso lo permitía– o directamente nulificar todo lo actuado desde que se hubiera puesto de manifiesto la intervención disfuncional; todo ello en salvaguarda del debido proceso y el derecho de defensa de la imputada.

A esta altura no se discute que el derecho de defensa en juicio comprende (entre otras cosas) que cualquier persona imputada por un delito cuente con un abogado que ejerza la defensa técnica en el proceso penal, que incluso debe ser designado de oficio si la persona no se defiende por sí misma ni nombra un profesional de su confianza (art. 18, CN, art. 8.d y 8.e, CADH). Sin embargo, la designación formal de un patrocinio letrado no es suficiente para asegurar el debido proceso y el derecho de defensa de la persona acusada, “sino que es menester además que aquél haya recibido una efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensor” (CSJN, Fallos: 304:1886).

También se destacó la necesidad de asegurar de modo sustantivo, y no sólo formal, el derecho de defensa en CSJN (Fallos: 5:459; 192:152; 237:158; 255:91; 311:2502, entre otros).

En idéntico sentido se pronunció en numerosas oportunidades la CIDH al sostener que la obligación contenida en el artículo 8.2.e) de la Convención no se satisface únicamente con proporcionar un defensor jurídico, sino que esta defensa debe ser efectiva (*Caso Tibi vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 7/09/2004, párrafo 194; *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 21/11/2007, párr. 154; *Caso Cabrera García*

y *Montiel Flores vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26/11/2010, párr. 155; *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, 05/10/2015, párr. 157).

De ello se colige, en forma meridiana que cuando la actuación de la defensa técnica es deficiente se compromete el debido proceso y se genera el deber de las autoridades judiciales de velar por la vigencia de las garantías procesales mínimas de la persona acusada. En este sentido se expidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando dijo que “en materia tan delicada, como lo es la que concierne a la defensa en sede penal, los juzgadores -tanto en primera como en segunda instancia- están legalmente obligados a proveer lo necesario para que no se produzcan situaciones de indefensión” (CSJN, Fallos 310:1797).

En sentido coincidente, recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que el Estado puede ver comprometida su responsabilidad internacional “por la respuesta brindada a través de los órganos judiciales respecto a las actuaciones u omisiones imputables a la defensa pública. Si es evidente que la defensa pública actuó sin la diligencia debida, recae sobre las autoridades judiciales un deber de tutela o control. Ciertamente, la función judicial debe vigilar que el derecho a la defensa no se torne ilusorio a través de una asistencia jurídica ineficaz. En esta línea, resulta esencial la función de resguardo del debido proceso que deben ejercer las autoridades judiciales” (Corte IDH, *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, óp. cit., párr. 147, énfasis agregado).

A mayor abundamiento, el Comité de Derechos Humanos también sostuvo que para satisfacer la exigencia del artículo 14 (3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no basta con la simple nominación de un letrado, sino que el Estado también debe tomar medidas para asegurar que la asistencia legal, una vez asignada, provea una representación efectiva en interés de la justicia (Comité de Derechos Humanos, *Collis, Trevor v. Jamaica*, Comunicación No. 356/1989, CCPR/C/47/D/356/1989, párr. 8.2; *Grant, Lloyd v. Jamaica*, Comunicación No. 353/1989, CCPR/C/50/D/353/1989, párr. 8.6, entre otros).

Entonces y desde esta perspectiva resulta problemático que la sentencia incluya consideraciones críticas acerca de la efectividad de la defensa técnica, y luego cite a su postura estratégica para fundar la condena, sin evaluar cuanto menos acerca de la posible situación de indefensión en que quedó posicionada la imputada por las falencias técnicas que el Tribunal identificó. El hecho que cite los argumentos y estrategias defensasistas para fundar la condena indica que para el Tribunal la defensa ejercida no fue adecuada. En palabras de la Corte IDH, si la negligencia inexcusable fue evidente para las

autoridades judiciales “y no se adoptaron las acciones necesarias y suficientes para prevenir y/o remediar la violación al derecho a la defensa”, se produce una violación del debido proceso atribuible al Estado (*Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, óp. cit., párr. 148).

En definitiva, la sentencia asumió que la defensa técnica de Belén no aseguró la garantía sustantiva de defensa en juicio, en la medida en que interpretó que reconoció la materialidad de los hechos y la autoría de la imputada pese a las manifestaciones expresas y reiteradas en contrario que ella realizó. En adición, la sentencia enumeró fallas reiteradas en el ejercicio de una defensa técnica eficaz, que -siempre a criterio del Tribunal-, fueron más útiles para dictar la condena de su defendida que para procurar su absolución. Mejor le hubiera valido a Belén no contar con defensa técnica alguna a ser defendida en las circunstancias apuntadas.

Todo ello pone en evidencia que no obstante asumir que la acusada se encontraba en una clara situación de indefensión, el Tribunal no actuó en consecuencia para asegurar las garantías del debido proceso y defensa en juicio, sino que, por el contrario, se valió de tales deficiencias o desvíos defensistas para apuntalar la condena de la imputada.

Quiero aclarar que con lo dicho no pretendo sostener que la efectividad de la defensa se mida con el éxito del resultado arribado. Muchas veces he podido apreciar un gran esfuerzo de los defensores para defender hasta lo indefendible, y en tal caso el resultado adverso no implica en modo alguno indefensión sino mera imposibilidad de plantear una coartada razonable. Pero en el presente caso no es que la defensa técnica no hubiera contado con elementos para asistir a su representada y controvertir la hipótesis de acusación, ya que los numerosos y variados argumentos vertidos por la actual defensora al plantear casación es una muestra clara de la existencia de tales. Acá lo cuestionable es que, además de no esgrimirse los numerosos argumentos defensivos existentes, se ejerció directamente una línea argumental claramente contraria a la postura de su representada en relación al hecho, que finalmente condujo a su condena, lo que resulta indiscutiblemente lesivo a la garantía de defensa en juicio.

Aclaro también que la valoración que debe realizar el Tribunal respecto de la efectividad sustancial de la defensa técnica en aras de garantizar el debido proceso no puede en modo alguno interpretarse como una indebida inmiscusión en el ámbito del ejercicio de la actividad defensiva. Una cosa es la independencia que pueda tener -y debe reconocerse- al defensor para plantear libremente su estrategia -lo cual escapa a todo control de parte del tribunal-, y otra es que éste permanezca pasivo no obstante advertir que lisa y llanamente, como en el caso, se está ejercitando una actividad

evidentemente incriminatoria y contraria a la postura del imputado, correspondiendo entonces al juez poner las cosas en su justo juicio de modo de asegurar la debida asistencia legal garantizada constitucionalmente.

Como corolario de todo lo expresado en el punto, considero que las severas falencias mencionadas conducen a la invalidez del fallo de condena así emitido, en detrimento de la garantía de defensa en juicio (art. 18 de la CN; 11.1 de la DUDH; 14.1 y 14.3 d) del PIDCP; y 8.2 d) de la CADH).

23°).- Tercer agravio: arbitrariedad en la valoración de la prueba.

La recurrente se agravia de que se hubiera emitido decisión de condena por homicidio agravado por el vínculo sin que exista prueba que respalde la existencia material del hecho que compone el tipo penal y la autoría en cabeza de su defendida; que la prueba recolectada no logró desvirtuar la presunción de inocencia de su defendida, que luce condenada por una decisión más “intuitiva” que producto del “silogismo” al cual hace la Cámara referencia.

Sostiene entonces que la arbitrariedad se manifiesta ante las siguientes contradicciones que presenta el cuadro probatorio:

a) Que no se pudo determinar en qué baño ocurrió el hecho, ya que el Hospital Avellaneda tiene al menos 8 baños públicos habilitados solo en la planta baja. Que en la HC consta a fs. 67/68 consta que el feto fue hallado sin vida en el inodoro del “*baño de la guardia mayor*”, pero luego los testimonios de las enfermeras Monjes (fs. 94) y Ledesma (fs. 58) desvirtúan esto y afirman que el feto habría aparecido en el “*baño de pacientes del Edificio Avellaneda*” (prácticamente a 100 metros caminando desde la Guardia donde estaba internada la imputada).

b) Que en ningún lugar consta el procedimiento mediante el cual el personal de la salud y policial encuentra el feto, ni se realizó un procedimiento policial para señalar la escena del crimen, ni para preservarla y resguardar las pruebas, pese a contar el Hospital Avellaneda con un Destacamento Policial permanentemente funcionando en su interior.

c) Que el hecho de “dar a luz” no está acreditado en el expediente como de existencia y autoría de su defendida o, lo que es lo mismo, como una acción encarnada por ella.

d) Luego de indicar la diversidad de datos respecto de la edad gestacional del feto.

e) Respecto de la autopsia, afirma la recurrente que se realizó sobre dos fetos diferentes, ya que presenta confusión en cuanto al sexo y severas inconsistencias científicas en cuanto a los datos antropométricos.

f) Afirma que el producto del aborto de la gestación de su defendida está indeterminado: 15, 18, 20, 22, 23, 26, 27 o 32 semanas son edades gestacionales todas consignadas en la causa, contradictorias y antojadizas.

f) Afirma la defensora que es materialmente imposible que su defendida hubiera llevado a cabo la conducta que se le atribuye, toda vez que surge de fs. 12 y fs. 38 que el “feto encontrado” fue hallado por la partera Monjes a hs. 3 y su defendida entró al hospital a las 3.50.

g) En relación a que la Cámara Penal considerara que la prueba genética (ADN) que acreditara el vínculo “luce abiertamente contradictoria con la estrategia central defensiva que no radicó en negar el hecho (...) y “es uno más de los tantos elementos probatorios”, la defensora cuestiona tal razonamiento, indicando que el cuadro probatorio producido en la causa es desprolijo y volátil, por lo que resulta arbitraria -y antojadiza- la valoración de la Cámara de que no era necesaria la prueba genética.

Y agrega que no es verdad que la prueba no haya sido relevante, ya que sí se quiso hacerla, pero entonces se advirtió que la tarea era imposible ya que se había producido una confusión de bebés.

h) Luego efectúa algunas consideraciones respecto del marco témporo espacial del hecho, ya que si se hubiera efectuado un reconocimiento del lugar o una inspección ocular, podría haberse comprobado que el baño del hospital que refiere la partera Monjes se encuentra a más de 100 mts. de la guardia mayor caminando por pasillos y recovecos dentro del Hospital (en un edificio de al lado de la Guardia), y que es imposible que la imputada dé a luz un feto de 32 semanas, corte el cordón, lo arroje en el inodoro, tire la cadena y empuje a las cañerías en un lapso de “cinco minutos” o “unos momentos” (testimonio Verónica Ledesma) incluyendo el trayecto desde la Guardia Mayor hasta allí, ida y vuelta. Eso sin contar con que también debió de haberse lavado las manos, limpiarse la ropa, limpiar el inodoro y volver, ya que nadie vio sus manos con sangre o su ropa cuando volvió del baño.

Sostiene, que por todo ello la decisión del Tribunal no alcanza los criterios de suficiencia que deben abonar una valoración razonada de la prueba que sea capaz de satisfacer una convicción más allá de toda duda razonable, incumpléndose el principio de razón suficiente.

Concluye afirmando que la condena injusta, el procesamiento irregular, la ilegalidad en la recolección de pruebas, la violación de derechos del personal

sanitario y la indolencia del Poder Judicial frente a ello, las torturas y los maltratos y fundamentalmente, la privación de la libertad como medida desproporcionada y de castigo cautelar, registra nítidamente en el caso *violencia institucional* (art. 6 inc. b) de la Ley N° 26.485) que luce indiscutible en todo el trayecto sanitario, policial y judicial de su defendida.

24°).- A mi criterio también le asiste razón a la recurrente en este agravio.

De igual manera que en el introito del agravio anterior expuse lo inaudito que me significaba encontrarme ante una sentencia de condena que se apoyaba para tener por acreditado el hecho y autoría en el supuesto reconocimiento de tales aspectos por parte de la defensa técnica, también debo decir que nunca me tocó intervenir en una causa en la que haya tanta prueba de mala calidad.

Es que, conforme lo expone la actual defensora en su exhaustivo trabajo recursivo, todo el material probatorio de cargo -aparte de ilegal tanto en su origen e incorporación, tal cual lo expuse al tratar la cuestión de la violación al secreto médico profesional- es confuso, ambiguo y contradictorio, lo que enerva cualquier posibilidad de que pueda arrimar certeza. No hay un sólo elemento de prueba de cargo que no presente alguna falencia. Veamos:

25°).- Falta de certeza sobre que la muerte del niño obedezca a una conducta homicida:

La sentencia consideró comprobado que el deceso del niño NN fue como consecuencia de un homicidio cometido por Belén, su madre.

Para arribar a tal conclusión se apoyó, fundamentalmente, en el informe de autopsia corriente a fs. 35 que expresa: “...se trata de un menor, de aproximadamente treinta y dos semanas de vida, que sufrió en vida un importante traumatismo en región fronto-parieto-temporal occipital, que por su magnitud e importancia, aún cuando no injurió las tablas óseas, constituyó un traumatismo encéfalo craneano, ya que lesionó seriamente el encéfalo, siendo ésta la causa que en definitiva llevó al óbito a la causante”.

El carácter de persona viva del niño fue tomado del pasaje de la autopsia que indica que “...la prueba hidrostática resultó positiva en sus cuatro tiempos...”, lo que condujo a la Cámara a expresar en el fallo que el bebé salió del seno materno y respiró por sus propios medios, existiendo aire en sus pulmones (fs. 556 vta.).

Y dijo la Cámara en relación al punto, como última reflexión, que “...no hay contradicciones en la causa sobre esta cuestión. No hay confusión. No hay

ni siquiera demasiado margen de interpretación, dado que estamos ante pericias y conceptos médicos...” (fs. 557).

En breves palabras, el Tribunal asoció, tomando como base los términos expresos del dictamen médico forense, que el niño sufrió un traumatismo encéfalo craneano (TEC) que lesionó el encéfalo, siendo ésta la causa de la muerte.

Ahora bien, tomando como cierta la ecuación TEC-lesión cerebral-muerte (que no ha sido discutida como hecho), no advierto que se haya acreditado que el traumatismo sea la consecuencia de una actividad homicida dolosa.

Advertido por el informe de dos amicus curiae, tomé conocimiento de que el traumatismo encéfalo craneano en los bebés prematuros no sólo puede ser causado por un hecho criminal, sino que también por causas accidentales (por ejemplo un golpe involuntario que pudiera recibir durante el parto) o incluso por causas naturales:

Así la amicus Soledad Sosa transcribe la opinión del Dr. Julián Rodríguez Pranssolo, médico de la provincia de Buenos Aires, quien al observar las lesiones en el niño constatadas en la autopsia dijo que “esto puede haberse dado por diferentes causas, porque si hablamos de un feto prematuro, al no estar formada la bóveda craneana (huesos de la cabeza), al pasar por el canal de parto, la vagina, se puede lesionar y puede hacer un hematoma sólo con ese contacto. En ese caso no tiene un cráneo formado todavía para soportar eso” (fs. 996).

Por su lado el amicus Innocence Project Argentina plantea a fs. 1037 vta. que “...resaltaba NERIO ROJAS que, más allá de las causas patológicas que pueden causar la muerte de un feto antes, durante o después de un parto, existen causas obstétricas, respecto de las cuales destaca que “la *compresión craneana* por la pelvis materna es causa de lesiones graves y aun de muerte, capaces de inducir en error al perito... Las lesiones principales son: hemorragias y fracturas. Las hemorragias se presentan, fuera de la bolsa sanguínea, en diversos sitios del tejido celular, en las meninges, en el pericráneo, en el parénquima cerebral, intraventriculares. Éstas se acompañan a veces de ruptura de la tienda del cerebelo y de la hoz del cerebro...(Nerio Rojas, Medicina Legal, El Ateneo, Buenos Aires, 1950, pág. 291-293)”.

El mismo amicus expone a fs. 1042 que “Tampoco se ha acreditado que aun en la hipótesis de la existencia de un niño nacido vivo, no se tratara de una muerte accidental. La medicina forense describe desde antaño lo que se denomina “parto por sorpresa”, que es el inesperado en su expulsión: “Hay diversas causas que lo determinan. Puede la madre estar inconsciente o ignorar su embarazo, o no esperar en esa fecha el parto, o confundir sus dolores con otros y sentir deseos de defecar o de orinar,...”;

se afirma, además, que es más frecuente en las primíparas. NERIO ROJAS señala también que “la muerte puede producirse como consecuencia de la caída, sumersión, quemadura, caída en inodoro o letrina de campo”; y que el cordón desgarrado es un dato a favor de la posibilidad de la caída (Nerio Rojas, supra nota 20, p. 297).

Ante el relevante giro que implicaba tomar conocimiento de que las lesiones craneales y cerebrales en el bebé prematuro pueden obedecer también a causas distintas de una conducta criminal, acudí a la obra de otros autores señeros de medicina legal para estudiar el tema, que confirmaron lo afirmado por los amicus mencionados.

Así Bonnet también menciona a los traumatismos cráneo-meningo-encefálicos como causas patológicas de muerte del feto durante el parto (Medicina Legal, ed. La Prensa Médica Argentina, 1967, pag. 436) y después del parto (pag. 439), e indica que las compresiones cerebrales y fracturas craneales son las de mayor frecuencia y valor (op. cit, pag. 436). Expresa también, al analizar las fracturas de cráneo, que “...la simple caída desde los genitales de la madre al suelo es un hecho innegable, aunque no produzca lesión alguna...” (op. cit, pag. 437).

Alfredo Achával, dentro de las causas accidentales y obstétricas de muerte del feto, indica que “La compresión craneana puede ser por la pelvis materna (promontorio del sacro o deformación de la pelvis) y puede encontrarse lesión hemorrágica subcutánea o visceral (bolsa sanguínea, meninges, ventrículos y masa cerebral), ruptura de la tienda del cerebelo, de la hoz del cerebro, hundimiento “en cuchara” de Chaussier, fisura, fractura franca (casi siempre de parietal izquierdo)” (Manual de Medicina Legal, Artes Gráficas Candil, 2000, pag. 438).

Este autor también menciona el *parto por sorpresa* como causal accidental de muerte del feto, definiéndolo como la expulsión inesperada del feto, que se produce en el uno por mil de los casos, que puede producirse durante la micción o defecación confundida como imperiosa y no como pujo (op. cit. pag. 439).

Ante el asombro que me produjo la toma de conocimiento del diverso origen (incluso natural) que podía presentar el traumatismo encéfalo craneano en un bebé prematuro, busqué más información para despejar alguna duda respecto de la actualidad de las enseñanzas de los doctrinarios médico forenses antes mencionados.

Así pude acceder a artículos de distinto origen que tratan la problemática, entre los cuales destacaré un artículo presentado por la Sociedad Argentina de Pediatría (SAP), titulado “*Hemorragia intracraneana del prematuro. Frecuencia de Presentación y factores de riesgo*” de los Dres. Fernando Redondo, Omar Falcó, Adolfo Rodríguez, Vicente Contini y Mónica Carande, al cual se puede acceder en el link

(<http://www.sap.org.ar/docs/publicaciones/archivosarg/2003/256.pdf>), que en su resumen expresa:

“Introducción: La hemorragia periventricular/intraventricular del prematuro es de presentación frecuente, se relaciona con el bajo peso de nacimiento y es una importante causa de deterioro neurológico en el recién nacido...”.

“El presente estudio tuvo dos objetivos: 1) determinar la frecuencia relativa y gravedad de los sangrados relacionados con el peso de nacimiento y 2) medir la asociación con factores de riesgo en la población de recién nacidos de <1.750 g nacidos en la maternidad del Hospital Iturraspe de Santa Fe...”.

“Resultados: Observamos hemorragia intracerebral en el 62,3% de los niños pretérmino estudiados. Correspondieron a hemorragias leves (I y II) el 24,03% y el 75,96%, a las graves (III y IV). Los factores de riesgo que se asociaron con la ocurrencia de hemorragias graves fueron: falta de administración de corticoides prenatales, apneas, neumotórax, sepsis neonatal, parto vaginal, depresión grave, necesidad de asistencia respiratoria mecánica y de surfactante”.

“Conclusiones. Se evidenció mayor incidencia y gravedad de las hemorragias a menor peso de nacimiento. La falta de maduración prenatal con corticoides, apneas, sepsis, neumotórax, asistencia respiratoria, nacimiento por vía vaginal y depresión neonatal se asociaron fuertemente con los sangrados...”.

Entonces, y resumiendo hasta acá, la doctrina médico forense indica que suelen producirse lesiones cerebrales en niños recién nacidos -y que tal posibilidad se incrementa cuanto más pretérmino sea el feto-, y que tales pueden tener origen natural por la compresión craneana, en partos no asistidos o partos rápidos; y también origen accidental, producto del *parto por sorpresa*.

Pues bien, en el caso de autos donde estamos ante la presencia de un niño prematuro, parido sin asistencia alguna en el baño de un hospital, y que presenta un traumatismo encéfalo craneano que provocó una lesión en el encéfalo que le causó la muerte, no advierto la presencia de elemento alguno probatorio que conduzca, de manera irrefutable, a sostener que la hemorragia intracerebral del bebé obedezca a una conducta homicida dolosa. Y que, como contracara, descarte que la muerte del bebé pueda obedecer a la causa natural del trauma obstétrico o a la accidental del parto por sorpresa.

No hay prueba alguna que acredite la actividad dolosa mortal.

Lo único que hay en autos son los testigos médicos y afines que -más allá de su invalidez como tales- sólo declararon respecto del parto de la acusada y del hallazgo del bebé ya muerto, pero nada pudieron aportar respecto de la causa ni circunstancias de la muerte del niño.

Y por otro lado tenemos una autopsia en la que se describió el tipo de lesiones que presentaba la criatura, esto es el TEC que lesionó el encéfalo, mas nada dijo respecto de la causa de ese TEC, esto es si ella fue accidental u obedeció a un golpe, y en este caso de qué tipo y magnitud, como para al menos poder inferir el ánimo del autor.

Podrá argumentarse que el médico forense habla de que el niño “sufrió en vida un importante traumatismo encéfalocraneano”, lo que habilitaría pensar que fue como consecuencia de un golpe. Al respecto digo: nada habilita pensar que el “importante traumatismo” sea consecuencia de un golpe, porque el médico no lo dijo, y debió hacerlo para el caso de así haberlo considerado. Pero aún para el caso de que se considerara razonable pensar en la causa del golpe, nada descartaría que éste pudiera haber sido accidental, por ejemplo por el *parto por sorpresa*.

Y tampoco me parece decisivo para acreditar el ánimo doloso la circunstancia de haberse hallado el cordón umbilical del niño cortado por estiramiento y anudado. Si bien ello podría constituir un indicio, a mi criterio este sería anfibológico, ya que no descarta la posibilidad ni del trauma obstétrico natural ni del accidente por parto por sorpresa: perfectamente podría haber ocurrido que luego de producido el nacimiento y la lesión por cualquiera de ambas hipótesis, la madre del niño haya cortado el cordón y luego lo anudara, sea por miedo, sorpresa o shock. En definitiva, esa conducta posterior al hecho no conduce necesariamente a la verificación de un ánimo doloso en la causación del TEC.

Ni siquiera la circunstancia de que el niño haya respirado indica que luego hubiera sido ultimado. Achával no descarta que aún en ocasión del *parto por sorpresa* se pueda producir un nacimiento con vida, cuando afirma que en caso de caída en un pozo, el niño puede inspirar produciéndosele “moldes” traqueales o bronquiales (op. cit, pag. 439).

En definitiva, considero que no hay base probatoria cierta que demuestre que la lesión y muerte del bebé obedezca, necesaria e indiscutiblemente, a una actividad homicida intencional y voluntaria, con lo que descarto, por duda, la verificación del elemento subjetivo del homicidio doloso.

26°).- Tampoco veo comprobado con certeza la relación filial entre el niño muerto y la acusada, como factor de agravación del delito por el vínculo.

La Cámara consideró a fs. 544 vta. que la relación filial “no esta prácticamente en discusión. Y su autoría tampoco”, y que “no encuentra asidero la afirmación de que, ante la falta de pericia de ADN, en autos no se ha probado el vínculo filial entre la imputada y el bebé hallado en el baño del hospital Avellaneda... Y en el caso de autos existen numerosos y contundentes elementos probatorios objetivos que

demuestran que el bebé encontrado en el inodoro del baño del Hospital Avellaneda, en la mañana del día 21 de marzo de 2014, era el hijo de S.S.S.". Y menciona:

a) los testimonios de los Dres. Sara Lía Sader, Jorge Augusto Molina y José Daniel Martín, y de los enfermeros Luis Antonio Gramajo, Verónica Rosa Ledesma y Marta Liliana Monjes, que declararon que la imputada fue dos veces al baño del Hospital Avellaneda el día 21/3/2014 en horas de la madrugada, y al retornar la segunda vez, exhibía un profuso sangrado en la zona genital, por lo que fue revisada por el personal de guardia que detectó la existencia de un cordón umbilical cortado; y que ese mismo día (21/3/2014), en el mismo lugar (un baño del Hospital Avellaneda), y en el mismo espacio de tiempo (entre las 04:00 y las 08:00 horas), encontraron un bebé, desarrollado -de treinta y dos (32) semanas de gestación-, que exhibía, justamente, un cordón umbilical desgarrado.

Dijo la Cámara que "Sentadas esas dos premisas, la conclusión de este silogismo se impone con claridad: el niño encontrado en el baño, efectivamente, es el hijo de la imputada, a quien acababa de parirlo -con vida-, cortarle el cordón umbilical que los unía, e introducirlo en el interior de un inodoro, provocándole un traumatismo encéfalo-craneano, que le ocasionó la muerte. A mayor abundamiento, y para descartar cualquier confusión posible, cabe aclarar que ese día, en ese lugar, y en esa franja horaria (ni en horas anteriores ni posteriores), no hay ningún tipo de reporte, registro, constancia, denuncia, o siquiera mención a la existencia de otro bebé, en esas condiciones - con un cordón umbilical cortado y desgarrado-, ni de otra mujer en esas condiciones, es decir, que en su matriz tenga un cordón umbilical cortado y desgarrado. De esta forma se elimina todo tipo de duda" (fs. 554 vta.).

"b) la propia declaración de la imputada -incorporada al debate por su lectura-, la cual, interpretada en sentido contrario (a contrario sensu), también permite acreditar el vínculo, dado que ella, luego de relatar que había ido dos veces al baño, termina aceptando la situación: "(...) yo no sabía que estaba embarazada, yo creía que era una hemorragia por tantos medicamentos que había tomado. (...) Me hicieron el legrado, después de ahí estuve hasta las 06:20 en la sala de parto y ahí vino un enfermero y me hizo ver, y me di cuenta lo que había pasado. Yo nunca quise empujar (...) si hubiese sabido que estaba embarazada me habría cuidado".

"c) la secuencia de las declaraciones testimoniales rendidas en el debate, dado que permitió aclarar que el Dr. Martín, al advertir la existencia del cordón umbilical cortado que tenía la imputada, le preguntó por el bebé, y ante la negativa de ella, mandó a que lo busquen... Entonces, ante el hallazgo de un bebé, en un baño del Hospital, y que tenía un cordón umbilical cortado, como desgarrado, pues automáticamente se lo vinculó a la imputada. Así, queda descartada otra posible hipótesis de duda".

“d) por último, la propia estrategia defensiva, que como ya lo dije, se basó fundamentalmente en sostener que, por el estado puerperal en que se encontraba la imputada al momento del hecho, la misma no era consciente de lo que hacía, procurando el encuadramiento de su conducta en el artículo 34 -inciso 1º-, del Código Penal (inimputabilidad). Ello implica, lógicamente, la aceptación de las circunstancias fácticas en que ocurrió el hecho”.

Ninguna de tales bases probatorias resulta aceptable.

27°):- Respecto de lo mencionado en los puntos a) y c) y vinculados a la declaración de los médicos y personal asistencial que atendió a la acusada, me remito a la analizado anteriormente sobre la falta absoluta de validez de esa prueba -y de todo lo que fuera consecuencia de ella- en atención a derivarse del quebrantamiento del secreto médico profesional y afectar la garantía de prohibición de autoincriminación forzada de que goza todo imputado.

28°).- Igual remisión merece lo atinente al reconocimiento implícito que la Cámara asigna a la estrategia de la defensa, sobre lo que ya me expedí por su invalidez.

29°).- Me detendré entonces sólo en lo relativo al supuesto reconocimiento del hecho por parte de la acusada que menciona la Cámara, y luego formularé algunas reflexiones en relación sobre el “silogismo” que menciona (esto es que hubo un solo nacimiento ese día en el hospital y una sola parturienta, de lo que deriva que necesariamente ésta es la madre).

Con respecto al primer punto, la Cámara dijo a fs. 553 vta. que:

“...9) El último elemento probatorio que sirve para acreditar la materialidad histórica del hecho es, justamente, la declaración de la propia imputada... “(...) *Me hicieron el legrado, después de ahí estuve hasta las 06:20 en la sala de parto y ahí vino un enfermero y me hizo ver, y me di cuenta lo que había pasado. Yo nunca quise empujar (...) si hubiese sabido que estaba embarazada me habría cuidado*” (el énfasis es de la Cámara).

Más adelante, cuando examina la autoría material del hecho, la Cámara dice a fs. 555:

“...b) la propia declaración de la imputada S██████ - incorporada al debate por su lectura-, la cual, interpretada en sentido contrario (a contrario sensu), también permite acreditar el vínculo, dado que ella, luego de relatar que había ido dos veces al baño, termina aceptando la situación: “(...) yo no sabía que estaba embarazada, yo creía que era una hemorragia por tantos medicamentos que había tomado.

(...) Me hicieron el legrado, después de ahí estuve hasta las 06:20 en la sala de parto y ahí vino un enfermero y me hizo ver, y me di cuenta lo que había pasado. Yo nunca quise empujar (...) si hubiese sabido que estaba embarazada me habría cuidado”.

Esta transcripción de la Cámara sobre partes de la declaración de la imputada resulta arbitraria, ya que fracciona y parcializa *-in malam partem-* los dichos de Belén que apuntaban en todo momento, desde un sentido integral, a negar terminantemente el hecho y autoría.

Tanto es así que en su primera declaración en sede de la Fiscalía de Instrucción (fs. 23/24), Belén sostuvo que no tenía conocimiento de que cursara un embarazo: “...yo no sabía que estaba embarazada...” y negó la imputación: “...Nunca me quise escapar del hospital, yo si hubiese sabido que estaba embarazada me habría cuidado. Nada que ver el relato que dijeron. Cómo piensan que yo voy a hacer esa crueldad, yo no soy así. Cómo pueden inventar que yo voy a tratar de empujarlo por el inodoro...”. Esta exposición fue ratificada en la segunda declaración corriente a fs. 96/98.

Luego, al emitir sus palabras finales en el juicio, la acusada reiteró claramente su negativa en relación a la comisión del hecho cuando dijo: “Antes que nada, le quiero decir que yo no sabía que estaba embarazada, no me pueden decir que yo cometí semejante atrocidad. ¿Como pueden decir que corté el cordón?...¿Donde hay un ADN que diga que es mi hijo?...¿y dicen que hice eso? Yo no hice daño a nadie...me acusan sin pruebas ¿Donde están las pruebas que digan que soy una asesina, cómo piensan que soy?...Yo, lo único que pido, no soy ninguna asesina. Yo no maté a nadie, estoy mal, pido que me tengan piedad, estoy destrozada...¿Cómo piensan que yo voy a matar a alguien? Nunca hice daño a nadie, es injusto lo que están haciendo, es injusto lo que dicen de mí, ellos no saben como estoy yo. Lo único que les pido es que tengan piedad, yo jamás maté a nadie, no me pueden acusar de semejante cosa” (fs. 549).

De lo expuesto surge claramente inexacto sostener, tal cual lo hace la Cámara, que la imputada haya reconocido en momento alguno la existencia del hecho y autoría en relación al mismo.

Ninguna duda cabe, dentro de una lectura e interpretación integral de sus dichos, que ella mantuvo desde el inicio y hasta el final del proceso una postura uniforme de desconocimiento y ajenidad en relación al hecho imputado, sin que resulte ajustado a derecho fraccionar su declaración para tomar, como ya dije “in malam partem”, sólo una porción descontextualizada de sus dichos para hacerla parecer como reconociente de su autoría y culpabilidad.

Entonces, tal interpretación fraccionada y descontextualizada efectuada por el Tribunal de mérito sobre una parte de declaración de la imputada,

desarticulando el sentido integral de sus dichos, se presenta como claramente arbitraria y descalificable como valoración probatoria y razonamiento jurisdiccional válido.

30°).- Analizaré ahora la validez del “silogismo” que indica la Cámara a fs. 554 vta., cuando sostiene que está acreditado que la imputada -y nadie más que ella- tuvo un parto el día 21/3/2014, y también que ese mismo día y en el mismo hospital se encontró un bebé prematuro muerto, de lo que se derivaría que aquella es la madre, ya que “no hay ningún tipo de reporte, registro, constancia, denuncia o ni siquiera mención de la existencia de otro bebé”.

Si bien tal razonamiento luce indiscutible desde un plano lógico, no es tal desde el punto de vista material, ya que una (o las dos) premisas son falsas, o al menos dudosas: No hay certeza de que haya habido un solo bebé en las circunstancias del caso.

Veamos:

Advertido por la nueva defensora de la acusada en su memorial casatorio, observé la existencia en autos de elementos que demuestran claramente que no es cierto que no exista ningún reporte, registro, constancia, denuncia o ni siquiera mención de la existencia de otro bebé.

Así, a fs. 127 obra un informe actuarial de fecha 24/4/2014 correspondiente a la Fiscalía de Instrucción en que se expone que “...en el día de la fecha se comunicó telefónicamente a este Ministerio Público el Dr. Silverstein, apoderado del Hospital Avellaneda, a fin de poner en conocimiento del Sr. Fiscal que en la morgue del citado nosocomio se encuentra reservado el cuerpo del feto NN sobre el cual se realizó una autopsia el día 21/3/2014... Asimismo manifiesta que el cuerpo se encontraría en estado de descomposición atento el tiempo transcurrido...”.

Ante ello el Fiscal emitió un decreto disponiendo librar oficio al Cuerpo Médico Forense para que se constituye ante la morgue del hospital y extraiga una muestra del tejido óseo del feto NN, “...debiendo reservar la misma a los fines de la realización de un estudio comparativo de ADN cuando este Ministerio Público lo disponga” (fs. 129).

Y entonces surgió una novedad que interpreto absolutamente relevante al momento del examen de la unicidad de la víctima:

A fs. 145 corre agregado una presentación fechada 25/4/2014 (pero presentada en el expediente el 09/5/2014) por el Dr. Diego Silberstein, asesor letrado del hospital Avellaneda, informando que “...el feto NN que diera a luz la imputada S.S.S. fue retirado por personal del cuerpo médico forense el día 21 de marzo de 2014 a efectos de realizar la medida de autopsia. Por un error involuntario se informó telefónicamente a la

Fiscalía que el feto se encontraba en nuestra institución... Debido a ello en el día de la fecha se apersonó el Dr. Miguel Ángel Rubio Mas con un oficio judicial a efectos de sacar una muestra de tejido óseo del feto. Al cerciorarnos que el feto que se encontraba en la morgue de nuestra institución no era el que diera a luz la imputada en autos, nos comunicamos telefónicamente con la prosecretaría de la Fiscalía Quinta para informar lo acontecido. Pidiendo las disculpas del caso y quedando a disposición para lo que fuere necesario...”.

A colación de ello obra a fs. 166 presentación del bioquímico forense Dr. Miguel Rubio Mas, informando al Fiscal de Instrucción que el 25/04/14 se constituyó en el hospital Avellaneda a los fines de la toma de las muestras para ADN, y que en el nosocomio le informaron que el feto en cuestión no se encontraba depositado en la institución. Y que ante ello el bioquímico se comunicó con el Cuerpo Médico Forense, desde donde se le informó que “...el día 21 de marzo de 2014 se practicó una pericia médico legal a un feto NN hijo de S.S.S. proveniente del Hospital Avellaneda, y que los mismos fueron entregados el día 31 de marzo de 2014 al Sr. Raúl Alberto Fabersani, empleado de la empresa Cesar Mora para su inhumación...”. Se adjuntó copia certificada del acta de entrega (agregada a fs. 165), “...cuyo original se encuentra archivado en el sistema Lex Doctor de la Morgue”.

Atento tales informes, en fecha 12/8/2014 el Fiscal decretó “...déjese sin efecto la medida ordenada”.

De todo lo expuesto surge claramente que no es exacto que hubiera habido un solo bebé en el marco temporal y espacial del caso, ya que si se produjo una confusión con otro, ello implica que hubo al menos dos, cayéndose en pedazo una de las premisas que componían el silogismo de la Cámara, esto es la existencia de un único bebé.

Lo más lamentable del caso no es “el error involuntario” en que pudo haberse incurrido en el hospital, sino que el Fiscal no ahondó en absoluto en requerir una mínima explicación sobre la esencia y causa del equívoco para despejar cualquier duda sobre identidad de los bebés, atendiendo básicamente la gravedad de la imputación.

Es que las dudas que se presentan ante ese “error involuntario” son múltiples: ¿en qué consistió el error? ¿cómo es que se pudo confundir dos cadáveres de bebé? ¿los dos estaban autopsiados? (porque si uno no lo estaba el error no se advierte como verosímil: bástese con ver las fotografías de la autopsia para poder ver los seccionamientos a que se somete un cuerpo para el estudio médico forense, que despeja cualquier confusión con otro no autopsiado) ¿los dos bebés murieron en fechas próximas?

¿qué descarta que este error *in personam*, advertido al pretenderse tomar las muestras para el estudio de ADN, no se pudiera haber producido antes, cuando se remitió el cuerpo para la autopsia? ¿de qué manera se “cercioraron” del error?.

Todas estas dudas bien pudieron -y debieron- haber sido despejadas por el Fiscal interviniente mediante un pedido de informes detallado al hospital, sin que resulte suficiente la simple aceptación de las disculpas y dejar sin efecto la medida probatoria.

Aclaro: no estoy sugiriendo que se deba perseguir al personal del hospital por el equívoco (sin perjuicio de recomendarse un mayor celo para que no se repita), sino que mínimamente se debió solicitar una explicación sobre la naturaleza y motivo del error, para descartar la eventual confusión de bebés que asalta irremediablemente.

Entonces: no es exacto que hubiera un sólo bebé en las circunstancias temporales y espaciales del caso, lo que derriba la premisa de la Cámara que así lo consideraba. Como ya dije, hubo al menos dos bebés, y se plantea la duda sobre cuál de ellos pudiera ser el hijo de la acusada, como también si el NN autopsiado (que es el sujeto pasivo de esta causa) lo es.

Y si hubo dos bebés, debió haber dos madres (ya que nada indica que Belén hubiera tenido un parto múltiple). Y en tal situación surge la duda de si no pudo haber sido la madre desconocida la que actuó contra el bebé hallado en el baño.

Tampoco es cierto que el estudio de ADN fuera irrelevante, como sugiere el fallo. Si no se lo practicó no fue por eso, sino por una evidente y grosera falencia en la preservación y cadena de custodia de tan esencial prueba. Es que, más allá del principio de libertad probatoria que conduce a que todo hecho y circunstancia pueda acreditarse por cualquier medio de prueba, resulta inaceptable que teniendo al alcance de una prueba irrefutable como la de estudio de compatibilidad genética, se deba acudir a indicios o ejercicios silogísticos para acreditar una identidad o vinculación parental desconocida y/o negada por la imputada.

31°).- Directamente emparentadas con la improlijidad arriba señalada van otras cuestiones igualmente importantes al momento de la adquisición del estado mental de certeza indispensable para emitir una sentencia de condena.

Así, la autopsia es un catálogo de inconsistencias:

* En primer lugar presenta problemas en cuanto a la fecha de realización del estudio, ya que indica como efectuada el día 21-03-2004 y no del 2014 como debía decir. Si bien es cierto que esto podría obedecer a un error de tipeo, no mejora la cosa cuando se confronta con las fotografías que se tomaron en la oportunidad del

examen (fs. 88/91), en las que en la pizarra que luce atrás del cuerpo indica que la fecha de realización fue “22-03-14”.

* luego dice: “...practicamos la autopsia al cadáver del FETO SEXO MASCULINO...”, pero cuando efectúa el “EXAMEN EXTERNO” del cuerpo refiere “Cadáver en buen estado de conservación, perteneciente a un FETO SEXO FEMENINO...”. El carácter de mujer del feto se repite en las *consideraciones médico legales*, cuando se indica que la lesión en el encéfalo es la causa que en definitiva “...llevó al óbito a la causante”, y en la *conclusión* del informe, que en el punto 2ª expresa que “Se adjunta certificado de defunción de la causante”.

* continúa el informe: “...cadáver de sexo femenino, de aproximadamente 32 meses de gestación...” Nótese que habla de *meses* y no de *semanas*, razón por la cual el niño -o niña- autopsiado debía contar con 2 años y 8 meses de edad.

* Menciona como datos antropométricos del bebé los siguientes: un peso de 950 grs., una talla de 36 cm; perímetro cefálico de 25 cm; perímetro torácico de 28 cm y perímetro abdominal de 27 cm, longitud de fémur de 7 cm.

Ahora bien, advertido por la recurrente y algunos amicus que cuestionaron severamente que tales datos se correspondan con un bebé de 32 semanas, recurrí a algunas tablas y gráficos de crecimiento fetal, que arrojaron los siguientes datos: un peso de 950 grs. como el que tenía el niño se corresponde con un feto sano de 26 semanas, al igual que una talla de 36 cm y un perímetro cefálico de 25 cm. Pero el perímetro abdominal de 31 cm que se indica en la autopsia se corresponde con un feto de 31 semanas; y un fémur de 7 cm se corresponde con un feto de 37 semanas (cfr. Gráfica Regional de crecimiento fetal normal-Lagos y Cl. Rev. Hosp. Mat. Inf. Ramón Sardá (2002). García Muñoz, Rodrigo (2013) “Nuevas Curvas Poblacionales de Crecimiento en recién nacidos extremadamente prematuros”. Ed. AnPedatr. Barcelona).

Entonces fluyen atendibles dudas sobre la credibilidad de que puede gozar un informe que contiene errores en la fecha, en el sexo del sujeto autopsiado, y severas inconsistencias científicas entre los datos que informa. Si presenta tantas falencias ¿en qué debería creérsele? ¿cómo se puede adquirir certeza de un instrumento tan formal y sustancialmente falente?.

Si no brinda ninguna certeza sobre cuándo se realizó el estudio, si aporta datos contradictorios sobre cuestiones tan básicas y esenciales como ser el sexo del bebé, si aporta datos contradictorios acerca de la edad gestacional del niño ¿con qué lógica se debería aceptar como exacta alguna otra circunstancia indicada en el informe, como ser que el niño nació vivo y sobre la causa de su muerte?.

32°).- No mejor suerte corre otro factor probatorio también importante, que se presenta insuperablemente contradictorio: el lugar del hallazgo del cuerpo del bebé.

Dijo la sentencia: “Que entre horas 04:00 y 05:00 aproximadamente del día de mención, S.S.S. solicitó permiso para concurrir al baño manifestando tener diarrea y mientras se encontraba en el mismo, dio a luz a un bebe de sexo masculino... Que después de dar a luz a su hijo, cortó el cordón umbilical que unía la placenta con el cuerpo de su hijo, luego lo anudó y con claras intenciones de provocar la muerte de su hijo, lo arrojó por las cañerías del baño del mencionado nosocomio y tiró la cadena...”.

Ahora bien, y tal cual lo plantea la defensa ¿a cuál baño se refiere la Cámara?.

Es que en la HC (fs. 67/68) consta a que mientras el Dr. Martín atendía a la paciente, “Se hace presente una policía del Destacamento del hospital que informa la presencia de un feto en sin vida en el inodoro del *baño de la guardia mayor*”. Pero luego los testimonios de las enfermeras Monje (fs. 94) y Ledesma (fs. 58) desvirtúan eso y afirman que el feto habría aparecido en el “*baño del Edificio Avellaneda*”.

La diferencia no es menor, ya que si el bebé fue encontrado en el baño de pacientes mujeres del hospital, tal cual lo declara Monjes, el universo de personas que pudieron acceder a dicho sanitario se incrementa, y con ello la posibilidad de que quien hubiera dejado el feto sea alguien distinto de la acusada.

Debo decir al respecto que no obra en la causa ningún dato que indique la distancia que media entre el baño del edificio Avellaneda y la guardia mayor (sólo la letrada recurrente menciona que hay más de 100 metros entre ambos) como para poder establecer si era posible que la encartada pudiera haber acudido al sanitario, dé a luz, corte el cordón, lo tire en el inodoro, tire la cadena y empuje a las cañerías, todo ello en un lapso de “cinco minutos” o “unos momentos” (según testimonio de Verónica Ledesma) incluyendo el trayecto desde la Guardia Mayor hasta allí y su vuelta.

Además de que la observación de tal distancia pudo haber indicado si resultaba razonable que ella, luego de parir en el baño, pudiera retornar sin dejar un reguero de sangre en el trayecto (es dable recordar que el Dr. Molina declaró en el debate que “...constato presencia de sangrado en la camilla en el momento que me la presentan”, por lo que la derivó al ginecólogo; y el Dr. Daniel Martín dijo que “...ingresan a la paciente en una sala de parto, porque estaba manchada de sangre...”).

33°).- Igual ausencia absoluta de certeza hay en cuanto al horario de hallazgo del cuerpo, por cuanto en el informe policial de fs. 12 consta que fue

encontrado por una partera a fs. 03, mientras que en la HC, (fs. 67/68) se informa que luego de que la paciente ingresara al servicio de ginecología a horas 06.45 y mientras le realizaban el legrado, “se hace presente la policía del destacamento policial del hospital que informa la presencia de un feto sin vida en el inodoro de la guardia mayor donde se encontraba la paciente...”. Es decir que en relación a este aspecto tenemos dos momentos notablemente diferentes.

34°).- Directamente vinculado con lo anterior es la falta de certeza en cuanto al momento de la muerte del bebé, por cuanto, como ya dije, en el informe de fs. 12 se indica que fue hallado a hs. 03.00, en la HC que el cuerpo apareció después de las 06.45 y ya sin vida, en el RML de fs. 38 que la hora del fallecimiento fue 08.43; y el acta de defunción de fs. 160 que la muerte ocurrió a las 08.40. Acá hay cuatro momentos, en un aspecto tan relevante como ser la hora del deceso.

35°).- Como fácilmente puede apreciarse son más las dudas que las certezas lo que abunda en este caso: no se sabe si la muerte del niño fue consecuencia de una conducta criminal, natural o accidental; no se sabe si el bebé encontrado y autopsiado es hijo de la imputada; no se sabe a qué hora murió; no se sabe ni a qué hora ni dónde ni cómo lo encontraron, etc. En tales condiciones no advierto que se reúna mínimamente la certeza necesaria como para poder establecer la autoría del hecho en la persona de la encartada, y con ello poder fundar una sentencia de condena.

36°).- Por ello voto en el sentido de que, para el caso de no compartirse la declaración de nulidad propiciada en el análisis de los agravios referidas a la violación del secreto médico profesional y a la defensa en juicio, corresponde aplicar en el caso la absolucón de la acusada por el beneficio de la duda, dada la carencia de certeza en cuanto a la existencia del hecho y autoría.

37°).- Por último, y siempre en torno al agravio vinculado a la interpretación arbitraria de la prueba, considero útil expresar que en el caso se advierte otra fase de verificación *de violencia institucional* contra la imputada, ahora en el ámbito judicial, que se suma a la que mencionara anteriormente ocurrida en el marco de la asistencia médica brindada a la joven.

Así se advierte que en los estrados tribunalicios nunca se tomó en cuenta su palabra: mientras ella alegó en todo momento no saber que estaba embarazada, no haber parido y no ser culpable de lo que la acusaban, nada de esto se revirtió con las pruebas de cargo, ni se realizó una mínima investigación de citas, esto de todos los hechos y circunstancias pertinentes y útiles a que se haya referido el imputado, la cual lo dispone el art. 270 procesal.

Nunca se le dio el beneficio de la duda, ni se tomó en cuenta que no resulta muy lógico que una mujer concurra a un hospital para provocarse un aborto, o para parir y luego de ello ahorcar al recién nacido, tratar de deshacerse de él y luego regresar a la sala de urgencias para recibir atención médica.

Su declarada confusión sobre lo que le estaba pasando fue tomada siempre de manera arbitraria en su contra y nunca como una situación de vulnerabilidad preexistente. La imposibilidad de recordar -que fue explicada científicamente por la psiquiatra y psicóloga del Hospital Avellaneda- fue usada en todo momento en su contra, y nunca alguien (sea efector de la salud u operador judicial) se detuvo a pensar que la joven tal vez no recordaba porque nunca pasó lo que se le imputaba.

En el proceso no se le garantizaron mínimamente las garantías procesales: desde su detención inmediata, su defensa deficiente e inculpativa, y el trámite procesal nulo da muestras del desprecio que se tuvo por los derechos fundamentales del debido proceso.

La actividad acusatoria del fiscal se encaró desde un primer momento con el prejuicio de culpabilidad de la joven mujer; en tal sentido es de destacarse que incluso antes de tener el resultado de la autopsia (fecha 27/3/2014, fs. 35) ya el Fiscal de Instrucción la imputó de homicidio en su primera declaración de imputado (26/3/2014, fs. 23/24). El prejuicio de que hablo se evidencia además con lo falente de toda la actividad investigativa: una acusación basada en prueba ilegal, la despreocupación de averiguar mínimamente (más allá de los dichos del personal de salud) las citas de la defensa material ejercida por la acusada; no se analizó críticamente ni la historia clínica ni la autopsia, ni se realizó ADN; no se reconstruyó el hecho a pesar de que existen dudas enormes sobre si se pudo ejecutar el acto en el tiempo que se dice que la joven se ausentó (de 5 a 15 minutos), cuál es efectivamente el baño en donde se encontró al feto y los motivos por los que el lugar estaba perfectamente limpio. Tampoco se tuvo en cuenta que la cadena de custodia del feto se rompió -en realidad nunca existió-, ya que no se preservó en modo alguno el cuerpo del delito.

Y esta violencia institucional acaecida en el ámbito médico y judicial se enanca inmediatamente con la *cuestión de género*, porque probablemente muchas de las graves falencias apuntadas no se hubieran verificado en un caso con un hombre como presunto autor. Para saber si los estereotipos de género estuvieron presentes en este proceso, sólo hace falta preguntarse: ¿se hubiese llegado a una condena de homicidio agravado por el vínculo de un hombre en una causa donde el cuerpo del delito se perdió y no hay datos que permitan conocer la efectiva relación entre víctima y victimario? ¿con una autopsia con incongruencias tales como el sexo de la víctima o su edad

gestacional y con una causa de la muerte no determinada de forma clara y precisa? ¿se hubiese avalado que la defensa no realizara planteos alguno frente a estas situaciones y ni propusiera prueba de descargo? ¿Se hubiera permitido que la defensa ocurriera en sentido contrario a la posición de inocencia sostenida en las declaraciones y palabras del acusado en todo momento?.

El prejuicio estuvo presente en el equipo de salud cuanto el cuadro de la joven mujer se llamó "aborto incompleto". Esto dio lugar a que, desde un inicio, se la acusara de ocultar un embarazo y, más adelante, entender que lo que se trataba de un aborto provocado. Luego, el inicio de la persecución en desmedro de la atención de la salud psicofísica y privacidad de la entonces acusada.

Y también estuvo presente en la cabeza de cada uno de los operadores judiciales que intervino en el presente proceso, que sostuvo y agravó el estereotipo preexistente mediante la recepción y empleo de prueba claramente ilegal y de una pésima calidad en relación al dato probatorio que aportaban.

Nótese que en la Observación General N° 33 del Comité CEDAW (23/7/2015), este tipo de situaciones son identificados como obstáculos discriminatorios al acceso a la justicia de la mujer. Y se mencionan, entre otros:

"25..."iii) Las normas de corroboración que discriminan contra las mujeres como testigos, querellantes y demandadas exigiendo que cumplan con una carga de la prueba superior a la de los hombres a fin de establecer un delito o solicitar un recurso;

iv) Los procedimientos que excluyen o atribuyen un valor inferior al testimonio de las mujeres;

v) La falta de medidas para asegurar condiciones de igualdad entre hombres y mujeres durante la preparación y la tramitación del caso, y con posterioridad a este;

vi) La gestión inadecuada del caso y de la reunión de pruebas en las causas presentadas por mujeres que dan por resultado fallas sistemáticas en la investigación del caso;"

Esos obstáculos se producen en un contexto estructural de discriminación y desigualdad, debido a factores como los estereotipos de género, las leyes discriminatorias, los procedimientos interseccionales o compuestos de discriminación y las prácticas y los requisitos en materia probatoria, y al hecho de que no ha asegurado sistemáticamente que los mecanismos judiciales sean física, económica, social y culturalmente accesibles a todas las mujeres.

Cabe mencionar entonces, otras consideraciones que hace el Comité CEDAW en esta materia en el citado documento y que justifican que esta Corte llame la atención sobre el particular: "El artículo 2 estipula que los Estados partes deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres en todas las esferas de la vida, incluso mediante el establecimiento de tribunales nacionales competentes y otras instituciones públicas que garanticen la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación".

También que "En virtud del párrafo a) del artículo 5 de la Convención, los Estados partes tienen la obligación de exponer y eliminar los obstáculos sociales y culturales subyacentes, incluidos los estereotipos de género, que impiden a las mujeres el ejercicio y la defensa de sus derechos e impiden su acceso a recursos efectivos".

La pauta hermenéutica referenciada refuerza el resultado que propongo al acuerdo, en el sentido de declarar la nulidad de todo el proceso seguido contra la encartada.

38°).- En atención al resultado arribado, las costas en la instancia se imponen por el orden causado, correspondiendo diferir regulación de honorarios para su oportunidad.

A las cuestiones propuestas el señor Vocal doctor Antonio Daniel Estofán, dijo:

I.- Comparto y adhiero a las consideraciones expuestas en el voto del Sr. Vocal preopinante, Dr. Daniel Oscar Posse, en lo que refiere a los antecedentes del caso, los motivos de agravio de la recurrente y el examen de admisibilidad de la vía intentada (puntos 1 a 6). Asimismo comparto el análisis y la conclusión arribada en el tema referente a la valoración de la prueba y el beneficio de la duda (puntos 23/36) y la imposición de costas. Finalmente, adhiero a los puntos 1 a 3 de la parte resolutive, del mencionado voto.

No obstante lo expuesto, adelanto el carácter parcial de dicha adhesión, pues disiento respecto del análisis y solución que se propone al problema del "secreto profesional", tratado en los puntos 7/20, por las razones que expondré en el apartado correspondiente. Tampoco comparto el examen y la conclusión a la que se arriba en el tema de la ineficacia de la defensa técnica (puntos 21/22).

II.- Tipo penal Investigado, Elementos Necesarios y Prueba. El beneficio de la duda:

Inicialmente y previo a introducirme en los dos puntos de disenso con el voto preopinante, estimo necesario efectuar una serie de consideraciones respecto de la presente causa.

La imputada S.S.S. ha sido condenada por aplicación del supuesto de hecho normativo establecido en el art. 80, inc. 1 del Código Penal (homicidio agravado por el vínculo *-filicidio-*), que constituye uno de los delitos más graves y de mayor reprochabilidad en todo el sistema, conforme ha sido tipificado en nuestro Código Penal. Asimismo, el Tribunal de mérito consideró que existían circunstancias extraordinarias de atenuación (art. 80, *in fine*) que excluían la imposición de una pena de prisión perpetua, posibilitando establecer una prisión temporal entre 8 a 25 años, habiendo optado el sentenciante por el mínimo legal establecido para el tipo penal, según el encuadre estimado, condenando a la imputada S.S.S. a la pena de 8 años de prisión efectiva.

En nuestro sistema penal, para poder establecer la responsabilidad penal y en consecuencia condenar a una persona por semejante crimen (aberrante), se hace necesario acreditar durante el proceso: a) la existencia de un individuo de la especie humana, como sujeto pasivo -en el caso, el recién nacido, a condición que realmente hubiere nacido con vida- (presupuesto legal); b) el vínculo sanguíneo entre el sujeto activo -en este caso, la madre- con el recién nacido (elemento vinculante para la calificación); c) la realización voluntaria (dolosa) de acciones u omisiones tendientes a provocar la muerte de ese niño (elemento subjetivo y objetivo); d) la muerte del niño como resultado de las acciones u omisiones desplegadas por el sujeto activo (resultado y nexo causal).

Efectuado un detallado análisis de autos, estimo que no puede reputarse establecida, de manera indubitable, la concurrencia de los presupuestos y elementos del tipo penal oportunamente imputado (homicidio agravado por el vínculo).

Conforme se desprende de la sentencia puesta en crisis, el tribunal de mérito tuvo por probada la existencia material del hecho de homicidio agravado por el vínculo del menor N.N.S. al estimar que la imputada S. con *“claras intenciones de provocar la muerte de su hijo, lo arrojó por las cañerías del baño y tiró la cadena; y que con tal accionar provocó en su hijo un traumatismo encéfalo craneano, lesión que le ocasionó el óbito (...)”* (fs. 556/557).

Para arribar a una sentencia condenatoria a partir de dicha descripción de los hechos, el Tribunal debió -de manera incontrastable- tener por comprobado que la imputada dio a luz a una persona, es decir a un individuo de la especie humana que nació con vida, que el sujeto pasivo no hubiere fallecido por causas ajenas a la acción humana, y que la imputada hubiese sido quien provocó voluntariamente la muerte

del recién nacido mediante una conducta que configurara la más importante causa del deceso. Además, al imputársele el homicidio agravado por el vínculo, debía tener por bien probado que el cadáver encontrado en el inodoro, pertenecía a un hijo de la imputada S..

De acuerdo con la ecuación citada, para que el tipo penal objetivo se configure en el caso bajo estudio, es necesario que se encuentre acreditado por medios de prueba válidos y legales que la imputada S. fue quien realizó todos los elementos objetivos del tipo de que se trata, anteriormente descriptos. Sin embargo, no existe certeza acerca del nacimiento con vida del niño, como tampoco de la causa de su deceso, pues no podemos saber, a ciencia cierta, si la muerte fue consecuencia de una acción dirigida a producirla, o de un parto traumático sin asistencia. Y tampoco existe certeza respecto del vínculo genético entre el cadáver del niño sometido a la autopsia y la imputada S..

Tampoco se encuentra acreditado el vínculo sanguíneo -ante la inexistencia de una prueba de ADN- necesario para posibilitar no ya el agravamiento de la conducta homicida, sino incluso el homicidio mismo, pues resulta evidente que -conforme la descripción de las circunstancias de persona, tiempo, y lugar que integraron la intimación misma del hecho- el único niño a quién la imputada podría haber dado muerte, era a su propio hijo.

El homicidio simple es un delito doloso. El objeto del dolo debe comprender todos los elementos del tipo objetivo. Sobre este punto, Donna resalta que además de conocer que una determinada acción producirá la muerte de una persona, el autor debe haber querido que tal resultado se produzca. (Donna, Edgardo Alberto, *“Derecho Penal: Parte Especial”*, 2ª Edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, pág. 40).

Ello no se encuentra suficientemente acreditado en la presente causa. Aún en el supuesto que confluyeren los elementos del tipo objetivo –lo que ya hemos visto que no ocurre-, nada hay en el caso que desvirtúe los dichos de la acusada, según los cuales no sabía que estaba embarazada (como tampoco existe testigo alguno que manifieste que el embarazo era notorio o le constare a la imputada). Nada comprueba tampoco que hubiera acaecido en el baño otra cosa que una deposición, o a lo sumo un aborto espontáneo.

Para considerar a la acusada responsable penalmente del homicidio, debió verificarse que supiera que en la taza del baño había un niño nacido con vida, y que quiso causar su muerte desarrollando una acción orientada a tal fin. Nada de esto está categóricamente probado en el caso. Tampoco se ha acreditado que aun en la hipótesis de la existencia de un niño nacido vivo, no se tratara de una muerte accidental.

De los párrafos precedentes se advierte que no fue probado fehacientemente que la imputada S. hubiera realizado una acción voluntaria orientada a

causar la muerte de la criatura nacida con vida, de manera que no se configura el delito de homicidio.

En conclusión, ante la deficiencia probatoria existente, la imposibilidad de establecer de manera indubitable la concurrencia de los presupuestos del tipo penal oportunamente imputado, y la falta de argumentos con entidad suficiente para tener por válida la hipótesis de la acusación pública descartando por completo la versión exculpatoria de la defensa, debo concluir conforme a la sana crítica y en un estado constitucional de derecho que el único resultado posible es decidir la absolución de la imputada por el beneficio de la duda.

No obstante que la procedencia del agravio propuesto resultaba suficiente para sellar el resultado positivo del recurso de casación oportunamente propuesto, resultando innecesario el tratamiento de los restantes puntos, en la ocasión me veo compelido a su tratamiento pues debo plantear mi disidencia sobre los mismos en lo que respecta a la supuesta violación del secreto profesional y la pretendida ineficacia de la defensa técnica ejercida oportunamente por la Defensora Oficial de la IIIª Nominación.

III.- La pretendida violación del Secreto Profesional:

Estimo necesario aclarar que el análisis de la temática se efectuará de modo teórico con las limitaciones fácticas existentes a partir de la conclusión arribada en el punto precedente (falta de certeza de la participación de la imputada en el homicidio de la criatura encontrada en uno de los baños del Hospital Avellaneda).

El punto de disidencia es suficientemente claro. Se trata de saber -en una consideración estrictamente *a priori*, sin perjuicio de lo que *a posteriori* determine la prueba- si el autor de un hecho típicamente antijurídico que -en el despliegue mismo de su plan criminal- pone en peligro su vida, sufre lesiones, y acude a la consulta médica, goza de un derecho absoluto a la confidencialidad del galeno que lo asiste en tal trance; y, en consecuencia, si la denuncia efectuada por el profesional del caso en cumplimiento de una obligación prevista en una disposición legal -libremente asumida, porque no se ampara en ninguna objeción de conciencia- configura un hecho ilícito, e incluso del delito previsto en el art. 156 del Código Penal, que autorice una exclusión probatoria, y a declarar contraria al régimen republicano la susodicha obligación legal.

La respuesta negativa se impone desde mi punto de vista.

Entre sus agravios, la defensa alegó la violación del secreto profesional, y vulneración de la confidencialidad médico-paciente, y con ello la afectación de la garantía constitucional del debido proceso y el derecho a la privacidad, intimidad y a la no autoincriminación de su defendida (art. 18 CN). Sostuvo que toda la causa se inició y motorizó valiéndose de información obtenida de la relación médico-paciente, protegida por

la confidencialidad y tipificada como delito su revelación, y que sobre ello se construyó el cuadro probatorio de homicidio agravado por el vínculo por el cual se condenó a su defendida, principalmente en base a las testimoniales brindadas en violación del secreto profesional. Luego de alegar acerca de los fundamentos éticos y jurídicos del deber de guardar el secreto profesional, e indicar la normativa que entiende aplicable, la recurrente señala los momentos en que se habría producido el quiebre de la obligación de silencio, que especifica circunstanciadamente.

El voto preopinante otorga la razón a la recurrente en este punto, concluyendo que la obligación de los médicos y demás personal sanitario de respetar la intimidad del paciente y el deber de no revelar los datos a los que accedan en virtud del vínculo generado con quien busca asistencia médica, tienen fundamento en el derecho positivo nacional y en los Pactos internacionales incorporados al cuerpo constitucional.

Asimismo estimó que la sentencia habría violado el art. 223 del CPPT, por entender que solamente la interesada podía relevar a los profesionales que intervinieron de su deber de confidencialidad, y en consecuencia consideró errados los argumentos que el Tribunal *a-quo* expusiera para fundar la postura contraria. Entre otras consideraciones, y luego de recordar la interpretación de un autor vinculada al plenario “*Natividad Frías*”, agrega que en la doctrina es mayoritaria la postura en el sentido de que, ante el eventual conflicto de intereses, debe privilegiarse el mantenimiento del secreto médico, aun frente a la obligación de denunciar delitos perseguibles de oficio, puesto que de lo contrario se sacrificaría la salud o la vida de las personas incurso en delitos de acción pública que necesitaran asistencia médica.

El repaso por el plenario “*Natividad Frías*”, le permite recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación reafirmó su doctrina en el caso “*Baldivieso, César Alejandro*” (Fallos: 333:405). En dicha causa, el imputado Baldivieso concurrió a la guardia de un hospital debido a un grave malestar, y luego de haber sido asistido, le diagnosticaron que su dolencia se debía a la ingesta de cápsulas con clorhidrato de cocaína, lo que fue puesto en conocimiento de un agente de policía, dándose inicio a una causa penal. Baldivieso fue condenado. Llegado el caso a la CSJN, acogió favorablemente el recurso extraordinario planteado por la defensa, declarando la nulidad de todo lo actuado en esa causa y absolviendo a Baldivieso. La mayoría del Tribunal, luego de invocar el citado Plenario, concluyó 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*”.

No comparto la doctrina sentada por la CSJN *in re* “Baldivieso”. Si de invocar fallos del supremo tribunal federal se trata, puedo esgrimir el precedente “Zambrana Daza” (Fallos 320:1717), donde el Supremo Tribunal Federal señaló que el riesgo asumido por el individuo que delinque y decide concurrir a un hospital público en procura de asistencia médica, incluye la posibilidad de que la autoridad pública tome conocimiento del delito. Y más aún, como en el caso, cuando hipotéticamente el presunto delito se comete en las instalaciones sanitarias y mientras está siendo atendida por diversos profesionales de guardia.

Merece destacarse lo expuesto por la Dra. Argibay en la causa “Baldiviezo” respecto de la pretendida violación de la garantía de no autoincriminación, en donde analiza la doctrina sentada por la Corte en el año 1997 en el caso “Zambrana Daza” (Fallos 320:1717), asegurando que *“En aquél entonces se discutió si podía considerarse válida la prueba incriminatoria obtenida durante la atención médica, en contra de la misma persona que ha concurrido a un hospital en procura de asistencia. La conclusión de aquél análisis fue que las manifestaciones que se formulan en ese contexto no violan la prohibición de autoincriminación del art. 18 de la CN, en tanto deben considerarse partes del desenlace posible de una acción ilícita ejecutada con conocimiento de los riesgos que involucra y que, en todo caso, corresponde que sean asumidas por quien, pese a ello, decide transgredir la ley. [...] Más allá de este fallo, un grupo de precedentes de esta Corte ha delineado pautas en torno al alcance de la garantía que prohíbe obligar a las personas a declarar contra sí mismas en el marco de las actuaciones judiciales y durante la investigación policial. Así, se han declarado inválidas las declaraciones del imputado al que previamente se le había exigido prestar juramento de decir verdad (Fallos 1:350 y 281:177), pues se estimó que tal imposición constituía una forma de presión. Por otro lado, se fijaron condiciones para la válida incorporación al proceso de las llamadas «declaraciones espontáneas», anulándolas en cuanto fueren producto de violencia física (Fallos 303:1938; 310:1847) o coacción (Fallos 315:2505; 317:956, entre otros) [...] Este estándar ha servido para precisar el alcance de la garantía en relación con los límites de los organismos del Estado en el ejercicio de la actividad encaminada a la persecución de los delitos. Por consiguiente, no resulta de aplicación, en principio, para los casos en los que la voluntad ha sido impulsada, por ejemplo, por la propia mortificación anímica o física de quien expone aquello que lo incrimina, si en ese desenlace no ha existido participación ilegítima de terceros, en particular de funcionarios estatales. Dicho de otra manera: la garantía constitucional contra la autoincriminación está dirigida contra los abusos de otras personas y no contra la acción de la naturaleza, las autoagresiones o incluso la fuerza ejercida dentro de la ley por los funcionarios encargados de hacerla*

cumplir [...] Por otra parte, una interpretación de la garantía desvinculada de su función como freno a los excesos del Estado y que se apoye en la falta de conformidad del imputado con la obtención de determinados medios de prueba, supone una regla según la cual este último contaría con una suerte de veto respecto de los elementos de juicio indispensables para cumplir satisfactoriamente con la función judicial penal. En efecto, aquellos rastros resultantes de cualquier elemento orgánico proveniente del imputado, hallado en la escena del crimen, o en su propia morada a la que la policía accede mediante una orden judicial de allanamiento, nunca son voluntariamente dejados allí; sin embargo, si tales procedimientos no son percibidos normalmente como una autoincriminación forzada, es porque son obtenidos sin mediar engaño o fuerza sobre el imputado, es decir, sin abuso por parte de los funcionarios que han intervenido. (Ver, en tal sentido, lo resuelto por esta Corte, avalando procedimientos de este tipo en el caso «Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma E. y otros s/ sustracción de menores de 10 años» (Fallos 332:1769), en contraste con lo decidido en la causa «Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma y otro s/ sustracción de menores de 10 años» (Fallos 332:1835) [...]), lo que la lleva a concluir que “de acuerdo con la interpretación que estimo más plausible de la CN, que puede ser sostenida de manera consistente en los diversos tipos de casos que se presentan a los tribunales penales, la utilización como prueba de cargo de aquellos materiales obtenidos legítimamente por el médico que atiende al imputado no implica que el acusado haya sido obligado a declarar contra sí mismo, en violación a la garantía constitucional establecida por su art. 18”.

Lo propio, también acaece con las correctas distinciones que efectúa la Dra. Argibay al analizar la supuesta violación al derecho a la intimidad o privacidad del imputado, y la distinta intensidad de protección que le reconoce nuestra Constitución según las diferentes circunstancias, y donde expresa que: “La intimidad o privacidad, entendida en sentido lato, se encuentra protegida por nuestro derecho vigente con desigual intensidad según cuál sea el aspecto de la vida privada que se busca resguardar; no es el mismo tipo de aseguramiento el que provee el art. 19 de la CN que el resultante del art. 18 y otras cláusulas, que establecen fórmulas similares, de los pactos de derechos humanos incorporados por el art. 75, inc. 22 de la CN. El primero de los preceptos mencionados está dirigido a excluir de todo tipo de interferencia estatal aquellas acciones que en modo alguno afecten a terceros, es decir, que no generen efectos dañosos sobre otras personas. En la medida que esto último haya sido debidamente establecido, la prohibición de interferir en tal tipo de acciones es absoluta. La protección acordada por el art. 18 de la CN se refiere a la exclusión de terceros (los funcionarios públicos entre ellos) de ciertos ámbitos propios de la persona, a los que también se puede llamar «privados» o

«exclusivos». Por antonomasia, cae en esta categoría el domicilio o vivienda, pero también incluye el art. 18 de la CN a los papeles privados y a la correspondencia epistolar. A diferencia de la protección asignada por el art. 19 de la CN, la interferencia en estos ámbitos privados por parte de las autoridades públicas no se halla excluida de manera absoluta, sino que se la sujeta a determinados requisitos, tal como la orden de autoridad competente. Ahora bien, en el presente caso, la Defensa y el Procurador General, más allá de invocar genéricamente que la acción de Baldivieso encontraba protección en el art. 19 de la Carta Magna, no han proporcionado razones para identificar cuál habría sido la acción privada inocua para terceros que debería protegerse de interferencias estatales. En el caso, como afirmé más arriba, la consulta médica se produjo en el curso de una acción delictiva cuya aptitud para perjudicar a terceros no ha sido puesta en tela de juicio. En efecto, el tráfico de drogas, más allá del medio que se utilice para lograrlo, es una conducta dañosa por el peligro que la distribución de la mercancía ilegal representa para la salud pública. Por lo tanto, salvo que se pretenda fundar la inconstitucionalidad de la punición del tráfico de estupefacientes bajo la modalidad que aquí se examina, no hay modo de reputar inofensiva la conducta de Baldivieso. Es conclusión necesaria de lo que se lleva dicho, que el art. 19 de la CN no otorga inmunidad contra la interferencia estatal respecto de acciones delictivas, aún cuando incluya en su desarrollo la consulta a un médico. Resulta adecuado, entonces, analizar la intimidación cuya vulneración se aduce, en función de la protección que le acuerda el art. 18 del texto constitucional».

Es igualmente acertado ese voto, finalmente, cuando afirma que *“el derecho a la vida privada no es absoluto, y, concordantemente con ello, la legislación vigente admite, bajo ciertas condiciones, la injerencia en ese ámbito protegido. En tal sentido, el mismo art. antes citado exceptúa a los médicos de dicha obligación en 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 (...)»*”.

En el presente caso, a partir de la posibilidad de la existencia de un reciente alumbramiento de la paciente que se está tratando, el dar intervención a diversos empleados del nosocomio para la búsqueda y rescate de la criatura, constituye sin lugar a dudas una conducta tendiente a evitar un *“mal mayor”*. Dicha conducta se encuentra encaminada no a traicionar la confianza depositada por el paciente en su médico tratante sino en procura de salvar la vida de un ser humano en una de las etapas de mayor indefensión en su terrenal existencia.

En dicha circunstancia, como también en casos de pacientes que luego de perpetrar un asalto concurren al nosocomio en busca de urgente tratamiento se lo somete al profesional de la salud y a su equipo a una verdadera encrucijada que lo lleva

sin lugar a dudas a violar una u otra norma jurídica, pues está obligado a guardar el “*secreto profesional*” como igualmente a denunciar si llega a su conocimiento la comisión de un hecho delictivo.

¿Debe el equipo médico poner en conocimiento de la autoridad policial o judicial al sujeto que acaba de cometer un horrendo crimen y como producto del mismo ha sufrido heridas? ¿Debe atenderlo en extremo secreto hasta incluso convertirse en una especie de cómplice del mismo para luego –una vez efectuada las curaciones- posibilitarle un satisfactorio escape? ¿Qué sucedería si luego de ser atendido en secreto el delincuente regresa y da muerte a quien le profirió las heridas? ¿Los profesionales tratantes serían cómplices? ¿Encubridores?.

Tal posición en la que se encontraría el profesional médico puede ser equiparada a la del jugador de ajedrez que está ante un *Zugzwang* (del alemán *zug*, jugada, y *zwang*, forzada), encontrándose obligado a jugar y sea cual fuere el movimiento que realice, su derrota resulta inminente y segura. En el caso del médico, si denuncia (y hace lo que seguramente su conciencia dicta que debe hacer) puede ser sometido a un proceso penal por “*violación de secreto profesional*”, en tanto que si guarda silencio, se erige en encubridor de un delito, quedando en su conciencia el hecho sucedido y los hechos que su paciente cometa en el futuro.

La problemática planteada constituye sin lugar a dudas un dilema ontológico, que variará su respuesta acorde a la primacía que cada uno de los operadores jurídicos posea respecto de los diferentes derechos y deberes que se encuentran en pugna (tanto del paciente que delinquirió, del médico tratante, como del propio Estado).

El autor de un delito criminal, viola deberes previos, contrae otros nuevos, y actualiza los mecanismos de la persecución penal, todo lo cual restringe sus libertades de origen.

Entre esos mecanismos la ley ha dispuesto: a) la facultad de denunciar en favor de toda “*persona que tenga noticia de un delito cuya represión sea perseguible de oficio*” (art. 323 del CPPT); b) la obligación de denunciar a cargo de los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones (art. 326, inc. 1 del CPPT); c) la misma obligación sobre los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier ramo del arte de curar que conozcan esos hechos al prestar los auxilios de su profesión, salvo que el conocimiento adquirido por ellos esté por la ley bajo el amparo del secreto profesional (art. 326, inc. 2 del CPPT).

Ahora bien, interpretar que la obligación médica de guardar silencio en todos los casos, lleva a convertir en letra muerta no solamente el inc. 2 del art. 326 (obligación de denunciar por parte de los profesionales de la salud), sino también el

primero, en cuanto se refiera a un profesional de la salud; según dicha interpretación, en la hipótesis se daría una colisión de deberes, entre aquél que obliga a denunciar, y el que compele a guardar secreto, conflicto que pretende resolver sacrificando el primero, en el altar del segundo, en evidente beneficio del autor del hecho delictivo. Llevada hasta sus últimas consecuencias, esta postura –que hace prevalecer un deber jurídico sobre el otro– conduce a predicar la antijuricidad de la conducta del médico que hubiera revelado secretos, aunque hubiera querido dirigir sus acciones a cumplir las disposiciones del art. 326 CPPT.

Desde mi modo de ver, el conflicto se resuelve de otra forma, pues el choque de deberes contrapuestos sobre un mismo objeto y a cargo de un mismo sujeto neutraliza ambos; y en consecuencia no existe un deber jurídicamente exigible de denunciar, ni tampoco un deber de guardar secreto, sino una facultad del profesional de obrar en uno u otro sentido, conforme su propia conciencia moral. En otras palabras, en la hipótesis planteada en autos, el choque de deberes contrapuestos sobre un mismo objeto, devuelve su libertad de obrar al sujeto moral sobre quien pesaban.

La expresión “*salvo que el conocimiento adquirido por ellos esté por la ley bajo el amparo del secreto profesional*” debe ser leída, entonces, como la posibilidad de plantear una objeción de conciencia frente al deber de denunciar, pero no como un impedimento para obrar, al amparo de su inviolable conciencia moral, como cualquier otra “*persona que tenga noticia de un delito cuya represión sea perseguible de oficio*”, en los términos del art. 323 del CPPT.

Por lo ello, estimo que ambas posibilidades de actuación serán igualmente conforme a derecho, y por lo tanto lícitas. Parafraseando lo dicho por un autor para otra hipótesis, en el caso que analizamos el agente no tiene la posibilidad teórica de satisfacer ambos deberes jurídicos, ya que un deber (*el de denunciar*) es la negación del otro (*el de no revelar*). Por tanto, no existe la posibilidad teórica normativa de satisfacer ambos deberes jurídicos al mismo tiempo. Por ello, y en la medida en que el agente se encuentre ante esta situación de conflicto entre el *deber de denunciar* y el *deber de no hacerlo*, nunca actuará antijurídicamente. En definitiva, haga lo que haga (esto es, denuncie o no denuncie) no puede ser objeto de sanción penal por ausencia de antijuricidad (Alonso, Juan Pablo: *Normas penales y conflicto de deberes*, en Revista *Discusiones* N° 9, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2011, p. 56/57).

En los hechos, la tesis de erigir en absoluto (sin excepción alguna) el deber de guardar el secreto profesional ha de conducir al absurdo que un delincuente pueda violar gratuitamente el orden jurídico, sin pagar “*costos*” por ello; todo esto, contra el principio sentado por la CSJN, en virtud del cual “*los jueces tienen el deber*

de resguardar, dentro del marco constitucional estricto «la razón de justicia que exige que el delito comprobado, no rinda beneficios» (caso “José Tibold”, Fallos: 254:320, considerando 13; caso “Zambrana Daza”, Fallos 320:1717, considerando 13).

No debe perderse de vista que, habitualmente, el delincuente que sale a violar la ley, lo hace poniendo en riesgo su propia vida. Afirmar que goza del secreto profesional para protegerlo de las huellas que hubiera dejado en su cuerpo aquella disvaliosa decisión, es alentarle a adoptar esa clase de comportamientos, a realizar actos de “arrojo” personal en la búsqueda del fin ilícito perseguido, con la tranquilidad de saber que, si resultara herido, siempre habrá de contar con la posibilidad de atención médica, y el silencio cómplice del profesional a quien reclamara curación para sus dolencias.

Una de las funciones del Derecho es proporcionar a los individuos, elementos de cálculo anticipatorio para las acciones que emprendan, de modo de permitirles sopesar los riesgos que ellas comporten. Es que, como lo ha demostrado con singular brillo Sebastián Soler a lo largo de una de sus obras maestras, toda acción humana presupone necesariamente un cálculo anticipatorio, de tal modo que *“así como no hay acción humana eficaz sin cálculo de las relaciones naturales sobre las que aquella incide, así tampoco hay acción humana eficaz sin cálculo jurídico. Es indispensable saber el comportamiento de las cosas y de los hombres. Lo uno se alcanza por el conocimiento causal; lo otro por el conocimiento de las normas que prescriben las acciones debidas. Lo uno es conocimiento del ser, lo otro del deber [...] Toda teoría jurídica que tienda -y ello está muy difundido hoy- a buscar la juridicidad en los actos cumplidos efectivamente por los órganos del Estado, olvida este aspecto fundamental del actuar específico del hombre: la imposibilidad de acción alguna sin proyección anticipatoria referida a acciones humanas todavía futuras cuyo cómputo positivo o negativo es absolutamente condicionante para toda empresa [...] Los hombres ponen en marcha un plan solamente cuando conocen los márgenes de riesgo que comporta»* (Soler, Sebastián: *Las palabras de la ley*, II, p. 25 y 26).

La tesis contra la que planteo mi disidencia, lleva a disminuir la incidencia de los “riesgos” del actuar delictivo, al momento de efectuar ese cálculo anticipatorio, y por ello no puedo prestar mi adhesión a ella. Pues una verdadera República, una que en verdad pretenda garantizar el imperio de las leyes para posibilitar la actividad y vida armoniosa de sus ciudadanos, no está para facilitar los planes criminales de ningún individuo, sino para hacérselos tan difíciles como le sea posible, dentro del Estado de Derecho.

IV.- La pretendida ineficacia de la defensa técnica

El segundo punto de disidencia con el voto preopinante, se vincula al examen y la conclusión a la que aquél arriba en el tema de la ineficacia de la defensa técnica (puntos 21/22).

1.- La recurrente imputó deficiencia a la defensa técnica, afirmando que en su estrategia no fue capaz de negar las circunstancias de modo, tiempo y lugar, como así tampoco la autoría del delito atribuido a su cliente, a diferencia de lo que sí hizo la imputada en todas sus declaraciones.

El voto preopinante otorga razón a la recurrente. Sin embargo, en su exposición desarrolla argumentos -con los que coincido parcialmente- que debieron conducir a desestimar el agravio.

2.- En realidad, estimo que no fue la defensa la defectuosa, pudiendo resultar errada la interpretación que sobre ella puede hacerse cuando el Tribunal *a quo*, expresa: “(...) la materialidad del hecho en sí, como acontecimiento histórico, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar precedentemente señaladas, no resulta del todo controvertida en el juicio, ya que es sostenida por el Ministerio Público Fiscal, y reconocida, en gran parte de sus alegatos, por la defensa técnica de la imputada S., que no negó el acaecimiento histórico del hecho, sino que basó su estrategia defensiva, fundamentalmente, en el estado mental de la imputada, alegando que la misma no era consciente de lo que hacía, procurando el encuadramiento de su conducta en el artículo 34 - inciso 1º-, del Código Penal. Sólo al final de sus conclusiones, la defensa intentó una estrategia absolutoria, que luce subsidiaria, refiriendo que en el caso no se habría alcanzado el grado de certeza necesario para el dictado de una sentencia de condena, dado que jamás al niño se le hizo un ADN para poderlo vincular con su cliente (por lo que no se habría probado el vínculo), y además, porque el bebé habría sido encontrado en un baño distinto al que está en la Guardia Mayor, que es al que habría ido su defendida [...] Resulta claro que la estrategia prioritaria de la defensa no radicó en negar las circunstancias fácticas en que ocurrió el hecho, sino en sostener que la imputada actuó de manera inconsciente, sin dominio de sus actos”.

A modo de ver del suscripto, la Defensora Oficial negó la material del hecho investigado cuando -conforme lo establece el Tribunal *a quo* en la sentencia- ésta planteó “que en el caso no se habría alcanzado el grado de certeza necesario para el dictado de una sentencia de condena, dado que jamás al niño se le hizo un ADN para poderlo vincular con su cliente (por lo que no se habría probado el vínculo), y además, porque el bebé habría sido encontrado en un baño distinto al que está en la Guardia Mayor, que es al que habría ido su defendida”.

Es verdad que la sentencia pretende que dicha defensa fue subsidiaria, pero el orden de la argumentación defensiva no depende de su mayor o menor extensión, ni del lugar que ocupen los argumentos en la exposición, sino del que les viene dado por la propia lógica de su configuración. Por ello, si una defensa plantea una situación de *inimputabilidad*, y a continuación la *inexistencia del hecho* o la *ausencia de prueba* sobre él, el orden lógico para su análisis es el inverso, porque la determinación de la existencia de lo que la moderna doctrina penalista (v.g. WESSELS, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As. 1980, § 1 I 4; JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Granada 1993, § 2 II 1, y § 7 I 1; ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid 1997, § 7 II 3) denomina *injusto penal*, es previa al examen de la culpabilidad y su natural presupuesto, la imputabilidad.

3.- En alguna medida acertadamente ello ha sido dicho por el voto preopinante, en los siguientes términos: *“Pero tampoco advierto que en el caso hubiera, de manera expresa, una «admisión del hecho y autoría por parte de la defensa técnica», como lo sostiene la Cámara. Lo que sí hubo es una clara postura –que podríamos llamar prioritaria, siguiendo la misma conceptualización de la Cámara- de argumentar a favor del estado puerperal como causa de inimputabilidad de la acusada, y en segundo término -aunque muy tímidamente y recién al final del debate-, la defensora solicitó la absolución de su asistida tras señalar que el feto fue encontrado en un baño diferente al que acudió su defendida y que nunca se realizó una prueba de ADN para determinar la compatibilidad genética con la imputada [...] Pero reitero, no existió tal reconocimiento del hecho, sino sólo una –a mi criterio- errada manera de proponer la cuestión defensiva, ya que lo lógico era que se hubiera planteado en primer término la absolución por duda, y en subsidio, y recién para el caso de que el Tribunal tuviera por acreditado el hecho y autoría, la inimputabilidad. [...] Ahora bien, si el orden de los planteos defensivos no era el adecuado, el Tribunal bien pudo analizarlos en el orden más consistente (lo que es bastante usual en los tribunales, que suelen atender a los argumentos de las partes en el orden que consideran más apropiado y no necesariamente en el que fueron planteados. Es más, eso mismo estoy haciendo en este recurso). Pero nada obligaba a que por un error de la defensa –sea estratégico o lógico– en la formulación de los argumentos, debiera sostenerse que el planteo de inimputabilidad implicaba un reconocimiento de los hechos y de la autoría para así tener por reconocidos esos factores”*.

A partir de lo expuesto, reafirmo lo dicho en párrafos precedentes: no puede predicarse un actuar incorrecto o defectuoso por parte de la defensa técnica que haya puesto a la imputada en un estado de indefensión durante el proceso al que

fue sometido, debiendo ser rechazado el agravio sobre este punto planteado oportunamente por la defensora técnica de la imputada.

A las cuestiones propuestas el señor Vocal doctor Antonio Gandur, dijo:

I.- Comparto y adhiero a las consideraciones expuestas en el voto del señor Vocal preopinante, doctor Daniel Oscar Posse, en lo que refiere a los antecedentes del caso, los motivos de agravio de la recurrente, el examen de admisibilidad de la vía intentada y el modo de distribución de las costas (apartados 1/5 y 37). Asimismo, comparto el análisis y la conclusión arribada en los votos precedentes con relación a que la sentencia de Cámara incurrió en una valoración arbitraria de las pruebas, produciendo un estado de duda sobre los elementos que sostienen la condena, lo que conduce necesariamente a la absolución de la imputada a raíz del beneficio de la duda (apartados 23/26 y 29/35 del voto del señor Vocal preopinante, doctor Daniel Oscar Posse y apartado II del voto del señor Vocal, doctor Antonio Daniel Estofán), correspondiendo aclarar que la adhesión se realiza en los términos y con el alcance que se precisa a continuación.

II.- Entre los antecedentes relevantes para la correcta resolución de la causa se advierte que la Sala III de la Excma. Cámara Penal, mediante sentencia de fecha 19 de abril de 2016 (agregada a fs. 540/566), resuelve “I.- CONDENAR a S.S.S....a la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES y COSTAS PROCESALES, por resultar AUTORA penalmente responsable del delito de HOMICIDIO AGRAVADO POR EL VÍNCULO MEDIANDO CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS DE ATENUACION en perjuicio de N.N.S., por un hecho ocurrido el día 21/03/2014 (art. 80 inc. 1º -segundo supuesto- y último párrafo del C.P....)” (fs. 565vta./566).

El referido pronunciamiento interpretó que el hecho investigado en la presente causa “...ocurrió del siguiente modo: 'Que el día 21 de marzo de 2014 siendo horas 3:50 aproximadamente, S.S.S. ingresó a la guardia mayor del Hospital Avellaneda aduciendo padecer cólicos renales y diarrea, siendo atendida en un primer momento por la Dra. Natalia Magalí Azar y posteriormente por la Dra. Sara Lía Sader. Que entre horas 04:00 y 05:00 aproximadamente, S.S.S. solicitó permiso para concurrir al baño manifestando tener diarrea, y mientras se encontraba en el mismo, dio a luz a un bebe de sexo masculino de unas 32 semanas de gestación, con una talla de 36 cm y 950 gramos de peso, el cual nació con vida. Que después de dar a luz a su hijo, S.S.S. cortó el cordón

umbilical que unía la placenta con el cuerpo de su hijo, luego lo anudó y con claras intenciones de provocar la muerte de su hijo, lo introdujo en el inodoro del baño del mencionado nosocomio. Que S.S.S., con su accionar, le provocó a su hijo un traumatismo encéfalo-craneano, lesión que le ocasionó la muerte. Que luego de consumado su accionar, la nombrada se retiró del baño y se dirigió nuevamente al consultorio donde estaba siendo atendida, quedando el cuerpo de su hijo, ya sin vida, atascado en la cañería del inodoro. Que S.S.S., al regresar a la guardia del Hospital, comenzó a tener hemorragias, por lo que el Dr. Jorge Molina la derivó a la Sala de Ginecología del nosocomio, siendo atendida por el Dr. José Daniel Martín, quien pudo comprobar que acabada de dar a luz a un bebé, y le practicó una higienización en la zona, un raspado, un alumbramiento de la placenta -que salió completa-, y luego un legrado” (555 vta.).

En el razonamiento de la sentencia de Cámara se observa que consideró que “...el bebé hallado en el baño del Hospital Avellaneda en la madrugada del día 21 de marzo de 2014, es el hijo de la imputada S.S.S., a quien ella dio a luz -con vida-, luego le cortó el cordón umbilical que los unía, y lo introdujo en el interior de un inodoro, provocándole un traumatismo encéfalo-craneano, que le ocasionó la muerte”. 555/555vta.), para luego afirmar, en forma contundente, que “...la imputada S.S.S. efectivamente mató a su descendiente (identificado como 'NN' S.)” (fs. 558 vta.). Otro elemento esencial en el razonamiento de la sentencia de Cámara consiste en interpretar que “la imputada S. efectivamente conocía de su embarazo, a pesar de su sistemática negativa” (fs. 561).

Del alcance de la condena y de las premisas fácticas y jurídicas en las que se sostiene la sentencia de Cámara, se observa que para poder establecer la responsabilidad penal de la imputada en el caso de autos y, en consecuencia, condenarla por el tipo penal regulado en el art. 80 inc. 1º del Cód. Penal, resultaba necesario acreditar la existencia material del hecho imputado, la autoría de la imputada, el vínculo sanguíneo entre la imputada y la víctima, la realización voluntaria (dolosa) de una acción tendiente a provocar la muerte de la víctima y el resultado (fallecimiento del niño) como consecuencia de la conducta de la imputada (resultado y nexo causal). Esto implica que el Tribunal debió -de manera incontrastable- tener por comprobado que la imputada dio a luz a una persona que nació con vida, que el sujeto pasivo no hubiere fallecido por causas ajenas a su acción, y que la imputada hubiese sido quien provocó voluntariamente la muerte del recién nacido mediante una conducta que configurara la más importante causa del deceso. Además, al imputársele el homicidio agravado por el vínculo, debía tener por bien probado que el cadáver encontrado en el inodoro, pertenecía a un hijo de la imputada S..

En ese marco, y entrando al análisis de la sentencia impugnada a la luz del agravio que cuestiona la valoración de la prueba, se advierte la

existencia de diferentes inconsistencias en el razonamiento sentencial, las que serán analizadas a continuación.

En primer lugar se observa que la sentencia de Cámara toma como punto de partida de su análisis para demostrar la existencia material del hecho y la autoría de la imputada, al supuesto reconocimiento de la imputada y la estrategia defensiva desplegada por su defensa técnica.

En ese sentido, la Cámara señala que con relación a “la materialidad del hecho en sí, como acontecimiento histórico, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar precedentemente señaladas, no resulta del todo controvertida en el juicio, ya que es sostenida por el Ministerio Público Fiscal, y reconocida, en gran parte de sus alegatos, por la defensa técnica de la imputada S., que no negó el acaecimiento histórico del hecho, sino que basó su estrategia defensiva, fundamentalmente, en el estado mental de la imputada, alegando que la misma no era consciente de lo que hacía, procurando el encuadramiento de su conducta en el artículo 34 -inciso 1º-, del Código Penal... Resulta claro que la estrategia prioritaria de la defensa no radicó en negar las circunstancias fácticas en que ocurrió el hecho, sino en sostener que la imputada actuó de manera inconsciente, sin dominio de sus actos. Ello implica, sin más, la aceptación de dichas circunstancias fácticas...” (fs. 550).

Luego, la sentencia agrega que “El último elemento probatorio que sirve para acreditar la materialidad histórica del hecho es, justamente, la declaración de la propia imputada S.S.S.. Vale recordar aquí que, en el debate, la misma hizo uso de su derecho constitucional a abstenerse de declarar, por lo que se incorporaron - mediante lectura- sus declaraciones brindadas en la etapa de la investigación penal preparatoria (donde estuvo asistida, insisto, por su letrado defensor, el Dr. Walter Ricardo Frías Barrera). En su primera declaración, obrante a fojas 23/24, dijo que: '(...) Yo no ingresé con dolores estomacales al Hospital sino que ingresé con cólicos renales a las 3:50 aproximadamente. Cuando ingresé me senté, después de 10 minutos me atendieron, me pusieron un calmante, una doctora, nunca me atendió ningún varón. Pedí ir al baño porque tenía ganas de hacer pis, fui al baño, hice pis y volví normal. A los 15 minutos pedí permiso para ir al baño porque tenía ganas de hacer caca, fui al baño, hice caca, miré al inodoro y había caca, tiré la cadena, cuando salí de ahí volví caminando normal. Hasta eso eran las 4:15 o 4:20 de la mañana, me acerqué a la enfermera y le dije 'creo que me está bajando', 'tenes algo para ponerme?' y ella me dio un apósito, me lo puse y le dije que tenía frío, me pusieron suero y un calmante y me acosté. Más tarde me pidieron que me levante para llevarme a otra salita y ahí me di cuenta que estaba llena de sangre, me sacaron el pantalón, me higienizó la enfermera y me hicieron ir a la parte ginecológica, hasta eso eran las 05:15.

Me subieron arriba, me hicieron entrar a la sala de parto, me hicieron dormir, a esto yo no sabía que estaba embarazada, yo creía que era una hemorragia por tantos medicamentos que había tomado. (...) Me hicieron el legrado, después de ahí estuve hasta las 06:20 en la sala de parto y ahí vino un enfermero y me hizo ver, **y me di cuenta lo que había pasado. Yo nunca quise empujar (...) si hubiese sabido que estaba embarazada me habría cuidado'**. Luego, en su segunda declaración, obrante a fs. 96/98, únicamente ratificó lo que había dicho en la primera oportunidad” (fs. 553 vta., el resaltado figura en el original).

Posteriormente, y con relación a la autoría material del hecho, la sentencia expresa que “por último, la propia estrategia defensiva, que como ya lo dije, se basó fundamentalmente en sostener que, por el estado puerperal en que se encontraba la imputada al momento del hecho, la misma no era consciente de lo que hacía, procurando el encuadramiento de su conducta en el artículo 34 -inciso 1º-, del Código Penal (inimputabilidad). Ello implica, lógicamente, la aceptación de las circunstancias fácticas en que ocurrió el hecho” (fs. 555).

Finalmente, la sentencia utiliza la estrategia defensiva como fundamento para restar valor a la ausencia de pericia de ADN en el presente caso, en ese sentido expresa que “Al respecto, cabe decir que no encuentra asidero la afirmación de que, ante la falta de pericia de ADN, en autos no se ha probado el vínculo filial entre la imputada y el bebé hallado en el baño del Hospital Avellaneda el día 21 de marzo de 2014. Es que, por empezar, dicho argumento luce abiertamente contradictorio con la estrategia central defensiva, que no radicó en negar el hecho, sino en afirmar que la imputada no estaba en condiciones de dirigir sus actos, es decir, que era lo que jurídicamente se conoce como 'inimputable' al momento del hecho (aspecto que abordaré al tratar la segunda cuestión)” (fs. 554 vta.).

Como se observa, la sentencia de Cámara utilizó el supuesto reconocimiento de la imputada y la estrategia defensiva desplegada por su defensa técnica, como espina dorsal de su razonamiento sentencial para sustentar la existencia material del hecho y la autoría de la imputada, señalando esos elementos en forma permanente como piezas claves de su construcción jurídica.

Sin embargo, es necesario aclarar que la propia sentencia de Cámara resalta que “Sólo al final de sus conclusiones, la defensa intentó una estrategia absolutoria, que luce subsidiaria, refiriendo que en el caso no se habría alcanzado el grado de certeza necesario para el dictado de una sentencia de condena, dado que jamás al niño se le hizo un ADN para poderlo vincular con su cliente (por lo que no se habría probado el vínculo), y además, porque el bebé habría sido encontrado en un baño distinto al que está en la Guardia Mayor, que es al que habría ido su defendida” (fs. 550). A pesar de resaltar la

existencia de una estrategia absolutoria de la defensa, la Cámara la relativiza, señalando que “Resulta claro que la estrategia prioritaria de la defensa no radicó en negar las circunstancias fácticas en que ocurrió el hecho, sino en sostener que la imputada actuó de manera inconsciente, sin dominio de sus actos. Ello implica, sin más, la aceptación de dichas circunstancias fácticas, por lo que el argumento esbozado en la última parte de sus conclusiones finales -sobre la supuesta falta de certeza para el dictado de una sentencia condenatoria-, luce entonces abiertamente contradictorio con el argumento defensivo central” (fs. 550).

A partir de allí, se advierte que el razonamiento sentencial presenta un vicio esencial, dado que en función del orden lógico que debe aplicarse en la interpretación de los argumentos defensivos (especialmente en materia penal, donde se fortalece a la luz del principio de inocencia y el *in dubio pro reo*), el Tribunal no podía tener por reconocida la materialidad del hecho investigado a partir de la estrategia defensiva de la defensa técnica de la imputada, en especial cuando -conforme su propia descripción- la defensa había planteado “que en el caso no se habría alcanzado el grado de certeza necesario para el dictado de una sentencia de condena, dado que jamás al niño se le hizo un ADN para poderlo vincular con su cliente (por lo que no se habría probado el vínculo), y además, porque el bebé habría sido encontrado en un baño distinto al que está en la Guardia Mayor, que es al que habría ido su defendida” (fs. 550), porque ese argumento defensivo consiste, justamente, en una negación de la materialidad del hecho y, en consecuencia, el Tribunal debió interpretar que la estrategia defensiva implicaba negar el hecho y autoría imputada, y a la vez, interpretar que los argumentos defensivos vinculados al estado mental de la imputada, constituían argumentos defensivos subsidiarios, que cobran actualidad sólo en el supuesto de rechazar la defensa sustentada en la negación del hecho. Ese era necesariamente la interpretación que el Tribunal debió aplicar en resguardo de las garantías y principios que protegen al imputado.

Desde esa perspectiva, se observa que la sentencia de Cámara se equivoca cuando pretende que la defensa fundada en la negación del hecho fue subsidiaria, toda vez que el orden de la argumentación defensiva no depende de su mayor o menor extensión, ni del lugar que ocupen los argumentos en la exposición, sino del que les viene dado por la propia lógica de su configuración. Por ello, si una defensa plantea una situación de inimputabilidad, y a continuación la inexistencia del hecho o la ausencia de prueba sobre él, el orden lógico para su análisis es el inverso, porque la determinación de la existencia del hecho, es necesariamente previa al examen de la culpabilidad e imputabilidad. Más aún en el actual proceso en el cual la defensa nunca sostuvo

expresamente que su planteo era en subsidio, por lo tanto, no hay ninguna razón que puede sostener el criterio expresado por la Cámara.

Por ello, desde nuestra perspectiva, no existió el reconocimiento del hecho que pretende la sentencia de Cámara a partir de la estrategia defensiva, sino que a la luz de lo expuesto, la Cámara debió analizarlos en el orden lógico señalado, es decir, primero la defensa vinculada a negar la materialidad del hecho y la autoría de la imputada, y sólo si se consideraba acreditado el hecho imputado y su autoría (prescindiendo del supuesto reconocimiento), correspondía analizar el argumento defensivo relativo al estado mental de la imputada al momento de los hechos, pero nunca debió tener por reconocido el hecho a partir de un argumento defensivo (estado mental de la imputada) que por su propia lógica, era subsidiario a la negación misma del hecho (que constituyó también un argumento defensivo más allá de su extensión y ubicación).

Por su parte, tampoco puede deducirse el supuesto reconocimiento del hecho a partir de la declaración de la imputada, como lo pretende el pronunciamiento de Cámara, es que conforme surge de las constancias de autos, en la declaración de la imputada (agregada a fs. 23/25), que la Cámara utiliza como supuesta autoincriminación, ella comienza su declaración expresando que “Niego el hecho que se me imputa” (fs. 23 vta.), para luego relatar su versión de los hechos, donde niega rotundamente haber estado embarazada y haber realizado la acción imputada. Cabe agregar que en esa misma declaración, se observa que “A la pregunta de la Fiscalía sobre si usted tuvo embarazos anteriores, responde: yo no estuve embarazada antes, no tengo hijos. A la pregunta de la Fiscalía sobre si usted tuvo señales que le indicaran que estaba embarazada, como falta de ciclo menstrual o movimientos en el vientre, responde: no tuve faltas en mi periodo, me venía normal, no tenía movimientos en mi vientre, mi cuerpo estaba igual, ni siquiera los pechos que dicen que normalmente se agrandan, los tenía normal” (fs. 24).

A su vez, de la sentencia de Cámara se observa que “En sus palabras finales (art. 411 in fine, C.P.P.T.), la imputada S.S.S., dirigiéndose al Tribunal antes de que se retire a deliberar, manifestó: 'Antes que nada, le quiero decir que yo no sabía que estaba embarazada, no me pueden decir que yo cometí semejante atrocidad. ¿Como pueden decir que corté el cordón? es imposible cortar un cordón, presencié el parto de mi sobrino. Me pusieron un calmante por una vía; y cuando me desperté, estaba llena de sangre, un empleado policial me estaba mirando mis partes. ¿Donde hay un ADN que diga que es mi hijo? me sentí dos años de mi vida lejos de mi familia; estuve cinco días internada en el hospital ¿y dicen que hice eso? Yo no hice daño a nadie, ellos no me preguntaron si como estaba o si necesitaba ayuda. Las psicólogas se arrimaron, cuando me llevaron a la sala de parto no me cuidaron, después entró una empleada y me empezó a

tratar mal como si fuera una asesina, me acusan sin pruebas ¿Donde están las pruebas que digan que soy una asesina, como piensan que soy? Yo necesito estar con mi familia, desde el primer día me alejaron. Yo, lo único que pido, no soy ninguna asesina. Yo no maté a nadie, estoy mal, pido que me tengan piedad, estoy destrozada. Ver a mi mamá que se va del Penal, a mi sobrino, ¿Como piensan que yo voy a matar a alguien? Nunca hice daño a nadie, es injusto lo que están haciendo, es injusto lo que dicen de mí, ellos no saben como estoy yo. Lo único que les pido es que tengan piedad, yo jamás maté a nadie, no me pueden acusar de semejante cosa. Denme la oportunidad de estar con mi familia. No aguanto más, no doy más.'” (fs. 549).

A partir de las declaraciones referenciadas se puede observar con claridad que la imputada negó el hecho, incluso negó con vehemencia haberse encontrado embarazada. En ese marco corresponde analizar la expresión de la imputada que la Cámara utilizó para interpretar que ella reconoció el hecho. Desde esa perspectiva, se observa que cuando ella manifiesta “Me hicieron el legrado, después de ahí estuve hasta las 06:20 en la sala de parto y ahí vino un enfermero y me hizo ver, y me di cuenta lo que había pasado. Yo nunca quise empujar (...) si hubiese sabido que estaba embarazada me habría cuidado” (fs. 24), no puede implicar un reconocimiento del hecho, sino la expresión de la confusión que vivió, y que tuvo como punto de partida la negación misma del hecho. Es decir, se advierte una indebida fragmentación de la declaración de la víctima, utilizada por la Cámara para construir un ficticio argumento incriminatorio, prescindiendo de una valoración integral de esa declaración.

Ninguna duda cabe, dentro de una lectura e interpretación integral de sus dichos, que la imputada mantuvo desde el inicio y hasta el final del proceso una postura uniforme de negación con relación al hecho imputado, sin que resulte ajustado a derecho fraccionar su declaración para tomar sólo una porción descontextualizada de sus dichos a fin de hacerla parecer como reconociente de su autoría y culpabilidad.

Por lo tanto, interpretar acreditada la materialidad del hecho imputado a partir de esa declaración de la imputada, constituye una valoración arbitraria de ese elemento de defensa (la declaración de la imputada), en tanto se observa que forzando y distorsionando el alcance y sentido de la declaración, se construyó un razonamiento punitivo ficticio y arbitrario, que prescinde de las reglas de la sana crítica (art. 194 del CPPT) y afecta la validez del pronunciamiento impugnado. En efecto, la circunstancia señalada evidencia un vicio en el razonamiento de la sentencia de Cámara, a la vez que desaparece un elemento clave en la construcción que realizó la Cámara para interpretar acreditada la materialidad del hecho imputado.

Sobre esa base corresponde analizar los agravios de la recurrente contra las premisas que utiliza la Cámara para sostener la sentencia de condena. En ese marco se observa que el material probatorio es confuso, ambiguo y contradictorio, presentando una serie de inconsistencias que obstaculizan alcanzar la certeza que requiere una sentencia de condena.

En ese orden, en primer lugar se observa que la determinación del hecho conforme el alcance establecido por la Cámara presenta dificultades probatorias en cuanto al lugar en que habría sido encontrado el recién nacido. En ese sentido se destaca que la sentencia de Cámara resaltó “Que entre horas 04:00 y 05:00 aproximadamente del día de mención, S.S.S. solicitó permiso para concurrir al baño manifestando tener diarrea y mientras se encontraba en el mismo, dio a luz a un bebe de sexo masculino... Que después de dar a luz a su hijo, cortó el cordón umbilical que unía la placenta con el cuerpo de su hijo, luego lo anudó y con claras intenciones de provocar la muerte de su hijo, lo arrojó por las cañerías del baño del mencionado nosocomio y tiró la cadena...”, sin embargo, no existen coincidencias con relación a cuál baño se refiere la Cámara.

Es que en la historia clínica (agregada a fs. 67/68) consta a que mientras el Dr. Martín atendía a la paciente, “Se hace presente una policía del Destacamento del hospital que informa la presencia de un feto sin vida en el inodoro del baño de la guardia mayor”. Pero luego, la declaración testimonial de la enfermera Verónica Rosa Ledesma desvirtúa ello, expresando que “Esto no fue en el baño de la guardia sino en otro baño que está más cerca del otro edificio del Hospital (está ubicado en un pasillo que conecta la guardia con el edificio de clínica donde están internados los pacientes)” (fs. 58 vta.). A su vez, la testigo Marta Liliana Monjes declara que “El día viernes 21/03/2014 yo ingresé al Hospital a horas 07:00 y mientras me encontraba por tomar la guardia en el office de Sala de Partos, se presentó un policía del servicio de vigilancia junto con una señora mayor. El policía me pidió que los acompañe hasta el baño del edificio Avellaneda porque supuestamente se había producido un aborto. Quiero aclarar que la Sala de Maternidad funciona en el primer piso de un edificio que se llama Navarro y a la par está otro edificio que se llama Avellaneda y entre ambos edificio está ubicada la guardia mayor” (fs. 94). La diferencia no es insignificante cuando se trata de determinar los hechos del caso (y con ello una condena penal por homicidio), ya que si el bebé fue encontrado en el baño de pacientes mujeres del hospital, tal cual lo declara Monjes, el universo de personas que pudieron acceder a dicho sanitario se incrementa, y con ello la posibilidad de que quien hubiera dejado al recién nacido sea alguien distinto de la acusada.

También se generan dudas en torno al horario en que se habría encontrado el cuerpo del recién nacido, por cuanto en el informe policial de fs. 12

consta que fue encontrado por una partera a las 03.00 hs., mientras que la sentencia de Cámara tiene por probado que “el día 21/03/2014 siendo horas 3.50 aproximadamente, S.S.S. ingreso a la guardia mayor del Hospital Avellaneda aduciendo” (fs. 555 vta.), es decir, que el cuerpo de recién nacido habría sido encontrado antes del ingreso de la imputada al Hospital. A ello se agrega que algunos testigos también declaran que la imputada ingresó al Hospital aproximadamente a las 4 de la mañana de ese día 21 de marzo de 2014 (por ejemplo, la testigo Verónica Rosa Ledesma -conf. fs. 58-). Por su parte, la historia clínica (agregada a fs. 67/68) se informa que luego de que la paciente ingresara al servicio de ginecología a horas 06.45 y mientras le realizaban el legrado, “se hace presente la policía del destacamento policial del hospital que informa la presencia de un feto sin vida en el inodoro de la guardia mayor donde se encontraba la paciente...”. Es decir que en relación a este aspecto tenemos momentos notablemente diferentes y con consecuencias jurídicas decisivas.

Vinculado a lo anterior, también se observa la falta de certeza con relación al momento del fallecimiento del recién nacido, por cuanto, en el informe de fs. 12 se indica que fue hallado a hs. 03.00, en la historia clínica se consigna que el cuerpo apareció después de las 06.45 ya sin vida, en el RML de fs. 38 dice que la hora del fallecimiento fue 08.43; y el acta de defunción de fs. 160 expresa que la muerte ocurrió a las 08.40. Como se advierte, existen cuatro horarios, bastantes disímiles entre sí sobre un hecho concreto.

Corresponde aclarar también que las dudas se incrementan cuando se observa que nadie declaró que la imputada haya manchado con sangre el piso del Hospital desde el baño al que habría ingresado para parir hasta el lugar donde continuó su atención médica. La ausencia de toda mancha de sangre no resulta compatible con la determinación de los hechos imputados (en los cuales ella habría tenido un bebé en el baño y luego regresado para continuar su atención), dado que es natural pensar que una madre en esas condiciones -inmediatamente después del alumbramiento- no sólo tendría severas dificultades para desplazarse, sino que tendría un sangrado intenso. En ese sentido, se destaca que la testigo Sara Lía Sader declaró que no recordaba si la imputada tenía manchas de sangre en las manos, ni en la ropa, aclarando que ello le hubiera llamado la atención (conf. fs. 544 vta.), mientras que la testigo Ledesma declara que cuando la imputada “volvió del baño, no le vi sangre en ninguna parte” (fs. 544 vta.). Tampoco parece razonable que la imputada haya podido acudir al sanitario (cualquiera sea, tanto el del edificio Avellaneda como el de la Guardia), dar a luz, cortar el cordón umbilical, tirar al recién nacido en el inodoro, tirar la cadena y empujarlo a las cañerías, y todo ello en un

lapso de “cinco minutos” o “unos momentos” conforme la declaración testimonial Verónica Rosa Ledesma -conf. fs. 58-).

Por su parte, la autopsia también padece una serie de inconsistencias que provocan dudas sobre el hecho. En ese sentido, en primer lugar presenta problemas en cuanto a la fecha de realización del estudio, ya que indica como efectuada el día 21-03-2004 y no del 2014 como debía decir (conf. fs. 35). Las fotografías que se tomaron en la oportunidad del examen (agregadas fs. 88/91) permiten advertir que en la pizarra que luce atrás del cuerpo indica que la fecha de realización fue “22-03-14”. La situación se agrava cuando se advierte que luego dice: “...practicamos la autopsia al cadáver del FETO SEXO MASCULINO...”, pero cuando efectúa el “EXAMEN EXTERNO” del cuerpo refiere “Cadáver en buen estado de conservación, perteneciente a un FETO SEXO FEMENINO...”. El carácter de mujer del bebé se repite en las consideraciones médico legales, cuando se indica que la lesión en el encéfalo es la causa que en definitiva “...llevó al óbito a la causante”, y en la conclusión del informe, que en el punto 2ª expresa que “Se adjunta certificado de defunción de la causante”.

También existen severas inconsistencias con relación al vínculo sanguíneo entre el recién nacido y la imputada, sobre la cuestión corresponde comenzar señalando que la prueba de ADN resultaba necesaria para posibilitar no ya el agravamiento de la conducta homicida, sino incluso el homicidio mismo, pues resulta evidente que -conforme la descripción de las circunstancias de persona, tiempo, y lugar que integraron la intimación misma del hecho- el único niño a quién la imputada podría haber dado muerte, era a su propio hijo. Sobre el particular, se destaca que a fs. 127 obra un informe actuarial de fecha 24/04/2014 correspondiente a la Fiscalía de Instrucción en que se expone que “...en el día de la fecha se comunicó telefónicamente a este Ministerio Público el Dr. Silverstein, apoderado del Hospital Avellaneda, a fin de poner en conocimiento del Sr. Fiscal que en la morgue del citado nosocomio se encuentra reservado el cuerpo del feto n/n sobre el cual se realizó una autopsia el día 21/03/2014...Asimismo manifiesta que el cuerpo se encontraría en estado de descomposición atento el tiempo transcurrido...”. Ante ello el Fiscal emitió un decreto disponiendo librar oficio al Cuerpo Médico Forense para que se constituya ante la morgue del hospital “...y extraiga una muestra del tejido óseo del feto n/n, que diera a luz la imputada S.S.S., DNI..., debiendo reservar la misma a los fines de la realización de un estudio comparativo de ADN cuando este Ministerio Público lo disponga” (fs. 129).

Luego, a fs. 145 corre agregado una presentación fechada 25/04/14 (pero presentada en el expediente el 09/05/14) por el Dr. Diego Silberstein, asesor letrado del hospital Avellaneda, informando que “...el feto n/n que diera a luz la imputada

S.S.S. fue retirado por personal del cuerpo médico forense el día 21 de marzo de 2014, a efectos de realizar la medida de autopsia. Por un error involuntario se informó telefónicamente a la Fiscalía que el feto se encontraba en nuestra Institución... Debido a ello en el día de la fecha se apersonó el Dr. Miguel Ángel Rubio Mas con un oficio judicial a efectos de sacar una muestra de tejido óseo del feto. Al cerciorarnos que el feto que se encontraba en la morgue de nuestra institución no era el que diera a luz la imputada en autos, nos comunicamos telefónicamente con la prosecretaría de la Fiscalía Quinta,..., para informar lo acontecido. Pidiendo las disculpas del caso y quedando a disposición para lo que fuere necesario...”. Con posterioridad a ello, a fs. 166 obra presentación del bioquímico forense Dr. Miguel Rubio Mas, informando al Fiscal de Instrucción que el 25/04/14 se constituyó en el hospital Avellaneda a los fines de la toma de las muestras para ADN, y que en el nosocomio le informaron que el feto en cuestión no se encontraba depositado en la institución. Y que ante ello el bioquímico se comunicó con el Cuerpo Médico Forense, desde donde se le informó que “...el día 21 de marzo de 2014 se practicó una pericia médico legal a un Feto N.N. hijo de S.S.S. proveniente del Hospital Avellaneda, y que los mismos fueron entregados el día 31 de marzo de 2014 al Sr. Raúl Alberto Fabersani, empleado de la empresa Cesar Mora para su inhumación...” (fs. 166), se adjuntó copia certificada del acta de entrega (agregada a fs. 165), “...cuyo original se encuentra archivado en el sistema Lex Doctor de la Morgue”. Atento tales informes, en fecha 12/08/2014 el Fiscal decretó “...déjese sin efecto la medida ordenada” (fs. 176).

La circunstancia analizada, producida por un “error involuntario” en el que pudo haberse incurrido en el hospital, impidió realizar la pericia de ADN, evidenciando a su vez, dudas sobre la identidad de los bebés. Tampoco es cierto que el estudio de ADN fuera irrelevante como sugiere el pronunciamiento de Cámara, es que si no se practicó no fue fruto de interpretar que resultaba irrelevante, sino que lo fue por una falencia en la preservación y cadena de custodia de tan esencial prueba. Es que, más allá del principio de libertad probatoria que conduce a que todo hecho y circunstancia pueda acreditarse por cualquier medio de prueba, resulta inaceptable que teniendo al alcance de una prueba irrefutable como la de estudio de compatibilidad genética, se deba acudir a indicios o ejercicios silogísticos para acreditar una identidad o vinculación parental desconocida y negada por la imputada.

En tales condiciones no advierto que se reúna mínimamente la certeza necesaria como para poder establecer la autoría del hecho en la persona de la encartada, y con ello poder fundar una sentencia de condena.

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde recordar que la figura por la que fue condenada la imputada, homicidio agravado por el vínculo mediando

circunstancias extraordinarias de atenuación (art. 80 inc. 1° -segundo supuesto- y último párrafo del C.P....), se trata de un delito doloso, que requiere dolo directo, de hecho así lo interpretó la sentencia de Cámara cuando sostuvo que la imputada S. con “claras intenciones de provocar la muerte de su hijo, lo arrojó por las cañerías del baño y tiró la cadena; y que con tal accionar provocó en su hijo un traumatismo encéfalo craneano, lesión que le ocasionó el óbito (...)” (fs. 556/557).

Sobre la cuestión, Donna resalta que además de conocer que una determinada acción producirá la muerte de una persona, el autor debe haber querido que tal resultado se produzca. (Donna, Edgardo Alberto, “Derecho Penal: Parte Especial”, 2ª Edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, pág. 40). Por ello, para considerar a la acusada responsable penalmente del homicidio, debió verificarse que supiera que estaba embarazada, que supiera que dio a luz un bebé, que supiera en la taza del baño había un niño nacido con vida, y que quiso causar su muerte desarrollando una acción orientada a tal fin.

Esos extremos no se encuentran suficientemente acreditados en la presente causa. Aún en el supuesto que confluyeren los elementos del tipo objetivo, nada hay en el caso que desvirtúe los dichos de la acusada según los cuales no sabía que estaba embarazada (como tampoco existe testigo alguno que manifieste que el embarazo era notorio o le constare a la imputada). Sobre el particular, corresponde resaltar que la imputada sostuvo en forma permanente que nunca estuvo embarazada, incluso en sus palabras finales, la imputada S.S.S., dirigiéndose al Tribunal antes de que se retire a deliberar, manifestó: “Antes que nada, le quiero decir que yo no sabía que estaba embarazada, no me pueden decir que yo cometí semejante atrocidad” (fs. 549).

Con relación a la circunstancia señalada, cobra relevancia la declaración testimonial de la psicóloga Patricia Daniela Bravo, quien luego de tener una entrevista con la imputada inmediatamente posterior a los hechos, expresa que S. “estaba con elevadísimo nivel de angustia; angustia desbordada, no podía relatar los hechos, no sabía que había pasado, un estado confusional muy marcado” (fs. 545), agrega que se encontraba “desbordada que no podía empezar a hablar, no podía relatar los hechos, no sabía que había pasado, un estado confusional muy marcado, decía que había ido a la guardia por malestares digestivos, que había ido varias veces al baño; dijo que una de las veces que fue al baño, salió ensangrentada, motivo por el cual su mamá se alarma y la trasladan al servicio de perinatología; yo ya sabía que se había encontrado un feto en el inodoro en el baño; yo le pregunté por el bebé, ella me mira con total desconcierto y me dijo “dicen que yo he tenido un bebé” (fs. 5454/545vta.). También explica que “se encontraba con un estado de disociación de realmente no recordar, con un estado de

amnesia de ese hecho porque ella podía describir lo que había pasado antes, y después. Yo la volví a ver un día lunes, si mal no recuerdo eso había sido el viernes, y ella seguía muy angustiada, cuando la empiezo a entrevistar, se vuelve a notar esta dificultad de poder hablar de lo que había pasado, ella no podía reconstruir el hecho, lloraba angustiada” (fs. 545 vta.).

A partir de allí, la profesional concluye que “ella por algún motivo pudo haber reprimido el embarazo” (fs. 545 vta.) y aclara que “Por el estado emocional de la paciente, no cree que haya simulado, que sí influye el estado puerperal. Agregó que el estado puerperal la pone a una mujer en estado de vulnerabilidad emocional; hay un cambio hormonal, por lo cual no cree que pueda haber preparado todo el relato. Ella podía hablar de lo que ha sucedido antes, porque quería ir al baño, y que después ha salido ensangrentada; no hay registro del hecho. Preguntada por si pudo haber una amnesia selectiva, manifestó que: 'no, pero puede haber sido una amnesia por el impacto de encontrarse con eso; que ella tenía reprimido; que es algo que está, pero en su conciencia no está; el embarazo no existe, y cuando aparece el producto, que la pone en presencia del embarazo, y ahí se da cuenta que sus mecanismos de defensa. Ella no puede apropiarse de eso que ha sucedido; ella reprime y niega el embarazo; tiene algún registro, pero ellas en su conciencia no asumen el embarazo. Me ocurrió muchas veces que las mujeres reprimen el embarazo, madres hasta con tres hijos que van por cálculos y tiene los hijos, que no tienen leche, que no les crece la panza; este estado puede durar días” (fs. 545 vta.).

De la declaración de la citada profesional se observa que la imputada no tenía conciencia de lo ocurrido, teniendo el convencimiento de que sus dolencias físicas estaban vinculadas problemas estomacales. Es que más allá de cual haya sido su proceso interno de razonamiento, es claro que de haberse encontrado efectivamente embarazada, la imputada realizó un proceso inconciente de negación que tuvo repercusiones incluso en su cuerpo (conforme destaca como una posibilidad la psicóloga Patricia Daniela Bravo). Sobre el particular, se advierte que la testigo Sader señala que la imputada “no parecía tener panza” (fs. 544), mientras que la testigo Azar manifestó que a simple vista no pudo sospechar que la imputada haya estado embarazada (conf. fs. 543 vta.). Incluso la persona que acompañaba a la imputada demostraba no conocer el supuesto embarazo. Esas circunstancias pueden encontrarse vinculadas a una negación inconciente del embarazo en la lógica planteada. Por su parte, su creencia previa de que sus dolores se encontraban vinculados a cólicos y no a un embarazo, seguramente se vincula a esa negación del embarazo y la posibilidad de confundir ambas circunstancias debido a que el proceso de alumbramiento comprime el recto de la madre y puede generar una sensación

similar a las ganas de defecar, una necesidad de evacuar (conf. fs. 542 vta.) y en la negación misma del supuesto embarazo.

En ese marco, no comparto la interpretación de la Cámara con relación a tener por confirmado que la imputada conocía su embarazo a partir de la declaración del testigo Molina, concretamente cuando el citado profesional señala que “Yo le pregunté si estaba embarazada, a lo cual ella lo negó enfáticamente, afirmando amenorrea de dos meses (falta del período menstrual), y un test de embarazo negativo” (fs. 541 vta.), dado que, a contrario de lo que infiere la Cámara, se observa que la imputada le habría referido que el test de embarazo le habría dado resultado negativo, con lo cual esas declaraciones fortalecen el convencimiento de que la imputada, al menos antes del suceso, se encontraba convencida de que no se encontraba embarazada.

El razonamiento presentado es coincidente con lo planteado por la Dra. Gladys Viviana Hansen de Tabuena en cuanto señala que “si alguien quisiera generar un homicidio, y fuera consciente de que va a tener un bebé, y quiere generar la muerte del bebé, no va a ocurrir en un hospital, si está conciente no va a ir a la guardia de un hospital” (fs. 546).

Por ello, aún tomando como cierta la ecuación TEC-lesión cerebral-muerte, no advierto que se haya acreditado que el traumatismo sea la consecuencia de una actividad homicida dolosa, dado que el traumatismo encéfalo craneano en los bebés prematuros no sólo puede ser causado por un hecho criminal, sino que también por causas accidentales (por ejemplo un golpe involuntario que pudiera recibir durante el parto o en su expulsión) o incluso por causas naturales. Es que la simple caída desde los genitales de la madre al suelo (o inodoro) puede provocar una lesión de diferentes consideraciones, lo que puso haber provocado la lesión que llevó al fallecimiento del recién nacido.

Sobre el particular, Alfredo Achával, señala que dentro de las causas accidentales y obstétricas de muerte del feto, “La compresión craneana puede ser por la pelvis materna (promontorio del sacro o deformación de la pelvis) y puede encontrarse lesión hemorrágica subcutánea o visceral (bolsa sanguínea, meninges, ventrículos y masa cerebral), ruptura de la tienda del cerebelo, de la hoz del cerebro, hundimiento “en cuchara” de Chaussier, fisura, fractura franca (casi siempre de parietal izquierdo)” (Manual de Medicina Legal, Artes Gráficas Candil, 2000, pag. 438). Este autor también menciona el parto por sorpresa como causal accidental de muerte del feto, definiéndolo como la expulsión inesperada del feto, que puede producirse durante la micción o defecación confundida como imperiosa y no como pujo (op. cit. pag. 439). En efecto, la doctrina médico forense indica que pueden producirse lesiones cerebrales en niños recién nacidos -y que tal posibilidad se incrementa cuanto más pretérmino sea el feto-

, y que tales pueden tener origen natural por la compresión craneana, en partos no asistidos o partos rápidos; y también origen accidental, producto del parto por sorpresa.

Debemos recordar que en el caso de autos estaríamos ante la presencia de un niño prematuro, parido sin asistencia alguna en el baño de un hospital, y que presenta un traumatismo encéfalo craneano que provocó una lesión en el encéfalo que le causó la muerte, por lo que no advierto la presencia de elemento alguno probatorio que conduzca, de manera irrefutable, a sostener que la hemorragia intracerebral del bebé obedezca a una conducta homicida dolosa. Y que, como contracara, descarte que la muerte del bebé pueda obedecer a la causa natural del trauma obstétrico o a la accidental del parto por sorpresa. Cabe aclarar que los testigos médicos y afines sólo declararon respecto del parto de la acusada y del hallazgo del bebé ya muerto, pero nada pudieron aportar respecto de la causa ni circunstancias de la muerte del niño, sin que en ello incida la supuesta conducta de la imputada con posterioridad al nacimiento.

A su vez, la autopsia en la que se describió el tipo de lesiones que presentaba la criatura, nada dijo respecto de la causa de esa lesión, dado que en el caso de que se interprete que fue fruto de un golpe, nada descartaría que éste pudiera haber sido accidental, por ejemplo por el parto por sorpresa. Y tampoco me parece decisivo para acreditar el ánimo doloso la circunstancia de haberse hallado el cordón umbilical del niño cortado por estiramiento y anudado, dado que se trata de supuestas acciones realizadas con posterioridad al fallecimiento y que pudieron ser fruto del shock y la sorpresa por lo sucedido en forma inesperada, actuando de ese modo en forma inconsciente o por miedo. En definitiva, esa conducta posterior al hecho no conduce necesariamente a la verificación de un ánimo doloso en la causación de la lesión. Ni siquiera la circunstancia de que el niño haya respirado indica que luego hubiera sido ultimado. Achával no descarta que aún en ocasión del parto por sorpresa se pueda producir un nacimiento con vida, cuando afirma que en caso de caída en un pozo, el niño puede inspirar produciéndosele “moldes” traqueales o bronquiales (op. cit, pag. 439).

De los párrafos precedentes se advierte que existen indicios que obstaculizan interpretar una acción dolosa de la imputada, a la vez que no fue probado fehacientemente que S. hubiera realizado una acción voluntaria orientada a causar la muerte de la criatura nacida con vida.

En ese marco, corresponde recordar que el tipo penal imputado es complejo, en el sentido de tener aspectos objetivos y subjetivos, lo cierto es que un homicidio del art. 80 C.P. no es lo mismo que uno del art. 84 C.P. Allí resultan connotados los principios de identidad y no contradicción de la más elemental lógica formal. En ese sentido se dijo que “La imputación dolosa y la culposa, aunque se refieren a

un mismo resultado no son fungibles, como si fueran infracciones progresivas. No puede ahora, a manera de ensayo - error, venir el estado a renovar su acusación contra el imputado, sin infringir la prohibición de la doble persecución punitiva” (Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, sala I, in re “M. D. G.”, 14/03/2006, Publicado en: LLBA 2006 -julio-, 769).

En consecuencia, y teniendo en cuenta que no hay base probatoria cierta que demuestre que la lesión y muerte del bebé obedezca, necesaria e indiscutiblemente, a una actividad homicida intencional y voluntaria, corresponde descartar, por duda, la verificación del elemento subjetivo del homicidio doloso, sin que pueda analizarse una eventual condena en función de una figura culposa, dado el límite impuesto por las garantías de la imputada.

En efecto, la cuestión no pudo ser aclarada a lo largo de este proceso y tal orfandad probatoria no puede ser suplida con indicios carentes de convergencia y univocidad. Es por ello que, en rigor, luego del desarrollo del Juicio ha quedado un estado de duda en torno a la autoría y responsabilidad penal atribuida a la acusada; que, además, aparece insuperable ante la insubsistencia de elementos incriminatorios que se muestren idóneos a tal efecto. Sobre la cuestión, esta Corte señaló que “basta la duda para fundar la absolución; y ello de ningún modo exige la convicción de inocencia, pues nada decide sobre la real culpabilidad del imputado (CSJTuc., sentencias N° 523 del 05/8/2010; N° 120 del 02/3/2010; N° 938 del 05/10/2009; N° 427 del 02/6/2008; N° 408 del 22/5/2007; N° 615 del 28/7/2006; N° 622 del 31/7/2006; N° 1257 del 27/12/2006; N° 643 del 01/9/2003; entre otras)” (CSJT, sentencia n° 641 del 05/9/2011).

En conclusión, ante la deficiencia probatoria existente, la imposibilidad de establecer de manera indubitable la concurrencia de los presupuestos del tipo penal oportunamente imputado, y la falta de argumentos con entidad suficiente para tener por válida la hipótesis de la acusación pública descartando por completo la versión exculpatoria de la defensa, debo concluir conforme a la sana crítica y en un estado constitucional de derecho que el único resultado posible es decidir la absolución de la imputada por el beneficio de la duda.

En este proceso, el plexo probatorio reunido hace inconducente el reenvío, pues ante la insuficiencia de la prueba reunida, no se advierte que un nuevo debate pueda aportar elementos idóneos para superar la duda existente. Es que “cuando la invalidez de la sentencia condenatoria dictada en sede penal deviene de su motivación, y no subsisten elementos incriminatorios idóneos para superar el estado de duda existente en torno a la autoría del imputado, procede casar la sentencia y disponer su

absolución. Imperan razones de economía procesal y de lógica jurídica, vinculadas con la improbabilidad de arribar a una respuesta convincente y categórica de los testigos. En suma, la falta de prueba contundente sobre los presupuestos del delito que permita acceder a una certidumbre positiva, por sobre la negativa del acusado, aún cuando se advirtiera un grado de probabilidad, impone aplicar las reglas del art. 415, 3° párrafo CPPT” (CSJT, sentencia n° 304 del 26/5/2011. En igual sentido, CSJT, sentencias n° 944 del 08/10/2009 y n° 641 del 05/9/2011).

De conformidad con lo expuesto, la falta de prueba contundente sobre los presupuestos del delito que permita acceder a una certidumbre positiva, impone aplicar las reglas del art. 415, tercer párrafo CPPT, y absolver a la acusada por aplicación del beneficio de la duda (art. 18 CN).

En efecto, corresponde hacer lugar al recurso en examen y, en consecuencia, casar la sentencia impugnada, dejándola íntegramente sin efecto, sobre la base de la siguiente doctrina legal: *“No resulta arreglada a derecho la sentencia que condena a la imputada sobre la base de un plexo probatorio confuso, ambiguo y contradictorio, donde se presenta un estado de incertidumbre sobre la secuencia de los hechos que no permite acreditar, con el grado de certeza que exige una sentencia de condena, que la acusada sea autora del homicidio que se le imputa, por lo que procede su absolución por aplicación del beneficio de la duda”*. Dictando sustitutivamente: *“ABSOLVER a S.S.S., DNI ..., y demás condiciones personales que constan en autos, por el delito que fuera juzgada”*.

III.- El análisis desarrollado en torno a la cuestión analizada en el apartado anterior, constituye un fundamento autónomo y suficiente para la correcta resolución de la presente causa, resultando innecesario pronunciarnos expresamente sobre los demás agravios de la recurrente, dado que la procedencia del agravio examinado en el apartado anterior resulta suficiente para sellar el resultado positivo del recurso de casación oportunamente propuesto.

IV.- A mayor abundamiento considero pertinente indicar algunas precisiones respecto el planteo referido al secreto profesional. En relación a esta cuestión, considero que las profundas falencias en la etapa investigativa -descriptas precedentemente en este escrito como en el voto preopinante- también afectaron la posibilidad de establecer con claridad las circunstancias de rodearon la denuncia de los hechos ocurridos en el Hospital Avellaneda.

Un repaso por las testimoniales en la etapa de instrucción como en la audiencia oral deja a las claras las dificultades para establecer el origen de la

denuncia y mucho menos que la misma provino del actuar de los profesionales de la medicina intervinientes.

En este sentido, puede observarse que el doctor José Daniel Martín (el médico ginecológico que atendió a la señora S. una vez derivada por el Jefe de Guardia doctor Jorge Augusto Molina), señaló en la audiencia oral que mientras estaba atendiendo a S.S.S. y al considerar que se encontraba a una mujer que había tenido un parto inmaduro o prematura era urgente encontrar el producto de ese parto y que “Ya habían intervenido otras personas para ir a buscar al bebé” (fojas 542 vta.). En la declaración en la instrucción el relato no resulta idéntico puesto que allí el doctor afirma que solicitó a la enfermera Marta Liliana Monje que ante la sospecha de la edad gestacional el bebé podría estar vivo y que “vaya a evaluar eso” (fs. 54).

Por su parte, la enfermera Marta Liliana Monje en la audiencia oral niega que el doctor Martín le informara del hecho, señala que había gente diciendo que había que encontrar un bebé y que un familiar le indica el baño y que junto a una señora lo encuentran (fs. 545). Por su parte, en la declaración en la instrucción afirmó que un policía junto a la madre de la imputada le solicitan que la acompañe al baño del edificio porque supuestamente se había producido un aborto (fs.94). La enfermera Monjes en su declaración expresa que en ningún momento tuvo contacto con la paciente ni con el doctor Martín pero declaró que había gente hablando de esta cuestión.

La declaración de la enfermera Verónica Rosa Ledesma en la audiencia oral sostuvo que una policía le dijo que vaya la baño a ver algo y no encontró nada y que luego volvió a solicitud de la agente de guardia y vio una cosa negra (fs. 544 vta.). Este testimonio en términos generales se condice con lo expresado en la instrucción y resulta relevante por cuanto ella tuvo contacto directo con la paciente pero es contradictorio con lo expuesto por la enfermera Monjes en relación al lugar donde estaba el supuesto producto del parto.

Esta serie de declaraciones imprecisas, a veces contradictorias, de los diferentes operadores de la salud impide establecer con claridad quien comunicó o cómo se enteró la autoridad policial la existencia de un posible “aborto”, es decir, no se logró determinar el origen de la noticia criminis. Más aún de las declaraciones surge también la presencia de un pariente de la imputada y como de otras personas que ya tienen conocimiento que existe el producto de un parto e inician su búsqueda.

No obstante lo expresado, las testimoniales de los médicos y las enfermeras son coincidentes en señalar que ellos reciben la primera noticia sobre la existencia de un “bebe” o un “feto” en los baños del hospital de la propia policía de

guardia. Antes que, como el caso de la enfermera Monjes, tuvieran conocimiento del hecho o antes que el propio doctor Martín considere pertinente la búsqueda del producto del parto. Cabe recordar que esta circunstancia -como lo indicamos precedentemente- también resulta confusa por cuanto no se logró determinar fehacientemente ni siquiera en cuál de los baños de nosocomio es encontrado el “bebe” o “feto”.

A partir de todas las circunstancias que rodearon el caso: las falencias investigativas, las declaraciones de los operadores de la salud, la presencia de familiares, las diferentes versiones sobre el hallazgo como la posterior existencia de dos bebes; resulta arriesgado sostener fundadamente que la noticia criminis provino directamente del cuerpo médico que intervino directamente a la paciente S. en los términos expuestos por la recurrente y con el marco jurisprudencia de los antecedentes “Natividad Frías” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional y “Baldivieso, Carlos Alejandro” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Cabe recordar que el fallo “Navidad Frías” dejó establecido que no puede instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto, o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de un cargo oficial. Igualmente en el caso “Baldivieso” el proceso criminal se inicia a partir del aviso a la autoridad policial por parte de los médicos del nosocomio que intervinieron quirúrgicamente al acusado en el cual informaron de las envolturas de clorhidrato de cocaína que habían encontrado en su estómago. Vemos que en ambos casos no hay dudas en que la autoridad policial obtuvo la información de un hecho delictivo en circunstancias que no había posibilidad que se pueda enterar de otro modo sino es violentando el secreto profesional. Consideramos que las circunstancias en que se desarrolló el presente caso evidencian una distancia fáctica con los supuestos jurisprudenciales citados por la recurrente.

El confuso desenvolvimiento de los hechos y las falencias investigativas impiden establecer a ciencia cierta el modo en que la autoridad policial toma conocimiento del supuesto delito. Muy por el contrario, como pudimos observar a partir de las declaraciones de los médicos y enfermeras del Hospital Avellaneda en la audiencia oral ellos se enteran de la búsqueda del supuesto bebe a partir de un requerimiento policial cuyo origen se desconoce.

En conclusión, si bien observamos que una vez iniciada la investigación policial los distintos operadores intervinientes evidenciaron una falta de conocimiento adecuados sobre sus facultades y sus deberes de resguardo de la información de su paciente, en el caso no se encuentran fundamentos ciertos que permitan afirmar que la

notitia criminis tuvo origen a partir de la violación del secreto profesional de quienes atendieron a la señora S.S..

No obstante lo expresado, se considera pertinente y necesario realizar un profundo proceso formación a través de disertaciones, encuentros y talleres a cargo de la Secretaría de Derechos Humanos de esta Corte en coordinación con los organismos del Siprosa (Sistema Provincial de Salud) para informar a los operadores de la medicina provincial el actual marco legal así como el adecuado el modo de actuación en temáticas relacionadas con la de la presente causa. Además de la faz formativa, este proceso también tendría que tener como objetivo producir conjuntamente un protocolo de actuación el cual permita establecer con claridad el modo de proteger los derechos de los pacientes como de los operadores de la salud y evite las nulidades procesales en las investigaciones preparatorias.

V.- Atento al resultado a que se arriba, y a los fundamentos por los que se hace lugar a los recursos en examen, las costas de los recursos de casación se imponen en el orden causado (art. 560 y conc. CPPT).

Por ello, corresponde: "I.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de la imputada S.S.S., contra de la sentencia dictada por la Sala III de la Excma. Cámara Penal en fecha 19 de abril de 2016 (obrante a fs. 540/566), conforme a la doctrina legal enunciada en los considerandos precedentes. En consecuencia, se deja sin efecto la sentencia impugnada, dictando sustitutivamente lo siguiente: "ABSOLVER a S.S.S., DNI ..., y demás condiciones personales que constan en autos, por el delito que fuera juzgada", de conformidad a lo considerado. II.- Costas, como se consideran. III.- Reservar pronunciamiento sobre regulación de honorarios para su oportunidad".

Y VISTO: El resultado del precedente acuerdo y de conformidad con el señor Ministro Fiscal, la Excma. Corte Suprema de Justicia, por intermedio de su Sala en lo Civil y Penal,

RESUELVE :

I.- HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de la imputada S.S.S., contra la sentencia dictada por la Sala III de la Cámara Penal en fecha 19 de abril de 2016 (obrante a fs. 540/566). En consecuencia se deja sin efecto la sentencia impugnada, conforme a los alcances expresados en los considerandos, dictando la

siguiente sustitutiva: “**ABSOLVER** a S.S.S., de las condiciones personales que obran en autos, por el delito de HOMICIDIO AGRAVADO POR EL VÍNCULO MEDIANDO CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS DE ATENUACIÓN en perjuicio de N.N.S., hecho ocurrido el día 21/3/2014”.

II.- COSTAS en la instancia por el orden causado

III.- DIFERIR regulación de honorarios para su oportunidad.

HÁGASE SABER.

ANTONIO GANDUR
(con su voto)

ANTONIO DANIEL ESTOFÁN
(con su voto)

DANIEL OSCAR POSSE

ANTE MÍ:

CLAUDIA MARÍA FORTÉ

MEG