

G

GUÍA

GUÍA PARA LA DEFENSA EN EL LITIGIO PENAL DE CASOS DE CRIMINALIZACIÓN DE EMERGENCIAS OBSTÉTRICAS EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

MINISTERIO DE
JUSTICIA Y
DERECHOS
HUMANOS

MINISTERIO DE
LAS MUJERES,
POLÍTICAS DE
GÉNERO Y
DIVERSIDAD
SEXUAL



GOBIERNO DE LA
PROVINCIA DE
**BUENOS
AIRES**

AUTORIDADES

Axel Kicillof

Gobernador de la provincia
de Buenos Aires

Estela Díaz

Ministra de las Mujeres, Políticas de Género
y Diversidad Sexual

Julio Alak

Ministro de Justicia y Derechos Humanos
de la provincia de Buenos Aires

Lucía Portos

Subsecretaria de Políticas de Género
y Diversidad Sexual

Lisandro Pellegrini

Subsecretario de Política Criminal
de la provincia de Buenos Aires

COORDINACIÓN

Sabrina Cartabia

Jefatura de Gabinete Subsecretaría de Políticas de Género y Diversidad Sexual

Indiana Guereño, Luisina Carrizo

Asesoras Subsecretaría de Políticas de Género y Diversidad Sexual

Lucía Coppá

Directora de Análisis de la Conflictividad Penal de la Subsecretaría
de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Guía elaborada por el Equipo Feminismos y Justicia Penal del Instituto de Estudios
Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), con la dirección de Ileana Arduino.

Equipo de trabajo

Sofía Abriata, Rosario Gauna Alsina y Denise Pepinó.

PUBLICACIÓN

Diseño gráfico y editorial

Dirección Provincial de Comunicación
Dirección de Comunicación y Diseño



PRÓLOGO

Desde el origen y creación de este Ministerio tenemos la enorme misión de desarrollar políticas integrales para contribuir a la igualdad jurídica y social entre los géneros. ¿Qué significa esto? Llevar adelante un trabajo orientado a promover una transformación profunda, que contribuya a socavar prejuicios, dismantelarlos, para mostrar que allí donde las cosas se presentaban como un orden natural, había en realidad un compendio de ideas vetustas, aunque no por eso exentas de consecuencias terriblemente injustas para las mujeres y diversidades de nuestra Provincia.

Con la tarea de diagnosticar e intervenir sobre problemáticas estructurales y complejas, advertimos la criminalización de emergencias obstétricas. Esta violencia ocurre, con una frecuencia sostenida, como un modo de conculcar el derecho a la salud de las mujeres y diversidades. Es por eso que surgió la necesidad de conformar el Equipo de Apoyo a las Defensas, de la Subsecretaría de Políticas de Género y Diversidad Sexual, un grupo específico que aborde las solicitudes de intervención en esos procesos penales.

La Guía es un material que reúne el trabajo concreto e interdisciplinario realizado por este Equipo, a partir de la intervención en casos de criminalización de emergencias obstétricas, y tiene como uno de los fundamentos centrales aplicar los marcos de regulación internacionales, a los que se encuentra sujeto nuestro Estado en materia de derechos humanos, allí donde los estereotipos de género y la vulnerabilidad impiden el acceso a la justicia. En la elaboración de esta herramienta, orientada a operadoras y operadores jurídicos —pero que también es de acceso público— participaron profesionales con experiencia en el litigio penal, académicas y asociaciones civiles especializadas en la temática con el fin de lograr la efectivización de los derechos de las mujeres y diversidades de nuestra Provincia.

Cuenta la mitología griega que Temis representa el origen divino de la legislación humana, encarnando el ideal de la justicia. Su figura lleva una venda en los ojos, históricamente considerada una señal de ecuanimidad.

Muchas veces me pregunto qué hacemos cuando nos damos cuenta de que es el propio Estado, en su faz jurisdiccional, quien actúa con una venda en los ojos pero no porque sea ecuánime, sino porque operan los sesgos, los estereotipos y las discriminaciones. No hay ecuanimidad posible sin perspectiva de género, que es, a fin de cuentas, una perspectiva de derechos humanos. Por eso no sorprende que, de un tiempo a esta parte, nuestra sociedad haya puesto en agenda la necesidad de una mirada feminista sobre la Reforma Judicial.

Es nuestra obligación instituir modos de abordaje del Estado desde una perspectiva que reconoce que cuando hay violencias, desigualdad y vulneración de derechos, hay que restituirlos. Desde aquí partimos, con el enorme compromiso de dar respuestas a deudas históricas.

Estamos convencidas de que sin justicia social, no hay perspectiva de género. Y que sin igualdad de género, tampoco es completa la justicia social. En ese sentido, en estos años de gestión intentamos articular estas dos cuestiones, poniendo la transversalización de la perspectiva de género como un eje vertebrador de nuestro proyecto. En eso estamos, poniendo toda la fuerza para transformar la realidad de las y los bonaerenses, en pos de profundizar en el camino potente del feminismo que abrazamos como parte de la construcción del derecho al futuro.

Estela Díaz
Ministra de las Mujeres, Políticas de Género y
Diversidad Sexual

El trabajo que me han pedido que presente tiene el raro mérito de conjugar precisión, rigurosidad y utilidad con una vocación de totalidad que no lo hace perderse ni en vericuetos ni en pueriles escolásticas, tan en boga. Además, llama la atención sobre fenómenos muy profundos y arraigados en las prácticas de nuestros tribunales. En primer lugar, la presencia de prejuicios y estereotipos. Esa presencia tiene una larga historia en el derecho penal, al punto que podemos decir que la lucha ha sido el motor constante de la renovación de ideas y prácticas que nace con Beccaria y hoy llamamos sistema de garantías, como protección concreta contra esos prejuicios y estereotipos. No es correcto presentar esa historia como un abstracto movimiento contra la arbitrariedad, ya que en los pensadores iniciales está muy fresco el funcionamiento de la justicia penal por estereotipos: “marginales”, “vagos”, “habituales”, “extranjeros” “degenerados”, “homosexuales”, y bajo una forma u otra, las mujeres. No hay ninguna exageración en decir que la justicia penal ha tenido un claro funcionamiento fundado en esos estereotipos, que muchas veces quedó oculto en la crítica genérica sobre el racismo o el clasismo de la justicia penal, que sin duda también existieron. Es claro que el avance de los controles informales hizo que la justicia penal no tuviera “necesidad” de abundar en esas persecuciones (en activo, u omisivas, cuando se dejaba a la víctima en un abandono persecutorio), pero no se puede entender el sometimiento basado en el régimen cisheteropatriarcal sin comprender cómo la justicia penal cumplía una función de “cierre” final de todo un complejo formal e informal de instrumentos de sometimiento. Por eso, independientemente del número de casos, la justicia penal es siempre un espacio de lucha, porque desde ella se sostienen y fortalecen los estereotipos y prácticas concretas que luego se extienden a otros sectores sociales. Este trabajo tiene una pretensión práctica -y por ello no puede extenderse en este tema- pero acierta en señalar con fuerza que quien deba asumir una defensa, debe partir de comprender lo más profundamente posible el estereotipo que se encuentra operando y fundando muchas prácticas que luego aparecen como neutras. Le corresponde a la Criminología o a la sociología de la justicia penal conectar cada vez con mayor precisión prácticas con estereotipos, sin caer en generalidades.

Esta guía es un excelente ejemplo de cómo realizar ese trabajo, tal como se hace, por caso, al vincular esos estereotipos con la autopsia, supuestamente fundada en la mayor neutralidad científica.

Un segundo mérito de este trabajo, de gran utilidad para defensores y fiscales, es mostrar las líneas de precedentes que ya a esta altura deberían fundar toda la jurisprudencia argentina. Desde “Natividad Frías” hasta el presente, pasando por un fallo tan importante como “Baldivieso”, los mayores tribunales del país han seguido una línea que merece ser destacada: no se puede someter a quien recurre, muchas veces en situaciones de emergencia extrema, a la violencia de desencadenar su propia persecución penal. La evidencia de esa violencia ha sido tal que nuestros tribunales reaccionaron, por fin, con sensibilidad. Pero la sola necesidad de esta guía nos muestra que ni siquiera así se ha logrado consolidar una visión completa e institucionalizada. Médicos que denuncian para “cuidarse” la espalda o evitar “responsabilidades”, jueces y fiscales que no entienden la importancia de los precedentes, algunos que lo hacen por alguna cruzada alucinada contra el mal y tantos, tantos otros, que simplemente no piensan lo que hacen, pero sí tienen claro que es mejor evitar un problema. Hay dos maneras indirectas de violar esos precedentes: una lo produce una dogmática penal que se entretiene en juegos de categorías y desconoce los efectos procesales de esos juegos de espejos; la otra, el saber -o la rutina médico-psiquiátrica- que tanto le fascina como superficializa los problemas criminales, también desentendiéndose de los efectos en el mismo proceso. Tampoco es trabajo que le compete a esta guía, pero debemos insistir en consolidar los precedentes sobre estos puntos; es un material de gran utilidad, resulta menester ponerlo a disposición de quienes ejerzan la defensa en este país en el cual recuperar jurisprudencia puede ser un trabajo ingrato.

Un tercer mérito consiste, como hemos dicho, en conectar los grandes temas con pequeñas prácticas. Muchas veces hemos llamado la atención sobre un fenómeno denominado la crueldad hecha rutina. Ese fenómeno, aparentemente invisible para muchas personas que trabajan en la justicia, produce los peores efectos. Iniciar procesos sin sentido, dejar pasar el tiempo sin que se permita ninguna discusión de fondo, citar a los familiares, sin percibir la conmoción que ello produce, desentenderse del conflicto que está en la base;

en fin, se podrían señalar decena de prácticas similares. Hoy, una de las dimensiones centrales de la defensa penal efectiva en este tipo de casos, consiste en tratar de evitar esa crueldad hecha rutina. Y esta guía será de una utilidad inmensa, no sólo para advertirles a abogadas y abogados, a veces bien intencionados pero todavía no con suficiente formación, sino para que el conjunto de quienes se desempeñan desde distintos roles, tomen conciencia de la urgencia de las razones de la defensa.

Si algo caracteriza a la crítica de los grandes defensores del siglo XIX (un Carrara, por ejemplo, y hasta el “primer” Ferri) es la lucha para que la justicia penal no postergue las decisiones hasta un lejano juicio donde el drama humano ya era irreversible. Luchar contra el viejo “carácter no contradictorio” del expediente de instrucción era el eje principal de los fundadores de la defensa penal moderna. La irrupción de los modernos sistemas acusatorios, más o menos adversariales, tuvo en ello un eje principal de trabajo, pero todavía no hemos logrado desplazar las viejas prácticas que hoy se esconden en la burocracia del legajo fiscal, la desidia de muchas y muchos funcionarios y la complicidad de algunos que buscan congraciarse con sectores de opinión reaccionaria. Los defensores, sin desesperar, deben luchar contra este viejo bloque de arbitrariedad, como se hacía, antaño, con pasión, tenacidad, furia y lucidez, entrenar defensores; y esta guía es también un material de enseñanza, consiste en educar la sensibilidad, la rigurosidad y la tenacidad que vuelve eficaz el compromiso y la furia ante la insensibilidad y los oídos sordos.

Debo terminar felicitando a quienes tuvieron la iniciativa, a quienes la ejecutaron con sapiencia y pragmatismo, y esperar que esta Guía para defensoras y defensores tenaces y rigurosos se extienda y se utilice en nuestro país.

Alberto M. Binder
Presidente del Instituto de Estudios Comparados en
Ciencias Penales y Sociales - INECIP

La publicación de esta guía de apoyo a las defensas en casos de mujeres, lesbianas, trans, no binaries y personas criminalizadas en razón de haber sufrido eventos obstétricos, es parte del compromiso de incluir un enfoque interseccional que enmarque las políticas de género y diversidad sexual en la búsqueda de justicia social y el cumplimiento irrestricto de los Derechos Humanos de todas las personas.

En este camino es necesario reconocer que la persecución penal funciona, muchas veces, como parte de mecanismos disciplinadores del propio Estado, reproduciendo sesgos y discriminaciones que están presentes en nuestra cultura. Hacerse cargo de este diagnóstico nos permite construir herramientas como ésta, en la búsqueda de una revisión profunda de las prácticas político institucionales que coloque a la acción estatal como un ariete de la justicia de género y no como perpetuadora de injusticias.

Es por ello que, luego de la sanción de la n° Ley 27.610 que garantiza el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, que corona una lucha histórica del movimiento feminista por la autonomía corporal y reproductiva de las personas y el acceso a la salud sexual, junto a la decisión político institucional de crear un Ministerio de las Mujeres, Políticas de Género y Diversidad Sexual por primera vez en la historia de nuestra provincia, creemos que es propicio generar espacios de intercambio y debate con el Poder Judicial, mas precisamente con defensores públicos y privados.

Esperamos que este instrumento pueda servir, no sólo para utilizarse como guía en casos particulares sino, fundamentalmente, para profundizar el acceso a la justicia de toda la población de nuestra provincia

Lucía Portos

Subsecretaria de Políticas de Género y Diversidad Sexual



ÍNDICE

- 1** **REGULARIDADES EN LA AFECTACIÓN DE DERECHOS DE LAS PERSONAS IMPUTADAS Y DEFINICIÓN DE ÁMBITOS DE TRABAJO.**
- 2** **LA CRIMINALIZACIÓN DE EVENTOS OBSTÉTRICOS, EL DEBIDO PROCESO Y LA IMPLEMENTACIÓN EFECTIVA DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL LITIGIO.**
 - 2.a) El litigio con perspectiva de género en casos de criminalización de emergencias obstétricas.
 - 2.b) La importancia de asumir perspectiva de género desde que se toma contacto con los casos.
 - 2.c) Litigio con perspectiva de género y organización de los recursos: concentración y especialización.
 - 2.d) Actividad recursiva y necesidad de articular perspectiva de género.
- 3** **ASPECTOS LITIGIOSOS EN TORNO A CÓMO SE TOMA CONOCIMIENTO DE LOS CASOS: LA RELACIÓN ENTRE SECRETO PROFESIONAL Y GARANTÍA DE NO AUTOINCRIMINACIÓN.**
 - 3.a) Aspectos generales de la regulación del secreto: entre el deber de confidencialidad y sus excepciones.
 - 3.b) “Justa causa” para revelar secretos médicos y la protección contra la garantía de autoincriminación.
 - 3.c) Aportes jurisprudenciales locales y regionales útiles para la defensa en materia de secreto profesional y no incriminación.
 - 3.d) Sobre la información contenida en historias clínicas y otros soportes documentales.
 - 3.e) Distorsiones en torno a la caracterización del personal de la salud y/o del arte de curar de hospital público como funcionario público.
 - 3.f) Cuando profesionales de la salud también son criminalizados por no violar el secreto profesional.
- 4** **EL PESO DE LOS ESTEREOTIPOS EN LA CONSTRUCCIÓN DE DEBERES Y LAS FORMAS DE IMPUTACIÓN EN CASOS DE CRIMINALIZACIÓN DE EMERGENCIAS OBSTÉTRICAS.**
 - 4.a) Consideraciones generales sobre las imputaciones omisivas en delitos comisivos.
 - 4.b) El peso de los prejuicios y estereotipos en la construcción de deberes.
 - 4.c) ¿Cómo aparecen los estereotipos y cómo contrarrestarlos desde la perspectiva de la defensa?
 - 4.c.1) Síntesis de estereotipos.
 - 4.d) La importancia de discutir el contexto frente a los prejuicios y formas objetivas de atribución de responsabilidad.

5 ASPECTOS LITIGIOSOS EN TORNO A LA CULPABILIDAD Y PUNIBILIDAD.

- 5.a) Introducción.
- 5.b) La exclusión de la culpabilidad y la incapacidad psíquica: las discusiones del campo de la psiquiatría legal.
- 5.c) Otros criterios psico médico-legales útiles para considerar la exigibilidad en casos de criminalización de eventos obstétricos.
- 5.d) La importancia del historial de violencias.
- 5.e) Sobre el apoyo de otras disciplinas: la importancia de la oportunidad, los métodos y la interdisciplina.

6 LA PRUEBA PERICIAL SOBRE EL CADÁVER DEL RECIÉN NACIDO, LAS CONDICIONES DE REALIZACIÓN Y SU PESO PROBATORIO.

- 6.a) Introducción.
- 6.b) Lineamientos básicos sobre litigio y actividad pericial.
- 6.c) Los severos problemas de las pruebas de la docimasia hidrostática para sostener una acusación.
- 6.d) Sobre los estudios complementarios.
- 6.e) Otras consideraciones para el adecuado control de la actividad pericial de autopsia.
- 6.f) La realización de estudios auxiliares.
- 6.g) ¿Quién debería realizar la autopsia?

7 PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y PERSPECTIVA DE GÉNERO.

- 7.a) Introducción.
- 7.b) El sobregiro en la calificación provisoria y las privaciones de libertad durante el proceso.
- 7.c) Enfoque diferenciado y privación de libertad de mujeres.
- 7.D) Algunas consideraciones en torno al alcance del arresto domiciliario.

A ANEXO

PRESENTACIÓN

Desde el inicio de su gestión, en diciembre de 2019, el Ministerio de las Mujeres, Políticas de Género y Diversidad Sexual de la provincia de Buenos Aires (MMPGyDS) implementa políticas públicas integrales para la plena igualdad jurídica, social, económica, laboral, política y cultural entre los géneros. En este camino, la transversalización del enfoque de género en el Estado provincial ha sido una prioridad.

La presente *“Guía para la defensa en el litigio penal de casos de criminalización de emergencias obstétricas en la provincia de Buenos Aires”* busca promover el acceso a la justicia y contribuir a la transversalización de la perspectiva de género interseccional en las prácticas judiciales y estrategias defensivas, en el marco de procesos penales contra mujeres y LGTBI+ en conflicto con la ley penal. Está destinada a profesionales del derecho que ejercen la defensa pública y privada.

El material que aquí se presenta está enfocado en la defensa de mujeres criminalizadas por emergencias obstétricas, sobre la base de casos abordados por el Equipo de Apoyo a las defensas de la Subsecretaría de Políticas de Género y Diversidad Sexual del MMPGyDS, que se ha ocupado de trabajar las solicitudes de intervención de mujeres, lesbianas, travestis y trans en conflicto con la ley penal.

La Guía contiene información organizada en siete capítulos. En el primero se explican las regularidades que se encuentran en los casos; el segundo, aborda la criminalización de los eventos obstétricos; el tercero, indaga en los aspectos litigiosos en torno a cómo se toma conocimiento de los casos; el cuarto, analiza el peso de los estereotipos de género; el quinto, presenta los aspectos litigiosos en torno a la culpabilidad y punibilidad; el sexto, ahonda en pruebas periciales; y el séptimo retoma la privación de libertad y la perspectiva de género.

La edición y producción de la Guía fue realizada por el Equipo Feminismos y Justicia Penal del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y

Sociales (INECIP), con la dirección de Ileana Arduino y la participación de Sofía Abriata, Rosario Gauna Alsina y Denise Pepinó y la coordinación de Sabrina Cartabia, Lucia Coppa, Indiana Guereño y Luisina Carrizo, a solicitud de la Subsecretaría de Políticas de Género y Diversidad Sexual del Ministerio de las Mujeres, Políticas de Género y Diversidad Sexual (MMPGyDS) de la provincia de Buenos Aires.

En cuanto a la revisión externa, el texto fue sometido a la consideración, lectura e intercambio con las abogadas Soledad Deza, Luciana Sánchez y Natalia Saralegui. Si bien la Guía recoge sus observaciones, esto no implica que el texto exprese su punto de vista.

1.

**Regularidades en la afectación
de derechos de las personas imputadas
y definición de ámbitos de trabajo.**

Los casos analizados en esta Guía son parte del trabajo realizado por el Equipo de Apoyo a las Defensas de la Subsecretaría de Políticas de Género y Diversidad Sexual del Ministerio de las Mujeres, Políticas de Género y Diversidad Sexual de la provincia de Buenos Aires, que, desde el inicio de la gestión en diciembre del 2019, se han ocupado de abordar solicitudes de intervención de mujeres, lesbianas, travestis y trans en conflicto con la ley penal. De los 69 casos que ingresaron al equipo, la criminalización de las emergencias obstétricas representa el 11,59 %¹.

Del relevamiento efectuado en el marco de este proyecto es posible advertir ciertas regularidades en relación con la persecución de mujeres en el marco de emergencias obstétricas.

En primer lugar, la regularidad que se advierte sobre las personas perseguidas penalmente por este tipo de hechos es que: son mujeres vulneradas en sus derechos básicos, con una vinculación lábil e informal en el mercado de trabajo, que viven en condiciones de pobreza, en ocasiones atravesadas por historiales de violencia y/o victimización sexual; y, en el 100% de los casos relevados, fueron asistidas por el sistema público de salud.

Esas características son coincidentes con las que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), en el caso “Manuela vs. El Salvador”², ha estipulado como relevantes para considerar cómo opera la criminalización de emergencias obstétricas desde una perspectiva de derechos humanos (párr. 46 y párr. 253).

Las circunstancias relevadas en los ocho casos analizados para realizar esta guía permiten decir que el contexto provincial se adecua a diagnósticos compa-

1. Por debajo de casos de legítima defensa en contexto de violencia por razones de género, que representa el 44,93 % de los casos abordados por el equipo de Apoyo a las defensas..

2. Corte IDH, Caso Manuela y otros. vs. El Salvador”, sentencia de 2 de noviembre de 2021.

rados que señalan que: “en estas persecuciones y enjuiciamientos penales no se respetan los derechos convencionales que tienen las mujeres acusadas de delitos. Las mujeres son privadas injustificadamente de su libertad, y la prueba se recolecta y se valora con estereotipos de género. Se utiliza injustificadamente la prisión preventiva, se restringe el derecho a una defensa técnica y material eficaz” (Doctrina Penal Feminista, 2021).

Esa regularidad debe ser considerada, **en primer lugar, como un patrón estructural de la política de persecución que tensiona las obligaciones estatales internacionalmente asumidas, que podría constituir “una discriminación interseccional de género y viola los artículos 1.1, 2 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), junto con los artículos 4, 5, 7, 8, 11, 24, 25 y 26; y el artículo 7, interpretados en conjunto con los artículos 4 (f) y 6 de la Convención Interamericana sobre la Prevención, el Castigo y la Erradicación de la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)”.**

En segundo lugar, es predominante en la práctica local **la puesta en conocimiento de estos hechos por parte de efectores del sistema de salud pública. Esta circunstancia, además de advertir acerca de la necesidad de clarificar institucionalmente los alcances del secreto profesional en torno al deber de confidencialidad, deja ver un escaso nivel de litigio de las defensas, dirigido a cuestionar la legalidad de dar inicio al proceso penal en base a información protegida por el secreto profesional,** provista por quienes mantienen con la persona acusada una relación profesional de salud-paciente.

En tercer lugar, **la persecución está apoyada en estereotipos que dan por sentado expectativas de comportamiento que, de no acreditarse, orientan la persecución hacia la hipótesis de homicidio y/o abandono de persona.**

Al respecto, el “Grupo de trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la ley y en la práctica”, en el año 2019, estableció como prácticas reñidas con la obligación de no discriminar ni juzgar en base a estereotipos

tales como los de “la buena madre”, como ocurre cuando se las persigue penalmente en casos como el de aborto espontáneo (A/HRC/41/33, 2019, par. 38). Por su parte, acerca de estos casos, la Corte IDH (2021) señaló:

“El recurso a estereotipos se advierte en el uso de nociones basadas en estereotipos que condicionan el valor de una mujer a ser madre y, por tanto, asumen que las mujeres que deciden no ser madres tienen menos valía que otras, o son personas indeseables.

En este sentido, además, se impone a las mujeres la responsabilidad de, sin importar las circunstancias, priorizar el bienestar de sus hijos; incluso, sobre su propio bienestar (...). Al respecto, este Tribunal resalta que estos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos” (párr. 144 y 145).

Una cuarta regularidad advertida está relacionada directamente con la **adopción de hipótesis de acusación que contradicen el principio de inocencia. Se advierte en la centralidad de la discusión en torno a las pruebas periciales —en particular la autopsia y, dentro de ella, las pruebas de docimasia— y como contrapartida, la sistemática desatención de otras informaciones provenientes, incluso, de los mismos campos de experticia (vg. la medicina) cuando ellas no sostienen la hipótesis delictiva.**

Eso guarda directa relación con el carácter estructural que tiene la práctica consistente por parte de quienes llevan adelante la acusación, de no atender otras hipótesis alejadas de ciertos prejuicios y estereotipos que asocian a las personas gestantes (conf. CortelDH, 2021, párr. 146). Estudios comparados (Viterna y Santos Guardado, 2014), que se han enfocado en el análisis de decenas de casos, muestran que hay un patrón en el uso de estas pruebas, a pesar de los severos cuestionamientos que se les hacen, y en su peso en la resolución de los casos.

La no ponderación de otras hipótesis y el foco en las más extremas desde el punto de vista penal, **es favorable a una quinta regularidad**, aquella consistente en un **uso casi automático de la privación de libertad previa**

al juicio —aunque en la provincia de Buenos Aires resulta bastante extendida para todo tipo de casos—, donde, en estos en particular, incide el recurso a calificaciones penales provisorias con expectativas de pena máxima posible, sostenidas también por información absolutamente provisoria y no concluyente, lo cual condiciona los debates sobre la cautela procesal.

En este punto, se ha dicho con apoyo en lo resuelto por la Corte IDH en el caso “Acosta Calderón Vs. Ecuador³”, que es importante advertir que “las detenciones **en base a evidencias aparentes de comisión de un crimen**⁴ que deben ser corroboradas mediante procedimientos técnicos o científicos, son arbitrarias por el menosprecio del derecho afectado” (Doctrina Penal Feminista, 2021: 20).

De acuerdo con estas regularidades, y los problemas que acarrearán desde el punto de vista del debido proceso, fueron escogidos los ejes de trabajo para la recomendación de pautas y guías de litigio con perspectiva de género.

El foco está puesto en quienes deben ejercer la defensa de las personas acusadas por hechos de estas características, pero podrá advertirse de su lectura que también contiene elementos relevantes para revisar prácticas de los órganos encargados de la investigación y persecución penal y de otros operadores relacionados directamente con la dinámica de criminalización de hechos ocurridos en el marco de emergencias obstétricas.

3. Corte IDH, Caso “Acosta Calderón Vs. Ecuador”, del 24 de junio de 2005

4. El destacado nos pertenece

2.

**La criminalización de eventos obstétricos,
el debido proceso y la implementación
efectiva de la perspectiva de género
en el litigio.**

2.A) El litigio con perspectiva de género en casos de criminalización de emergencias obstétricas.

La adopción integral de la perspectiva de género es importante tanto para controlar el trabajo de operadoras y operadores del sistema de justicia como para la organización de la tarea específica de la defensa, considerando desde el primer contacto con el caso la exigencia constitucional de aplicar perspectiva de género (conf. Art. 75 inciso 22 CN y conf. Art. 3 de la Ley N. 26.485, los Arts. 2 y 5, CEDAW, Arts. 6 y 7 de Belém do Pará, Recomendación General nro. 35, Apartado II. 2. 26.c; Apartado IV.a. 29. c. ii;).⁵

También debe atenderse lo resuelto por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por su sigla en inglés) ya que el Estado argentino está obligado a cumplir con las obligaciones internacionales que asumió oportunamente al ratificarla. En el caso “Anna Belousova vs. Kazajistán⁶”: “La perspectiva de género no es una prerrogativa, sino un deber del Estado. La no utilización del enfoque de género implica la toma de decisiones parciales y, por tanto, la denegación del derecho de acceso a la justicia para las mujeres”.

Con base en la efectividad de la defensa técnica como una tarea que reclama una adecuada teoría del caso, construida a partir de lo que sostiene la acusación, es especialmente relevante considerar:

a) Cuáles han sido las vías de conocimiento del hecho y qué informaciones sostienen la acusación, con una atención específica puesta en las fuentes médicas y familiares que puedan estar alcanzadas por restricciones fundadas en garantías constitucionales. Escutar con precisión qué otras hipótesis de investigación no están siendo impulsadas por el Ministerio Público Fiscal, dado

5. Para un análisis sobre la obligación respecto de la totalidad de los actores estatales, ver Vita y Clérico, 2022.

6. CEDAW, caso “Anna Belousova vs. Kazajistán”, 13 de julio de 2015

que existe una correlación entre el peso de sesgos y estereotipos de género, con el hecho de que prácticamente no existan hipótesis de investigación que consideren que la persona gestante no sea responsable de haber causado la muerte que se le imputa (conf., CortelIDH, 2021, párr. 146).

b) Qué hechos objeto de imputación pueden estar contruidos, en lo que refiere a su relevancia, con apoyo en prejuicios, mandatos o expectativas de comportamiento que implican imposición de modelos de vida, contrarían la autonomía personal y, en definitiva, encubren la criminalización de decisiones que están aseguradas por el principio de reserva (Art. 19 CN) o de condiciones estructurales de persecución de la pobreza y la desigualdad, que importan prácticas de discriminación estructural traficadas en causas penales.

c) Con qué pruebas pretende la acusación establecer conexiones entre el resultado muerte del feto y las conductas de las personas acusadas, con especial foco en el sobregiro de información pericial que debe ser escrutada, en sus condiciones de producción, métodos y conclusiones; además de ofrecer prueba de descargo en forma oportuna y suficiente. Al respecto, la Corte IDH, en el caso “Manuela”, decidió que se había violado el derecho de defensa de ella porque “la defensa no ofreció pruebas oportunas sobre este punto de la discusión” (párr. 127).

d) En el caso de las imputaciones basadas en omisión de conductas, considerar cuáles son las expectativas de comportamiento en base a las que se construyen los deberes de actuación y las condiciones de exigibilidad.

e) Con qué niveles de provisoriedad se pretende hacer jugar la información disponible a los efectos de sostener, en los primeros momentos, calificaciones con escalas penales que habilitan a establecer la privación de libertad durante el proceso.

f) Qué informaciones de contexto social, económico, familiar y personal, que den cuenta de distintas formas de discriminación que ellas padecen y que resultan pertinentes para una adecuada comprensión del conflicto que se presenta para perseguir, son omitidas por la acusación —cuyo deber es

evaluar distintas hipótesis en juego— y con qué experticias y auxilios interdisciplinarios se pueden desplegar mejor esas informaciones para desarrollar la propia actividad probatoria de la Defensa⁷, porque “con dramática frecuencia, las mujeres que llegan a prisión cargan con diversos factores de vulnerabilidad, además del género, y arrastran necesidades desatendidas de larga data. La discriminación y la violencia estructural que sufren en la vida libre resultan a menudo sino causa, al menos un factor decisivo de su llegada a la prisión” (AIDEF, 2015: 14).

g) Hay que considerar que la obligación de defender con eficacia exige que aquello que se alega debe ser sostenido con prueba de descargo oportunamente producida. Por ejemplo, en uno de los casos estudiados (“N”) se advierte que en el alegato de clausura la defensa ofrece argumentos dirigidos a cuestionar las pericias que fueron incorporadas por lectura al juicio, sin oposición de su parte, o bien, la introducción de argumentos jurídicos invocando la perspectiva de género en abstracto, sin que eso sea respaldado a lo largo del litigio. Al respecto, en el Caso “Manuela”, la Corte IDH sostuvo que “la defensa técnica debe evitar que los derechos de la representada se vean lesionados y, por tanto, debe respaldar sus alegatos ofreciendo prueba de descargo” (párr. 128).

También, adoptar adecuadamente una perspectiva de género permite a la misma Defensa asumir una posición proactiva respecto del deber de no estereotipar—que también le es exigible—, pues cuanto más se conoce la herramienta se está en mejores condiciones frente a los propios prejuicios y sesgos. Dado el carácter marcadamente discriminador de estas políticas de persecución (CELS et. Al, 2021), “defensores deben ser muy conscientes y estar preparados para cuestionar sus propios supuestos sobre el embarazo y estereotipos sobre el comportamiento materno”⁸ (NAPW, 2022).

7. Por ejemplo, en Guatemala “cuando una mujer se encuentra involucrada en un proceso penal, el diseño de la teoría del caso se inicia en una mesa redonda multidisciplinaria en la cual participan el Defensor o Defensora titular del caso concreto, una psicóloga/o, una trabajadora social que realiza el trabajo de campo, una experta que realiza el peritaje de género, la dirección del análisis de género y dogmática penal del caso concreto de la Coordinadora de Género, y se procede al análisis riguroso del caso concreto con la finalidad de detectar si la imputada actuó por condicionamientos de género. En el peritaje de género que se elabora se procura detectar sesgos de género en sus tres componentes: cultural, estructural y normativo” (AIDEF, 2015: 49).

8. Original en inglés, la traducción es propia.

2.B) La importancia de asumir perspectiva de género desde que se toma contacto con los casos.

En cada uno de esos niveles es necesario controlar para atacar las bases de la acusación en este tipo de casos. Del relevamiento de casos considerados para esta investigación⁹, así como de la percepción de operadores¹⁰ del derecho, surge que las impugnaciones apenas si aparecen en instancias recursivas con el proceso ya avanzado, y no necesariamente se construyen agravios basados en la ausencia de perspectiva de género y las consecuencias que ello conlleva.

Esto resulta particularmente importante para asegurar que el despliegue eficaz de la defensa tenga consecuencias lo más anticipadas posibles respecto del cese de la persecución, o, caso contrario, si el Ministerio Público Fiscal persiste y/o los jueces de grado no efectúan el control suficiente y adecuado desde el punto de vista constitucional —que en estos casos exige la adopción de perspectiva de género—, aquellos agravios constitucionales oportunamente articulados que no sean debidamente atendidos aún pueden ser sometidos a revisión por vía del ejercicio del derecho al recurso, incluyendo las vías recursivas extraordinarias.

Un adecuado posicionamiento de la Defensa permitiría que sean objeto de cuestionamiento en forma oportuna, poniendo en relación precisa, concreta y circunstanciada la conexión entre las circunstancias del caso y la afectación constitucional que produce el acto o decisión que se pretende impugnar con normas específicas de protección de mujeres.

Además, “la Corte ha reconocido que los prejuicios personales y los estereotipos de género pueden afectar la objetividad de los funcionarios estatales encargados de investigar las denuncias que se les presentan, influyendo en su percepción para determinar si ocurrió” (Corte IDH, 2021, párr. 141).

9. Conforme Primer Informe INECIP - Producto 1.

10. Entrevista con Defensora de Casación Penal especializada en género, Marina Gómez.

2.C) Litigio con perspectiva de género y organización de los recursos: concentración y especialización.

También pensar en una adecuada implementación de la perspectiva de género puede implicar reorganización del trabajo. Con el mapeo de 8 casos es posible advertir ciertas regularidades en las formas de persecución y juzgamiento, que bien pueden encontrar resistencia no sólo en una mejor disposición de herramientas técnicas y de litigio, sino también en una revisión de las formas organizativas de la defensa pública ante este perfil de casos, ya no concentrando especialización en las instancias jerárquicas, sino lo más anticipadamente posible, para poner en línea las formas organizacionales con el objetivo de descriminalizar lo más temprano posible.

2.D) Actividad recursiva y necesidad de articular perspectiva de género.

Tal como se señala, al establecer que una exigencia básica de la defensa técnica eficaz es manejar adecuadamente la interposición de recursos, la posibilidad de agotar las instancias recursivas exige que los planteos que pretendemos sean tratados como agravios constitucionales articulados sin riesgo a que la falta de oportunidad limite la posibilidad de considerarlos, con costo específico cuando eso veda las posibilidades de acceso a las instancias extraordinarias.

Aunque existe una incipiente consideración de las normas convencionales específicas, tales como las contenidas en la Convención de Belém do Pará, es frecuente que los recursos no estén abordados, considerando también las obligaciones estatales en materia de no discriminación, prohibición de uso de estereotipos o prejuicios, como aspectos relevantes a los efectos de considerar que determinadas formas de resolver —ya sea al formular una acusación o al decidir sobre aspectos litigiosos de los casos— son cuestiones que deben integrarse en los planteos recursivos.

Ante la Corte Suprema, si bien la Ley 48 establece los supuestos de procedencia del recurso, lo cual permitiría articular agravios concentrados en el apartamiento de normas específicas, convencionales o legales, como pueden ser los artículos 6 y 7 de la Convención de Belém do Pará o lo previsto por la Ley 26.485 en materia de amplitud probatoria, o, lisa y llanamente, porque decidir de esa manera puede causar discriminación, lo cual siempre constituye una causal de admisibilidad; ninguna de estas circunstancias que puedan sospechar de la omisión de aplicar o considerar estas normas exime del deber de fundamentar el recurso.

En esa línea, es posible que además de la colisión normativa, se puedan identificar agravios conforme otros criterios desarrollados por la Corte y la dinámica jurisprudencial local e internacional. Dicho de otro modo, es difícil pensar que una decisión que confronta o desconoce las normas citadas no constituye, al mismo tiempo, una decisión arbitraria, una violación al debido proceso, por mencionar algunos supuestos.

Sin embargo, es común ver recursos que no invocan las normas específicas de género —como ocurre en el planteo de la Defensa en el caso “E.A.T” resuelto por la Corte Suprema provincial¹¹, aunque haya tenido una resolución favorable a su pretensión— o bien planteos que se limitan a mencionar normas específicas sin acreditar agravios suficientes conforme los criterios de admisibilidad desarrollados por la Corte, en particular, en lo que respecta a la conexión del planteo con las circunstancias concretas del caso.

En directa relación con esto, en lo que refiere a la configuración de cuestión federal por arbitrariedad, es útil tener presente que en el caso “R, C. E”¹², la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) estableció que el apartamiento de las exigencias de juzgar con perspectiva de género se ajusta a los supuestos de arbitrariedad establecidos pretorianamente por dicho tribunal, y, por lo tanto, constituye cuestión federal.

11. E., A. T. s/ Aborto”, P. 86.052, resuelta el 7 de junio de 2006.

12. CSJ 733/2 18/CS1 E. — s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de Ley en causa N.º 63.006 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV, resuelto el 29 de octubre de 2019.

Al respecto, se ha sostenido que “la Corte Suprema aplicó las reglas que se desprenden de la doctrina sobre arbitrariedad [y a] estos principios básicos, la Corte sumó un plus de exigencia derivada del deber estatal de debida diligencia que surge de la Convención de Belém do Pará y del derecho de las víctimas de violencia de género a la amplitud probatoria (Art. 16 inciso i, Ley 26.485), que debió haber inducido a los tribunales a valorar de modo diferente las pruebas (...). La pregunta es, entonces, si existe una relación entre la exigencia de fundamentación diferenciada y la perspectiva de género. En otras palabras, ¿la fundamentación de una decisión sin perspectiva de género puede ser causal de impugnación por arbitrariedad? La respuesta parece haber sido afirmativa, por lo menos, en los casos más sencillos en los que la Corte Suprema revisó sentencias condenatorias que revelaban con mediana claridad la falta de análisis de acuerdo con los parámetros establecidos por las convenciones internacionales en materia de derechos humanos de las mujeres” (Rodríguez, 2022: 154).

En lo que interesa aquí, es posible entender que en los casos que nos ocupan, resultan atacables por vía recursiva aquellos en los que:

a) Las decisiones se fundan en prejuicios o estereotipos discriminatorios, entre otros motivos, por género, en tanto carecen de adecuada fundamentación. Eso exige fundar en dónde reside el déficit del razonamiento impugnado. En ese sentido, es importante tener presente lo resuelto recientemente por la Corte IDH en el caso “Manuela” al establecer que “la utilización de estereotipos de género en procesos penales puede evidenciar una violación al (...) deber de motivar las decisiones”¹³ (párr. 134 y en el mismo sentido ver párr. 151).

b) Los casos en que se omite considerar el contexto y la perspectiva de género en la valoración y ponderación de los hechos -obligación que es exigible también a quien impulsa la persecución penal al momento de construir la base fáctica-, el encuadre normativo, la pretensión de pena y la producción de prueba. Esto se produce, por ejemplo, cuando se omite, expresa o implícitamente, considerar la prueba con el estándar de amplitud que fija la Ley 26.485. Deben hacerse esfuerzos argumentativos para dejar claro que el agravio se produce por esa omisión, y que no estamos ante supuestos de

13. El destacado nos pertenece.

insistencia con cuestiones ya tratadas que pedimos sean reconsideradas, sino con la omisión o el tratamiento parcial o sesgado de la prueba disponible.

Eso implica que, **ante la teoría del caso de la acusación, es tarea de la defensa escrutar críticamente su apoyo en estereotipos, o bien, la no consideración de aspectos relevantes, que debido al peso del sesgo impliquen, por ejemplo, desatender hipótesis desincriminantes, indicando, en cualquier intervención dirigida a impugnar actos del proceso, cómo la ausencia de perspectiva de género redundaría en agravios constitucionales.** Podemos preliminarmente ensayar un esquema mínimo para la identificación de distintos tipos de agravios: 1) pueden generar un caso de discriminación; 2) pueden constituir un caso de parcialidad; 3) pueden identificar un derecho de fondo que pone en juego la decisión (una detención que se vuelve un trato cruel, inhumano o degradante, la afectación de derechos sexuales y reproductivos porque no tuvo acceso a información, afectaciones al derecho a la salud, a la privacidad, etc.).

En esa misma línea, es posible considerar también las exigencias de tutela judicial efectiva y la debida diligencia (art 7, Convención de Belém do Pará) cuando una persona acusada reúne al mismo tiempo la condición de víctima de hechos de violencia relevantes para la resolución del caso en que se la imputa y esas circunstancias no son debidamente atendidas. Al respecto, en la Recomendación nro. 35, CEDAW estableció que deben erradicarse “las prácticas judiciales que hagan caso omiso de una historia de violencia por razón de género en detrimento de las acusadas” (Apartado IV. a 29.c.ii), por lo cual, en sí mismo, omitir estas informaciones por parte de quienes acusan o juzgan debe ser objeto de recurso.

La Corte IDH advirtió que en los procesos judiciales “se ha identificado una tendencia al desahogo limitado de pruebas, que no se le dé credibilidad a las víctimas, que se traslade a ellas la responsabilidad de las investigaciones, que se dé una interpretación estereotipada de las pruebas, y que se dicten resoluciones (...) carentes de consideraciones de género lo cual obstaculiza el acceso amplio a la justicia” (párr. 260).

Un error habitual, al igual que sucede cuando se invocan normas constitucionales que se pretenden vulneradas sin indicar concretamente qué actos o circunstancias del caso conecta con esa afirmación, suele ser el confundir inclusión de perspectiva de género como pura mención de normativa o precedentes, mediante fórmulas rituales y citas transcritas.

La pura apelación a la necesidad de juzgar perspectiva deja bastante librado a la suerte el caso, porque “la perspectiva” no opera en el vacío sino en relación con los hechos, el contexto y las personas concretas que se van a someter a juicio.

En este punto, es mucho más probable que sea eficiente el ejercicio de la actividad recursiva si el propio caso de la defensa es autosuficiente en términos de inclusión de una adecuada perspectiva de género, y no un último recurso para intentar salvar una actividad previa desentendida de este enfoque.

Siempre se está en una mejor posición de contradicción si la propia teoría del caso articula de manera robusta elementos que pongan en claro la relevancia de tener perspectiva de género —por el tipo de prueba que se ofrece, por ejemplo— que si nos limitamos a señalar las carencias en la teoría de la contraparte o en los términos que los jueces o juezas resuelven.

Por otra parte, en forma pionera en el ámbito de Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer(2015), la Recomendación General nro. 33¹⁴ estableció relación entre la violación de la garantía de imparcialidad y el uso de estereotipos: **“la estereotipación compromete la imparcialidad y la integridad del sistema de justicia, lo cual, a su vez, puede conducir a errores judiciales, incluida la revictimización de los demandantes (...)”** (párr. 26, 28), tal como ocurre cuando **“se da por probado algo que no está respaldado por medios de prueba sino sólo por la presunción que dispara el estereotipo de género”** (Clérico, 2022: 116).

En el ámbito interamericano, fue con el caso “Manuela” que se estableció con más claridad la relación entre apoyo y/o uso de estereotipos y afectación de

14. CEDAW, Recomendación general nro. 33, sobre el acceso de la mujer a la justicia, UN Doc. CEDAW/C/GC/33 (2015).

la garantía de imparcialidad. Entre otras apreciaciones, dijo allí la Corte IDH: **“la utilización de estereotipos por parte de las autoridades judiciales en sus providencias puede constituir un elemento indicativo de la existencia de falta de imparcialidad”** (párr. 133).

La extensión de ese análisis a las intervenciones de operadores distintos a los jueces, y sus providencias (vg. requerimientos de acusación y otros similares) se ve apoyada por lo dicho inmediatamente después en relación con el uso de estereotipos y presunción de inocencia:

“La utilización de estereotipos de género en procesos penales puede evidenciar una violación a la presunción de inocencia (...)” (párr. 134), y respecto del modo en que los estereotipos y prejuicios se dispusieron en la actividad acusatoria: “afectaron la objetividad de los agentes encargados de las investigaciones, cerrando líneas posibles de investigación sobre las circunstancias fácticas” (párr. 146). Finalmente, agregó que “las falencias de la investigación en este caso, concuerdan con el contexto ya determinado por la Corte (...) en el cual es frecuente que no se investigue la posibilidad de que la madre no sea responsable de haber causado la muerte que se le imputa” (párr. 146).

También en materia de imparcialidad, aunque por ahora se trata de una jurisprudencia local acotada al ámbito de la Justicia Nacional con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, un precedente novedoso para el litigio en torno a la garantía de imparcialidad es el caso “L.A.S.”¹⁵ conforme el cual se resolvió el apartamiento de dos jueces de tribunal oral que manifestaban expresamente no adoptar perspectiva de género, en ese caso, calificándola como una ideología y sin asumir ninguna de las obligaciones convencionales ni receptando el desarrollo del Derecho Internacional en la materia.

Para acreditar temor de parcialidad la defensora de L. A. D., Luciana Sánchez, se apoyó en posiciones expresadas por esos jueces en otros casos y en sus manifestaciones públicas sobre la cuestión. Vale la pena la cita extensa:

15. Resuelto por la Sala de Turno de la Cámara Nacional de Casación Penal el 10 de marzo de 2020

“Tal como postula la defensora, no es correcto identificar a la perspectiva de género entendida como abordaje específico para atender a la complejidad propia de cierto tipo de casos que se judicializan, con la mal llamada “ideología de género”, que constituye, en rigor, un uso despectivo y tergiversado de aquel enfoque. Como bien señala la defensa, esta circunstancia ha sido advertida por el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará, que explicó que “género es una categoría analítica proveniente de las ciencias sociales, no es una ideología sino un instrumento metodológico para examinar y revelar las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, así como para defender los derechos humanos de las mujeres”. La CEDAW y la Convención de Belém do Pará constituyen los instrumentos jurídicos más importantes para la protección de los derechos humanos de las mujeres.

No cabe duda de que por imperio de la clara redacción del Art. 75, inc. 22, CN, estas normas obligan positivamente a las instituciones que forman parte del Estado a generar los cambios estructurales y administrativos necesarios para alcanzar sus objetivos.

En este sentido, la Convención de Belém do Pará establece como obligación para los Estados parte actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; mientras que la CEDAW reconoce y encomienda modificar los patrones socioculturales y las prácticas consuetudinarias que sostienen la discriminación y reafirman los estereotipos de mujeres y varones.

En efecto, la definición de discriminación consagrada en el Art. 1, CEDAW es de alcance amplio, al incluir “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

En conexión con aquello, el Art. 5, CEDAW expresamente persigue eliminar “los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que

estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”, lo que implica la eliminación de los estereotipos nocivos sobre las mujeres en los sistemas de justicia como una medida esencial para asegurar su derecho a la igualdad y el acceso a la justicia.

El Comité que supervisa la aplicación de la CEDAW, en su Recomendación General nro. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, indicó que “la presencia de estos estereotipos en el sistema judicial impacta en los derechos humanos de las mujeres (...). En concreto, destacó que **daban lugar a decisiones basadas en mitos dado que los jueces emplean normas rígidas sobre lo que consideran debería de ser un comportamiento apropiado de la mujer, castigando a aquellas que no se ajustan a esa concepción social. Estos estereotipos afectan la credibilidad de sus testimonios y argumentos y pueden hacer que los jueces interpreten erróneamente las leyes o las apliquen de forma defectuosa**”.

El antecedente es útil porque, además de desarrollar con claridad los alcances del deber de imparcialidad y la perspectiva de género, ofrece una herramienta para evaluar posibilidades recursivas allí donde, aún antes de los pronunciamientos, ya fuera por prejuicios o arbitrariedades expresadas en decisiones jurisdiccionales por quienes están llamados a decidir, o bien en la actividad investigativa, es posible resistir un proceso atravesado por sospechas fundadas de parcialidad.

3.

Aspectos litigiosos en torno a cómo se toma conocimiento de los casos: la relación entre secreto profesional y garantía de no autoincriminación.

3.A) Aspectos generales de la regulación del secreto: entre el deber de confidencialidad y sus excepciones.

El secreto profesional se concibe como un deber y un derecho (Corte IDH, 2011, párr. 102) que tienen las personas que ejercen determinadas profesiones, sobre todo aquella información de la cual tomen conocimiento en virtud de su ejercicio profesional y en ocasión de este (Niño, 2006).

Este deber, que se asienta en fundamentos éticos y jurídicos (Deza, 2014), se encuentra reforzado por el Código Penal (Art. 156). Dice: “será reprimido con multa de mil quinientos a noventa mil pesos 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’”.

No está de más advertir que el deber de guardar secreto alcanza a quienes no siendo médicos toman conocimiento por medio de su empleo u oficio en establecimientos de esas características, alcanzados por la noción de empleo pues “la pauta legal cubre así la incongruencia que resultaría de reservar el secreto al médico y liberarlo a sus dependientes” (Sandhagen, 2021: 55).

El secreto protege un conjunto de derechos fundamentales tales como la intimidad, la autonomía, la privacidad y la dignidad de las personas. El deber de resguardarlo puede ceder, en primer lugar, cuando la persona protegida así lo autoriza; y sólo excepcionalmente con independencia de la autorización de la persona que es titular de la información protegida por el secreto.

En ese sentido “que el médico que denuncia infringe su deber de secreto profesional, es algo evidente, el médico vulnera la relación de confidencialidad entre el profesional y el paciente. La práctica de la medicina está supeditada a ciertos principios, entre otros, el de beneficencia, que se traduce en hacer lo mejor para su paciente” (Castillo Ara, 2010:63).

En el caso de las personas profesionales de la salud, además de los derechos enumerados en el párrafo anterior, el aseguramiento de la confidencialidad que impone el secreto también guarda relación con la protección de la vida y la salud de las personas usuarias del sistema de salud (Art. 19 CN y Art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), en la medida en que una adecuada atención exige poder contar con una relación de confianza entre la persona que acude en búsqueda de atención y/o auxilio, y quien ejerce como profesional de salud. Desde el punto de vista de las violencias por razones de género, la práctica puede constituir violencia obstétrica e institucional, entre otros tipos y modalidades, conforme a lo establecido en la Ley 26.485 (cf. Carrera, Orrego Hoyos y Saralegui Ferrante 2022, también indirectamente afirmado por la CSJN en el caso “Callejas”¹⁶).

La cuestión del secreto no es menor en la incidencia de los procesos de criminalización. Según investigaciones recientes (CELS et al, 2020), el 33% de los casos publicados permitieron acreditar violaciones al deber de confidencialidad. Esto hace que la infracción a la obligación de guardar secreto sea «el primer eslabón en la cadena de criminalización». (Carrera, Orrego Hoyos y Saralegui Ferrante 2022: 6).

3.B) “Justa causa” para revelar secretos médicos y la protección contra la garantía de autoincriminación.

La regla general es que el secreto al que está obligada una persona que accede a cierta información en virtud de una relación alcanzada por su deber de confidencialidad, sólo puede ser desplazado por la autorización de la persona en cuyo favor se establece o por disposiciones fundadas de autoridades judiciales.

La confidencialidad en la atención de salud no constituye un privilegio del personal médico, sino que se trata de una garantía a favor de la persona que se acerca en búsqueda de atención médica (Centro de Estudios Legales y Sociales,

16. “Recurso de hecho deducido por R. M. M. en la causa Callejas, Claudia y otra s/ violación de secretos” resuelto por la Corte Suprema de Justicia Nacional el 8 de marzo de 2017.

2020), razón por la cual solo pueden relevar del secreto profesional las personas usuarias del servicio. En este sentido se expresó la Comisión IDH en el Informe sobre Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos (2011), y estableció que “la confidencialidad es un deber de los profesionales de la salud que reciben información privada en el ámbito médico, y el mantener en secreto o en privado la información que obtienen de sus pacientes es un interés crítico de la salud sexual y reproductiva” (párr. 76).

Ahora bien, tal como se señaló, la única excepción a la obligación de guardar secreto es la revelación que realicen los profesionales de la salud fundada en “justa causa”. Por fuera de la disposición a la que tiene derecho la persona en cuyo favor se establece el secreto, la concurrencia de “justa causa” no depende de la valoración personal, moral ni ética del profesional que intervenga, o acerca de lo reprobable que pueda parecerle la conducta de la cual toma conocimiento, ni de las circunstancias de emergencia. Tanto es así que se puede observar cómo, de manera errónea, una jueza provincial sostuvo al fallar que en el caso no había habido violación del secreto médico porque, dada la emergencia, “la joven paciente no pudo tener expectativa de privacidad que haya sido ilícitamente vulnerada”¹⁷, como si el deber dependiera de algo más que la relación médico-paciente basada en un requerimiento específico de atención. Ningún elemento normativo ni doctrinario asiste la interpretación sobre el secreto adoptado por la jueza en ese caso.

Se entiende que “la “justa causa” debe provenir taxativamente de la ley y no dejar al arbitrio de los profesionales de la salud su individualización. En esa senda, el derecho fundamental de la intimidad sólo puede ser franqueado por una causa expresa del legislador” (Sandhagen, 2021: 60).

Por el contrario, en términos éticos existe un robusto deber conforme a la recepción de instrumentos normativos específicamente abocados a la regulación de tales obligaciones en el campo médico. Así, es importante no perder de vista que en Argentina el Código de Ética Médica expresa que “el secreto profesional es un deber que nace de la esencia misma de la profesión” (Art.

17. Juzgado de garantías del joven nro. 1, Departamento Judicial de La Plata, IIPP 06-00-033224-19/00, resolución del 19 de agosto de 2020.

66). Pero los antecedentes bioéticos del deber de reserva se remontan a instrumentos internacionales con larga vigencia en la materia. El Código Internacional de Ética Médica (1949) adoptado en la Asamblea en Londres por la Asociación Médica Mundial señala: “El médico debe a su paciente absoluto secreto en todo lo que se le haya confiado o él sepa por medio de una confidencia”. Por su parte, la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre derechos de los pacientes¹⁸, deja establecido el principio del secreto para la relación médico-paciente: “Toda información identificable del paciente debe ser protegida” (Deza, 2014: 135).

En el caso de profesionales de la salud “las circunstancias que lleven a un miembro del equipo (...) a revelar un secreto deben ser de tal magnitud que justifiquen la posibilidad cierta de restricción de derechos fundamentales [como los mencionados que] es lo que en doctrina se ha dado en llamar “justa causa” (Deza, 2013: 48).

Conforme a la jurisprudencia y las posiciones doctrinarias más usuales¹⁹, no basta la constatación de que se ha cometido un delito para considerar que concurre un supuesto de “justa causa” y desplazar el deber de confidencialidad de todo aquello que conociere en el marco de la consulta, sean producto de una intervención profesional circunstancial o en el marco de relaciones médico-paciente más estables y sostenidas en el tiempo. Basta una mínima, aunque ocasional, intervención, para que el deber de secreto ampare el vínculo y todo lo que se conoce en ocasión de aquel, incluso cuando aquel se ha extinguido (Sandhagen, 2021).

Tanto es así, que el Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires (en adelante CPPPB), en su Art. 287, impone la obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio a profesionales pertenecientes al arte de curar, que tomen conocimiento de posibles delitos contra la vida y la integridad física, al prestar los auxilios de su profesión. La propia norma establece que esa obligación cede cuando hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional “el cual, salvo manifestación en contrario, se presumirá”.

18. Llevada a cabo en 1981 y revisada en el año 2005

19. Una sistematización completa en Sandhagen, A. (2021).

El supuesto legal que prevé la “justa causa”, en protección del bien jurídico de vida y salud, sólo opera ante casos en donde media peligro inminente o existe un proceso lesivo grave en curso que fuese necesario detener para evitar daños a la vida o a la integridad física de terceros²⁰, en razón de lo cual si no hay peligro inminente ni proceso lesivo en curso, no hay “justa causa”, y si erróneamente la o el profesional creyera que la hay, no habrá cometido el delito de violación de secreto pero la información no podrá utilizarse para sostener la acusación porque no hay “justa causa”.

Considerando la casuística de los casos relevados en este proyecto, constituyen violaciones del secreto profesional tal como está regulado en el Art. 287 —y posibles delitos— CPPCABA:

- a) Solicitar “colaboración del 911 sobre ingreso a nosocomios de mujeres con restos de placenta en su vientre”.
- b) Convocar directamente a la policía que se encuentra en el establecimiento cumpliendo tareas de guardia de seguridad.
- c) Entregar informaciones contenidas en historias clínicas o registros médicos como el precario médico a personal policial con simple requerimiento.
- d) Servicios de emergencia médica que prioricen la convocatoria de personal policial en el momento mismo en que intervienen en respuesta a un llamado de emergencia, o bien que entreguen información con posterioridad a la fiscalía o la policía.
- e) Personal de guardia que, al recibir el pedido de atención, avisa a la comisaría.
- f) Personal del área de legales de entidades médicas poniendo en aviso del deceso a la fiscalía.

20. “Recurso de hecho deducido por César Alejandro Baldivieso en la causa Baldivieso César Alejandro s/ causa N.º 4733”, 20 de abril de 2010.

Además, es necesario controlar si el personal de salud²¹ es adecuadamente advertido de ello al momento de ser contactado por los órganos responsables de la persecución penal.

Conforme el Art. 236 CPPBA “deberán abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hubieren llegado a su conocimiento debido al propio estado, oficio o profesión, bajo sanción de nulidad, los ministros de un culto admitido; los abogados, procuradores y escribanos; los médicos, farmacéuticos, parteras o demás auxiliares del arte de curar; (...).

Las informaciones obtenidas de esas fuentes sin advertir previamente acerca del deber de abstención no pueden usarse para sostener la acusación por haber ingresado al proceso de manera ilegal.

Cuando un hecho llega a conocimiento de los agentes de persecución penal —a partir de la revelación de una relación amparada por el secreto profesional— estamos ante una investigación que se inicia con la aceptación de una práctica que somete a las personas a coerción personal y las obliga a autoincriminarse como resultado de la búsqueda de auxilio profesional, violentando así la garantía prevista en el Art. 18 CN, y en el Art. 8.2.g de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En el caso específico de las mujeres, debe tenerse presente que ya en la Recomendación General nro. 24 Sobre la Mujer y la Salud del año 1999, el Comité CEDAW estableció que:

“La falta de respeto del carácter confidencial de la información afecta tanto al hombre como a la mujer, pero puede disuadir a la mujer de obtener asesoramiento y tratamiento y, por consiguiente, afectar negativamente su salud y bienestar. Por esa razón, la mujer estará menos dispuesta a obtener atención médica para tratar enfermedades de los órganos genitales, utilizar medios anticonceptivos o atender a casos de abortos incompletos, y en los casos en que haya sido víctima de violencia sexual o física”.

21. Aunque no estén alcanzadas por las reglas del secreto profesional, también debe tenerse presente aquí la imposibilidad de proceder en base a denuncias o declaraciones hechas por quienes tienen facultad o deber de abstenerse conf. Art. 234 y 288 CPPCABA. Al respecto ver caso “L.”.

Además, debe considerarse que, en el año 2013, el Informe del Relator especial sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes²² sostuvo que integran el elenco de tratos de esas características “las infracciones del secreto médico y de la confidencialidad en entornos de atención de la salud” (párr. 46).

En este punto, aún cuando la práctica médica pudiera estar alcanzada por el error y, en consecuencia, resultar atípica —v. g. la persona profesional de la salud no tiene claro el alcance del secreto— las fiscalías no deberían avanzar, pues carecen de bases legítimas para acusar y quienes juzgan tuvieran ante sí requerimientos fundados en ese tipo de información, deberían impedir la prosecución de los casos.

Al respecto, Luis Niño (2010) sostiene que “lo trascendente es que esa información, obtenida en el marco de interacción entre médico y paciente, no puede ser empleada válidamente por los operadores del sistema penal para avanzar contra quien la ha confiado al profesional de la salud” (Niño 2010: 1538).

3.C) Aportes jurisprudenciales locales y regionales útiles para la defensa en materia de secreto profesional y no incriminación.

En las investigaciones que criminalizan a personas gestantes por emergencias obstétricas es importante vigilar desde el inicio mismo del proceso (cómo conoce el sistema el caso) y durante todo su transcurso (producción probatoria posterior) que no se efectúen avasallamientos al secreto profesional que la Constitución tutela.

En el caso específico de quienes intervienen en la atención de la emergencia médica, la tutela del secreto está directamente relacionada con la protección de la vida como derecho fundamental, que reclama, a su vez, el reconocimiento a una amplia atención de la salud sin que dicho acceso esté condicionado por el temor a que,

22. A/HRC/22/53, Asamblea General de la ONU, 22º Período de Sesiones del Consejo de Derechos Humanos del 1 de febrero de 2013.

como consecuencia de pedir auxilio, una persona resulte sometida a ser perseguida penalmente y por la protección de la intimidad y autonomía de las personas.

Además de la prevalencia del derecho a la vida y al acceso integral a la salud, la jurisprudencia ha ido estableciendo que ninguna circunstancia permite alterar la prohibición de autoincriminación, y los debates relativos a la “justa causa” no deben distraer la atención sobre las nulidades que se generan cuando se afecta la garantía derivada del artículo 18 de la Constitución Nacional (Niño, 2006).

El litigio de este aspecto específico del secreto profesional —en el marco de la relación médico-paciente, en situación de lo que hoy se denomina emergencia obstétrica— tiene un recorrido histórico bastante tajante en lo que refiere al rechazo de persecuciones fundadas en información ilegítimamente obtenida como base de la acusación penal.

En el fallo plenario “Natividad Frías”²³ fue la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional quien consideró exhaustivamente la relación entre secreto médico y garantía de no autoincriminación. Por mayoría, se estableció que la necesidad de la mujer autora o coautora de su propio aborto que recurre al auxilio médico, para proteger su salud y su vida, en caso de considerar como base de la incriminación la denuncia médica o la información que debió quedar amparada por el secreto, queda invariablemente en una posición de autoacusación forzada, que la Constitución Nacional no tolera.

Allí, además, se estableció que la “justa causa” a la que alude el Código Penal solo puede estar determinada legalmente y se rechazó ya la invocación del interés público como base de la “justa causa”: “(...) porque ese interés jugaría siempre dando al traste con todos los secretos. Nada justificaría la reserva del sacerdote o la del abogado o la de cualquier otro profesional y no la de los versados en el arte de curar, puesto que la confesión o el conocimiento que éstos obtienen están generalmente condicionados por un mayor y más urgente apremio (...) Además, el interés público no podría justificar este inhumano dilema: o la muerte o la cárcel.”

23. “Natividad Frías s. aborto, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, en. Pleno Buenos Aires, resolución del 26 de agosto de 1966.

Si bien —como acabamos de mencionar— el precedente es de otra jurisdicción, ha sido una referencia constante en tribunales de distintas provincias y la CSJN al abordar la relación entre secreto profesional y garantía de no autoincriminación.

En el caso de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, el precedente fue invocado en dos casos indispensables a la hora de abordar la relación entre secreto profesional y garantía de no autoincriminación en casos de emergencia obstétrica.

En el primero de ellos, “E. A. T”²⁴, la corte provincial sostuvo que: **la garantía contra la autoincriminación presupone que la concurrencia de la mujer al hospital para requerir auxilio médico, a causa de maniobras abortivas, no puede ser equiparada a prestar libre consentimiento para hacer públicos los signos de su acción delictiva que necesariamente se evidenciaban y de los que (en ese contexto) puso en conocimiento del profesional médico y al agente policial cuando la interrogó. El máximo tribunal provincial explica que la consecuencia directa de la necesidad de asistencia médica no puede ser el despliegue de la actividad estatal persecutoria, toda vez que ese conocimiento fue adquirido sin que la persona involucrada pudiera optar libremente entre publicitar su acción delictiva o no hacerlo.**

Años después, en “C.A.E”²⁵, la Corte provincial mantuvo su postura en cuanto consideró que el Estado no puede perseguir delitos valiéndose de medios inmorales, como sería aprovecharse del inminente peligro de muerte que pesa sobre la persona procesada que acude a la atención médica.

También existen pronunciamientos jurisprudenciales relevantes en torno a la relación entre el secreto profesional y la garantía de no autoincriminación en casos que, o bien involucran a profesionales del campo de la salud, pero respecto de hechos diferentes a los aquí considerados, o refieren a otros vínculos amparados por el secreto profesional. En ambas circunstancias esos pronunciamientos resultan útiles para articular objeciones vinculadas con el intento

24 “E., A. T. s/ Aborto”, P. 86.052, resuelta el 7 de junio de 2006.

25 “C.A. E s/ rec. de casación reg. N.º 39963, resuelta el 21 de octubre del 2010.

de utilizar información que —como ya se señaló más arriba— no puede utilizarse por imperio constitucional.

La CSJN ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la relación entre secreto profesional y garantía de no autoincriminación en dos casos en los últimos años.

En primer lugar, en el caso “Clementi”²⁶ se trataba de un caso en el que, quienes habían sido abogados de las personas denunciadas, posteriormente los denunciaron con apoyo en información obtenida en el marco de la relación profesional. Allí, la Corte —adoptando el dictamen del Procurador General— sostuvo:

“Si el deber de denunciar decae (aun en delitos contra la vida) cuando los hechos son conocidos bajo el amparo del secreto profesional, con mayor razón merece censura una presentación espontánea de quienes sin estar obligados a denunciar y en violación de la prohibición de hacerlo, ponen en manifiesto hechos secretos que están obligados a guardar. El precedente es relevante porque, aunque la CSJN no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre hechos como los que tratamos aquí, indirectamente si lo hace al establecer que esa protección que garantiza el secreto concurre “aun” en delitos contra la vida”.

Unos años más tarde, en el caso “Baldivieso”²⁷, dicho tribunal reiteró que el Estado no podía perseguir delitos valiéndose de medios inmorales (como sería aprovecharse del inminente peligro de muerte que pesa sobre quien 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. Pero más enfáticamente aún, sostuvo la mayoría que correspondía 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

26. “Clementi, Edgar Omar y otro c/ Embajada de Rusia y otros s/ cumplimiento de convenio de honorarios”, resuelta el 3 de julio del 2007.

27. “Recurso de hecho deducido por César Alejandro Baldivieso en la causa Baldivieso César Alejandro s/ causa N° 4733”, 20 de abril de 2010.

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... (Art. 19 de la Constitución Nacional).”

Por otra parte, la CSJN sostuvo en ese caso que “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”.

Por último, y con el peso que confiere nuestro ordenamiento constitucional a las interpretaciones que efectúan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos los respectivos órganos de aplicación, resulta de extrema utilidad el reciente fallo de la Corte IDH en el caso “Manuela y Otros Vs. El Salvador”²⁸.

En lo que tiene que ver expresamente con el secreto profesional médico, en el marco de urgencias obstétricas, sostuvo que “en estos casos colidan en apariencia dos normas: el deber de guardar el secreto profesional y el de denunciar. Tratándose de casos de urgencias obstétricas, en que está en juego la vida de la mujer, debe privilegiarse el deber de guardar el secreto profesional. Por tanto, las afectaciones causadas por la denuncia realizada por la médica tratante en el presente caso fueron desproporcionadas frente a las ventajas que se obtu-

28. “Caso Manuela* y Otros Vs. El Salvador”, Sentencia del 2 de noviembre de 2021.

vieron mediante la misma. En consecuencia, la realización de la denuncia por la médica tratante constituyó una violación a los derechos a la vida privada y a la salud de Manuela, establecidos en los Art. 11 y 26 de la Convención Americana”.

En otras provincias fueron identificados casos útiles al respecto. Algunos directamente relacionados con hechos de emergencia obstétrica y otros centrados en otras relaciones profesionales, pero siempre referidos a la tutela de la garantía de no autoincriminación y el necesario correlato de tutela del secreto profesional que ella demanda.

Tucumán tiene una de las sentencias más notorias: la dictada por la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Tucumán (en adelante, CSJT) en el “Caso Belén²⁹”, mujer que fue acusada de homicidio agravado luego de concurrir a un Hospital por sufrir fuertes cólicos y dar a luz a un feto de 32 semanas en el baño del nosocomio.

Además de apoyarse en lo establecido por la CSJN en “Baldivieso”, al igual que la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires (SCJBA), la decisión de la corte tucumana se apoyó en el ya referido caso “Natividad Frías” para determinar los alcances de la protección del secreto profesional, frente al silencio o ausencia de manifestación de la paciente, así como el alcance del secreto, no sólo a la información que de la que se tenga conocimiento en primera persona, sino también a la que pueda estar contenida en otros soportes (historias clínicas, registros personales, notas, etc.).

Sostuvo dicho Tribunal que es constitucionalmente inválido suponer que el silencio de la paciente habilite a las personas profesionales de la salud a transgredir la obligación de resguardar dicho secreto. Esa interpretación es una consecuencia directa de la prohibición de coercibilidad sobre la imputada (no autoincriminación), el cual abarca toda clase de manifestación o aporte de cualquier elemento, sea material, documental, etc., que pueda comprometer su situación frente a la atribución delictiva que se le realiza.

29. “SSS s/ homicidio agravado por el vínculo mediando circunstancias de atenuación” resuelto por el tribunal superior de Tucumán el 23 de marzo de 2017.

En Córdoba, el Tribunal Superior de Justicia (TSJCBA) entendió que no puede admitirse que la ayuda que proporciona el Estado pueda verse condicionada (directa o indirectamente) al sometimiento a proceso de quien acude a un centro asistencial, ya que, de esta forma, se colocaría a las personas en el dilema de solicitar ayuda y someterse a proceso o de no solicitar esa ayuda para evitar el proceso penal. Esto es así, puesto que, fundamentalmente, el Estado tiene interés en asistir a las víctimas y ese objetivo se logrará siempre que se les garantice un ámbito de confidencialidad³⁰.

En la provincia de La Pampa en el caso “O., J. M. - V., M. E., P., O. V.”³¹, el Superior Tribunal de Justicia (TSJLP), confirmó la nulidad de la investigación que se basó en la denuncia de un médico de guardia contra una mujer que acudió al hospital luego de haberse realizado un aborto. Consideró que esa “autoincriminación”, que permitió a la instrucción avanzar en una investigación viciada de nulidad, avasalla la protección que garantiza el Art. 18 de la Constitución Nacional.

Finalmente, en Santa Fe, en el caso “V., R. S.”³² resuelto por el Colegio de Jueces Penales de Primera Instancia del Distrito Judicial nro. 1 de Santa Fe, en el que se enjuició a una mujer, acusada por no tomar recaudos o medidas para que su parto ocurriera en condiciones adecuadas y ser asistida por personal idóneo. La joven tuvo un parto extrahospitalario y fue trasladada de urgencia por su familia al centro de salud, junto con el recién nacido, que carecía de signos vitales. El personal médico la denunció y resultó formalmente acusada por homicidio agravado por el vínculo. En ese caso, se destacó que los aportes de información, que derivan de una vulneración del secreto sin justificación, no pueden ser utilizados como prueba de cargo contra el titular de la intimidad afectada.

30. “Zárate, Lucas Matías s/abuso sexual, etc.”, Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, 25 de julio de 2011.

31. “O., J. M. - V., M. E., P., O. V.” S/ Aborto - Lesiones Culposas Gravísimas- Partícipe Secundaria” y “S., M. C. – S. N. I. s/ Aborto, Expte. N.º 47/96”, Superior Tribunal de Justicia, 26 de noviembre de 1997, TSJ de La Pampa.

32. “V. R. S. s/Homicidio Doloso”, Colegio de Jueces Penales de Primera Instancia del Distrito Judicial N.º 1 de Santa Fe 6 de julio del 2020, Santa Fe.

3.D) Sobre la información contenida en historias clínicas y otros soportes documentales.

En lo que atañe específicamente al deber de confidencialidad de historias clínicas —que pertenecen a pacientes (Art. 14, Ley 26.529)— es importante tener presente que conforme la Ley de Protección de datos personales N° 25.326 en su Art. 10 inciso 2, sólo permite que se releve a las personas profesionales de su deber de secreto y confidencialidad en el acceso a las historias clínicas mediante resolución expresa del poder judicial y: “cuando medien razones fundadas relativas a la seguridad pública, la defensa nacional o la salud pública” al tiempo que en su Art. 8 se establece 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 aquellos, respetando los principios del secreto profesional”.

Eso implica poner en discusión, en estos casos, la constitucionalidad del acceso a esas informaciones, y su correspondencia con los tres supuestos efectivamente considerados conforme las circunstancias del caso concreto y las tensiones normativas que supone vulnerar los derechos humanos de una persona en nombre de finalidades consideradas genérica o abstractamente.

Específicamente sobre la protección de información contenida en historias clínicas, en la provincia de Tucumán existió también un antecedente sumamente útil. Se trató del caso públicamente conocido como “María Magdalena³³” en el que un juez de instrucción hizo lugar a un planteo de nulidad dirigido contra el requerimiento de elevación a juicio y, en consecuencia, sobreseyó a la acusada en un caso por entonces tipificado bajo la figura de aborto. Se discutían varias cuestiones en el caso, pero, en particular, que en el proceso se había incorporado la historia clínica de la paciente sin su voluntad. Al respecto, el juez sostuvo que esa documentación “debe estar protegida por la confidencialidad entre médico y paciente. En cuanto ese mismo documento sirva a su vez para

33. “MM S/Aborto Provocado (Expte N° 14339/2012)”, Juzgado de Instrucción de la III Nominación, Tucumán, 8 de septiembre de 2015.

probar la comisión de un hecho delictuoso, se viola la obligación de confidencialidad que impera entre los profesionales de la salud y sus pacientes”.

En ese sentido, es importante señalar que la reglamentación de la Ley 27.610 sobre “Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo y a la Atención Postaborto”, establecida por el Decreto 516/2021 dice en su Art. 5 inciso “c”:

“Confidencialidad. El deber de confidencialidad es extensivo a toda persona que acceda a la documentación clínica de las prestaciones reguladas en la Ley N.º 27.610. En virtud de este derecho y del deber de guardar secreto profesional, el personal de salud no podrá entregar información obtenida en el marco de la atención sanitaria a ninguna persona, salvo que exista orden judicial expresa que releve de este deber en una causa judicial o salvo expresa autorización escrita de la propia paciente”.

La norma repite la fórmula general que la Ley 26.529 —sobre derechos de pacientes en su relación con profesionales de la salud— establece en su Art. 2 inciso d) al fijar que solo la autorización de la persona titular, o la orden de autoridad judicial competente, puede limitar la confidencialidad a la que los pacientes tienen derecho respecto de toda la información conocida, en el marco de la relación con profesionales de la salud y, vale la pena recordar, es extensible a toda persona que tome contacto con dicha información.

Aunque pueda resultar sobreabundante, frente a la necesidad de interpretar armónicamente el ordenamiento jurídico y considerar las jerarquías normativas en juego, la existencia de la orden judicial que habilita la entrega de esa información no podría en ningún caso ser utilizada para fundar la persecución penal de la persona titular de la información, sin comprometer la vigencia del Art. 18 CN.

Además, **una orden judicial para avanzar sobre una historia clínica debe estar autónomamente fundada y no basta la mera autorización normativa para su requerimiento. Esa fundamentación, debe encuadrar en alguno de los supuestos de excepción ya mencionados, conforme la Ley 25.326 que es la norma que estipula cuáles son las razones fundadas: relativas a la seguridad pública, la defensa nacional o la salud pública.**

Las informaciones que surgen de violación del secreto profesional derivadas de la relación profesional de la salud-paciente deberían desecharse desde su origen, al igual que ocurre con otros supuestos en los que la normativa procesal establece esa limitación de usar los dichos o declaraciones de quienes mantienen algún vínculo familiar con la persona imputada.

En caso de que el Ministerio Público Fiscal no ajuste su intervención a esas exigencias constitucionales, corresponde interponer oportunamente planteo de nulidad y atender específicamente que aquellas sean tratadas, insistiendo a lo largo de todo el proceso pues si bien puede interponerse durante la investigación penal preparatoria debiéndose fundar el motivo del perjuicio, se puede reiterar en cualquier grado y estado del proceso (Art. 205 y 207 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires) porque constituyen supuestos claros de vulneración de garantías constitucionales. Se trata de supuestos en los que debe regir la regla de exclusión probatoria prevista en el Art. 211 CPPPBA.

El planteo oportuno además es indispensable a los fines de garantizar reserva del caso federal por si las circunstancias exigieran llegar a la justicia extraordinaria.

3.E) Distorsiones en torno a la caracterización del personal de la salud y/o del arte de curar de hospital público como funcionario público.

Resulta fundamental hacer una aclaración en torno a este tema, que, si bien fue superado jurisprudencialmente, debe ser reforzado para evitar que se relaje la obligación del secreto profesional en el servicio de salud, dependiendo del origen público o privado de la prestación.

“La obligación de guardar secreto confrontada con la obligación de denuncia que contempla el legislador penal no hace diferencia en cuanto al sujeto obligado y alcanza a cualquier profesional de la salud que actúe tanto en la órbita pública como en la privada” (Deza, 2013:53), razón por la cual esta-

blecer distinciones en relación de ello implicaría establecer distintos deberes para quienes asisten a personas que en su gran mayoría proviene de sectores populares. Si se obliga a profesionales de la salud de hospitales públicos a denunciar en calidad de funcionarios públicos, se consagran nuevas discriminaciones ilegales basadas en clase en perjuicio de las personas que recurren al sistema público de salud.

Sobre la posibilidad de esa caracterización, el precedente “Natividad Frías”- que según vimos constituye una referencia jurisprudencial unívoca- explica “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” y advierte “el Art. 16 de la Constitución Nacional sería letra muerta y la igualdad ante la ley un precepto caduco”.

3.F) Cuando profesionales de la salud también son criminalizados por no violar el secreto profesional.

Si bien este material está dirigido a quienes ejercen técnicamente la defensa de personas imputadas por eventos obstétricos, resulta útil conocer cuál ha sido la conducta de profesionales de la salud que han intervenido en el caso, que puede no ser el de denunciantes o colaboradores de la acusación, porque han decidido ampararse en su obligación de mantener el secreto y ello puede volverles sujetos de criminalización. Conocer si la persecución penal alcanza a quienes se niegan a violar el deber de guardar secreto, aunque no se esté a cargo de la representación de esas personas como acusadas, es un dato importante para atender la forma de litigar en el caso, combinar estrategias y maximizar el uso de la información disponible.

Así como es útil tener presente que en particular respecto de la salud sexual y reproductiva en el ámbito de la CIDH (2011) se ha sugerido que se considera un interés crítico el de asegurar la confidencialidad de la información privada que reciben profesionales de la salud en el ámbito médico, más enfáticamente

se ha pronunciado aún la Corte IDH en el caso “De la Cruz Flores vs. Perú”³⁴ donde se había condenado penalmente a una médica que se negó a violar los deberes que le impone su profesión en materia de confidencialidad. Sostuvo allí la Corte IDH que el acto médico es esencialmente lícito y que es un deber del profesional médico prestarlo, y agrega: “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”. (...) Los médicos tienen un derecho y un deber de guardar confidencialidad sobre la información a la que tengan acceso en su condición de médicos “(párr. 100,101y 102).

El Relator especial sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes ya en su informe del año 2013 exhortó a todos los Estados “a que velen porque las mujeres tengan acceso a la atención médica de emergencia, incluidos los cuidados posteriores al aborto, sin temor a sanciones penales o represalias. Los Estados (...) deberán velar por la disponibilidad real de los servicios sin consecuencias adversas para la mujer o el profesional de la salud” (párr. 90).

Además, ante cada solicitud de información, el personal médico requerido debe ser advertido sobre los alcances de su deber de guardar secreto y, en particular, de la presunción de no estar autorizado a revelarlo en caso de duda acerca del consentimiento de la paciente, al igual que en casos en que solo hubiera habido silencio.

34. Caso De La Cruz Flores v. Perú, resuelta el 18 de noviembre de 2004.

4.

El peso de los estereotipos en la construcción de deberes y las formas de imputación en casos de criminalización de emergencias obstétricas.

4.A) Consideraciones generales sobre las imputaciones omisivas en delitos comisivos.

Cuando se imputa a las mujeres por delitos de homicidios agravados por el vínculo (Art. 80, inc. 1 del CPA) en el contexto de un evento obstétrico, aunque dicha figura penal es un delito de comisión, las imputaciones se apoyan en el reproche de omisiones, adoptando la forma de una imputación por omisión impropia.

Al respecto, el informe de la Defensoría General de la Nación (DGN) “Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad: Hacia una teoría del delito con enfoque de género” (2020) señala que “esta modalidad de imputación no está tipificada y su utilización implica admitir que un delito que está descrito como una figura activa en el Código Penal pueda configurarse cuando la persona que tiene un deber de garante no impide el resultado típico” (DGN, 2020:50). Esa circunstancia se constata en los casos relevados en este trabajo. Del total de ocho casos, en siete se utilizó la figura de homicidio agravado por el vínculo (Art.80, inc. 1 del CPA) y solamente en uno la acusada fue imputada por el delito de abandono de persona seguido de muerte (Art.107 del CPA).

Existe un frondoso debate en torno a la constitucionalidad de esta forma de imputación debido a la posible violación del principio de legalidad, sin recepción significativa en la jurisprudencia y que excede el abordaje de esta guía. En los términos clásicos del debate sobre este tema, en sentido contrario a la constitucionalidad de los delitos de omisión impropia, se ha señalado que “pese a todos los esfuerzos de la doctrina contemporánea por justificarlos, es innegable que (...) están violando la exigencia de estricta legalidad (...). En la ley argentina no existe ni siquiera la fórmula general de equivalencia que habilita la construcción analógica de los tipos no escritos (...) por ende, conforme a toda la tradición legislativa no hay referencia alguna a la omisión que permita inferir la posibilidad de construir analógicamente estos tipos judiciales (...).

Los ejemplos que habitualmente se esgrimen para argumentar la necesidad de construir analógicamente los tipos, apelan a una supuesta injusticia notoria a la que llevaría la posición correcta desde el punto de vista constitucional. (...). Desde el punto de vista jurídico, no puede asignársele igual desvalor al que pone en funcionamiento una causalidad dirigida a producir el resultado, que a quien solo se limita a no interrumpirla” (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002: 581,582).

En el mismo sentido, existe en la provincia de Buenos Aires el precedente “C.M. F.”³⁵. En el caso, la defensa de la Sra. C.M.F llegó impugnando la condena de homicidio agravado por el vínculo mediante la modalidad de omisión impropia por considerar que no cumplió deberes derivados de su posición de garante en tanto madre de la víctima de homicidio cometido por su pareja en perjuicio de su hijo de 9 meses. Al resolver el recurso, dijo allí la Corte provincial: “el motivo directo por el que debe resolverse que a la conducta de la procesada no le es aplicable la figura de homicidio reside en que, conceptualmente, matar no es lo mismo que no impedir que se mate. Y, por otra parte -esto es decisivo- de nuestro sistema jurídico resulta que, para el caso, la ley equipare ambos conceptos (...). Y cabe apuntar que si situaciones como las de autos estuvieran captadas por los tipos de homicidios podrían resultar sobreabundantes -y entonces, asistemáticas- las previsiones especiales de los Art. 106 y 107 del CPA”. No se trata de promover que las defensas se limiten a propiciar uno u otro encuadre delictivo en todos los casos, pero sí considerar el precedente para aquellos supuestos en que constituya la mejor posibilidad defensiva.

Ahora bien, a los cuestionamientos posibles desde las exigencias de estricta legalidad que se refieren arriba, es importante agregar que ese recorte se explica también porque “la doctrina penal ha dedicado especial atención a la condición materna para la configuración de un delito omisivo, ya sea que se trate de una omisión propia o impropia (...). Sin embargo, la doctrina penal tradicional no incluye ni alienta un conocimiento situado [y en] la enseñanza legal tradicional del derecho presenta de modo estereotipado al vínculo materno como condición suficiente para acreditar la configuración del delito, sin problematizar aspectos del tipo objetivo, el dolo o la culpabilidad (...). Asimismo, el interrogante sobre cuáles son los preconceptos de género en la formulación jurídica, muestra una

35. “C.M. F. s/Homicidio calificado y lesiones calificadas reiteradas, resuelta el 23 de agosto de 1994.

expectativa sobre el rol materno altamente estereotipado, la representación tácita en las acusaciones penales es que la madre todo lo sabe, todo lo puede y todo lo debe, lo que hace expandir el alcance de su deber de garantía y, en consecuencia, el ámbito de punibilidad (DGN, 2020: 26)”³⁶.

Esto se apunta a los efectos de señalar que, dado el desarrollo de las reflexiones en torno a una dogmática con perspectiva de género, también pueden ampliarse los términos de la discusión en torno a la viabilidad de estos modos de imputación de delitos de comisión por omisión, más allá del debate clásico anclado en la vigencia (o no) del principio de legalidad (Art. 18 CN).

4.B) El peso de los prejuicios y estereotipos en la construcción de deberes.

En efecto, aún si las formas omisivas de imputación se entienden constitucionales, exigen una especial atención a que la fuente del deber de actuar no esté basada en expectativas de comportamiento construidas de manera irrazonable porque si “lo que se prohíbe es, en determinada circunstancia y determinada persona, la realización de cualquier conducta diferente de aquella que se ordena (...) vale preguntarse qué norma es la que ordena, en determinada circunstancia y a determinada persona, la conducta que debe realizar” (Annovelli, 2022:7).

La descripción del deber de actuar y de los elementos que componen esa relación, deben ser expuestos ya que “si el mandato de actuar de la omisión imputada surge de una norma cultural, deben ser compartidos de modo indubitable y no ser el resultado de una visión parcial o de un sistema moral” (Binder, 2004: 150).

El hecho de que la omisión de ciertos comportamientos basados en expectativas exigibles en función de la condición de género y/o rol materno sustenten en definitiva la acusación, obliga a atender el peso de los estereotipos y prejuicios en esas acusaciones y qué se entiende por deber en tanto garante.

36. Con referencia a Hopp, 2017.

Federico Arena (2022) distingue dos posibles tipos de estereotipos: descriptivos y normativos (o prescriptivos). Sobre los primeros, indica que son aquellos que tienen la pretensión de ofrecer información acerca de las características de determinado grupo y de cada uno de sus miembros; y sobre los segundos, responden a aquellos que definen y constituyen roles que se supone debieran desempeñar las personas que pertenecen a determinada categoría o grupo social. Con relación a este último, plantea que el principal problema reside en que pretenden imponer roles o negar el reconocimiento a aquello que las personas eligen o aceptan para moldear su propia vida e identidad y dar significado a sus acciones. La insistencia en su imposición deriva en violaciones a la autonomía o identidad de las personas.

En la misma línea, Rebecca Cook y Simone Cusack (2009) afirman que “los estereotipos que se derivan de la premisa de que las mujeres deben ser madres y amas de casa y, por lo tanto, estar al centro de la vida familiar y del hogar tienen una larga historia de ser usados para justificar la exclusión de las mujeres de la vida pública” (Cook y Cusack, 2009:26) y agregan que este tipo de estereotipos son especialmente lesivos “en tanto prescriben ciertos roles y comportamientos que las mujeres deben asumir, incluso cuando estas no los han escogido libremente” (Cook y Cusack, 2009:111).

De ese modo, informaciones como: mantener reserva del embarazo, no asistir a controles, mostrarse apática o llevar una vida que no responde a lo que se espera de una mujer embarazada, así como presuponer que la experiencia gestante previa es fuente de saber, suelen generar expectativas de comportamiento fuertemente estereotipadas a las que se le otorga un gran peso y luego se usan como elementos para acusaciones de homicidio mediante la modalidad de omisión impropia sin pruebas.

Conforme señala Cecilia Gonzalez (2020), los estereotipos de género inciden al determinar la creación de riesgos prohibidos, la representación del riesgo y los deberes de garantía, para luego puntualizar que “la evaluación de los comportamientos parentales no puede ser especulativa, ni reposar en presunciones o ideas estereotipadas sobre las características personales de las madres. Por lo contrario, un juicio sobre la responsabilidad penal por omisión de deberes de cui-

dado debe evaluar comportamientos específicos, y las posibilidades reales que las mujeres tienen de cumplir con expectativas legales, a la luz de los recursos culturales, sociales y políticos de los que disponen” (Gonzalez, 2020:40).

Las emergencias obstétricas, cuando son criminalizadas, reflejan que es la maternidad y el rol reproductivo en sí (Hopp, 2017) lo que sigue siendo determinante al dar por sentado que tanto ciertas conductas como formas que se asumen, son propias de la “/ buena madre / buena gestante” como, por ejemplo, acudir a la realización de controles médicos o la socialización de la noticia; en caso de ausencia, se colocan como corroboraciones de la determinación por cometer delitos de acción como el homicidio.

Más allá de la conveniencia de los controles desde el punto de vista preventivo, generalmente “se los asocia con la prevención de muertes maternas, pero no en relación con el feto. La evidencia científica te muestra que una mujer que hizo todos los controles, también pudo tener una emergencia obstétrica y ocurrir muerte fetal o neonatal”³⁷. Por lo demás, con diferencias notables entre distintos sistemas de salud a nivel comparado- no puede ignorarse que existen otros limitantes vinculados a la posibilidad real de acceder a los servicios sanitarios ya sea por su lejanía, equipamientos tecnológicos, dinero o bien desconocimiento respecto de los riesgos o señales de alerta, entre otros³⁸.

Esas circunstancias de contexto deben ser puestas en juego por una defensa técnica adecuada. Recientemente, en la causa N.º 4.254, seguida contra D. J.³⁹, al rechazar el acuerdo de juicio abreviado y sobreseer a D. J. por el delito de abandono de persona agravado por el vínculo, se hizo referencia a circunstancias como las señaladas al descartar la posibilidad de imputar una omisión de cuidado a la acusada dadas las circunstancias del caso. Se dijo allí: “Ello resulta a las claras al tener en cuenta que gran cantidad de partos domiciliarios que se dan en la Argentina(...) No basta más que observar el sistema sanitario argentino y sus carencias, que son por todos conocidas, y la falta de camas o

37. Entrevista con Adriana Álvarez, médica Tocoginecóloga, jefa de servicio en el Hospital Ángel Cruz Padilla, San Miguel de Tucumán e integrante de Fundación Mujeres por Mujeres, fecha 30 de junio de 2022.

38. Entrevista con la Dra. Adriana Álvarez, médica tocoginecóloga, jefa de servicio en el Hospital Ángel Cruz Padilla, San Miguel de Tucumán e integrante de Fundación Mujeres por Mujeres en fecha 30 de junio de 2022

39. Causa N.º 4254 caratulada “Abandono de persona seguida de muerte agravado por ser contra su hijo”, Tribunal Oral en lo Criminal N.º 6 del Departamento Judicial de San Martín, provincia de Buenos Aires, resuelta el 18 de agosto de 2022.

lugares de pronta atención para pacientes. Incluso, debemos sumar a ello la gran cantidad de madres que deciden tener a sus hijos de manera domiciliaria, por convicciones personales o religiosas, siendo que de todos aquellos no puede inferirse falta al deber de cuidado”.

Por último, Bernarda Muñoz (2021) hace hincapié en que las posiciones de garante cuando se trata de madres y padres responden a conceptos construidos socialmente, donde habitualmente a la madre se la ubica en esta posición a partir de elementos naturalistas (biológicos o gestacionales) y en el caso del padre, desde aspectos de índole volitivos (convivencia con infantes o matrimonio con la madre).

Esto mismo se ha conceptualizado como un problema de doble parámetro conforme el cual “la maternidad irradia obligaciones especiales para las mujeres después del parto, pero sobre los varones no recaen los mismos deberes. Si bien los condicionamientos sociales se han modificado a través del tiempo, aún persiste la expectativa de una experiencia idealizada circunscrita a las mujeres” (DGN, 2020:38). Por lo que “la herramienta del doble parámetro es útil para alertar de que no se debe confundir la necesidad de un trato diferente con la imposición de obligaciones irrazonables que suponen un trato discriminatorio.” (DGN, 2020:39)

Conforme lo expuesto hasta aquí, la utilización de estereotipos de género para fundamentar una decisión en un proceso penal, construir una acusación con ciertas características o condenar en base a sesgos sexistas que refieren a expectativas de comportamiento apoyadas en prejuicios que traslucen una imposición de modos de vida, son expresiones típicas de derecho penal de autor, lo cual violenta las exigencias constitucionales en materia de legalidad (artículo 18 CN) y reserva (artículo 19 CN).

4.C) ¿Cómo aparecen los estereotipos y cómo contrarrestarlos desde la perspectiva de la defensa?

| “Quienes gestan deben sacrificarse siempre”.

El estereotipo de “buena madre” y sus derivados en relación con lo que podemos llamar “la buena gestante”, se caracteriza por atribuir a la mujer la responsabilidad primaria de que nada malo ocurra. Como correlato se exige, más o menos implícitamente, abnegación y que sus necesidades personales queden subordinadas al cuidado de otras personas, incluso cuando ello implique asumir riesgos para su propia integridad física (González, 2020).

Este estereotipo tiene consecuencias en las sentencias judiciales, cuando se les atribuye a la persona gestante el rompimiento de ese deber de garantía hasta por circunstancias que exceden su capacidad de actuación. Alberto Binder, por su parte, sostiene: “nadie puede exigirme que sacrifique mi vida para salvar la de otro. Una acción de esa naturaleza podrá ser loable moralmente, pero es seguro que el Estado no puede exigirme que así lo haga” (Binder, 2004: 249). En los mismos términos se sostiene que “no puede negarse que cualquiera, en una circunstancia determinada, tiene la posibilidad de convertirse en héroe, pero tampoco puede exigirse jurídicamente que lo haga, y, por ende, tampoco reprocharle jurídicamente que no lo haga” (Zaffaroni, Slokar y Alagia, 2002: 674).

Cecilia Hopp (2019) plantea que lo que hay que analizar es la capacidad de la persona a la que se le exige la evitación del resultado que se le pretende imputar y, en lo que aquí interesa, el límite que implica la imposibilidad de exigir a las personas sacrificios heroicos, así como también que esos límites no se relacionan solo con las condiciones en el momento del hecho, sino que también pueden ser de tipo estructural y/o cultural (Hopp, 2021).

Por ejemplo, no se puede exigir el sacrificio de la propia vida. Ello es relevante al momento de discutir cuánto la persona gestante se encontraba física y/o psíquicamente en la posibilidad de reacción inmediata, dadas las consecuencias de ciertas formas en que se presentan las emergencias obs-

tétricas, así como también en relación con la incidencia de contextos de violencia o de vulnerabilidad extrema.

En relación con este punto, las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad (2008)⁴⁰, pueden alegarse como elemento en la estrategia defensiva toda vez que ubica como causas de vulneración, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.

María Lourdes Coll (2022) sostiene que “tratar como dolosa la despreocupación, indiferencia o insensibilidad perjudica especialmente a las mujeres madres, respecto de quienes recae un estereotipo en el que tales sentimientos o actitudes no tienen lugar. Así, una “buena madre” será quien, despojada de todo sentimiento de egoísmo, logre incluso dar su vida para proteger a sus hijos. Sumisa, humilde, generosa, fiel, asexuada, ama de casa, educada en temas de salud, solícita, serán alguno de los rasgos que deberá exhibir para ser juzgada “aceptable” con los parámetros socialmente activos” (Coll, 2022:36).

En ese mismo sentido, en el caso “R.R.E s/ recurso de casación”⁴¹ se sostuvo que “el reproche por incumplir las expectativas de un modelo ideal de garante se funda en un baremo abstracto de hombre medio -instruido y con sus necesidades básicas cubiertas- y una representación cultural subyacente mediante la cual los padres deben realizar conductas heroicas para mantener a salvo a sus hijos, lo que a su vez tiende a presuponer de modo abstracto la capacidad de las mujeres de hacer lo moral y éticamente correcto. A su vez, dijo allí el Tribunal: “los criterios o estándares estereotípicos de “buena madre” se traducen en una ampliación extraordinaria de sus deberes, en la asunción de riesgos para su propia integridad física e incluso en su renuncia en pos de proteger a sus hijos. Estas exigencias, en este caso con connotaciones penales, resultan discrimi-

40. Elaboradas por el Grupo de Trabajo constituido en el seno de la Cumbre Judicial Iberoamericana, en el que también han participado la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP), la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP), la Federación Iberoamericana de Ombudsmen (FIO) y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados (UIBA), y aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana de 2008, disponibles en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

41. Caso “R. R. E. S/ RECURSO DE CASACIÓN”, resuelto el 17 de junio de 2021 por la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires.

natorias porque imponen la renuncia a derechos básicos, subordinándolos al rol maternal. Esta forma de aplicar el derecho penal refuerza el estereotipo de género como madre abnegada que se niega a sí misma en favor de su familia, como una ciudadana con derechos de segunda categoría”.

“Las mujeres y personas gestantes no tienen derecho a la salud, sólo tienen deberes”.

No existe dentro del marco normativo, ni la Constitución Nacional resistiría norma semejante, disposición alguna que obligue a las mujeres y personas gestantes a realizar controles médicos y/o psicofísicos cuantitativos ni cualitativos.

De hecho, la Ley 27.611 de Atención y Cuidado Integral de la Salud durante el Embarazo y la Primera Infancia, sancionada en el año 2020, establece en su artículo 1 que es el Estado quien tiene el deber de garantizar el acceso a la atención médica y, por otro lado, entre los principios rectores enumerados, en su artículo 3, está el “respeto a la autonomía de las mujeres y otras personas gestantes”. Hay que relacionar la decisión de ir o no al médico con el reconocimiento del principio de autonomía de las personas y su tutela.

En el mismo sentido, la Ley 26.529 sobre los Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, sancionada en el año 2009, es enfática al señalar en su Art. 2 inc. e) que la persona paciente “tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad”.

En el ámbito provincial, la “Guía de implementación de la interrupción voluntaria del embarazo en la provincia de Buenos Aires” (MINSAL PBA, 2022) deja claro que el concepto de “autonomía de la voluntad” refiere a las decisiones de las personas respecto de sus derechos reproductivos, las alternativas de tratamiento y su salud sexual y reproductiva; como así también, a todas las decisiones de las personas no deben ser sometidas a juicios derivados de razones personales, religiosas o axiológicas⁴².

42. Disponible en: <https://ministeriodelasmujeres.gba.gob.ar/drive/archivos/guiaimplementacionive.pdf>

Desde el sistema interamericano de protección de derechos humanos, en el ya mencionado caso “Manuela” (Corte IDH, 2021) se ha dicho que “ es parte del derecho a la salud. El derecho a la salud sexual y reproductiva se relaciona, por una parte, con la autonomía y la libertad reproductiva, en cuanto al derecho a tomar decisiones autónomas sobre su plan de vida, su cuerpo y su salud sexual y reproductiva, libre de toda violencia, coacción y discriminación” (párr. 192).

Ya en el caso de la Corte IDH “I.V. Vs. Bolivia”, resuelta el 30 de noviembre de 2016⁴³, se reconoció que la libertad y autonomía de las mujeres en esta materia ha sido históricamente limitada, restringida o anulada en base a estereotipos de género negativos y perjudiciales (párr. 243). Asimismo, la Corte IDH resalta a la dignidad como uno de los valores más fundamentales, “cuyo basamento se erige tanto en el principio de la autonomía de la persona como en la idea de que todos los individuos deben ser tratados como iguales, en tanto fines en sí mismos según sus intenciones, voluntad y propias decisiones de vida” (párr. 149).

Todas estas normativas y desarrollos jurisprudenciales constituyen un piso mínimo para contrarrestar la pretensión acusatoria frecuente en los casos relevados y en investigaciones comparadas (Viterna, 2017, Defensora General de la Nación, 2021, CELS et al, 2021) de utilizar **la ausencia de controles prenatales como elementos para sostener la acusación, algo que sólo tendría relevancia jurídica si someterse a esos controles fuera una obligación y no un derecho. Así, la asistencia o no a controles médicos no puede ser juzgada en contra de la imputada**⁴⁴.

Quienes ejercen la defensa ante acusaciones que recurren a este tipo de elementos, deben poder desplazar la “naturalidad” con la que los órganos de persecución pretenden dar por sentado que ante el proceso de gestación la autonomía personal se desplaza, y que el derecho a la salud deviene en una obligación que convierte a las mujeres en medios y no en fines en sí mismos, lo cual contradice aspectos elementales como el reconocimiento de la dignidad y la autonomía de las personas (DUDH, CADH, PIDESC, artículo 19 CN), además de dejar en evidencia que el peso incriminante de esas informaciones se apoya en prejuicios y estereotipos.

43. CortelIDH (2016) caso “IV vs Bolivia” resuelta en sentencia del 30 de noviembre de 2016.

44. Cf. Entrevista Marina Lembo, partera, Licenciada en obstetricia en fecha 1º de Julio de 2022

Es posible conectar la discusión de esas conductas previas como elementos legalmente aptos para establecer nexos entre el hecho y la persona; “El hecho de que el propio sujeto haya sido quien puso los condicionantes que luego impiden el ejercicio de su libertad, carece de relevancia para dejar de lado las exigencias del principio de culpabilidad (...) Puede ser que el propio sujeto haya tomado decisiones anteriores que lo han llevado a una situación tal que luego, al momento del hecho, carece de posibilidades de superar los condicionantes que allí aparecen. Se ha pretendido obviar las exigencias del principio de culpabilidad haciendo responsable a la persona por el modo como ha conducido su vida. (...) En general, estas fórmulas están castigando a personas con desconexión de hechos concretos (Binder, 2004: 246).

Recientemente, en la causa nro. 4.254, seguida contra D. J.⁴⁵, en la que al resolver sobre un juicio abreviado, acordado entre la Defensa Pública y el fiscal, el juez interviniente resolvió la absolución basado en la imposibilidad de probar que el nacimiento hubiera sido con vida⁴⁶ y agregó entre sus consideraciones que existe una “gran cantidad de madres que deciden tener a sus hijos de manera domiciliaria, por convicciones personales o religiosas, siendo que de [aquello] no puede inferirse falta al deber de cuidado”, lo cual resulta de especial interés para aquellos casos, que no son los que fueron registrados en nuestro relevamiento, en los que de manera subyacente se pretende criminalizar la decisión de parir por fuera de las instituciones sanitarias ⁴⁷.

| “Quien parió una vez, sabe todo para siempre”.

El preconceito que opera en estos casos, como si fuera indiscutible, se trata de que si la persona acusada posee la experiencia de partos previos, entonces es esperable un determinado curso de acción, sin conexión alguna con las particularidades que conlleva una escena de emergencia obstétrica extrahospitalaria.

45. Causa N.º 4254 caratulada “Abandono de persona seguida de muerte agravado por ser contra su hijo”, Tribunal Oral en lo Criminal N.º 6 del Departamento Judicial de San Martín, provincia de Buenos Aires, resuelta el 18 de agosto de 2022.

46. Conforme el resultado del informe efectuado por el Dr. Leonardo Saccomano en fecha 5 de julio de 2021 a requerimiento del Ministerio de las Mujeres y Diversidades de la provincia de Buenos Aires.

47. Conforme entrevista con la Dra. Marina Lembo, partera y licenciada en obstetricia y entrevista con la médica obstetra y médica forense Stella Manzano en 1º de julio de 2022.

Aspectos tales como la soledad, la sorpresa por lo repentino del episodio, inadecuadas instalaciones, temor, distancia, el impacto psicofísico que puede implicar la pérdida de sangre, afectaciones al estado de consciencia, extenuación, estar en simultáneo al cuidado de otras personas -muy frecuentemente infantes- en el mismo lugar, no poder pedir auxilio por temor o sometimiento a situaciones de violencia, entre otras, muestran hasta qué punto carece de sentido esta idea.

Algunos simplemente requieren discusión de explicaciones fácticas alternativas con actividad probatoria elemental -acreditar que el lugar en el que se desencadenó el parto es inadecuado-, otras reclaman interacción con profesionales de otras disciplinas para acreditar, a partir de testimonios expertos o pericias, que haber parido previamente no constituye per se una garantía de experiencia acerca de cómo conducirse en situaciones tales como las emergencias obstétricas.

En el caso “R.R.E. s/ recurso de casación”, la condena de primera instancia que fue apelada, tal como destaca el tribunal en la resolución de la casación, le recriminaba a R.R.E. que “era madre de cuatro hijos, que transitó cuatro embarazos previos y tuvo la experiencia de cuatro partos, más allá del lugar y las condiciones de alumbramiento”. Es decir que el juez, sin considerar las condiciones de alumbramiento y por el mero hecho de haber tenido cuatro partos anteriores, le exige a la persona que debió saber no solo cómo parir sino también cómo preservar la vida de un neonato.

“Las mujeres y personas gestantes que ocultan sus embarazos tienen motivos para cometer un homicidio”.

También es frecuente que las acusaciones confieran peso probatorio a circunstancias tales como que las personas cercanas a la acusada no tuvieran noticia del embarazo. De hecho, la formulación habitual no es que las demás personas no sabían, sino que lo “ocultaban”, deslizándose la idea de la premeditación.

Lo mismo ocurre con las valoraciones que quienes acusan suelen hacer de las personas que se visten de determinada manera, a las que también presentan

como maniobras de ocultamiento en base a las cuales pretenden acreditar el delito que les imputan. Detrás de esa forma prejuiciosa subyace también una visión modélica de la noticia del embarazo -la cual “siempre debe ser considerada motivo de alegría”- y, por lo tanto, las personas son comunicativas al respecto.

Se desentienden así de múltiples razones, desde las más privadas hasta otras importantes desde el punto de vista investigativo, conforme las cuales las personas pueden no querer contar, o quizás ni siquiera pudieron hacerlo: vulnerabilidades laborales; embarazos producto de violencia sexual; contextos familiares o vinculares de sometimiento y represión, atravesados por distintas formas de violencia, por nombrar algunos de esos supuestos relevados en esta investigación.

En otros casos -que serán desarrollados en detalle dentro de otro apartado- la ausencia de toda comunicación se explica por afectaciones a la salud mental de las personas que generan estados disociativos de importancia, en distintos momentos del proceso de gestación y puerperio, hasta el punto de impedir el propio registro de la situación⁴⁸.

Todos estos elementos corresponden ser atacados por la defensa dada la base prejuiciosa en que se asientan y/o la posibilidad de encontrar explicaciones alternativas que, no está de más recordar, deberían ser objeto de consideración por parte de quienes acusan para evitar sesgos como los aludidos.

En cuanto al sustrato prejuicioso de estas formas de considerar las conductas de las personas acusadas por este tipo de delitos, en el caso “V. R. S. s/homicidio doloso”⁴⁹ se sostuvo que “desde antaño en las investigaciones de muertes achacadas a madres en ocasión del alumbramiento, la prueba del ocultamiento del embarazo era esencial para la investigación. Los testigos eran llamados a declarar para conocer si la acusada había hecho público su estado. Se trataba de una situación compleja porque el ocultamiento aseguraba la posibilidad de obtener una pena menor, pero también era un indicio incriminatorio: el

48. Conforme entrevistas con Dr. Enrique Stola en fecha 22 de agosto de 2022, Lic. Jorgelina Prémoli en fecha 7 de julio de 2022, Graciela Gardiner en fecha 8 de julio de 2022 y Fernanda Mónaco en fecha 4 de julio de 2022.

49. V. R. S. s/Homicidio Doloso”, 6 de julio del 2020, Colegio de Jueces Penales de Primera Instancia del Distrito Judicial N.º 1 de Santa Fe.

haber ocultado el embarazo tornaba evidente la premeditación del delito». Este prejuicio como indicio incriminatorio sigue vigente en la actualidad.

4.C) 1. Síntesis de estereotipos

ESTEREOTIPO	CÓMO APARECEN	DÓNDE APARECEN
Las multíparas saben cómo llevar adelante un parto	Exigencias respecto del saber cómo parir, ya sea por el hecho de haber atravesado partos anteriores o por el simple hecho de ser “mujer”. Exigencias equiparadas a un parto institucionalizado, en relación con las acciones que se deben llevar a cabo. Falta de consideración en los contextos tanto de la emergencia (partos en avalancha) como de los lugares (extrahospitalario)	• Construcción del hecho • Imputación del dolo • Mensura de la pena
El embarazo como proceso conocido e igualitario para todas las personas gestantes por sobre las decisiones personales.	Exigencia de realización de controles y estudios médicos prenatales. Deber de conocer la sintomatología propia del embarazo por el mero hecho de tener útero. Exigencia de modos de comportamiento durante la gestación violatorios a la autonomía de la voluntad.	• Construcción del hecho • Imputación del dolo • Mensura de la pena
Disposición al sacrificio.	Exigencia de comportamientos heroicos que excedan las posibilidades reales de intervención ante partos en avalancha u otras situaciones críticas propias del parto extrahospitalario. Exigencia de modos de comportamiento violatorios a la autonomía de la voluntad. Desconocimiento de contexto situado y vulneraciones estructurales. Exigencia de conocimientos en un parto extrahospitalario y/o sin asistencia médica.	• Construcción del hecho • Imputación del dolo • Mensura de la pena
La maternidad como estado idealizado que las personas desean comunicar.	Cuestionamientos al ocultamiento o negación del embarazo derivados en supuestos incriminatorios. Desconocimiento sobre la salud psicofísica en relación con un posible estado de negación o disociación. Desconocimiento sobre posibles situaciones de violencia sexual que dieron lugar al embarazo.	• Construcción del hecho • Imputación del dolo • Mensura de la pena

4.D) La importancia de discutir el contexto frente a los prejuicios y formas objetivas de atribución de responsabilidad.

Estas consideraciones de lo que ha sido omitido como jurídicamente relevante para sostener acusaciones, también suelen encubrir que el uso de estereotipos tan burdos es posible en la medida en que no se pone en debate el contexto en que ocurren tales hechos.

La consideración de los deberes exigibles sin la lectura del contexto social, económico y cultural de la persona imputada, no tener en cuenta sus relaciones interpersonales y el lugar de ocurrencia del hecho, son formas de discriminación, pues se aplican preconceptos abstractos y universalizantes acerca de lo que es un embarazo y un proceso de gestación para todas las mujeres por su sola condición de tales. En ese sentido, podemos afirmar que **no considerar los contextos es una forma de discriminación y una pérdida de oportunidad para discutir la exigibilidad de la conducta reprochada.**

En el marco internacional, la CIDH establece que el principio de igualdad y no discriminación es un presupuesto necesario para el goce efectivo y universal de los restantes derechos humanos y que, para ello, es necesario tener en cuenta las diversas vulneraciones que atraviesan a las personas, refiriéndose al concepto de interseccionalidad “para el análisis de la discriminación, considerando aquellos casos en que se presenta la confluencia en forma transversal de múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a una serie de condiciones particulares (...). La intersección de identidades y riesgos pueden acentuar violaciones de derechos humanos contra personas, grupos y colectividades en especial situación de vulnerabilidad y discriminación histórica” (CIDH, 2019, parr.42-43). Con lo cual, la interseccionalidad es un punto de análisis para evaluar las diferentes vulneraciones, brindando así un contexto situado de los hechos y con ello la capacidad de acción que es determinante para precisar la exigibilidad de la conducta esperada.

El tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, en los autos “R.R.E s/ recurso de casación” ya citado, además de considerar que los jueces del tribunal oral debieron analizar la capacidad de acción y descartar la atipi-

cidad (por falta de subsunción en el tipo omisivo impropio), señalaron que en la resolución abundaban las “referencias a modelos estereotípicos del rol maternal, que marcan un estándar ideal y abstracto sobre cómo debe actuar una “buena madre”, desentendiéndose de la contundente información reunida en torno a la falta de posibilidades reales de actuar conforme al modelo” construyéndose así “una expectativa de cumplimiento de un rol que no estaba al alcance y por tanto no le era exigible en sus condiciones reales y concretas de vida”.

Es necesario que sea la defensa quien asuma en su estrategia la incorporación de las circunstancias del contexto. Si bien considerar situada e interseccionalmente es responsabilidad de todas y todos los operadores como parte del deber de no discriminación, el peor de los escenarios es aquel en el que quien tiene que defender omite la relevancia de ellos porque “la posibilidad de contar con las experiencias reales de esas mujeres en el proceso penal impacta en la significación jurídica de los conceptos tradicionales al advertir la falta de objetividad y justicia que arrojaría al caso un acercamiento no contextualizado” (DGN, 2020: 36).

Esta información es indispensable para discutir cuál es, tanto objetiva como subjetivamente, el nexo entre el hecho y la persona en los distintos niveles de la teoría del delito ya al nivel mismo de la tipicidad (vg. porque se pueden hacer pesar estos elementos para descartar que se tenga por configurada la posición de garante), bien para acreditar que concurren errores de tipo o bien para discutir la capacidad de comprensión desde el punto de vista del reproche punitivo. En ese sentido, se aprovecha lo afirmado por la Casación provincial en torno a un análisis amplio sobre la relación entre capacidad de acción y tipicidad, al romper la asociación restringida entre capacidad de acción/capacidad física y tomar el criterio de que tratándose de tipos omisivos, las acciones que el deber ordena deben ser posibles en el caso concreto (Zaffaroni, Alagia y Slokar 2002: 574).

De no funcionar una interpretación así de amplia, aún quedaría analizar el peso de otros determinantes distintos a la imposibilidad física, en el nivel de la culpabilidad donde tradicionalmente se ha considerado la exigibilidad. “En esta línea de argumentación, y admitiendo lo novedoso de los planteos, será útil que la defensa explique por qué la mujer no pudo hacer otra cosa y qué conductas concretas no pudo realizar” (DGN, 2020: 66). Compartimos que

“carece de relevancia cualquier discusión sobre [la] ubicación sistemática, que la utilización de los principios no está subordinada a ninguna forma de análisis escalonado” (Binder, 2004: 244).

Se ha señalado que, respecto de los problemas de imputación que conllevan acusaciones basadas en lo que se supone no se cumplió del “deber” construido en torno a la maternidad, esto permite desplazar el debate genuino sobre conocimiento y voluntad de producir el resultado que exige el dolo (Zygielman Tale, 2020). Al respecto, es conveniente destacar que en el fallo “R.R.E s/ casación” también se dijo que **los “roles tradicionales asignados a la mujer madre, frecuentemente la penaliza por los resultados disvaliosos ocurridos en su entorno, lo cual importa, simultáneamente, una atribución objetiva del resultado”, lo cual está vedado por nuestro sistema constitucional (Art. 19 CN).**

También es importante trabajar en este nivel de información. Hay quienes consideran que existen supuestos de “error de tipo por incapacidad psíquica permanente o transitoria” que no están ligados a cuadros que impiden reconocer elementos del tipo objetivo. Existen supuestos de que las personas “obran bajo los efectos del miedo grave (pánico) que les perturba la sensopercepción o la actualización de algunos conocimientos; las personas que por efecto del cansancio y la falta de sueño sufren alteraciones de la sensopercepción” (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002: 535; 690), entre otros. Zaffaroni, Alagia y Slokar, consideran también que deberían discutirse al nivel del dolo, aunque señalan que eso ha sido muy poco explorado por la doctrina que se ha inclinado por analizar estos supuestos en el nivel de la culpabilidad, según veremos luego.

No obstante su marginalidad doctrinaria, y que hemos advertido su rechazo jurisprudencial en el caso Trapasso⁵⁰, el planteo ofrece base para que puedan explorarse defensas basadas en excluir la tipicidad subjetiva, por ejemplo al conectar errores en torno al nacimiento vivo o muerto del neonato y la directa relación del yerro con el contexto de emergencia obstétrica, con las condiciones y estados previos que puedan configurar los supuestos aludidos.

50. El caso se considera con más precisión en el apartado dedicado a la culpabilidad. En el mismo, la defensa de la acusada planteó que el hecho no podía atribuirse a ella porque alegaron que había incurrido en un error de tipo psíquicamente condicionado, porque creía descartar una recién nacida muerta sobre la base de distintas previas y concomitantes al parto, así como la ausencia de llanto en el momento del parto. Sin embargo, como veremos luego, el caso se resolvió por inimputabilidad.

5.

**Aspectos litigiosos en torno
a la culpabilidad y punibilidad.**

5.A) Introducción

Además de todas las consideraciones previas en torno a la imposibilidad de sostener acusaciones fundadas en autoincriminación o violaciones de secreto (punto 2); los problemas de imputaciones incompatibles con las exigencias del principio de legalidad en la medida en que se fundan en atribuciones de deberes contruidos en base a estereotipos y prejuicios mediante la imputación por omisión propia o impropia (punto 3); las dificultades para acreditar el resultado muerte desde el punto de vista pericial y la conexión entre ese resultado y las conductas de la persona acusada (punto 6) -niveles de defensa que, siempre que el caso lo permita, deben ser abordados-; en este tipo de casos también existen aspectos específicos del litigio en el nivel de la culpabilidad y, luego, de la punibilidad.

Es deber de quien acusa, respecto de los hechos que se investigan, establecer también las circunstancias que puedan incidir en la punibilidad (Art. 266 CPPBA) desde los primeros momentos de la investigación, en tanto el Art. 323 CPPBA dispone en su inciso 5 que, comprobada una causal de inimputabilidad, inculpabilidad o excusa absolutoria, la persona acusada debe ser sobreseída, cualquiera sea el punto del proceso (Art. 341 CPPBA).

Si “la culpabilidad es el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto al autor” (Zaffaroni, Slokar y Alagia, 2002:656), es en la determinación de las circunstancias concretas donde se juegan posibilidades de desplegar defensas que neutralicen cuanto sea posible una vinculación meramente dogmática, apoyada en fórmulas abstractas y desconectada de las particulares circunstancias del caso a caso o, como suele ocurrir en estos casos, en la apelación a múltiples prejuicios.

La defensa tiene que recurrir a las circunstancias concretas dado que “no es cierto que estos ámbitos no sean cuantificables empíricamente, existen ám-

bitos de autodeterminación tan reducidos que son despreciables a los efectos de la reprochabilidad (...). De allí que no sea cierto que la personalidad y las demás circunstancias biográficas sean irrelevantes a los efectos del reproche de culpabilidad, sino que, por el contrario, esos datos deben ser tomados en cuenta (...) pero con la advertencia de que son datos que no se reprochan (...) sino que se computan para determinar la magnitud del ámbito de determinación concreto” (Zaffaroni, Slokar y Alagia, 2002: 674-675).

La CSJN en el caso Tejerina⁵¹, aunque tuvo un planteo directo sobre esta cuestión, por mayoría desestimó el recurso de queja e impidió el tratamiento de las cuestiones de fondo, sólo abordadas por la disidencia de los jueces Maqueda, Zaffaroni y Fayt.

Habrà casos en los que la autodeterminación se encuentre cancelada en forma absoluta, por lo que no habrá responsabilidad exigible alguna (vg. cuadros diagnósticos que encuadran en el Art. 34 inc. 1 CP). Habrá otros casos en los que, aunque no proceda excluir toda capacidad de comprensión y autodeterminación de la conducta, aún existan elementos que sean útiles para discutir la posibilidad misma de reprochar penalmente o bien en la mensura de pena para discutir su atenuación. Esto último acostumbra ser la consideración dominante en la jurisprudencia que suele limitar la consideración de estas cuestiones a los efectos de verificar la concurrencia de circunstancias extraordinarias de atenuación, o bien al momento de determinar la pena -probablemente se trate de un resabio de los tiempos en que el infanticidio era la figura penal aplicable a estos casos-.

Ese trabajo de llevar al juicio la discusión de las circunstancias concretas anteriormente aludidas, exige auxilio interdisciplinario que no se limita a profesionales del campo de la salud mental, aunque sí poseen especial protagonismo.

51. CSJN, “Tejerina, Romina Anahí s/homicidio calificado”, causa 29/05, resuelta el 8 de abril del 2008. Romina Tejerina estaba acusada porque tras haber parido en el baño de la casa en que vivía, apuñaló en 18 oportunidades a la niña recién nacida, provocando diversas heridas que, al cabo de 48 horas, le ocasionaron la muerte. Su embarazo habría sido producto de una violación. Finalmente, Romina fue condenada dos años después a 14 años de prisión como autora responsable del delito de homicidio calificado por el vínculo, mediando circunstancias extraordinarias de atenuación previstas en el Art. 80 inc. 1 y último párrafo del Código Penal. La defensa de Tejerina recurrió sucesivas instancias planteando que el tribunal de juicio habría dejado de lado el principio in dubio pro reo al descartar el dictamen que a su criterio demostraría que Tejerina era inimputable al momento del hecho, razón por la cual correspondía su absolución. Asimismo, y por el mismo motivo, consideró errónea la interpretación que se adjudicó al Art. 34, inc. 1 CP. para descartar la existencia de un error de tipo sobre la naturaleza del sujeto pasivo y que llevó a la imputada a creer que había provocado un aborto en lugar de un homicidio.

La adecuada ponderación de la biografía, personalidad, circunstancias personales e historia previa de ellas, en particular con relación a historiales de violencias, es útil para ajustar las posibilidades de autodeterminación y sus posibilidades ciertas de adecuar la conducta ante el hecho concreto.

Una buena forma de cubrir todos los niveles de discusión que la defensa debe trabajar en el nivel de la culpabilidad, es tener en cuenta que lo que permite considerar la atribución es que “el nexo que une la acción con la persona debe ser el resultado del ejercicio de su libertad (...) una persona es libre cuando ha tenido una posibilidad real (y no meramente abstracta) de superar [los condicionamientos]. Por eso, lo que llamamos libertad, en todas las esferas de la vida en la que usamos esa palabra, es haber tenido una opción de superar los condicionamientos que provienen de las esferas naturales, sociales, psicológicas, históricas y biográficas (...). *La libertad no es atributo abstracto, sino una especial posición del sujeto frente a un conjunto de condicionantes. No se trata de decir que una persona es libre en general (...) sino si ha sido libre en tal circunstancia...*” (Binder, 2004: 244).

En la misma línea, la CortelDH (2021) en el ya referido caso “Manuela” sostuvo: “Existe en este momento consenso doctrinario y jurisprudencial en que la pena debe guardar proporcionalidad con el grado de reproche personalizado (o culpabilidad) que se le puede formular a la persona infractora en razón del espacio de determinación que tuvo en las circunstancias concretas del hecho. Esta regla no solo es compatible, sino que se adecua a la Convención y se impone por ella, pues se deduce de la idea misma de dignidad de la persona humana, concebida como un ente capaz de autodeterminación y dotado de conciencia moral (...) la aplicación de la pena prevista para tipo penal de homicidio agravado, resulta claramente desproporcionada en el presente caso, porque no se toma en cuenta el estado particular de las mujeres durante el estado puerperal o perinatal⁵², sin perjuicio de que este caso, por defecto de investigación, no es descartable que se hubiese tratado de un supuesto de ausencia de toda responsabilidad penal (...) El Tribunal considera que la

52. En este punto, ver nota 280 de la sentencia de la CortelDH por cuanto apoya esta conclusión con citas específicas de bibliografía de medicina forense, algunas también recogidas en este apartado y en el apartado siguiente (nro. 6), por ejemplo, Castex (2008) y Tardieu (1885).

condena a 30 años de prisión por un homicidio cometido por la madre en el período perinatal, es desproporcionada al grado de reproche personalizado (o culpabilidad) de esta. Por tanto, la pena actualmente prevista para el infanticidio resulta cruel y, por ende, contraria a la Convención. (párr. 163, 166 y 170)”.

En el caso “M., K. Y. p.s.a. homicidio calificado por el vínculo”⁵³, se sobreseyó a la adolescente de 16 años al momento del hecho, 15 al momento del embarazo. La jueza interviniente no descartó la comisión de la conducta típica ni la participación de la joven en el hecho pero su primer punto de apoyo para resolver la cuestión fue señalar que **“con la prueba hasta aquí valorada, es posible concluir que la acción típica -entendida esta como una conducta exterior, que encuadra en la hipótesis de un tipo legal previsto en el Código Penal, que se le endilga a la adolescente K. Y. M., ocurrió en un contexto familiar que se caracterizó por tener estereotipos de género sólidamente marcados que definen cuales son los roles esperados para unos y para otros... que, de modo no consciente, es en detrimento de las mujeres”**.

Esta fundamentación está construida en diversos informes profesionales -lo cual remarca la importancia del auxilio interdisciplinar para conocer en estos casos- y permite luego considerar la culpabilidad habiendo contextualizado los hechos con perspectiva de género. Dice la jueza: “la pregunta que surge es, si en el contexto que rodeaba a la imputada le es reprochable la realización del tipo”.

A partir de allí, se descarta la posibilidad de reproche de culpabilidad basándose en que la acusada era una adolescente de 15 años al momento del hecho; que tuvo el parto y cometió el hecho imputado a un mes de haber cumplido 16 años y que además es mujer. Ambas circunstancias concurrentes multiplican las vulnerabilidades. A su vez, enfrentó en soledad la situación, en el contexto de sumisión familiar asimétrico y en su biografía se detectaron indicadores de posibles experiencias traumáticas de naturaleza sexual, que podrían ser de larga data, además de “abundantes indicadores de tendencias depresivas y de conductas auto agresivas entre otros elementos valorados.

53. Caso “M., K. Y. p.s.a. homicidio calificado por el vínculo” resuelto en fecha 2 de diciembre del 2022 por el juzgado penal juvenil de la segunda de Córdoba

Por lo cual **“el único camino sencillamente inaceptable es que, ante situaciones tan sórdidas y desesperadas, se ignoren sin más los condicionantes ambientales y se trate a la autora como una madre cruel que decide en pleno uso de su raciocinio desprenderse del hijo recién nacido. En el presente caso, insisto, está demostrada la concurrencia de un contexto socio-ambiental adverso que atravesaba una mujer en medio de las vulnerabilidades propias de la etapa adolescente de la vida. En otros términos, a la indiscutida menor culpabilidad derivada de su adolescencia, se sumó el contexto de género descrito, todo lo cual evidencia las menores posibilidades que tuvo la imputada de obrar conforme a derecho(...) No se pena por lo que se es, sino por lo que se hace y solo en cuanto se pueda reprochar al autor (...) En este caso, la situación de triple vulnerabilidad (mujer, adolescente y sometida a un contexto familiar patriarcal), configuró el contexto en el que K. Y. M. actuó, por lo que, como dije, estoy convencida de que no tuvo la posibilidad de comportarse conforme la norma, y por lo tanto su accionar no se puede reprochar penalmente”.**

Además, fueron considerados otros dos factores: que en ese momento ella no tenía garantizado el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, y enfatiza el juez que esto “es sabido que constituye una de las formas de garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia (...) Las mujeres y varones (...) tienen derechos a contar con la información y los medios para decidir libre y responsablemente el número, el espaciamiento y momento de tener hijas e hijos, así como el derecho a tomar decisiones sobre la reproducción libres de discriminación, coerción y violencia”.

En síntesis, **el contexto y una adecuada consideración con perspectiva de género es lo que había omitido la acusación que luego, privada de dicha perspectiva, se limitaba a considerar la sumisión, el ocultamiento y el estricto apego a valores culturales, familiares y religiosos como elementos que explicaban la decisión criminal de la adolescente y no una situación estructural de discriminación capaz de incidir en su libre determinación.**

5.B) La exclusión de la culpabilidad y la incapacidad psíquica: las discusiones del campo de la psiquiatría legal.

El reconocimiento del estado puerperal como un cuadro diagnóstico aparece directamente relacionado con la historia del tipo penal de infanticidio hasta su derogación en 1994 (Ley N ° 24.410). Este establecía una pena atenuada, pues se resolvía normativamente que las muertes producidas durante el puerperio guardaban relación con una situación de disminución de la capacidad de comprensión, pero no la excluía en forma absoluta. Como anticipamos, aunque pudiera debatirse que existen las circunstancias extraordinarias de inculpabilidad previstas en el Art. 34 inc.1 del C.P., prácticamente no existen precedentes que consideren analizar la cuestión en el nivel de la culpabilidad, sino que más bien se centran en las circunstancias extraordinarias de atenuación que prevé el Art. 80, inc. 1 CP⁵⁴.

Uno de los aspectos que presenta mayor confusión refiere a los conceptos de estado puerperal y psicosis puerperal, utilizados erróneamente como sinónimos. Castex (2008) señala que aunque la psicosis puerperal es el supuesto en que resulta más clara la posible aplicación del Art. 34 inc. 1 del CP, “la no punibilidad (...) puede presentarse (...) en cualquier otra situación en la que se acredite que, en el momento del hecho [la persona acusada] no pudo, ya introyectar la norma jurídica como valor (comprensión del acto), ya adecuar su conducta a la norma jurídica introyectada como valor (capacidad para dirigir su conducta), ello debido a que se hallaba bajo un estado de insuficiencia de las facultades, alteración morbosa de éstas, o perturbación severa de conciencia” (Castex, 2008:161).

54. En la mayoría de los fallos rastreados se limitan a definir que, en los casos en que se condenó por la figura agravada, la existencia de elementos propios del debate habitual en torno al estado puerperal redundan en cambios de calificaciones por las modalidades atenuadas, pero no en interpretaciones sobre la capacidad al nivel de la culpabilidad, tal como propiciaban por ejemplo Fayt y Zaffaroni en su voto en disidencia en el caso Tejerina. Esta consideración aplica, entre otros, a los siguientes fallos: F.M.I. s/ recurso de casación” resuelto el 21 de junio de 2016, en el cual la Sala III del Tribunal de Casación Penal falló en favor de M.I.F. en tanto introdujo atenuantes al supuesto de homicidio agravado por el vínculo, disminuyendo su pena de prisión perpetua a 10 diez años de prisión; la sentencia de L.M.C. s/ recurso de casación. Causa 24.744 de la ex Sala I, Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, resuelto el 16 de septiembre de 2011, donde se produce la recalificación del hecho como homicidio calificado por el vínculo, mediando circunstancias extraordinarias de atenuación; la sentencia de DUETTE, Gladys Viviana s/ recurso de Casación” causa 64.923 del Tribunal de Casación resuelta el día 20 de marzo de 2015, donde se recalifica el hecho como homicidio calificado por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación; la sentencia de “Cruzado Aguilar Melba p.s.a. Homicidio Calificado -Recurso de Casación-” (SAC 1031941 - Expte. “C” 33/12), resuelto el 13 de junio de 2014, donde El TSJ hace lugar al recurso de casación deducido por la defensa del imputada y anula parcialmente la sentencia recurrida, únicamente en lo que respecta a la individualización de la pena impuesta; entre otros.

El autor señala, entonces, que esto puede abarcar no solo demencias o estados francamente psicóticos, sino cualquier trastorno, disturbio, desarrollo, alteración, disfunción o similar del psiquismo que implique que quien la porta no se halla en estado de salud mental (alteraciones psicopatológicas no psicóticas que podrían ser descompensaciones psicoemocionales severas, trastornos en la regulación e inhibición de la conducta, entre otros). En otras palabras, estas alteraciones no necesariamente pueden configurarse como trastornos mentales transitorios incompletos -que podrían encuadrarse en los supuestos de atenuación-, sino que también podrían configurarse como trastornos mentales transitorios completos que podrían encuadrarse dentro del supuesto del Art. 34 inc. 1 del CP.

Es útil tener presente que **el manual de Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE) elaborado por la Organización Mundial de la Salud (OMS), en su versión 11ª, incluye un apartado específico sobre “trastornos mentales o del comportamiento asociados con el embarazo, el parto o el puerperio”** que desagrega en tres:

- a) Trastornos mentales o del comportamiento asociados con el embarazo, el parto o el puerperio, sin síntomas psicóticos (6E20);
- b) Trastornos mentales o del comportamiento asociados con el embarazo, el parto o el puerperio, con síntomas psicóticos (6E21);
- c) Trastornos mentales o del comportamiento asociados con el embarazo, el parto o el puerperio, sin especificación (6E2Z).

Por otra parte, en el Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales, quinta edición (DSM - V), elaborado por la Asociación Americana de Psiquiatría (APA), aparecen asociados el trastorno bipolar, depresión psicótica y trastorno esquizoafectivo con el posparto, como así también, vinculado a una depresión mayor con inicio en el periparto. Es decir que, según esta clasificación, **el posparto emerge como un determinante de otros cuadros, lo que implica que no necesariamente el debate debe circunscribirse al estado puerperal.**

Un caso resuelto en este sentido fue el caso Trapasso⁵⁵, donde se decidió la absolución de la imputada por el delito de homicidio agravado por el vínculo (Art. 80 inc. 1 CP) porque los jueces, por mayoría, entendieron que había padecido “un brote psicótico que, por tal, originó una perturbación en su psiquis que le produjo una alteración morbosa de sus facultades mentales (Art. 34, inc. 1, del CP), la cual le impidió comprender la criminalidad de la tentativa de homicidio ejecutada contra su beba C. M.T”.

En la sentencia, también se consideraron aspectos importantes de su vida, las experiencias de violencias previas que atravesaba, su nivel cognitivo, entre otros, al señalar que “la estructura psíquica de la imputada sumada al estado puerperal, a aquel proceso histórico de subjetividad traumática y a la extrema vulnerabilidad psicosocial y psicopenal, me convencen acerca de su ínfima libertad de actuación por una notoria reducción para autodeterminarse; todo lo cual impacta en el terreno de la culpabilidad penal”.

Una conexión similar entre la situación de postparto y las condiciones de vida de las personas acusadas, realizó hace la CorteIDH (2021) en el caso “Manuela” al señalar: “además de la abismal desproporción con la culpabilidad resultante sólo del estado en que la mujer se halla en el período perinatal, no se puede pasar por alto que en la generalidad de los casos –y también en el de Manuela- se suman para disminuir su culpabilidad que se trata de mujeres jóvenes con dificultades de comunicación o que sufren situaciones de aislamiento cultural “ (párr. 168).

En directa relación con cómo han gravitado en el caso mencionado las circunstancias vitales para determinar la concurrencia de dicho cuadro, y sin perder de vista que existen debates en torno a la pertinencia de considerar estos cuadros como psiquiátricos (Daly y Wilson, 2003), conviene resaltar aquí que una defensa técnica eficaz en este tipo de casos, no puede prescindir del contexto y las circunstancias debidamente informadas y construidas como hechos jurídicamente relevantes con un auxilio de otras disciplinas, en distintos momentos de análisis, que van desde la consideración de la acción misma hasta el juicio sobre la necesidad de reproche penal.

55. TOCyC 17, Trapasso, Rosana Verónica, causa N.º 4410, resuelta el 27 de octubre de 2015.

5.C) Otros criterios psico-médico legales útiles para considerar la exigibilidad en casos de criminalización de eventos obstétricos.

Los Dres. Jorge Folino⁵⁶ y Ezequiel Mercurio (2021) manifiestan que, **habitualmente, el sistema judicial pone todos sus esfuerzos en determinar o excluir una psicosis puerperal, y excluye así otra gama de situaciones que bien podrían incidir o acontecer por fuera de abordajes propios de la psicopatología clásica.** Uno de los efectos de reducir el universo de consideraciones a la matriz heredada del viejo modelo del infanticidio es que, de no acreditarse clínicamente esa situación, no suele profundizarse en otras informaciones referidas a la salud psicoemocional de la persona imputada que podrían incidir en la discusión sobre cuán exigible le era la conducta reprochada.

Otros cuadros vinculados a la negación y ocultamiento del embarazo, las implicancias subjetivas que puede conllevar, el contexto en que estos embarazos se producen y el nivel de desarrollo psicoemocional, entre otros, son algunos aspectos que deben ser abordados en la consideración de la estrategia defensiva.

Mercurio (2021) aclara que **las circunstancias o situaciones que atraviesan a la salud mental en el período de embarazo o puerperio, van más allá de la psicosis puerperal, incluyendo desde cuadros afectivos (depresión), afectaciones momentáneas o cuadros disociativos, que no necesariamente se encuentran relacionados a un padecimiento o enfermedad mental.** Esta cuestión también fue reforzada por la Lic. Graciela Gardiner⁵⁷ en el transcurso de la entrevista mantenida con ella.

Dentro de esto casos, podemos incluir a la negación del embarazo, sobre el que Mercurio plantea que es un mecanismo tan potente que incluso le permite a una persona separar/disociar el contenido afectivo o emocional de la situación que está atravesando o viviendo; es un proceso inconsciente donde no se acepta un hecho o circunstancia obvia o significativa. Mercurio también plantea que

56. Conforme entrevista realizada en fecha 24 de junio de 2022 al Dr. Jorge Folino, médico psiquiatra, docente en la Universidad Nacional de la Plata.

57. Conforme entrevista realizada en fecha 8 de julio de 2022, licenciada en Psicología, magister en criminología; perito psicóloga en el Poder Judicial provincia de Buenos Aires.

no es un término únicamente del campo psi, sino que también aparece en el campo de la obstetricia y lo define como la falta de conciencia subjetiva que va más allá de las 20 semanas^{58,59}. También es conocido como “embarazo críptico”.

En la misma línea se manifestó la Lic. Fernanda Mónaco⁶⁰, quien relató casos vinculados a su experiencia dentro del ámbito hospitalario donde, por ejemplo, la falta de conciencia respecto del embarazo se correspondía con la falta de síntomas físicos. También agregó la importancia de identificar la etapa evolutiva y el conocimiento respecto del propio cuerpo, especialmente en los casos de embarazos adolescentes, en sumatoria a la falta de formación en educación sexual integral, entre otros.

El ocultamiento, por su parte, puede aparecer como mecanismo consciente o inconsciente (de acuerdo con si se produce asociado a una negación). En el primer caso, puede surgir por vergüenza ya sea porque el embarazo fue producto de una violación o por contextos familiares muy tradicionales, falta de contención emocional, temor, entre otros⁶¹.

El Dr. Enrique Stola⁶², además, señaló que hay momentos donde operan con más énfasis los mecanismos de disociación y negación. Agregó que la disociación, si bien es un mecanismo “normal”, pasa a ocupar un lugar central -ya no como hecho voluntario- cuando hay algo que conmociona el cuerpo, la identidad de una persona, la posibilidad de muerte, una situación de abuso, u otros; todo ello con el fin de mantener el equilibrio psíquico.

De allí surge la importancia de contemplar los cuadros de estrés postraumático, que pueden incluir mecanismos disociativos, de despersonalización y des-

58. Es importante señalar que este es un mecanismo que no se configura dentro de un cuadro diagnóstico o padecimiento mental, sino que opera como estrategia defensiva de tipo inconsciente.

59. Para ello, se basa en las clasificaciones de negación de Miller. La autora define tres tipos de negación: negación afectiva, desapego ante el feto donde se tiene conocimiento teórico, pero no de la vivencia del embarazo en sí (por ejemplo, no cambia su forma de vestir, no deja de fumar, no sienten, no se preparan, entre otros); negación generalizada, no es consciente de su estado hasta que se desencadena el parto; negación psicótica: cuadro que implica la aparición de ideas delirantes. Para ver más, dirigirse a Hopp, C. Mercurio, E. [Min Mujeres PBA]. 10 de noviembre de 2021. “Delitos omisivos en relación con el cuidado”. Ciclo de capacitaciones: Defensa Técnica Eficaz y Perspectiva de Género. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=WOY81MA2zU8>

60. Conforme entrevista realizada con fecha en 4 de julio de 2022. La licenciada Mónaco es psicóloga; trabajadora del poder judicial de San Miguel de Tucumán, Fundación Mujeres por Mujeres.

61. Conforme surge entrevista realizada en fecha 4 de julio de 2022 a la Lic. Mónaco, Fundación Mujeres por Mujeres.

62. Conforme entrevista realizada al Dr. Enrique Stola, psiquiatra en fecha 22 de agosto de 2022.

realización. Pero, además, el embarazo podría ser un hecho traumático en sí mismo, y el estrés postraumático puede emerger en este contexto, ya sea por miedo a la muerte u otras emergencias que podrían acontecer al momento del parto⁶³ (partos inesperados o extrahospitalarios, miedo al dolor del parto, encontrarse sola, experiencias anteriores de partos traumáticos, etc.).

En efecto, la conformación misma de la norma penal que incorpora el vínculo como agravante, ya fuera el Art. 80 inc. 1 o los Art. 106 y 107 CP, implica que existe un vínculo que puede ser presumido por la ley pero que de hecho, con adecuada interpretación de las circunstancias del caso, puede conducir a una interpretación que está en las antípodas, pues gestar no es sinónimo de materner, atravesar un proceso de gestación no es lo mismo que asumir un rol materno con todas expectativas de cuidado que se adosan. Además, no siempre las personas están “preparadas para la función materna(...) si bien hay un mandato cultural sobre la obligación de amar y cuidar a los hijos, el papel de “buena madre” es una construcción social (...) se espera incondicionalidad del amor materno” (Kalinsky y Cañete, 2010: 17). Eso implicaría que, subjetivamente, el vínculo exista o que no sea mucho más frágil que lo que creemos en base a las expectativas de rol construidas culturalmente y asumidas como universalmente válidas.

Discutir estos aspectos, con adecuado diálogo interdisciplinario, también es relevante para discutir la noción misma de vínculo que gravita con tanto peso en las acusaciones porque, desde el campo de la salud mental, “los críticos de la “hipótesis del vínculo” citan evidencia de que varios factores -las circunstancias económicas de la madre, la participación del padre, si el embarazo fue planeado- están relacionados con la calidad del cuidado(...) De alguna manera estas complicaciones representan una contraevidencia para la existencia del vínculo madre-hijo. Pero [pesa] la idea de que la madre reciente es una simple autómatas⁶⁴ hormonalmente controlado, listado para “añadir” amor materno al primer estímulo apropiado que encuentre y a todos los demás” (Daly y Wilson, 2003:82).

63. Ídem anterior

64. Conforme entrevista con Lic. Graciela Gardiner en fecha 8 de julio de 2022.

Muy recientemente, en un juicio cuya sentencia fundada aún no ha sido publicada, una mujer migrante enfrentó una acusación por homicidio agravado por el vínculo en el marco de un proceso que transitó en prisión preventiva. El día 12 de diciembre de 2022 la Fiscal de juicio en su alegato final⁶⁵, solicitó la absolución ya que en el transcurso del debate los peritos intervinientes refirieron un cuadro de negación generalizada dado que “no hablaron de negación total sino de negación generalizada, que le impidió una representación psíquica de que estaba gestando y por lo tanto la adecuación psíquica para lo que es recibir el bebé, para prepararse para el parto, una conducta acorde, teniendo los controles, las vacunas, etc, o sea todo lo que se hace cuando uno percibe el embarazo y hace todos los controles necesarios para que el niño nazca bien. Todo eso no llegó al registro psíquico cuando expulsa al recién nacido, ese producto del embarazo lo expulsa como un objeto ajeno al ser, con el que ella no tiene vínculo alguno. ¿Por qué? Porque precisamente carece de registro psíquico de haber estado gestando y es una condición muy difícil de entender porque necesariamente en este tema influyen nuestras creencias personales respecto a lo que es el embarazo y el parto (...) Hemos tenido, las partes y los miembros del tribunal la oportunidad de preguntar en forma exhaustiva a cada uno de los peritos que han venido a declarar para (...) alcanzar una acabada comprensión del estado psíquico que podía haber atravesado la señora M. Todos ellos nos ilustraron sobre estos cuadros de negación generalizada del embarazo y han venido citando fuentes científicas y estadísticas hechas a lo largo de años en distintos países, incluso las guías médicas. Es un fenómeno real, que no se puede ignorar (...) estas revelaciones, entiendo que han desmoronado esas afirmaciones que se hicieron en forma generalizada en la instrucción sobre el conocimiento que la señora tenía de su estado que ocurrió esa mañana y su conducta frente al parto”.

Estos tramos de alegato resultan relevantes por dos razones. En primer lugar, es inocultable el déficit que implica desde el punto de vista del debido proceso que quienes investigan omitan la aplicación de la perspectiva de género desde los primeros momentos de su intervención. Precisamente por los

65. El caso fue públicamente conocido gracias a la militancia feminista organizada bajo el lema “Absolución para la China”, a los efectos de preservar su identidad durante el proceso y el juicio fue llevado ante el Tribunal Oral nro. 30 de la Ciudad de Buenos Aires bajo el registro “N°54615/2020”.

sesgos que puedan guiar las acusaciones, es particularmente imprescindible que estas dimensiones sean puestas en juego por las teorías del caso que elaboren las defensas a los efectos que de concurrir en los casos sometidos a su intervención profesional puedan ser debidamente consideradas en el análisis de los hechos. En segundo lugar, la fiscal del juicio conecta el peso de los prejuicios a la hora de configurar los escenarios fácticos sobre los que se debe decidir. El tipo de hechos que se ponen en discusión y los auxilios interdisciplinarios para comprender aquello que puede ser opacado por el peso de nuestra cultura, es un aspecto destacable del alegato.

Respecto del miedo, aun sin referir a un supuesto de etiología patológica, aquel puede tener distintas intensidades: “prudencia y retraimiento; concentración y cautela; aprehensión y alarma; ansiedad y angustia; pánico y, por último, terror (...). Desde el nivel de angustia y ansiedad debe analizarse la posibilidad de una perturbación suficientemente grave de la conciencia, pero puede suceder también que provoque una incapacidad de dolo y hasta una inconsciencia (ausencia de conducta). Esto se explica porque todo sujeto medianamente normal siente miedo frente a determinados estímulos y puede controlarlo hasta un límite, que no es igual para todas las personas, incluso frente al mismo estímulo” (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002:713).

En el caso Ruiz Rivera⁶⁶, fueron consideradas circunstancias de este tipo al analizar la culpabilidad, con referencias específicas al miedo como estado de terror y parálisis. En el caso se consideró el informe pericial que, en relación con el perfil de personalidad de la señora imputada, señaló que ella podía oscilar entre el terror y la parálisis hacia conductas actuadas, con fracaso de sus defensas básicas adaptativas. Aclaró que los estados de terror y parálisis deben entenderse como aquellos estados psíquicos, superiores al estado de temor o miedo. Refiere haber vivido este segundo parto como una repetición del primer parto de su hija, pero en la primera situación, contó con el apoyo de su hermana, y en esta segunda situación se encontraba sola.

66. TOCyC N.º 29 de la Capital Federal, Rivera Ruiz, Olidia, causa N.º 49964/2015, resuelta el 6 de noviembre de 2019 y CNACyC, sala IV, resuelta el 8 de octubre de 2015.

5.D) La importancia del historial de violencias.

Previamente se adelantó el problema de discriminación estructural que subyace en omitir toda consideración del contexto en el que ocurren casos como los que nos ocupan aquí.

Al considerar la culpabilidad, los abordajes tradicionales también omiten toda consideración sustancial de la perspectiva de género. Al respecto, se ha dicho que **“un análisis del principio de culpabilidad por el acto con perspectiva de género comprenderá que la violencia es un fenómeno que restringe la libertad y autonomía de las mujeres, en tanto tiene un fuerte impacto en la conducción del plan de vida. Esta situación fáctica está reconocida normativamente en el artículo 5 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer”** (Convención de Belém do Pará) (DGN, 2020: 67).

Esa apreciación puede ligarse en una adecuada defensa con consideraciones que se efectúan en el campo de la dogmática respecto del estado de necesidad disculpante (Art. 34 inc. 2 CP) y su relación con la reducción del ámbito de autodeterminación de las personas, haciendo jugar el peso del sometimiento a la violencia en ese cercenamiento y, por lo tanto, en la intensidad de la exigibilidad.

En esa misma posición, se ha señalado que “aunque no se verifique un amedrentamiento explícito o individualizado en una amenaza concreta, un contexto coactivo permanente y cíclico puede implicar el llamado “miedo insuperable”, desarrollado en contextos jurídicos extranjeros, pero reconocido localmente por vía jurisprudencial, asociado a la regulación normativa del estado de necesidad disculpante (...) se considera que el incumplimiento de las conductas de cuidado puede ser irreprochable cuando la mujer no tuvo la posibilidad de superar los condicionantes asociados a los contextos de violencia. También puede suceder que esos condicionamientos no anulen totalmente las posibilidades de realizar la conducta de protección debida, pero la restrinjan parcialmente, lo que permitiría, si no eliminar el reproche, al menos graduarlo para disminuirlo notablemente” (DGN, 2020:69). Tal como puede apreciarse en el caso Ruiz Rivera, anteriormente mencionado.

Inclusive como testigo, “la exposición a la violencia durante la niñez también puede provocar mayor predisposición a sufrir limitaciones sociales, emocionales y cognitivas durante toda la vida” (Pinheiro, 2006:14), así como dar lugar a comportamientos que causan enfermedades, lesiones y problemas sociales.

En el caso particular de los contextos de violencias por motivos de género, cabe destacar la postura de Walker (2009) quien en 1979 introduce el concepto de “síndrome de la mujer maltratada”, asentado en dos teorías: la indefensión aprendida y el ciclo de la violencia. La primera, producto de una exposición prolongada a situaciones de violencia a partir de lo cual los acontecimientos cotidianos se perciben como incontrolables y se aprende a comportarse de manera pasiva ante los problemas, por lo que pueden emerger distintos mecanismos de tipo adaptativos⁶⁷. En cuanto a la segunda, la autora hace referencia a un modelo cíclico de la violencia compuesto por fases: acumulación de tensión, explosión y arrepentimiento o luna de miel.

Lejos de incurrir en posturas reduccionistas que tienden a patologizar e individualizar las causas de este tipo de violencias, es importante contemplar además las barreras de tipo estructural y cultural que sostienen dicha ciclicidad.

Por otra parte, no pueden quedar ajenas al análisis de responsabilidad y reproche penal, las responsabilidades estatales frente a la persona con la que se toma contacto en tanto acusada, en relación con su estado de vulnerabilidad y más concretamente la situación de violencias respecto de las cuales la ley vigente establece obligaciones claras de prevención (cf. Ley N.º26.485).

Resulta útil el desarrollo del principio de corresponsabilidad con eje en la responsabilidad específica del Estado en tanto que: “el modo concreto en cómo ha tratado el Estado a esa persona y ha contribuido a forjar su vida, tiene una relación directa con los actos ilícitos, ya sea porque el Estado ha sido gravemente negligente en el trato a esa persona o la ha sometido a condiciones particulares de vida que han reducido de un modo manifiesto su capacidad de superar los condicionamientos normales(...) ello debe ser tomado en cuenta para discutir la

67. Algunos de los mecanismos que pueden emerger son: la negación, disociación, bloqueo de los afectos, paralización ante problemas, necesidad de huida, evitación, entre otros.

responsabilidad de esa persona(...). No alcanza acá con decir que el Estado tiene otro tipo de responsabilidad y obviar la influencia que ha tenido en el desarrollo de la biografía del sujeto que se pretende responsable (...). El principio de corresponsabilidad social actúa tanto en el nivel de la exclusión de ilicitud como en la determinación y graduación de la pena” (Binder, 2004: 280- 281).

Varios años después, en 2013, esa posición doctrinaria podemos encontrarla aplicada en el caso “K.S.N. y otros s/ recurso de casación”⁶⁸ en el voto del juez Alejandro Slokar con adhesión de la jueza Ángela Ledesma, en el que se trató, en lo que aquí interesa, un recurso interpuesto por la defensa de la Sra. S. condenada por el delito de abandono de persona agravado por el vínculo, en perjuicio de un niño, K. de tres años.

Los jueces resolvieron allí que: “La falta de intervención oportuna del Estado en favor de la protección de S., el “respeto” por la intimidad conyugal, ha abandonado a su suerte a los más débiles dentro de las relaciones de poder y sometimiento existentes en aquella familia. Fue de aquella omisión y fracaso estatal que derivó la muerte de K. de solo tres años (...). En el presente caso, los funcionarios estatales han omitido toda asistencia a una mujer que era víctima de violencia de género (...) más allá de lo consignado en lo atinente al dolo y la ausencia de prueba, la condena a S. sobre la base de un reproche fundado en que no pudo librarse de la relación violenta que padecía, con el fin de proteger a su hijo. Conociendo el comportamiento “poco tolerante” de su pareja- supone culpabilizar de manera inadmisibles a la mujer por una situación de violencia de la que ella misma es víctima y revictimizarla, descargando la responsabilidad de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres (Art. 7.b de la Convención Belém do Pará), que el Estado no asumió, a pesar de conocer la situación que originaba el deber de ponerle fin”.

En esa misma línea, el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (2016), en su informe “Perspectivas de género de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” llama la atención sobre este tema e insta a los Estados parte a revisar “las le-

68. “K.S.N. y otros s/ recurso de casación”, resuelto por la Sala II del Tribunal Federal de Casación Penal, el 21 de febrero de 2013.

yes, los procedimientos penales y las prácticas judiciales para que, al planificar y dictar las sentencias, se tengan plenamente en cuenta todas las circunstancias de las mujeres, como los antecedentes de abusos, los problemas de salud mental y abuso de sustancias adictivas, y las responsabilidades parentales y de cuidado de otras personas” (párr. 70 inc. d).

Es importante insistir en que, respecto de la totalidad de los niveles del caso, resulta indispensable reconstruir el contexto en el que se sitúan los acontecimientos y las circunstancias precedentes que atraviesa la persona que los protagoniza. Como se señaló previamente, estas cuestiones atinentes a la exigibilidad deben poder ponerse en juego tanto al discutir la tipicidad como el dolo, la culpabilidad y el monto de pena a imponer.

Sobre esto último, es importante rescatar que en la Regla nro. 61 de Bangkok se establece que: “Al condenar a las delincuentes, los tribunales tendrán la facultad de examinar atenuantes (...) teniendo en cuenta las responsabilidades de cuidado de otras personas de las interesadas y su situación particular”, algo que debe ponerse en relación con las pautas generales que fija el Código Penal a los efectos de la determinación de la pena.

También en ese sentido, debe tenerse presente que “muchas de las mujeres encarceladas lo están como consecuencia de situaciones previas de discriminación y exclusión en diversos niveles⁶⁹. Estas circunstancias no pueden ser desatendidas por los sistemas de justicia por razones de equidad, por lo que la consideración de los historiales de vida y las razones que las han conducido al delito deben ser cuidadosamente evaluadas cada vez que se decida sobre la necesidad de encarcelamiento de una mujer. De lo contrario, la acción de los sistemas judiciales no contribuirá –e incluso imposibilitará– a la superación de los fenómenos a menudo estructurales que las han llevado al delito” (AIDEF, 2015:47).

Además, el adecuado manejo de esta información es indispensable para confrontar proposiciones fácticas acusatorias estereotipadas. Pues, a partir de estas se propone inferir que hubo decisión criminal (Apartado 4) asignando a de-

69. Todos los casos relevados en este trabajo - Informe INECIP - Producto 1- están atravesados por múltiples discriminaciones.

terminadas conductas, explicaciones sin sustento más que el puro estereotipo. Esto maximiza el recurso que supone informar con auxilio interdisciplinar otras explicaciones posibles de cuestiones tales como el silencio, la aparente indolencia, la falta de determinación sobre el propio curso de la vida, entre otras.

Por ejemplo, la cuestión del “ocultamiento” valorado en perjuicio de las acusadas fue abordado por la CorteIDH en el caso “Manuela”: “esta Corte advierte que la motivación del tribunal demuestra que **los estereotipos de género se utilizaron para complementar la evidencia insuficiente con la que contaba**. En efecto, la sentencia que condenó a Manuela incurre en todos los prejuicios propios de un sistema patriarcal y resta todo valor a las motivaciones y circunstancias del hecho. Recrimina a Manuela como si ésta hubiese violado deberes considerados propios de su género (...) *Minimiza y desprecia la posible motivación de ocultar su supuesta falta para eludir la sanción de un medio tradicionalmente creado en valores androcéntricos*. Por ende, constituyó una violación del derecho a la presunción de inocencia, el derecho a ser juzgada por un tribunal imparcial, así como a la obligación de motivar las decisiones judiciales” (párr. 155)⁷⁰.

5.E) Sobre el apoyo de otras disciplinas: la importancia de la oportunidad, los métodos y la interdisciplina.

El Dr. Stola, en entrevista mantenida con el equipo de trabajo, señaló la importancia de historizar y de intervenir lo más pronto posible desde la ocurrencia del hecho, pues el transcurso del tiempo impacta en la información que proveen estas disciplinas. Lo mismo fue señalado en el caso “F.M.I.s/ recurso de casación”⁷¹, donde se casó la sentencia condenatoria en favor de M.I.F. al introducir atenuantes al supuesto de homicidio agravado por el vínculo, disminuyendo su pena de prisión perpetua a 10 diez años de prisión. En esta sentencia se problematizan, especialmente, las dificultades que conllevan las dilaciones en la realización de pericias:

70. El destacado nos pertenece.

71. “F.M.I.s/ recurso de casación” resuelto el 21 de junio de 2016, en el cual la Sala III del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires

“Poco aporta una pericia efectuada diez meses después que descarta alteraciones morbosas e insuficiencia de las facultades de F., puesto que en el caso tal dictamen se asemeja más a una fotografía que nos dice cómo se encontraba aquélla en ese momento, pero no si casi un año antes obró en un estado de psicosis puerperal. En efecto, aunque parezca una obviedad, el estado puerperal tiene un requisito ineludible que es un comenzar a nacer que por supuesto no estuvo presente al momento en que el perito psiquiatra doctor Ricardo A. Sokol entrevistó a la acusada. La psicosis puerperal es un período que se inicia después del nacimiento y puede durar hasta la primera menstruación de la madre. Durante ese lapso se producen alteraciones en la psiquis de la parturienta que hasta puede hacerle perder el sentido de la realidad”.

Este aspecto también fue señalado en el sentencia L.M.C⁷², cuando por unanimidad sostuvo: “sentado esto no es menor sobre el punto, el razonamiento errado llevado a cabo por el sentenciante [Tribunal de primera instancia], al valorar el informe psiquiátrico del Doctor Pablo Alejandro Bargueño, quien fue terminante al afirmar que la imputada no presenta signos ni síntomas compatibles con alienación mental y que de ser autora del hecho no han existido causales psicopatológicas que impidan una correcta comprensión de la criminalidad del acto ni impedir su accionar. Obsérvese que la pericia fue realizada sobre la persona de L. el día 9 de mayo de 2003, esto es, casi nueve meses después del hecho que ahora nos convoca.”

Por ejemplo, mencionó el Dr. Stola⁷³ que en un cuadro de estrés postraumático hay un gran porcentaje de signo-sintomatología que puede desaparecer rápido, incluso sin intervención terapéutica. De todos modos, hay otros síntomas que pueden cronificarse y que pueden derivar en afecciones físicas tales como trastornos en la piel, mucosas, trastornos de tipo digestivos, úlceras, carcinoma u otros (síntomas somáticos). Es interesante contemplar este factor, especialmente en aquellas intervenciones que suceden luego de pasado un tiempo de la ocurrencia del hecho.

72. L.M.C. s/ recurso de casación. Causa 24.744 de la ex Sala I, Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, resuelto el 16 de septiembre de 2011.

73. Conforme entrevista.

Por otra parte, tanto Gardiner como la licenciada Jorgelina Prémoli⁷⁴, en las conversaciones llevadas a cabo, señalaron la importancia de abordar la cuestión con entrevistas, con posibilidad de complementarlas con técnicas proyectivas, ya que permiten conocer cuáles son sus representaciones, con la posibilidad de usar técnicas gráficas u otras similares especialmente cuando la persona cuenta con escasos recursos de tipo lingüístico, por ausencia de estimulación u otros.

Prémoli también planteó⁷⁵ la riqueza de realizar entrevistas no sólo a la persona imputada, sino al entorno, y abordar la cuestión desde la interdisciplina incluyendo en el debate cuestiones propias de lo individual, familiar y colectivo.

Refuerza este aspecto, por su parte, Castex (2008), al señalar la importancia de la interdisciplina; la realización de entrevistas cuando la persona examinada se encuentre descansada; contemplar las relaciones vinculares, ya sean verticales, horizontales o transversales; así como una exhaustiva exploración de los factores causales, con causales, preexistentes, concurrentes y sobrevinientes que potencial o realmente han actuado sobre la psiquis de la persona en estudio.

Es imprescindible trabajar con personas que revisen los métodos, prácticas y conceptos habituales también con perspectiva de género (Godoy, s/d), puesto que la intervención especializada no está ajena a sesgos cognitivos prejuiciosos o fuertemente estereotipados, que podrían incidir tanto en los resultados como en las condiciones mismas de producción de las pericias y otras intervenciones. Por ejemplo, al momento de efectuar anamnesis, centrarse en preguntas relevantes conforme el hecho, evitar interrogaciones que trasladen generalizaciones prejuiciosas o discriminatorias, ignorar jerarquías o formas de opresión que puedan concurrir para un adecuado análisis, entre otras.

Al respecto, se recomienda “un abordaje fenomenológico en donde (...) debe excluirse, más que en otras situaciones periciales en donde se examina a autores de injustos menos severos, tanto el sesgo pasional como la adicción a la taxonomía estigmatizadora” (Castex, 2008: 155).

74. Licenciada en psicología, investigadora de FLACSO

75. Conforme entrevista.

En particular, en torno a la importancia de considerar historiales previos y contextos, no como meros datos biográficos sino como información relevante producida a partir de auxilios profesionales específicos con peso científico: “la perspectiva de género no implica un sesgo en la investigación criminalística; por el contrario, proporciona información que permite identificar de manera objetiva la presencia de indicios relacionados con un contexto de violencia de género no solo es posible y compatible, sino congruente con la metodología científica, ya que se trata de contar con el conocimiento previo y la capacidad analítica de identificar, reconocer y, en su caso, estudiar las evidencias físicas que comprueben la existencia de un contexto de violencia de género” (Romero Guerra, 2018:52, 84).

En esa línea, en la sentencia de Trapasso anteriormente nombrada, se hace mención a la pobreza del dictamen pericial realizada por el perito oficial, al señalar lo siguiente: “Sin embargo, no deja de sorprenderme la pobreza franciscana que ha de caracterizar (más bien aquejar) al dictamen presentado por el aludido médico forense, en el que se procuró zanjar una situación de dramática complejidad en prácticamente una hoja, en la que aspectos trascendentales en la vida de cualquier persona en general –y de toda mujer en particular– brillan por su ausencia. En efecto, no se consignan en él –aun cuando existe un capítulo denominado “BREVE HISTORIA CLÍNICA”– antecedentes por demás valiosos para evaluar correctamente a la examinada; a saber: a) el traumático abuso sufrido en su pubertad y cometido por su padre; b) el desamparo que ha debido sobrellevar en su primer embarazo, reeditado por completo en su segundo que se ha erigido, además, en una intensificación del estado de desamparo; c) la extrema vulnerabilidad por razones de género y de su pertenencia a los sectores más subalternos de nuestra sociedad; d) los mecanismos de negación del embarazo dada su falta de libidinización por ausencia del deseo de procrear nuevamente; e) las paupérrimas condiciones que rodearon al alumbramiento; f) el estado puerperal; g) la incidencia de éste en su patología de base; etc.”.

6.

La prueba pericial sobre el cadáver del recién nacido, las condiciones de realización y su peso probatorio⁷⁶.

76. El apartado, como se señaló en la introducción, está realizado con base en el documento técnico elaborado por el Dr. Delfín Delgado y con el aporte del trabajo de entrevistas, investigación y relevamiento bibliográfico realizado por el equipo de trabajo de INECIP. Todas las referencias bibliográficas médico – científicas están tomadas de ese informe del que aquí se tomaron extractos textuales.

6.A) Introducción

En todos los casos relevados en la presente investigación, las acusaciones se apoyaron o pretenden apoyarse en la autopsia fetal, con particular énfasis en el resultado de las pruebas de docimasia pulmonar a los efectos de determinar si el neonato nació vivo o muerto, si hubo vida independiente de la madre o no.

Tal como se reconoce en diversas fuentes que serán referidas a lo largo del trabajo, es frecuente encontrarse con que no es posible determinar el nacimiento con vida o no. Dada esa circunstancia, lo importante es que si del examen externo completo del cadáver, no surge una explicación clara de la muerte, esa incertidumbre conduce jurídicamente a descartar toda posibilidad de achacar el resultado muerte por imperio del principio de inocencia e in dubio pro reo.

La primera afirmación que permite hacer la medicina legal al respecto es que una investigación médico-legal completa, no siempre permite aclarar causa, modo y manera de la muerte. El resultado empeora notoriamente si la investigación fue incompleta. (Nijkamp et al, 2017; Siebert, 2009; Dapena, 1970; Meier et al, 1986).

Según Di Maio y Molina (2022): “en general, “¿nació vivo el bebé?” sigue siendo una discusión forense que debe abordarse con gran precaución. Aparte de un testigo del nacimiento con vida, no hay una prueba que pueda determinar de forma fiable si un infante nació vivo. En muchos casos no es posible responder definitivamente a esta pregunta y se debe asumir la muerte fetal debido a las posibles implicaciones legales de determinar que un bebé nació vivo” (Di Maio y Molina, 2022:290).

6.B) Lineamientos básicos sobre litigio y actividad pericial⁷⁷.

Estas dificultades que se señalan no se neutralizan con una defensa que se reduce a señalar las limitaciones del método, por más documentado que ese señalamiento sea. Independientemente de los puntos siguientes descritos para dar cuenta de lo problemáticas que resultan las pericias aludidas, en todos los procesos en que la acusación pretenda fundarse en medios probatorios de ese tipo, el control defensivo eficaz de la pericia exige proactividad en distintos niveles:

- a) Trabajo sobre antecedentes y credenciales de profesionales intervinientes respecto del tipo de informe que producen (ver apartado 6.g).
- b) Controversias posibles en torno a los métodos, con especial atención a los márgenes de falibilidad o error que exhiben aquellos que fueron utilizados.
- c) Reconocimiento de la bibliografía utilizada y sus posibles contrapuntos.
- d) Condiciones de realización de las medidas periciales.
- e) Conclusiones a las que arriban, carácter de ellas (provisorias o definitivas) y términos con las que se expresan. Respecto de esto último, la vigilancia debe estar puesta tanto en la posibilidad de controvertir la correlación entre la información técnica y lo que se concluye como sesgos, prejuicios o estereotipos discriminatorios en la forma de presentación de los resultados⁷⁸.

Toda esa actividad no puede ser encarada por la Defensa sin asistencia técnica suficiente para que la confrontación de la información aportada por la fiscalía tenga como contrapeso aquella producida por la propia parte, no limitándose a la mera confrontación porque ello: “presenta una dificultad mayor, que consiste en que las preguntas que realizaremos serán efectuadas sobre un terreno sobre el que no tenemos dominio (...) con la enorme posibilidad de que el perito pueda escaparse, a través de sus opiniones personales o profesionales” (Rua, G., 2014: 136).

Debe considerarse que, si bien esas impugnaciones deben producirse desde el primer momento de contacto con el caso -ya que refieren a debates sobre la tipicidad que se ponen en juego al momento de discutir cautelares a las que se

77. Estas condiciones de trabajo con pericias no se limitan a profesionales de la salud. También peritos y personas convocadas como testigos expertos reclaman este nivel de trabajo.

78. La información producida por otros operadores también debe ser sometida a escrutinios como los sugeridos en el apartado 4.

recurre casi como rutina, dados los altos montos penales en abstracto-, el escenario de máxima confrontación es el juicio oral. Este, conforme la regulación procesal vigente en la Provincia, puede ser un juicio ante jurados populares que, a diferencia de la judicatura técnica, carecen de contacto rutinario con ese tipo de informaciones y de acceso a la documentación del caso antes de decidir.

Desde esa perspectiva, **la tarea de la defensa debe estar dirigida a producir esclarecimiento respecto de qué prejuicios, sesgos o insolencias pueden estar sosteniendo informaciones que suelen gozar de presunción de seriedad por las fuentes de producción**, para producir información que permita a quién tiene que decidir sopesar y valorar en mejores decisiones.

Por eso, “en el caso de los peritos, los litigantes deben tener claro que deben pedir explicaciones cada vez que sea necesario (*explique cómo llegó a esa conclusión, aclare en palabras sencillas eso que acaba de decir, etc.*)” (Lorenzo, L. 2015: 188).

Apoyándonos en la sistematización de líneas de trabajo que proponen A. Baytelman y M. Duce (2004) una buena defensa debe trabajar sobre:

- 1) **Las credenciales profesionales de quienes peritan.** Se asume que no todo médico es forense y no todo forense es profesionalmente idóneo para todo tipo de pericias, para conocer las posiciones habituales, y para hacer de este punto un aspecto relevante del litigio en la medida que lo amerite (y no un mero trámite burocrático).
- 2) **Considerar intervenciones previas que pudieran ilustrar sobre sesgos, prejuicios o deficiencias** recurrentes en la intervención pericial.
- 3) Discutir el método y las condiciones de control para reducir errores.
- 4) Trabajar en las conclusiones a las que arriba.

Desde ya, esto no significa que en todos los casos deban abordarse las cuatro líneas que aquí se exponen.

Como contrapartida la defensa debe cubrir en sus exámenes directos esos mismos niveles, a los efectos de reducir las posibilidades de impugnación de

la contraparte. Las preguntas básicas -atravesada la acreditación de competencias que lo califican como perito y explican la pertinencia de su presencia en el caso- deben ser sencillas: ¿Qué hizo? ¿Cómo lo hizo? ¿A qué conclusiones llegó? Evitar siempre la complejidad tanto como extender los ámbitos de incumbencia desde los cuáles son interrogados o, según el caso, contrainterrogados (cf. Lorenzo L., 2015)

6.C) Los severos problemas de las pruebas de la docimasia hidrostática para sostener una acusación.

La docimasia hidrostática, que es la más frecuentemente utilizada en estos casos, conocida como “docimasia hidrostática de Galeno”⁷⁹, ya era criticada en antiguos tratados médicos por su baja confiabilidad y la posibilidad de errores⁸⁰ (Cf. *The London Medical and Surgical Journal*. N°:157, 1835; Delafield, 1872; Brouardel, 1897; Randolph, 1901; Crawford, 1994; Moar, 1997; Byard, 2010; Tardieu, 1883) en cuanto a su posibilidad de acreditar actividad pulmonar (falso positivo) tanto como la posibilidad de descartar que la hubiera habido (falso negativo): “los pulmones de los nacidos vivos, incluso de los que se sabe que viven durante días, pueden hundirse, y los que flotan no son necesariamente los de los niños nacidos vivos” (Polson C, Gee D, Knight B, 1985)

Hay autores que señalan, desde hace siglos, que **la prueba hidrostática pulmonar tiene un valor limitado, independientemente de las modificaciones que se le hagan y, en el mejor de los casos, puede ser un indicador sugerente pero nunca una prueba definitiva en sí misma del nacimiento con vida. Cuando existe flotación de las piezas periciadas, hay alguna**

79. Al respecto, se ha señalado “la imposibilidad de cotejar con alguna fuente concreta el conocimiento atribuido a Galeno de la docimasia pulmonar hidrostática; y que los textos más amplios y reconocidos sobre él y su obra, tampoco permiten rechazar categóricamente el aserto. Además, paradójicamente, las referencias históricas relacionadas con la mencionada docimasia en los textos de Medicina Legal no menciona el holandés Jan Swammerdam, quien habría sido el que la describió y la fundamentó”, ver en Sánchez y Berra, 2014: 90.

80. Según el sitio de noticias “Factum” de El Salvador “La magistrada presidenta de la Sala de lo Penal, Doris Luz Rivas, también presidenta del consejo directivo de Medicina Legal, reconoce los errores del pasado y las deudas pendientes para mejorar la prueba científica, por eso no descarta que la docimasia hidrostática pueda ser eliminada para lograr que el trabajo de la institución forense de sea más objetivo y útil para la administración de justicia del El Salvador”, disponible en <https://www.revistafactum.com/madresasesinas/index.html%3Fp=490.html>

posibilidad de probar “la presencia de aire en los pulmones, pero no el acto de la respiración” (Tardieu, 1885:44).

Otros autores consideran que la prueba de flotación de los pulmones tiene un valor limitado y sólo debe usarse como un “indicador sugerente” (Saukko y Knight, 2016), en vista de los muchos posibles resultados falsos positivos y falsos negativos que pueden obtenerse cuando la prueba se administra de forma incorrecta o en las circunstancias equivocadas (Byard, 2004; Collins y Byard, 2015).

También con base en los trabajos de Byard, Innocence Project cuestionó la eficacia de estas pruebas en su presentación en calidad de *amicus curiae* ante la Suprema Corte de Justicia de Tucumán en el caso “Belén”⁸¹, al argumentar que en el caso hubiera sido determinante la prueba en cuestión: “sé que la autopsia forense solo realizó el estudio de docimasia hidrostática. Sobre dicho estudio, la más actualizada doctrina ha destacado que la docimasia hidrostática pulmonar es una prueba poco fiable para determinar si el feto nació vivo, en tanto circunstancias tales como la insuflación previa o el paso del tiempo, las condiciones de preservación y las condiciones del ambiente pueden incidir en el proceso de putrefacción gaseosa del cuerpo alterando el resultado de la prueba. En relación a ello, la ciencia señala la existencia de otros peritajes que sirven para determinar con mayor precisión si el feto nació con vida, entre los que se enumeran el examen microscópico sobre la reacción vital del cordón umbilical y la docimasia sobre otros órganos como el oído o el estómago, ninguno de los cuales se llevó a cabo” (Innocence Project, 2016: 20)⁸².

Desde el punto de vista del cuestionamiento por el escaso rigor científico y el carácter obsoleto de estas pruebas, **existen muchas referencias serias a que en esta prueba se producen falsos positivos y falsos negativos a veces inexplicables** (Moar, J. 1997; Grobe Ostendorf, A., Rothschild, M. y Banaska, S. 2013). Incluso se han reportado variaciones del resultado en el mismo día (Tardieu, 1885).

Entre otros aspectos que pueden incidir se encuentran:

81. Referido en el apartado 3 de este trabajo.

82. En la misma línea, para México y El Salvador, puede verse Maternidad o castigo, GIRE, 2018.

a) La putrefacción

Uno de los problemas más recurrentes que enfrentan los patólogos es que la mayoría de los cuerpos se encuentran en estado de putrefacción, lo cual afecta directamente el resultado de la docimasia⁸³. El más mínimo grado de descomposición post-mortem niega inmediatamente cualquier interpretación de la prueba de flotación. Incluso cuando la putrefacción con formación de gas todavía no es aparente a la vista, una ligera descomposición comenzará a producir gas en una escala microscópica en el segundo día si no hay refrigeración en ambientes templados, y mucho antes en climas cálidos.

En el mismo sentido, la Dra. Manzano afirma que esta docimasia sólo es relevante si el parto ocurrió apenas unas horas antes ya que si hay un grado mínimo de putrefacción, se vuelve imprecisa.⁸⁴ Además, el tejido pulmonar de un bebé con neumonía, atelectasia o descomposición puede dar un resultado falso (Parmentier, 1962; Ham, 1950).

En el caso “V.M del C. s/ homicidio calificado”⁸⁵, se puntualiza que “en los fetos que no han respirado, que nacieron muertos, la putrefacción empieza por gérmenes que ingresan desde afuera por boca y nariz”.

b) La manipulación post mortem

La manipulación post-mortem, también ha sido señalada por generar posibilidades de ingreso de aire en los pulmones del feto. Un texto clásico de la histopatología forense cita: “Incluso en niños no nacidos, extraídos muertos del útero de la madre muerta, se pudo detectar una infiltración parcial de aire en los pulmones” (Meixner, 1926; Janssen, 1977).

Entre esas circunstancias deben ser especialmente atendidas las maniobras de reanimación que pueda haber efectuado la persona gestante al momento en que se desencadenó el parto u otras que le asistan⁸⁶.

83. Esto también fue aseverado en entrevista con el Dr. Jorge Herbstein, integrante del Cuerpo Médico Forense dependiente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fecha 20 de septiembre de 2022.

84. Conforme entrevista con Stella Maris Manzano en fecha 14 de junio de 2022. Médica Obstetra y forense.

85. V.M del C. s/ homicidio calificado” resuelto por el superior tribunal de justicia de Corrientes, en fecha 26 de abril de 2013

86. Conforme Entrevista con Dr. Jorge Herbstein, integrante del Cuerpo Médico Forense dependiente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fecha 20 de septiembre de 2022.

Dado su uso extendido, aún con estas debilidades reconocidas, no cualquier forma de ejecución de la prueba resulta válida. En efecto, no pueden obviarse los cinco pasos exigidos por los protocolos vigentes. Así en el caso “V.M del C. s/ homicidio calificado” antes nombrado, la prueba debida o docimasia hidrostática -la cual no es determinante de vitalidad-, es realizada en forma defectuosa e incompleta en los tres primeros tiempos y se omiten los últimos dos tiempos.

6.D) Sobre los estudios complementarios.

Existe unanimidad entre las personas entrevistadas⁸⁷ acerca de que la docimasia pulmonar requiere histopatología de todos los órganos con remisión completa de encéfalo, corazón, pulmones, riñones, hígado, páncreas, timo, tiroides, bazo, testículos u ovarios y útero, placenta y cordón umbilical⁸⁸. (Langston et al, 1977; Neri et al, 2009).

En relación a los estudios histopatológicos en el precedente citado, el Tribunal Superior de Justicia de Corrientes -basado en un informe profesional producido con posterioridad a la condena, confrontando la prueba pericial producida por el médico policial que terminó con una condena perpetua luego revocada⁸⁹ por la decisión que aquí se cita-, estableció que estos estudios “constituyen un elemento auxiliar de diagnóstico de suma importancia, que brinda un excelente aporte en tres cuestiones diagnósticas: 1) confirmación de lesiones. 2) Detección de alteraciones con expresiones morfológicas que deben ser investigadas únicamente a través de la visión microscópica y 3) puede establecer la vitalidad de las lesiones”.

87. Dr. Leonardo Saccomano cf. entrevista de fecha 10 de junio de 2022, Dr. Jorge Herstein Cf entrevista de fecha 20 de septiembre de 2022, Dra. Stella Maris Manzano Cf entrevista en fecha 14 de junio de 2022.

88. C. Dr. Jorge Herstein en entrevista de fecha 20 de septiembre de 2022 y por Stella Maris Manzano Cf. entrevista 14 de junio de 2022.

89. El caso generó responsabilidad estatal y la mujer injustamente condenada debió ser indemnizada conforme lo resuelto en “V. M. del C y C. A c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contenciosa administrativa (daños y perjuicios), resuelta el 19 de noviembre de 2019, Juzgado Contencioso Administrativo N. ° 2 de Corrientes. Además de una condena fundada en prueba mal producida, V. M pasó 13 años privada de su libertad.

Concretamente el Dr. Jorge Herstein⁹⁰ refirió que, a pesar de tener una docimasia positiva, no se puede concluir la autopsia hasta tanto se analicen los resultados de estudios complementarios⁹¹, los cuales deberían hacerse siempre.

El Dr. Leonardo Saccomano en su informe del caso “J., D.S s/abandono de persona seguida de muerte agravado por ser contra su hijo”⁹², puntualiza que “debe procederse cuidadosamente en la interpretación de la docimasia, y corroborar los resultados con el estudio histológico”.

No obstante ello, se encuentra en discusión incluso que la docimasias acompañadas de estudios microscópico de los pulmones sean contundentes respecto del nacimiento vivo o no: “En esos casos se suponía que si los alvéolos estaban colapsados, el niño no había respirado y en cambio, si estaban completa y uniformemente distendidos (presumiblemente por aire), entonces el niño obviamente había respirado, pero según este mismo trabajo, el examen microscópico es aún más inexacto que la prueba hidrostática. Uno de los autores, tuvo el caso de un niño muerto 10 horas intraútero que, en el examen microscópico de los pulmones, mostró una distensión uniforme de todos los alvéolos, lo que es consistente con un niño que ha respirado durante varias horas” (Di Maio y Molina, 2022: 290).

En el mismo sentido, en el mencionado fallo “V.M del C. s/ homicidio calificado” se concluye: “Para que un pulmón flote porque el feto respiró deben existir alvéolos pulmonares indemnes, visibles al microscopio cuando se envían las muestras para estudio histopatológico, y si la histopatología no lo puede determinar, quiere decir que, si flotaron, fue por la presencia de gas producido por gérmenes anaeróbicos”.

Por todas estas razones, en experiencias comparadas se ha establecido que “a menos que el patólogo tenga criterios incontrovertibles de supervivencia posnatal (pulmones bien dilatados, comida en el estómago o reacción vital en el muñón del cordón umbilical) está legalmente obligado a no diagnosticar

90. Conforme entrevista realizada

91. El destacado nos pertenece.

92. “J., D.S s/abandono de persona seguida de muerte agravado por ser contra su hijo” del tribunal en lo criminal N. ° 6 del departamento judicial de San Martín, provincia de Buenos Aires, de fecha 18 de agosto de 2022

nacido vivo. Muchos tribunales han impulsado esta proposición hasta el punto de que se le ha dado al estado la carga de probar que el bebé nació vivo más allá de cualquier duda posible, en lugar de más allá de toda duda razonable, siendo esta última el nivel de prueba general requerido en un proceso penal” (Adelson, 1974:87).

Esto resulta extremadamente importante ya que es el Estado responsable de la acusación quien tiene que descartar la información si existe duda razonable en torno a que el nacimiento haya sido con vida.

Todos estos aspectos han sido receptados por la jurisprudencia local en el caso “V.M del C. s/ homicidio calificado”⁹³ en el cual se cuestiona la autopsia fetal a través de un informe médico experto. Allí el tribunal refiere que “los mayores problemas de la medicina legal consisten en establecer si el recién nacido, nació con vida o sin ella, destacando que para llegar a un diagnóstico preciso en muchos casos se necesitan varias pruebas complementarias”.

En el reciente fallo “J., D.S s/abandono de persona seguida de muerte agravado por ser contra su hijo”⁹⁴, se señala que la médica patóloga “no informa “niña nacida con vida” y eso es así porque una niña nacida sin vida con una muerte por sufrimiento fetal agudo en el canal del parto muestra los mismos hallazgos macroscópicos y microscópicos de los descritos en este caso. Si la niña nació muerta por sufrimiento fetal agudo en el canal del parto o si falleció luego de nacer con vida, los hallazgos para estimar el intervalo post mortal serían los mismos y la referencia que se hace en el informe de autopsia no diferirá”⁹⁵ por lo que el tribunal concluye, referenciando el informe del Dr. Saccomano que “la sola prueba hidrostática o prueba de flotación no es válida para realizar una condena en los partos no atendidos por personal de salud”.

93. “V.M del C. s/ homicidio calificado” resuelto por el superior tribunal de justicia de Corrientes, en fecha 26 de abril de 2013.

94. “J., D.S s/abandono de persona seguida de muerte agravado por ser contra su hijo” del tribunal en lo criminal N. ° 6 del departamento judicial de San Martín, provincia de Buenos Aires, de fecha 18 de Agosto de 2022

95. Se hace referencia al informe del Dr. Leonardo Saccomano, citado previamente.

CUADRO SÍNTESIS	
FALSO POSITIVO	FALSO NEGATIVO
Cadáver en putrefacción algo que no siempre se reconoce a simple vista	Membrana hialina.
El feto puede haber respirado en el canal del parto, algunas veces y luego morir en ese sitio o inmediatamente luego de la expulsión.	Neumonía.
Si el feto ha sufrido maniobras, por ejemplo, compresiones torácicas (reanimación, acción externa de maquinaria u objetos).	Aspiración de líquido amniótico.
Broncoaspiración de Unto Sebáceo (en el Útero).	Acción del calor o fuego que destruye el tejido pulmonar, en un niño nacido vivo.
El congelamiento está descrito que hace flotar los pulmones.	Putrefacción muy avanzada.

6.E) Otras consideraciones para el adecuado control de la actividad pericial de autopsia.

| La escena del parto y la escena del hallazgo del cadáver

Ahora bien, con independencia de las limitaciones severas sobre la prueba de docimasia, existen otros elementos relevantes para considerar al momento de controlar la realización de una investigación médico-legal completa ante el hallazgo de un cadáver. Además del examen del cuerpo, se debe examinar el sitio de hallazgo y de nacimiento si fueran distintos, registrar su estado, tratar de evitar maniobras o movimientos antes de su examen médico.

Los autores Lossetti, Trezza y Patito (2005), en su trabajo referido por prácticamente todas las fuentes consultadas, afirman: “el cadáver del recién nacido, a partir del momento de la muerte, experimenta una gran cantidad de modificaciones debido a los factores externos (humedad, temperatura) e internos. Por esta razón, su evaluación carece de relevancia médico legal y de impor-

tancia práctica, si los datos recogidos mediante la observación del cadáver no se correlacionan con esas variables. El diagnóstico (...) deberá hacerse en cada caso, en particular y teniendo en consideración las circunstancias en que fue hallado, la causa de la muerte y los hallazgos de autopsia macroscópicos y microscópicos.” (Lossetti et al 2005:33)

Respecto del lugar de nacimiento es importante tener presente que distintas fuentes coinciden en que la mortalidad fetal y del recién nacido es más alta en partos domiciliarios, sin atención profesional (médico y/u obstétrica). (Snowden et al, 2015; Khanam et al, 2018; Way et al, 2022; UNICEF, 2018; BMJ, 1996). De hallarse la placenta, debe ser recolectada y preservada para futuros estudios realizados en busca de indicios de la posible existencia de enfermedades que llevan a la muerte neonatal (hematoma placentario, gestosis gravídica, entre otros)⁹⁶.

En este sentido, la Dra. Adriana Álvarez⁹⁷ refiere que, para asistir un parto, se tienen que tener en cuenta las “Condiciones Obstétricas y Neonatales Esenciales -CONE-”⁹⁸ que refieren a la relevancia del lugar del parto, si hay disponible sangre segura y una persona profesional de la neonatología. Asimismo, refiere que la emergencia obstétrica no da tiempo para asegurar esas condiciones y que también es una posibilidad que el parto mismo se haya provocado por muerte fetal intrauterina.

Lo mismo sucede con el entorno, pueden encontrarse lesiones relacionadas al medio ambiente (tafonomía), animales depredadores, entre otros factores. Además, la temperatura ambiente del sitio de hallazgo sirve para evaluar el posible estado de descomposición, algo sumamente útil considerando el impacto en los resultados de la docimasia.

El sitio en que se halle el cuerpo debe ser preservado y tratado como la escena de un crimen porque existe la posibilidad de conectar hallazgos en la escena. En el lugar del nacimiento puede haber indicios -por ejemplo, man-

96. Cf. entrevista realizada en fecha 14 de junio de 2022, médica obstetra y forense Stella Maris Marzano.

97. Conforme entrevista realizada en fecha 30 de junio de 2022, médica tocoginecóloga, integrante de Mujeres por Mujeres.

98. Cf. Resolución 670/2019, MINSAL, publicadas en Boletín Oficial del 15 de abril de 2019.

chas de sangre, meconio, vómito, telas embebidas con sangre, otros residuos biológicos, xenobióticos, medicación- cuyo valor sólo puede ser reconocido por una persona profesional con entrenamiento en medicina legal.

La conformación del sitio del nacimiento con sus medidas y condiciones generales es de utilidad: “debe establecerse una cuidadosa correlación clínico-patológica y por lo tanto se recomienda la investigación de la escena en todos los casos” (Cohen, 2018:453).

Hay tres reglas fundamentales en el momento de ejecutar la autopsia (necropsia), que la persona designada como perito no puede ni debe obviar y que son: completa, metódica e ilustrada. (Vásquez Fanego, 2000; Roussy y Ameuille, 1910)

Completa: debe observarse absolutamente todo, aun cuando no se presente algo digno de mención. Todas las cavidades deben abrirse (cráneo, cuello, tórax, abdomen y, a veces, canal medular u otros). En general, el cráneo debe ser abierto en primer lugar, para evitar los artefactos de congestión en el cuello, sobre todo si el cadáver ha permanecido en decúbito prono (boca abajo) de manera prolongada. (Spitz y Fisher, 1983; Saukko y Knigth, 2016; Finkbeiner, 2016). Hay que disecar todos los órganos y vísceras, describir su tamaño y peso y fotografiarlos. En autopsia fetal, examen de cordón y placenta. Luego tomar muestras y enviar a estudios.

Metódica: todos los métodos son buenos, la o el profesional puede adoptar aquel que le resulte más práctico, lo importante es ser siempre fiel al mismo o utilizar el más adecuado a casos especiales.

Ilustrada: con dibujos, fotos, filmación, esquemas. Esto es muy importante no sólo como demostración de los hallazgos, sino porque permite también la revisión por otras personas interesadas y/o la revisión por pares (*peer review*). Las fotos digitales son susceptibles de ser aumentadas a 900%, por lo que a veces permiten apreciar hallazgos de importancia, que el ojo desnudo no logra captar (Patitó et al, 2000; Roussy y Ameuille, 1910; Gradwhol’s Legal Medicine, 1968; Bonnet, 1980; Scendoni et al, 2001; Henham y Lee, 1994; Rost y Wittig, 2014; Maiese et al, 2022; Knigth, 2016; Lyon, 2004; Sims et al, 2013; Jones, 2022; Kariyawasam, 2016).

Recientemente, el Tribunal de Juicio de la 2ª Circunscripción Judicial de Goya, Corrientes, absolvió a la condenada en los autos “V.,A.C. s/ homicidio doblemente calificado por el vínculo y por alevosía”⁹⁹ en donde se juzgaba a una joven que había sufrido una emergencia obstétrica. Se afirmó que “la competitividad de una pericia, la posibilidad de ser revisada y su autosuficiencia, son importantes para valorar y pesar su magnitud y entidad probatoria” sino “se afectaría el derecho de la defensa”.

El tribunal hace hincapié en relación al agotamiento de los pasos, ya que sólo con todos los pasos haría sentido la discusión sobre “la idoneidad en sí misma del método (aunque requiere complementariedad o confirmación, según la postura que se sostenga); y si, fundamentalmente, en el caso concreto era esencial para establecer el nacimiento con vida o no, y de ello dependía la existencia, o no, de un sujeto pasivo; o sea de si había o no, delito”.¹⁰⁰

La temperatura ambiente del sitio sirve para evaluar el posible estado de descomposición. También debe registrarse la temperatura rectal del feto. El cuerpo con y sin vestimenta debe ser fotografiado y/o filmado y examinado enteramente por el exterior, de manera tal de excluir luego posibles lesiones que ocurran durante el transporte a la morgue judicial. La Dra. Stella Maris Manzano refiere que las fotografías no sólo deben ser tomadas previo a la autopsia (cómo se encontró) sino también luego de ser limpiado y en cada fase de la autopsia.¹⁰¹

| La importancia de determinar la edad gestacional

El Dr. Jorge Herstein¹⁰², conforme entrevista realizada, agregó que también es relevante determinar la edad gestacional del feto a través del estudio de signos de maduración fetal –macroscópicas y microscópicas- como ser: medidas antropométricas (diámetros cefálicos, pie, abdomen); signo de Beclard (parte inferior del fémur, seccionar el cartílago) y signo de Billard (signos dentales).

99. “V.,A.C. s/ homicidio doblemente calificado por el vínculo y por alevosía”, Tribunal de Juicio de la 2ª Circunscripción Judicial, de Goya, Corrientes, resuelto el 5 de agosto de 2022

100. Tribunal de Juicio de la 2ª Circunscripción Judicial de Goya, Corrientes, absolvió a la condenada en los autos “V.,A.C. s/ homicidio doblemente calificado por el vínculo y por alevosía”

101. Conforme entrevista realizada en fecha 14 de junio de 2022, médica obstetra y forense.

102. Cf. entrevista realizada en fecha 20 de septiembre de 2022, médico tanatólogo del cuerpo médico forense de la CSJN.

La sentencia del Superior Tribunal de Corrientes, al respecto, estableció como un déficit de la investigación que con respecto a la edad gestacional y antropometría, sólo se refiere a la talla céfalo talón y el peso “pero no existen datos de la talla céfalo caudal y perímetros cefálicos y torácicos” que son datos antropométricos básicos para evaluar la edad fetal. Ello es relevante ya que si “el feto pesa más de 4 kilos se proporciona como dato de morbilidad fetal superior al 50%, en los partos domiciliarios (...) La antropometría fue incompleta y no se evaluó correctamente destacando la importancia del caso por tratarse de un feto macrosómico”.

6.F) La realización de estudios auxiliares.

En más del 30% de las autopsias, la causa de muerte no es accesible al examen con el ojo desnudo (macroscopía) y a veces tampoco se puede ver con microscopía (causas moleculares, químicas o fisiopatológicas), por lo tanto, siempre será necesario realizar todos los estudios auxiliares que sean necesarios (Virchow,1893; Madea,2009;Weber et al,2008;Gilbert-Barness y Debich-Spicer, 2005; Valdes-Dapena y Huff, 1983; Pinneri y Matshes, 2017; Hutchins et al, 1999; Vásquez Fanego, 2000; Royal College of Pathologists, 2002; Council of Europe, 2004).

La autopsia se complementa con los métodos auxiliares como laboratorio bioquímico, genético y anatomía patológica (Virchow, 1893; Vásquez Fanego, 2000; Mueller et al, 1983; Royal College of Pathologists, 2002; Council of Europe, 2004) entre otros. A estos últimos nos referimos previamente. Además, un análisis exhaustivo requiere:

- a) Estudio de bacteriología postmortem.
- b) Estudio genético (cariotipo, ADN, etc.)¹⁰³.
- c) Estudio de anomalías metabólicas fetales.
- d) En caso de sospecha de muerte por sumersión en medio líquido: estudio de la existencia de plancton (diatomeas) en médula ósea, riñón y cerebro

103. Conforme entrevista realizada en fecha 14 de junio de 2022, la Dra. Stella Maris Manzano también resalta la importancia de los estudios genéticos.

del feto y comparativo con el líquido en el que se supone se produjo la su-
mersión o inmersión (Mason, 1989; Virchow, 1893; Royal College of Patho-
logists, 2002; Council of Europe, 2004; Wright et al, 1998; Kaveh et al, 2002;
Raffo, 2002; Patitó et al, 2005; Lossetti et al, 2005; Man, 2016; Madea, 2014;
Armstrong y Erskine, 2018; Knight y Saukko, 2003; Pinneri y Matshes, 2017;
Bove, 1997; Langston et al, 1997; Saukko y Knighth, 2016).

Luego de un examen externo completo y tal vez la toma de algunas mues-
tras (sangre, orina, saliva, entre otras) el cuerpo debe preservarse en frío,
hasta poder conocer los antecedentes del embarazo y parto -por ejemplo,
la hipertensión asociada a la preeclampsia o la hipovolemia, que es la pér-
dida de un alto volumen de sangre en muy poco tiempo, es muy probable
desde el segundo trimestre en adelante, se puede cuantificar clínicamente y
hay que consignarlo en la atención de la emergencia porque suele acarrear
pérdida de consciencia y desmayo¹⁰⁴-, así como historia clínica filial (enfer-
medades infecciosas, hereditarias, otras) cuando ello fuera posible, tanto en
términos de su existencia como en relación con las condiciones de acceso a
esa información, según se analizó en el apartado 3 de este documento.

Se consideran estudios relevantes en el marco de una autopsia fetal los
siguientes:

- 1- Estudio radiológico esquelético¹⁰⁵ (si se dispone, TAC o resonancia nuclear
magnética de cuerpo entero, cf. Mazuchowski et al, 2017).
- 2- Biopsia de piel para cultivo de fibroblastos y análisis de enzimas. El te-
jido gonadal o la fascia lata son útiles alternativas a la piel. La membrana
amniótica o placa coriónica (placenta) se utilizan en presencia de autólisis
(descomposición). La muestra debe colocarse en medio de cultivo a 4°C, si
se le desprende la piel, además de los supuestos de putrefacción, puede
ocurrir que el feto estaba muerto en el útero hace tiempo.¹⁰⁶
- 3- Conservar muestras de orina, líquido cefalorraquídeo, bilis y plasma (al-
macenar a -70°C) para ácidos orgánicos, aminoácidos, acilcarnitinas.
- 4- Frotis de sangre periférica para evaluar la presencia de linfocitos vacuo-
lados. Por ejemplo, sepsis.

104. Entrevista de fecha 14 de junio de 2022, con Adriana Álvarez, médica tocoginecóloga, integrante de Mujeres por Mujeres.

105. También mencionada como muy relevante por Stella Maris Manzano en la entrevista.

106. La última afirmación se desprende de la entrevista con Stella Maris Manzano en fecha 14 de junio de 2022. médica obstetra y forense

- 5- La sangre debe conservarse en heparina y en fluoruro. El plasma debe separarse y almacenarse a -20°C .
- 6- Tomar muestras de la médula ósea para evaluar la presencia de células de almacenamiento (por ejemplo, enfermedad de Gaucher, mucopolisacaridosis).
- 7- Tomar muestras de cartílago y hueso (por ejemplo, mucopolisacaridosis).
- 8- Fijar el tejido en glutaraldehído para posible microscopía electrónica. Los tejidos adecuados incluyen hígado, riñón, cerebro, músculo y placenta.
- 9- Porciones de congelación instantánea de órganos no fijados en nitrógeno líquido y almacenar a -70°C (placenta, músculo, cerebro, hígado, bazo y riñón) para estudio de enzimas.
- 10- Cuando el nivel de sospecha de una enfermedad metabólica genética es bajo, los pasos 1, 2, 3 y 7 probablemente sean suficientes (Mazuchowski et al, 2017).
- 11- Tomar humor vítreo de cada ojo (Bundock y Corey, 2019).

El tribunal de Corrientes, en el fallo mencionado previamente “V. M del C. s/ homicidio calificado” con respecto a la radiografía de cuerpo entero, afirma: “como medida previa a la autopsia, se observa lo que se ha llamado prueba volumétrica: la cúpula diafragmática del nacido muerto está en nivel de 4ª a 5ª costilla, en cambio sí respiró, está a nivel de 6ª a 7ª costilla”.

Es importante insistir en que, en general, no se puede determinar la causa, modo y manera de la muerte antes de haber completado en su totalidad los protocolos de investigación, los cuales no se limitan a los cinco pasos mínimos exigidos para la docimasia sino a la realización de todos los estudios complementarios.

Dada la gravitación de estas informaciones en la discusión de medidas cautelares¹⁰⁷, la completud de los estudios debe ponerse en juego al momento de discutir el nexo entre el hecho y la persona, ya que la probabilidad exigida no se puede dar por satisfecha con estudios manifiestamente sujetos a los márgenes de error aquí señalados.

107. Ver apartado 7 en este documento.

6.G) ¿Quién debería realizar la autopsia?

Debería ser realizada por una persona profesional en patología forense pediátrica, de lo contrario, es muy posible que se produzcan errores con consecuencias legales importantes¹⁰⁸(Cohen, 2018; Cohen, 2010; Collins, 2014; Pinneri y Matshes, 2017). En su defecto, los resultados, deben consultarse con dicho profesional antes de informar a las autoridades (revisión por par).

Sin embargo, suelen ser realizadas por morgues policiales¹⁰⁹, sin recursos mínimos como balanzas apropiadas ni profesionales con capacitación para la tarea, como bien abordó el Tribunal Superior de Corrientes en la sentencia mencionada previamente.

108. En entrevistas con Stella Manzano, Leandro Saccomano y Jorge Herbstein fue unánime la opinión acerca de la carencia estructural de recursos humanos formados para realizar este tipo de autopsias.

109. Entrevista con el Dr. Jorge Herbstein en fecha 20 de septiembre de 2022, integrante del Cuerpo Médico Forense dependiente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.



7.

**Privación de libertad
y perspectiva de género.**

7.A) Introducción

La privación de libertad impacta de manera diferencial a las mujeres (cf. Reglas de Brasilia, 10.22), dado que “independientemente de la situación de riesgo en que ya se encuentran las personas privadas de libertad –derivada no sólo del contexto de subordinación frente al Estado sino también de las deplorables condiciones de detención que caracterizan las cárceles de la región–, aquellas pertenecientes a grupos en especial situación de riesgo y que se enfrentan a discriminación en libertad son más susceptibles de ser objeto de una discriminación indirecta. Ello, en atención a los riesgos desproporcionados e impactos diferenciados que enfrentan durante el encarcelamiento. Al respecto, en sus informes sobre prisión preventiva de 2012 y 2017, la Comisión ha señalado que el cúmulo de afectaciones derivadas del encierro impactan de forma mucho más intensa a personas pertenecientes a grupos en situación en vulnerabilidad, y que este impacto resulta aún más grave cuando dichas personas pertenecen a grupos económicamente en particular situación de riesgo, pues además son víctimas de otras formas de exclusión social” (CIDH, 2020, párr. 13).

A esas circunstancias se suma que, en muchos casos, el encarcelamiento afecta a su familia, en particular si tiene personas bajo su cuidado (DGN, 2015); algo que ocurre con bastante frecuencia en el caso de las mujeres (CELS, PGN, DGN, 2011).

Tal como refiere el CELS en el Informe elaborado en 2018: “diversos estudios desarrollados en nuestro país y en la región muestran el impacto emocional, social, sobre las condiciones de salud, escolaridad y económicas sobre los niños, niñas y adolescentes con madres prisionalizadas sobre los casos en los que las mujeres crían a sus hijos en situación de encierro. Debido a la ausencia de registros oficiales, se desconoce el número absoluto de niños y niñas afectadas” (CELS, 2018: 1).

Esta particular afectación que viven las mujeres encarceladas dio lugar al desarrollo de estándares, observaciones y recomendaciones en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), contenidas especialmente en las Reglas de Bangkok (ONU, 2010). La nro. 57 establece, en relación con las Reglas de Tokio (ONU, 1990), que ellas “servirán de orientación para la elaboración y puesta en práctica de respuestas apropiadas ante la delincuencia femenina. En el marco de los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, **se deberán elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena**¹¹⁰, concebidas específicamente para las mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas.”

Además, la mayoría de las mujeres se enfrenta a estereotipos producto del tipo de imputación que se les realiza, lo que profundiza las situaciones previas de discriminación y exclusión en diversos niveles para la vida intramuros. De hecho, respecto de la provincia de Buenos Aires en particular: “Quienes se encuentran vinculadas a delitos juzgados de mayor gravedad por las demás mujeres presas – homicidio calificado, agravado por el vínculo (madre-hijo/a) – son alojadas en un pabellón específico (...). Es la forma que tiene el S.P.B. de resguardarlas de posibles represalias que pueden sufrir por parte de otras detenidas” (Gasparín, 2017:20) y en relación con el penal de Batán: “el pabellón 3 es definido por el personal penitenciario como el de “refugiadas”; esto significa que el servicio penitenciario segrega en dicho pabellón a las presas que se encuentran detenidas por delitos como infanticidio y abuso sexual (suelen denominarlas las “infanto”), delitos que ni las propias castigadas ni el personal penitenciario evalúan como aceptables, y en este sentido también castigan” (Laitano y Nieto, 2017:300).

Esta consecuencia adicional refuerza el carácter aflictivo de la prisión en centros penitenciarios en estos casos, más gravosamente aún en el caso de personas no condenadas, pero inaceptable en todas las circunstancias.

Esto no debe ser tomado como un mero dato de la realidad carcelaria y sus dinámicas. Es útil recordar en este punto que la ley 26.485 de Protección Integral a la Mujeres en su Art. 6 reconoce como modalidad de violencia

110. El destacado nos pertenece.

institucional la ejercida por funcionarios y agentes pertenecientes a cualquier órgano público que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos reconocidos por ellas. Esas dinámicas de maltrato pueden estar siendo consentidas o toleradas por agentes estatales o bien administradas por ellos.

Por su parte, la CIDH (2017) ha dicho que “en particular en el abordaje de mujeres privadas de la libertad, la CIDH urge a los Estados a adoptar medidas diligentes con una perspectiva de género que tome en consideración la discriminación histórica y los estereotipos que han afectado a las mujeres y que han limitado de forma severa el ejercicio de sus derechos (...) Dicha perspectiva implica tomar en cuenta la situación especial de riesgo de violencia en todas sus manifestaciones” (párr. 199).

En otro orden, cuando la detención implica separación de hijas e hijos a cargo de la acusada, conforme explica el Informe “Mujeres Madres con Niños y Niñas en Contextos de Encierro” elaborado por la Defensoría del Pueblo de la provincia de Buenos Aires(s/d): “el encarcelamiento de la madre provoca la interrupción del vínculo filial con las hijas o hijos que superan los cuatro años de edad o con las hijas o hijos menores de esa edad que por diversas razones no permanecen junto con su madre en el establecimiento penitenciario. Pero, además, muchas veces repercute en el desmembramiento de la familia, pues por razones económicas, de responsabilidades o de organización, los hermanos pueden cesar también en la convivencia. Incluso, ante la ausencia de personas del entorno familiar que puedan asumir el cuidado de las niñas y niños, ellos pueden ser institucionalizados” (Defensoría del Pueblo de la Prov. de Buenos Aires s/d: 20).

En lo sucesivo, no avanzamos sobre los cuestionamientos dirigidos a la constitucionalidad de las restricciones para transitar el proceso en libertad, es decir, lo reglado en los Art. 169 inc. 1, 2 y 170 del CPPPBA porque excede largamente las especificidades de esta guía¹¹¹.

111. Es inabarcable la bibliografía y la jurisprudencia, una sistematización útil puede verse en CELS (2020) “Escrito Modelo - Solicita excarcelación para personas criminalizadas por abortos o eventos obstétricos”. Sin embargo, debe aclararse que la propuesta no contiene los criterios recientemente establecidos por la CorteIDH en el caso “Manuela vs. El Salvador” (2021), particularmente útil para el debate en este tipo de casos.

7.B) El sobregiro en la calificación provisoria y las privaciones de libertad durante el proceso.

Antes de avanzar sobre distintos aspectos a discutir desde un adecuado enfoque de género, resulta prioritario discutir la calificación y la forma en que las fiscalías pretenden vincular a la persona acusada al hecho, atendiendo especialmente el uso de información de mucho impacto -por ejemplo, informes médicos incompletos, certificados de defunción¹¹² o bien de afirmaciones basadas en prejuicios y estereotipos-. Debe discutirse la existencia de elementos de cargo genuinos para considerar el nexo entre la persona acusada y el hecho, remarcando que en ciertas circunstancias ya es posible advertir que se está ante una atribución objetiva de responsabilidad o bien ante el clásico ejercicio punitivo de detener para investigar.

Una investigación sesgada probablemente parta de asumir que la imputada ha producido el deceso del neonato, y eso mismo debe ser señalado en la discusión acerca de la procedencia de una medida cautelar. Las calificaciones por más provisorias que sean deben ser probables. En el caso “Peirano Basso” (CIDH, 2009) la Comisión afirmó que “como presupuesto para disponer la privación de la libertad de una persona en el marco de un proceso penal deben existir elementos de prueba serios que vinculen al imputado con el hecho investigado. Ello configura una exigencia ineludible a la hora de imponer cualquier medida cautelar” ¹¹³(párr. 77).

En este punto, aunque fue mencionado en la introducción, vale la pena reiterar que ante la pretensión de sostener peticiones restrictivas de la libertad con informes preliminares, certificados de defunción y otros elementos similares, debe atenderse lo resuelto por la CorteIDH en el caso “Acosta Calderón Vs. Ecuador”¹¹⁴. Allí se ha señalado que es importante advertir que “Las detenciones en base a evidencias aparentes de comisión de un crimen que deben ser corroboradas mediante procedimientos técnicos o científicos, son arbitrarias por el menosprecio del derecho afectado” (Doctrina Penal Feminista, 2021: 20).

112. Ver al respecto consideraciones sobre las limitaciones de las pericias médicas en este mismo documento.

113. CIDH, Informe 86/09, “Peirano Basso vs. Uruguay”, Fondo 6 de agosto de 2009.

114. Corte IDH, Caso “Acosta Calderón Vs. Ecuador”, del 24 de junio de 2005

En el uso de la prisión preventiva y los regímenes de excarcelación inciden con demasiado peso las calificaciones penales provisorias a los efectos de la expectativa de pena, pero ello vulnera el estándar por la CSJN en el caso “Loyo Fraire”¹¹⁵, cuanto en adhesión al dictamen del PGN señaló: “ sostener que la gravedad de los delitos que se imputan justificaría, por sí misma, la prisión preventiva, no se conformó a los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre esta materia”¹¹⁶.

Esto obliga a vigilar muy atentamente, desde el litigio, que ese estándar no sea burlado bajo invocaciones abstractas y genéricas respecto de los requisitos que habilitan la medida, considerando las penas en expectativa que en algunos de los supuestos analizados llegan a la prisión perpetua.

En ese mismo sentido la Sala IV del Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires, -haciendo expresa referencia a la numerosa cantidad de precedentes de ese órgano en relación con esta cuestión- ha dicho en la causa nro. 108726 “Galdame, Verónica Stefanía S/ Recurso De Queja”¹¹⁷, que “los peligros procesales a que aluden los art. 144, 146 y 148 del C.P.P., deben inferirse no sólo a partir de la pena en expectativa, sino también de otras circunstancias tales como las características del hecho motivo de investigación y de las condiciones personales del imputado, amén de las enumeradas en el art. 148(...) A tal fin, deberán tenerse en cuenta las circunstancias objetivas que surjan del expediente que hagan presumir fundadamente el riesgo de fuga o la frustración de la investigación” (...).

115. CSJN “Loyo Fraire, Gabriel Eduardo s/ p. s. a. estafa reiterada” -causa N. ° 161.070, resuelta el 6 de marzo de 2014.

116. Entre muchos otros, idéntica posición ha tomado la Cámara de Apelaciones de Garantía del Departamento Judicial de La Plata, provincia de Buenos Aires al resolver con fecha 11 de agosto de 2016 en la causa nro. 29350 “Seguro C. s/abuso sexual” que la pena en expectativa “ puede ser valorada como peligrosidad procesal, en la medida en que no lo sea aislada o únicamente, sino con otros elementos objetivos que demuestren que, en libertad, el procesado podría intentar eludir la acción de la justicia o frustrar los fines del proceso, tal como, -siguiendo a la Comisión Interamericana en “Peyrano” (sic) y la CSJN en sucesivos pronunciamientos- las salas I y II de esta Excma. Cámara hemos resuelto reiteradamente, afirmando que no basta como elemento único a tales fines, sino que debe ser conjugado con otros datos objetivos...” (causas nro. 17.754, caratulada “Longone Sadín, Martín Leandro y otros s/ Robo agravado”, de fecha 21/05/10, registrada bajo el nro. 203 (R) y nro. 26.157, “Espí, José Alberto y otro s/ Tenencia de estupefacientes con fines de comercialización”, del 29/10/14, con registro nro. 435 (r); a modo de ejemplo).

117. “Galdame, Verónica Stefanía S/ Recurso De Queja”, Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires, resuelta el 24 de febrero de 2021.

7.C) Enfoque diferenciado y privación de libertad de mujeres.

Las especificidades en razón de género deben contemplarse tanto al discutir restricciones a la libertad durante el proceso como respecto de las condiciones de ejecución en caso de que ellas resulten condenadas al cumplimiento de una pena privativa de la libertad.

En el caso de las detenciones cautelares deben vigilarse, como en cualquier otro caso, el ajuste a los principios de inocencia, proporcionalidad, racionalidad y estricta necesidad de la privación de la libertad para neutralizar riesgos procesales concretos y no meras especulaciones que encubren sanciones anticipadas basadas en el tipo de delito imputado -escudándose en la calificación para imponer presunciones sobre su aptitud o capacidad de cuidado, lo que constituye una inaceptable apelación a un derecho penal de autor, contrario a lo establecido en el art. 19 CN -. En el ya citado “Peirano Basso vs. Uruguay” (CIDH, 2007) se sostuvo que las referencias a la gravedad del delito “son criterios basados en la evaluación del hecho pasado, que no responden a la finalidad de toda medida cautelar por medio de la cual se intenta prever o evitar hechos que hacen, exclusivamente, a cuestiones procesales del objeto de la investigación y se viola, así, el principio de inocencia” (párr. 81).

Además, ya se ha expedido la Corte IDH en el caso “Bayarri vs. Argentina”¹¹⁸ al decir que “las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismas, justificación suficiente de la prisión preventiva” (párr. 74).

Las estigmatizaciones que sufren las mujeres sometidas al proceso penal exceden el reproche que se realiza sobre su posible accionar, se mezcla con valoraciones morales de los agentes de justicia y con fuertes componentes de sesgos de género al momento de evaluar su posible conducta durante el proceso, particularmente en relación con el peligro de fuga o entorpecimiento probatorio como elementos del encierro preventivo. Se observa que

¹¹⁸. Corte IDH Caso “Bayarri vs. Argentina” sentencia de 30 de octubre de 2008.

a las madres “se las juzga moralmente en su rol materno cuando, en rigor, la decisión debe tomarse en función del interés superior del niño y niña, es decir, pensando en lo que ellos y ellas necesitan” (GUEREÑO, 2022:9).

Todo lo señalado en orden al peso de los prejuicios en la construcción de las acusaciones en este trabajo, debe tenerse presente al momento de confrontar los argumentos con que la fiscalía pretende la imposición de una medida cautelar privativa de libertad.

Retomando el enfoque de género, el “Manual Regional: las Reglas de Bangkok en clave defensa pública” de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF, 2015) señala que circunstancias tales como los historiales de vida y las razones que puedan haber conducido al delito, “no pueden ser desatendidas por los sistemas de justicia por razones de equidad [y] deben ser cuidadosamente evaluadas cada vez que se decida sobre la necesidad de encarcelamiento de una mujer” (AIDEF, 2015:47).

La Regla nro. 58 de Bangkok, establece como principio general la evitación del encarcelamiento en cuanto sea posible en casos de mujeres, a través de medidas opcionales teniendo presente:

- a) el historial de victimización de muchas de ellas,
- b) sus responsabilidades de cuidado de otras personas
- c) sus vínculos familiares.

En la misma línea, en el “Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas” para la aplicación de medidas alternativas, se enumeran los siguientes aspectos a considerar cuando se trata de la privación de libertad de una mujer:

- a) posición particular y de desventaja histórica que tienen las mujeres en la sociedad,
- b) historial de victimización anterior,
- c) ausencia de circunstancias agravantes en la comisión del delito,
- d) impacto diferencial e incremental de la aplicación de la pena privativa de la libertad respecto de las personas bajo su cuidado” (CIDH et al, 2017:138).

Estos elementos deben ser puestos en juego por la defensa al momento de exigir que el juez de garantías haga uso de la facultad prevista en el art. 159 CPPCABA de imponer medidas alternativas a la prisión con la medida de vigilancia que para el caso especifique.

La CIDH (2017) recomendó: “considerando los estándares fundamentales de aplicación de la prisión preventiva, la CIDH recomienda que las medidas alternativas a la misma se apliquen siempre y cuando el peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación no pueda ser evitado razonablemente. En particular, el juez debe optar por la aplicación de la medida menos gravosa, y considerando en todo momento, una perspectiva de género y, cuando sea el caso, el interés superior del niño, o la afectación particular que se pudiera ocasionar respecto a otras personas pertenecientes a grupos en situación especial de riesgo. La autoridad judicial tiene la obligación de determinar dichas medidas sin dilación. Por su parte, en los casos en que el fiscal solicite la aplicación de la medida cautelar de la prisión preventiva, tiene la obligación de sustentar la ausencia de viabilidad respecto a la aplicación de las medidas alternativas” (apartado E.2).

En los casos en donde la solución arribada frente a los planteos de atenuación de la modalidad de la prisión preventiva no atienda el interés superior del niño, la Observación general nro. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (ONU, 2013), indica: “... Si, excepcionalmente, la solución elegida no atiende al interés superior del niño, se deben indicar los motivos a los que obedece para demostrar que el interés superior del niño fue una consideración primordial, a pesar del resultado. No basta con afirmar en términos generales, que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior del niño; se deben detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se deben explicar los motivos por los que tuvieron más peso en ese caso en particular. En la fundamentación también se debe explicar, de forma verosímil, el motivo por el que el interés superior del niño no era suficientemente importante como para imponerse a otras consideraciones”.

Por otro lado, las defensas con enfoque de género no se limitan a las mujeres madres o con dependientes a cargo, aunque mucho del desarrollo normativo y jurisprudencial se aboque a esa situación. Es que “cuando las mujeres no sean madres ni tengan responsabilidades de cuidado [debe procurarse] incorporar prueba sobre el escaso nivel de riesgo que representan y la inconveniencia de mantenerlas detenidas en espacios que generalmente superan las condiciones de seguridad que serían necesarias de acuerdo a su perfil” (AIDEF, 2015: 48).

7.D) Algunas consideraciones en torno al alcance del arresto domiciliario.

La modalidad de prisión domiciliaria constituye una herramienta que permite “la mejor ponderación de derechos e intereses en juego, toda vez que proponen un abordaje que: (i) no altera la naturaleza de la condena, sino que se limita a incidir en la intensidad de la restricción que conlleva su cumplimiento, siendo este el componente que se muestra en estos casos como aspecto diferencial; (ii) ofrece una flexibilidad que concede márgenes de discrecionalidad suficientes para adaptar la sustitución a lo que sea requerido en cada caso en particular, acorde con las características específicas que presente el condenado; y (iii) se trata de modalidades que permiten alternativas de control efectivas, que reducen las inquietudes relativas a cualquier merma en el cumplimiento de las funciones de la pena” (DGN, 2020:21).

Ante la imposición de condenas a pena privativa de la libertad cabe recordar que la Ley 26.472 incorporó el inciso “f” en el art. 10 del Código Penal y el inciso “f” del art. 32 de la Ley 24.660, por la cual la madre que tenga a su cargo “un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad”, puede, a criterio del juez competente, cumplir la pena impuesta en detención domiciliaria. El mismo supuesto se encuentra incorporado en el art. 19 inc. “f” de la Ley de Ejecución Penal de la Provincia de Buenos Aires. No es posible pensar esos institutos desacoplados de las recomendaciones, lineamientos y reglas interpretativas como las aquí aludidas, que conducen a es-

tablecer la primacía de formas alternativas a la privación de libertad -fuera cautelar o de condena- cuando se trate de personas con dependientes a su cargo en la forma en que la Ley lo establece.

I Centralidad del principio de interés superior de las infancias.

Ahora bien, dado que la privación de libertad impacta sobre niñas, niños y adolescentes estén o no con sus madres en prisión, la cuestión de las condiciones de detención debe atender a la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas en cuanto a la necesidad de prevalecer siempre el interés superior del niño (AIDEF, 2015).

Es por ello que, en función del interés superior de las infancias, “las autoridades judiciales deberán aplicar con mayor rigurosidad los criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad al momento de considerar la aplicación de la prisión preventiva” (CIDH, 2017:169). Siguiendo este criterio, la prisión se debe considerar como último recurso cuando las personas a quienes se pretende privar de la libertad tienen bajo su cuidado a personas en situación especial de riesgo, y deben priorizarse medidas alternativas a la prisión que permita hacer frente a los cuidados de las personas bajo su dependencia (CIDH, 2017).

La CSJN, se ha expedido en “F.A.M s/causa nro. 17.156”¹¹⁹. El caso llegó a la Corte mediante recurso extraordinario interpuesto por la Defensa, luego de que la Cámara Federal de Casación Penal rechazara el recurso de casación con el que dicha parte solicitaba cumplir la pena de 3 años y 6 meses que le había sido impuesta, bajo la modalidad de arresto domiciliario por tener un hijo, en ese entonces de seis meses de edad, al que amamantaba, el cual además había padecido problemas de salud de tipo respiratorio con posterioridad a su nacimiento.

Por mayoría, la CSJN consideró que “se omitió el análisis del caso, desde otra óptica no menos trascendente, cuál es la de determinar si el cambio pretendido en la situación de detención de (...), que a todas luces se ofrece como más beneficioso para la vida diaria y desarrollo del menor, podía llegar a frustrar la conclusión del debido trámite del proceso al que se ve sometida la imputada”.

119. “F. A. M. s/causa N.º 17.156” resuelto en fecha 18 de junio de 2013.

Vale la pena además retomar el dictamen de la Procuradora General de la Nación¹²⁰ en el caso al que la CSJN tuvo presente al decidir, porque brinda herramientas útiles para realizar planteos sobre la modalidad de arresto domiciliario en los casos en donde la condenada tiene menores de edad u otras personas bajo su cuidado.

En primer lugar, la entonces Procuradora sostuvo que al rechazar la detención domiciliaria, la sentencia apelada vulneraba los derechos reconocidos en la Convención sobre los derechos del Niño porque “el interés superior del niño implica que los jueces deben adoptar aquellas medidas que le permitan al niño ejercer, con la mayor plenitud, su derecho a la libertad personal y al desarrollo físico y mental en un entorno adecuado y bajo el cuidado de sus padres”.

Consideró expresamente que la no separación de madres y niños es la regla que sólo puede exceptuarse cuando, fundadamente y desde la perspectiva del aludido interés superior (art. 9.1 de la Convención Sobre los Derechos del Niño), sea más acertado promover la separación, y en réplica a la decisión recurrida dijo: “No obstante, a los fines de cumplir con los estándares internacionales de derechos humanos, el criterio de interpretación debió ser el inverso. El tribunal debía merituar que la concesión del arresto domiciliario es la solución que mejor protege los derechos de B.F.A y sólo si se acredita que existían circunstancias excepcionales que demostraban que su interés superior quedaba mejor tutelado si permanece en prisión con su madre, o separándolo de ella, rechazar esta modalidad de cumplimiento de la pena.”

En segundo lugar, con importancia a los efectos de considerar la posibilidad de impugnaciones por arbitrariedad en discusiones sobre condiciones de ejecución de la pena o bien rechazo a medidas alternativas a la privación de libertad cautelar, la PGN se pronunció sobre la omisión en que incurrió la Cámara al no valorar la opinión de organismos especializados en la materia como la Procuración Penitenciaria de la Nación y la Dirección Nacional de Promoción y Protección Integral de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. Refirió que ambos organismos manifestaron: “dado el contexto social y familiar favorable de B.F.A., correspondía conceder la prisión domiciliaria”

120. Dictamen de la Procuración General de la Nación de fecha 29 de mayo de 2013.

El dictamen advierte también en este ámbito de discusión, sobre la importancia de recurrir a informes de organismos especializados a los efectos de contar con recomendaciones u opiniones que permitan fundar la petición del arresto domiciliario y poner el eje del planteo en interés superior de las infancias.

Se presume que el encierro penitenciario es perjudicial salvo que el Estado demuestre lo contrario.

También en el ámbito de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional existen precedentes útiles para apoyar el litigio en estos aspectos.

La Sala I de la mencionada Cámara, en autos “F.M.E.”¹²¹ hizo lugar al recurso interpuesto por la defensa de una mujer condenada y le concedió el arresto domiciliario por entender que el magistrado de grado había ponderado la cuestión de modo inverso al legislativamente prescripto, al considerar -no demostrado en el caso- que la prisión domiciliaria era el medio más idóneo para satisfacer el interés superior de la hija de la recurrente. Asimismo, entendió que no existían elementos que “permitan dimensionar el impacto que la detención de la imputada provoca a la niña”. En este sentido, el tribunal de alzada señaló: “La ley no requiere que se demuestre ese “impacto”, porque parte de que los efectos perjudiciales para los niños de corta edad son inevitables, y por ello incluye a esa clase de niños sin aditamentos adicionales. En rigor, el mayor o menor efecto sobre los niños debería entrar en consideración desde la perspectiva del interés superior del niño al momento de efectuar el balance de ese interés con el interés estatal en evitar la frustración del proceso, o en su caso, la ejecución de la pena bajo unas determinadas modalidades. Se trata pues de un problema típico de proporcionalidad...”.

Luego, en el fallo dictado en los autos “P.E.V.”¹²², se entendió que, en las decisiones judiciales que consideran que no corresponde el arresto domiciliario, deben expresarse concretamente cuáles son las condiciones de impedimento. En su voto, el Juez García señaló: “... en el marco del art. 32, inc.f,

121. “F.M.E. s/ homicidio en grado de tentativa s/ incidente de arresto domiciliario”, resuelta el 16 de febrero del 2016, Sala I, Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional.

122. “P., E. V. s/ prisión domiciliaria y morigeración de prisión preventiva”, resuelta el 1 de febrero del 2018.

de la ley 24.660, no es presupuesto de la morigeración que se demuestre cuál es el alcance o impacto que la detención de la madre tiene sobre su hija. La ley no requiere que se demuestre ese ‘impacto’, porque ella parte de la asunción de que los efectos perjudiciales para los niños de corta edad son inevitables, y por ello incluye a esa clase de niños sin aditamentos adicionales...”. Es decir, es tarea de quien se opone a la aplicación del instituto, destruir esa presunción que establece la Ley.

I Sobre el límite etario y la existencia de otras personas cuidadoras

En relación con la edad de las niñas y niños a cargo, cabe señalar que si bien la normativa nacional y provincial fija un límite etario de 5 años, a partir del cual cesaría la posibilidad de ejecutar la privación de libertad bajo arresto domiciliario, dicha circunstancia no puede ser evaluada restrictivamente generando un perjuicio en la relación materno filial ni deja de regir a los cinco años el principio de interés superior de las infancias.

Al respecto, en fecha 14 de junio del 2018, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional en autos “S.A.R.”¹²³ sobre un pedido de prisión domiciliaria efectuado por el padre de dos niñas de 8 y 6 años de edad, que cumplía una pena privativa de la libertad, consideró: “...la hermenéutica de la norma en cuestión exige ir más allá de la mera literalidad de la regla e integrarla, en su definición y contenido, en función del interés superior del niño; y que si bien en principio corresponde estar a la expresa letra de la ley y atender a sus términos, una aplicación analógica *in bonam partem* no se encuentra prohibida -no la limita el principio fundamental de legalidad-, con lo que el precepto debe ser exceptuado en estos supuestos para garantizar la satisfacción del estándar en cuestión”, en referencia a que debe primar el interés superior de las infancias.

Por otra parte, se ha señalado que el límite de los cinco años corresponde a una antigua concepción de la patria potestad. En la actualidad, las modificaciones introducidas en el Código Civil relativas a la familia y la niñez conciben el ejercicio de la responsabilidad parental durante toda la niñez y

123. “Incidente de prisión domiciliaria de S.A.R” resuelto el 14 de junio de 2018.

la adolescencia, es decir, hasta los 18 años, por lo que el límite de edad no puede interpretarse como válido (Guereño, 2022).

En la provincia de Jujuy, la Cámara de Casación Penal de San Salvador de Jujuy, por el voto de la mayoría de sus integrantes, concedió la detención domiciliaria a la madre de dos niñas de 6 y 8 años, con condena no firme en los autos “Incidente de Prisión Domiciliaria de C. M. F.”¹²⁴. Lo que se desprende en este caso es la inconveniencia de suplir el cuidado de la madre a través de otras personas cuidadoras para justificar el rechazo a la solicitud de arresto domiciliario, dado que no se puede reemplazar de manera automática el vínculo materno-filial en beneficio de la niñez.

Según dicha sentencia, “ni el art. 32, inc. f) de la Ley de Ejecución Penal 24.660 -modificada por la Ley 26.472-, ni su soporte convencional, dado por la Convención sobre los Derechos del Niño -incorporada al ordenamiento jurídico argentino mediante Ley 23.849 y elevada a jerarquía constitucional a través de la reforma constitucional de 1994 (art. 75, inc. 22)-, supeditan la concesión del arresto domiciliario de la madre a una situación de desamparo o peligro del niño o niña, así como tampoco se contempla que el relativo bienestar que pueda lograrse a través del sacrificio de parientes o vecinos supla el deber estatal de velar por que el niño o niña permanezca junto a su progenitora”.

En los autos “S.Y.M s/ infracción. Art. 5°c” Ley 23.737”¹²⁵, la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires por decisión unánime de sus integrantes, hizo lugar al pedido de arresto domiciliario en favor de una mujer, madre de 3 hijos menores de edad, condenada a 4 años de prisión efectiva. El Juez Sergio Delgado en su voto entendió que “lo que se debe evaluar es la conveniencia del arresto domiciliario de (...) para el interés superior de sus hijos e hija, para lo cual no es menester que aquellos se encuentren una situación de absoluto desamparo o sin ninguna otra persona adulta que ejerza las tareas

124. Incidente de Prisión Domiciliaria de C. M. F. en expte. Ppal. N° 704 (2017) del Tribunal en lo Criminal N° 3 resuelto el 10 de junio del 2021.

125. “S.Y.M s/ infracción. art. 5°c” Ley 23.737” resuelto el 9 de junio de 2022.

de cuidado, sino que lo que se requiere es ponderar cómo la ausencia de la progenitora repercute en su vida y dilucidar si existe alguna circunstancia que desaconseje la convivencia porque esta pudiera empeorar la situación que el niño atraviesa”.



BIBLIOGRAFÍA

Adelson L.(1974) The Pathology of Homicide. Springfield Thomas

American Psychiatric Association - APA. (2014). Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales DSM-5 (5a. ed. --.). Madrid: Editorial Médica Panamericana.

Annovelli, N. (2022) la composición penal de tipos penales omisivos impropios y su incompatibilidad con el principio de reserva, en Revista Pensamiento Penal (ISSN 1853-4554)Julio de 2022, No.431

Arena, F. (2022). Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia. Suprema Corte de la Justicia de la Nación, México.

Armstrong, E. y Erskine, K. (2018). Investigation of Drowning Deaths: A Practical Review. Academic Forensic Pathology

Baytelman, A. y Duce, M. (2004), Litigación penal. Juicio Oral y prueba, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, Chile.

Binder, A. (2004). Introducción al Derecho Penal. Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina.

Bove K. (1997) Practice guidelines for autopsy pathology: the perinatal and pediatric autopsy. Autopsy Committee of the College of American Pathologists. Arch Pathol Lab Med

Brouardel, P. (1897) L'Infanticide. 5. Questions Médico-Légales Relatives a L'Enfant. Preuves que l'enfant a respiré. Baillere et fils. Paris. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bp-t6k76991g.texteImage>

Bundock, E y Corey, T. (2019) Unexplained Pediatric Deaths Investigation, Certification and Family Needs. Editors: The National Association of Medical Examiners' Panel on Sudden Unexpected Death in Pediatrics. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK577018/>

Byard, R.W.(2010) Sudden death in the young. 3rd ed. New York: Cambridge University Press

Byard R.W. (2004) Medicolegal problems with infanticide. In: Tsokos M, editor. Forensic pathology Rev. I. Totowa: Humana Press.

Carrera, M, Orrego Hoyos, G., Saralegui Ferrante, N. (2020) Tratado de géneros Derechos y justicia Tomo 1 - Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina.

Castex, M. (2008), Estado puerperal e infanticidio. Implicancias médico legales y psiquiátricas - forenses, Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina.

Castillo Ara, A. (2010), Aborto e infanticidio. Cómo sostener una adecuada d defensa, 9 de abril de 2010, Defensa Pública de Chile, disponible en <https://www.yumpu.com/es/document/view/16096275/aborto-e-infanticidio-como-sostener-una-adecuada-defensapeso/2>

Clérico, L. (2022), Revista Derecho, Universidad y Justicia - Volumen 1 - Número 1 Ediciones SAIJ - INFOJUS - Id SAIJ: DACF220033, Buenos Aires, Argentina.

Cohen, M. y Scheimberg, I.. Forensic Aspects of Perinatal Deaths. Academic Forensic Pathology 8(3):452-491. 2018 https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6490584/pdf/10.1177_1925362118797725.pdf

Cohen, M.. Chapter 13. Fetal, perinatal and infant autopsies. Pág. 184-202 (In: Julian L. Burton, Guy N. Ratty. The Hospital Autopsy. A manual of fundamental Autopsy Practice) Third Edition, Hodder Arnold. 2010

Collins, K. (2014) 4 Fetal. Intrapartum, and Neonatal Deaths (In:Kim A. Collins, Roger W. Byard. Forensic Pathology of Infancy and Childhood) Springer

Collins, K.; Byard, R. (2014). Forensic Pathology of Infancy and Childhood. 7 Neonaticide. Methods for Determining Live Birth. Flotation Test.

Cook, R y Cusack, S. (2009)Estereotipos de género. Perspectivas Legales Transnacionales. Profamilia (traducción, 2010 por Andrea Parra)

Coll, M. (2022)El delito de comisión por omisión a la luz del caso “R. R.” Una construcción desde la teoría dominante, conforme estereotipos de género e invisibilizando las emergencias obstétricas. Revista Derecho Penal y Procesal Penal. Abeledo Perrot.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978)

Convención Interamericana sobre la Prevención, el Castigo y la Erradicación de la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)(1994).

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (1979)

Crawford C.(1994) Legal medicine in history. Jackson M. Suspicious infant deaths: the statute of 1624 and medical evidence at coroners' inquests. Cambridge University.

D'Alessio, A. (dir.) y Divito, M. (coord.) (2011). Código penal comentado y anotado, tomo II. La Ley, Buenos Aires, Argentina

Daly M. y Wilson, M. (2003) Homicidio, Fondo de Cultura Económica, México.

Bonnet. (1980) Medicina Legal. Libro IV: Agonología y Tanatología. Edición. López Libreros

Delafield, F. (1872). A Handbook of Postmortem examinations and Morbid Anatomy. William Wood & Co. New York. <https://www.discoverbooks.com/A-Handbook-Of-Post-Mortem-Examinations-And-Of-Morp/143698856x.htm>

Deza, S. (2013). Violación de secreto médico y denuncia de aborto. Revista Perspectivas Bioéticas, Nobuko Año 18 N°34 de FLACSO.

Deza, S., Iriarte y A. Alvarez, M. (2014). "Jaque a la Reina: salud, autonomía y libertad reproductiva en Tucumán. Cienflores, Córdoba, Argentina.

Di Maio V., Molina, K. Di Maio's Forensic Pathology. 10. Neonaticide, Infanticide and

Child Homicide. Pág. 290. CRC Press. Third Edition. 2022, disponible en <https://www.taylorfrancis.com/books/mono/10.4324/9780429318764/dimaio-forensic-pathology-vincent-dimaio-kimberley-molina>

Dilworth T. (1900) The flotation test. Br Medical Journal 2: 1567.

Finkbeiner, W. E. Ursell, P. y Davis, R. (2016). Autopsy Pathology. Examination of the Neck and cervical Spine. Edition. Saunders <https://www.elsevier.com/books/autopsy-pathology-a-manual-and-atlas/9780323287807>

Gasparin, M. (2017) Mujeres penitenciarias. El trabajo en pabellones de una unidad de mujeres de La Plata desde la perspectiva de las agentes del Servicio Penitenciario Bonaerense. Tesis de grado. Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. En Memoria Académica. Disponible en: <http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/tesis/te.1397/te.1397.pdf>

Gilbert-Barness, E. Debich-Spicer, D. (2005) Handbook of Pediatric Autopsy Pathology. 20 Pediatric Forensic Pathology.

Godoy, R. (s/d). Actividad pericial con perspectiva de género, material disponible en sitio oficial de la CSJN [https://www.csjn.gov.ar/cmfcfs/files/pdf/CMFA-Tomo5-1\(2015\)/p31-Godoy.pdf](https://www.csjn.gov.ar/cmfcfs/files/pdf/CMFA-Tomo5-1(2015)/p31-Godoy.pdf)

González, C. (2020) Tratado de géneros Derechos y justicia Tomo 1 - Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina.

Guereño, I. (2022) “La prisión domiciliaria de mujeres embarazadas y madres de personas menores de edad” Revista Pensamiento Penal N° 422

Gradwohl's Legal Medicine(1968). (Francis Camp Ed.). Medicolegal Autopsy. Pág. 69-79. Bristol: John Wright & Sons Ltd. https://www.worldcat.org/title/gradwohls-legal-medicine/oclc/1057928714&referer=brief_results

Ham A.(1950) Histology. In: Histology. Philadelphia. Lippincott. https://www.abebooks.com/products/isbn/9780397520626/30739522232&cm_sp=snippet-_ -srp1-_ -PLP1

Hutchins,M.;Berman, J.; Moore, W.(1999) Randy Hanzlick and the Autopsy Committee of the College of American Pathologists. Practice Guidelines for Autopsy Pathology Autopsy Reporting. Archiv. of Path. & Lab. Med. Vol. 123, N°. 11,[http://www.archivesofpathology.org/doi/abs/10.1043/0003-9985\(1999\)123%3C1085%3APGFAP%3E2.0.CO%3B2](http://www.archivesofpathology.org/doi/abs/10.1043/0003-9985(1999)123%3C1085%3APGFAP%3E2.0.CO%3B2)
Henham, A. y Lee, K. (1994) Photography in forensic medicine J Audiov Media Med. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/8034901/>

Hopp, C. (2017) “Buena madre”, “Buena esposa”, “Buena mujer”: abstracciones y estereotipos en la imputación penal en Di Corleto, Julieta (Coord.) Género y justicia penal. Caba, Ed. Didot.

Janssen W. (1977) Forensic Histopathology. Heidelberg: Springer

Jones A.W. (2022) Highly cited forensic practitioners in the discipline legal and forensic medicine and the importance of peer-review and publication for admission of expert testimony. *Forensic Sci Med Pathol*.

Kalinsky, B. y Cañete, O. (2010), *Madres frágiles. Un viaje al infanticidio*, Editorial Biblos, Buenos Aires. Argentina.

Kariyawasam U. (2016) The impact of peer review on paediatric forensic reports. *J Forensic Leg Med*. 2016 <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/35129820/>

Kaveh G. Shojania, Elizabeth C. Burton, Kathryn M. McDonald, M.M. Lee Goldman. (2002) *The Autopsy as an Outcome and Performance Measure*. University of California at San Francisco (UCSF)-Stanford University Evidence-based Practice Center. Evidence Report/Technology Assessment Number 58. AHRQ Publication No. 03-E002 <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK36626>

Große Ostendorf A., Rothschild, Markus A, Müller, A. y Banaschak, Sibylle Is the lung floating test a valuable tool or obsolete? A prospective autopsy study? *Int J Legal Med* . 2013 Mar;127(2):447-51. Tomado en <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/22733108/>

Khanam, R. (2018) Can facility delivery reduce the risk of intrapartum complications-related perinatal mortality? Findings from a cohort study. *J Glob Health*. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5857205/>

Knight, B. y Saukko, P. (2016) *Suffocation and “asphyxia”, Fatal pressure on the neck, Immersion deaths*. Knight’s Forensic Pathology. London, Great Britain: Arnold.

Laitano G. y Nieto, A. (2017). El castigo como relación social cotidiana en la Argentina actual. El caso de la cárcel de mujeres de Batán en *Estud. sociol* [online]. 2017, vol.35, n.104, Ciudad de México.

Langston C, Kaplan C, Macpherson T et al. (1997) Task Force of the College of American Pathologists. Practice guideline for examination of the placenta. *Arch Pathol Lab Med*
Lyon A. (2004) Perinatal autopsy remains the “gold standard”. 39 *Arch Dis Child Fetal Neonatal Ed*. <https://fn.bmj.com/content/89/4/F284>

Madea, B.(2009) Sudden death, especially in infancy — improvement of diagnoses by biochemistry, immunohistochemistry and molecular pathology. Leg Med (Tokyo). <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/19282226/>

Lorenzo, L. (2015) Manual de litigación, Ediciones Didot, Buenos Aires.

Madea, B. (2014) Handbook of Forensic Medicine. Part III. Traumatology and violent death.

Maiese, A.; Manetti, A.; Ciallella, C- y Fineschi,V. (2022) The Introduction of a New Diagnostic Tool in Forensic Pathology: LiDAR Sensor for 3D Autopsy Documentation. Biosensors (Basel).<https://www.mdpi.com/2079-6374/12/2/132>

Man, J. (2016). Autopsy investigation in stillbirth. A thesis submitted for the Degree of Doctor of Medicine (Research). University College London.

Mason, J. K. (1989) Paediatric Forensic medicine and Pathology. Chapter 5. John L. Emery. The post-mortem examination of a baby. Pág. 79. Springer-Science Business Media.

Mazuchowski, E. et al (2017)The Virtual Hydrostatic Test. Am J Forensic Med Pathol. 38, Nº: 1.

Meier, P. et al (1986) Perinatal autopsy: its clinical value Obstet Gynecol. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/3945446/>

Moar JJ. (1997) The hydrostatic test—a valid method of determining live birth? Am J Forensic Med Pathol

Mueller R. F., V. P. Sybert, J. Johnson, Z. A. Brown, and W. J. Chen. (1983)Evaluation of a protocol for post-mortem examination of stillbirths. N Engl J Med <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/6410235/>

Neri M, D'Errico S, Fiore C, et al. (200) Stillborn or liveborn? Comparing umbilical cord immunohistochemical expression of vitality markers (tryptase, alpha(1)-antichymotrypsin and CD68) by quantitative analysis and confocal laser scanning microscopy.

Nijkamp, J. et al (2017) Perinatal death investigations: What is current practice? Seminars in Fetal & Neonatal Medicine <https://www.ajog.org/action/showPdf?pii=S0002-9378%2811%2901316-0>

Niño, L. (2010) "La superioridad ética del Estado de derecho desplazando superfluas antinomias: el fallo 'Baldivieso'". Revista de Derecho Procesal Penal y Procesal Penal, vol. 20109. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Niño, L. (2006) "El derecho a la asistencia médica y la garantía procesal que veda la autoincriminación forzada: un dilema soluble". Garantías constitucionales en la investigación penal. Buenos Aires: Editores del Puerto

Ophoven, J. (2007) Pediatric forensic pathology. Vital reaction and timing of injury. Edited by Enid Gilbert Barnes. Volume I.

Organización Mundial de la Salud (2019). Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud (CIE-11).

Parmentier R. (1962) L'aération neonatale due poumon. Rev Belg Path Med

Patitó, J. A. Losetti, O. Trezza, F. Guzmán, C. y Stingo, N. (2000). Tratado de Medicina Legal y Elementos de Patología Forense. Cuarta Parte. Capítulo V. La Autopsia. Definición. Editorial Quorum.

Losetti, O.; J. A., Trezza y Patitó (2005) Patología Forense y nacimiento con vida: Docimias. Cuadernos de Medicina Forense. Año 4 – Nº 3

Pinneri, K. y Matshes, E. W. (2017) Recommendations for the Autopsy of an Infant who has Died Suddenly and Unexpectedly Acad Forensic Pathol 7(2):171-181. https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6474526/pdf/10.23907_2017.019.pdf

Polson CJ, Gee D, Knight B. (1985) Essentials of Forensic Medicine. 4th edn. Oxford: Pergamon Press. <https://www.worldcat.org/title/essentials-of-forensic-medicine/oclc/10484063#borrow>

Raffo, O. (2002). Reautopsias y Exhumaciones Jurídicas. Cuadernos de Medicina Forense. Año 1, Nº3

Randolph C. (1901) The Flotation test for live birth. Br Medical Journal 1: 146.

Rodríguez, A. (2022), La arbitrariedad de sentencias y la perspectiva de género. los permisos legales de defensa para las mujeres que sufren violencia, en Pitlevnik, L. y Muñoz, D. (dirs.) Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Hammurabi, Buenos Aires.

Romero Guerra, P. (2018), Investigación criminalística con perspectiva de género en Los servicios periciales con perspectiva de género, Unidad de Igualdad de Género. Procuraduría General de la República, México.

Rost, T y Wittig, H. (2014). Photodocumentation during autopsy. Arch Kriminol. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/24683872/>

Roussy, r. y Ameuille, P. (1910)Techniques des autopsies et des recherches anatomo-pathologiques à l'amphithéâtre Edit. Doin. Paris.<https://www.iberlibro.com/buscar-libro/titulo/technique-autopsies-recherches-anatomopathologiques-lamphith%E9%E2tre/autor/roussy-ameuille/>

Royal College of Pathologists. (2002)Guidelines on Autopsy Practice.London: Royal College of Pathologists. <http://www.ihrdni.org/314-008-1.pdf>

Rua, G. (2014) Contraexamen de testigos, Ediciones Didot, Buenos Aires.

Saukko, P. y Knigh. (2016) Forensic Pathology. Chapter 20. Child Homicide. The autopsy on a suspicious death of a newborn infant.

Sandhagen.A. (2021). El secreto profesional del médico y el deber de denunciar los delitos de acción pública que conocen en ejercicio de sus funciones. Estudios sobre Jurisprudencia

Scendoni,R.; Fedeli, P. y Cannovo, N. (2021). The “Magnificent Seven Errors” in Forensic Autopsy Practice: The Italian Context. Acad Forensic Pathol. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/35003452/>.

Siebert, J. (2009) Increasing the efficiency of autopsy reporting Arch Pathol Lab Med. Sims DN, Langlois NE, Byard RW. (2013)An approach to peer review in forensic pathology. J Forensic Leg Med. 20 <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/23756506/>

Snowden, J. et al (2015) Planned Out-of-Hospital Birth and Birth Outcomes. <https://www.nejm.org/doi/pdf/10.1056/NEJMsa1501738?articleTools=true>

Spitz y Fisher. (1993) Fisher's Medicolegal Investigation of Death. sphyxia. Third edition: Thomas.

Tardieu, A. (1885). Estudio Médico Legal sobre el Infanticidio. Técnica de la Docimasia Hidrostática. Establecimiento tipográfico Editorial Daniel Cortezo & Cía. Barcelona.

The London Medical and Surgical Journal. N°:157 (1835). Hydrostatic Test, Ploucquet's Test.

Valdes, D. (1970) The causes of neonatal mortality. An analysis of 501 autopsies on newborn infants. The J of Pediatrics Vol. 77, No. 3. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/4322945/>

Valdes-Dapena M, Huff D. (1983) Perinatal autopsy manual. Washington, DC: Armed Forces Institute of Pathology.

Vásquez Fanego, H. (2000). Autopsias Médico-Legales. Editorial Depalma

Virchow, R. (1893) Die sections-technik. In: Leichenhause des Charité-Krankenhauses, mit Besonderer Rücksicht auf Gerichtsärztliche Praxis, 4th edn. Berlin: Verlag von August Hirschwald

Vita, I. y Clérico, L. (2022), El mandato constitucional de la perspectiva de género reforzado, en Revista REC, Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires/ONU, disponible en <https://rec.defensoria.org.ar/2021/11/25/leticia-vita-laura-clerico-el-mandato-constitucional-de-perspectiva-de-generos-reforzado-el-caso-de-la-constitucion-de-la-caba/>

Viterna, J. y Santos Guardado, J. (2014) "Análisis independiente de la Discriminación Sistemática de Género en el Proceso Judicial de El Salvador contra las 17 Mujeres Acusadas del Homicidio Agravado de sus recién nacidos", del 14 de noviembre de 2014, disponible en https://scholar.harvard.edu/files/viterna/files/viterna_guardado_2014_white_paper_spanish.pdf

Way, A. ; Carwile, J.; Ziller, E y Ahrens, K. (2022) Out-of-hospital births and infant mortality in the United States: Effect measure modification by rural maternal residence Paediatr Perinat Epidemiol.

Walker, L (2009). The battered women syndrome. 3ra. Edición, Springer Publishing Company, New York. Disponible en: [https://yunus.hacettepe.edu.tr/~cin/Criticism%20of%20the%20Western%20Society%20&%20Civilization%20-%20Collection%205/Domestic%20Violence/Walker%20-%20The%20Battered%20Woman%20Syndrome%20\(2009\).pdf](https://yunus.hacettepe.edu.tr/~cin/Criticism%20of%20the%20Western%20Society%20&%20Civilization%20-%20Collection%205/Domestic%20Violence/Walker%20-%20The%20Battered%20Woman%20Syndrome%20(2009).pdf)

Weber MA, Ashworth MT, Risdon RA, et al. (2008) The role of post-mortem investigations in determining the cause of sudden unexpected death in infancy. Arch Dis Child. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/18591183/>

Wright C, Cameron H, Lamb W. (1998) A study of the quality of perinatal autopsy in the former northern region. The Northern Perinatal Mortality Survey Steering Group. Br J Obstet Gynaecol. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/9442157/>

Zaffaroni, R, Alagia, A y Slokar, A. (2002), Derecho Penal. Parte General, Ediar, Buenos Aires.

Zygielman Tale, Y. (2020), Un breve análisis en torno al uso de los tipos omisivos y la necesaria incorporación de la perspectiva de género en la aplicación de la dogmática penal, en Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686 Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 277-290, DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e424>

Fallos, informes y recomendaciones de organismos internacionales, regionales y locales.

A/HRC/41/33 OHCHR-UNOG. (2019, párr. 38) Grupo de trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la ley y en la práctica

A/HRC/22/53, (2013) Asamblea General de la ONU, 22ª Período de Sesiones del Consejo de Derechos Humanos.

Asociación Interamericana de Defensorías Públicas AIDEF (2015) Manual Regional: Las Reglas de Bangkok en clave de defensa pública, Colección Documento de Trabajo Nº 36 CEDAW, (2015) Recomendación general Nº 33, sobre el acceso de la mujer a la justicia, UN Doc. CEDAW/C/GC/33

CEDAW, (1999) Recomendación General “Nº 24, Sobre la Mujer y la Salud”

CELS (2021), Escales y Nabaes (coords.) La Criminalización por abortos y otros eventos obstétricos en Argentina, disponible en <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2020/12/La-criminalizaci%C3%B3n-por-aborto-y-otros-eventos-obst%C3%A9tricos-en-la-Argentina-7.pdf>

CELS, Cabello, A. (autor) (2020). Confidencialidad en la atención médica, aborto y derechos humanos. Disponible en <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2020/10/Confidencialidad-en-la-atencion-medica-aborto-y-derechos-humanos.pdf>

CELS, (2020, s/a) “Escrito Modelo - Solicita excarcelación para personas criminalizadas por abortos o eventos obstétricos” disponible en <https://www.cels.org.ar/web/publicaciones/escritos-modelo-para-casos-de-criminalizacion-del-aborto/>

CELS, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración

Penitenciaria de la Nación (2011). Mujeres en prisión. Los alcances del castigo, Punición & Maternidad.

CELS; DGN y PPN (2011), Acceso al arresto domiciliario, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, abril 2011. Disponible e <https://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/008%20Mujeres%20en%20prision.pdf>

Código internacional de ética médica (1949) Adoptado por la 3ª Asamblea General de la AMM, Londres, Inglaterra, octubre 1949.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2020), Observaciones a opinión consultiva a la Corte IDH. Enfoques diferenciados en materia de personas privadas de la libertad

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2011). Informe sobre Comisión interamericana de Derechos Humanos(CIDH) (2017) Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas

Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2019) Compendio sobre la igualdad y no discriminación. Estándares Interamericanos.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), (2009) Informe 86/09, “Peirano Basso vs. Uruguay”, Fondo 6 de agosto de 2009.

Corte IDH, Caso “Manuela y otros. vs. El Salvador”, sentencia de 2 de noviembre de 2021.
Corte IDH Caso “Bayarri vs. Argentina” sentencia de 30 de octubre de 2008.

Corte IDH, Caso “Acosta Calderón Vs. Ecuador” sentencia del 24 de junio de 2005

Corte IDH Caso “De La Cruz Flores v. Perú”, resuelta el 18 de noviembre de 2004

Council of Europe.(2000) Recommendation no. R (99) 3 of the Committee of Ministers to member states on the harmonization of medico-legal autopsy rules. *Forensic Sci Int* 111(1-3)<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/10987107/>

Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, (s/d) informe “mujeres madres con niños y niñas en contextos de encierro”.

Defensoría General de la Nación (DGN) (2020) “Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad: Hacia una teoría del delito con enfoque de género”. Serie cohesión social. colección eurosocial N° 14. Programa EUROsociAL, Madrid, España.

Defensoría General de la Nación (DGN) (2015) “Punición y maternidad: acceso al arresto domiciliario”

GIRE (2018), Maternidad o castigo, México, disponible en https://criminalizacionporaborto.gire.org.mx/assets/pdf/Maternidad_o_castigo.pdf

Ministerio de Salud (2021). Guía de implementación de la interrupción voluntaria del embarazo en la provincia de Buenos Aires. Disponible en <https://ministeriodelasmujeres.gba.gob.ar/drive/archivos/guiaimplementacionive.pdf>

NAPW (2022), *Confronting Pregnancy Criminalization: A Practical Guide for Healthcare Providers, Lawyers, Medical Examiners, Child Welfare Workers, and Policymakers*, disponible en <https://www.nationaladvocatesforpregnantwomen.org/confronting-pregnancy-criminalization/>

Northern Region Perinatal Mortality Survey Coordinating Group. Collaborative survey of perinatal loss in planned and unplanned home births. *BMJ*. 1996 <https://doi.org/10.1136/bmj.313.7068.1306>

Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial

ONU (2016). Relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. “Perspectivas de género de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. A/HRC/31/57. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10361.pdf>

ONU (2011) Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes y sus Comentarios (Reglas de Bangkok)

ONU (1995) Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela)

ONU (1990) Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)

Ley Nacional N° 27.611 de atención y cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia.

Ley Nacional N° 26.529 sobre los Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud.

Ley Nacional N° 24.410 de derogación del artículo 2 del art. 81 del Código Penal de la Nación.

XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (2008) Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

UNICEF (2018) Delivery care. New York. <https://data.unicef.org/topic/maternal-health/delivery-care/>

Amicus Curiae

Doctrina Penal feminista (2020), Amicus Curiae presentado ante la CortelDH en el caso “Manuela”, disponible en <https://linktr.ee/DoctrinaPenalFeminista>, fecha de última consulta 12 de julio de 2022.

Innocence Project Argentina (2016), Amicus Curiae presentado en los autos caratulados “B. s/homicidio doblemente agravado por el vínculo y por alevosía” en la Corte Suprema de Tucumán disponible en <https://innocenceprojectargentina.org/l-e-g-s-robo-calificado/>

Fallos locales

“J.D. s/abandono de persona seguida de muerte agravado por ser contra su hijo”, Tribunal Oral en lo Criminal nro. 6 del Departamento Judicial de San Martín, Provincia de Buenos Aires resuelto el 18 de agosto de 2022 (Causa nro. 4254)

“V.,A.C. s/ homicidio doblemente calificado por el vínculo y por alevosía” resuelto por el Tribunal de Juicio de la 2ª Circunscripción Judicial, de Goya, Corrientes en fecha 5 de Agosto de 2022

“R.R.E. s/ recurso de casación” Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, resuelto el 17 de junio de 2021.

Juzgado de garantías del joven nro. 1 de la provincia de Buenos Aires, Jueza María Lezcano, resuelto el 19 de agosto de 2020. (IIPP 06-00-033224-19/00)

“L.A.S. Reg. n° S.T.286/2020- Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, resuelto el 10 de marzo de 2020.

“V. R. S. s/Homicidio Doloso”, de Santa Fé, resuelto el 6 de julio del 2020

“Rivera Ruiz, Olidia”, TOCyC nro 29 de la Capital Federal, resuelta el 06 de noviembre de 2019;

R.C. E. — s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 63.006 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV, resuelto el 29 de octubre de 2019. CSJ 733/2 18/CS1

“Recurso de hecho deducido por R. M. M. en la causa Callejas, Claudia y otra s/ violación de secretos” resuelto por la Corte Suprema de Justicia Nacional el 8 de marzo de 2017.

“S.S.S. s/ homicidio agravado por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación” resuelto por la corte suprema de justicia de Tucumán el 23 de marzo de 2017. (Expediente 329/2017)

“F.M.I. s/ recurso de casación”, Sala III del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires resuelto el 21 de junio de 2016.

“RVT s/ homicidio agravado por el vínculo, en grado de tentativa” Tribunal Oral en lo Criminal n 17 de la Capital Federal, resuelto el 27 de octubre de 2015

“MM S/Aborto Provocado”, Juzgado de Instrucción de la III Nominación de Tucumán, 8 de septiembre de 2015 (Expte N° 14339/2012)

“Duette, Gladys Viviana s/ recurso de Casación” Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires resuelto el día 20 de marzo de 2015. (causa 64.923)

“Cruzado Aguilar Melba p.s.a. Homicidio Calificado -Recurso de Casación-”, Tribunal superior de Justicia de Córdoba Resuelto el 13 de junio de 2014. (SAC 1031941 - Expte. “C” 33/12)

“Loyo Fraire, Gabriel Eduardo sl p. s. a. estafa reiterada” - resuelta por CSJN el 6 de marzo de 2014 (causa n° 161.070)

“K.S.N. y otros s/ recurso de casación”, resuelto por la Sala II del Tribunal federal de Casación Penal, el 21 de febrero de 2013.

“V.M del C. s/ homicidio calificado” resuelto por el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, en fecha 26 de abril de 2013

“Zárate, Lucas Matías psa abuso sexual, etc.”, Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, 25 de julio de 2011.

“L.M.C. s/ recurso de casación. de la ex Sala I, Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, resuelto el 16 de septiembre de 2011.Causa 24.744

“C.A. E s/ rec. de casación reg- 39963, resuelta por la Sala III del Tribunal de Casación Penal, el 21 de octubre del 2010.

“Recurso de hecho deducido por César Alejandro Baldivieso en la causa Baldivieso César Alejandro s/ causa n° 4733”, CSJN resuelto el 20 de abril de 2010,

“Tejerina, Romina Anahí s/homicidio calificado”, CSJN, resuelta el 8 de abril del 2008. causa 29/05,

“Clementi, Edgar Omar y otro c/ Embajada de Rusia y otros s/ cumplimiento de convenio de honorarios”, CSJN, resuelta el 3 de julio del 2007.

“E., A. T. s/ Aborto”, P. 86.052, Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, resuelta el 7 de junio de 2006

“O., J. M. - V., M. E., P., O. V.” S/ Aborto - Lesiones Culposas Gravísimas- Partícipe Secundaria” y “S., M. C. – S. N. I. s/ Aborto, Expte. N° 47/96”, Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, 26 de noviembre de 1997.

“Natividad Frías s. aborto, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, en. Pleno Buenos Aires, resolución del 26 de agosto de 1966.

Conferencias y/o jornadas:

Hopp,C; Mercurio, E. [Min Mujeres PBA]. 10 de noviembre de 2021. “Delitos omisivos en relación al cuidado”. Ciclo de capacitaciones: Defensa Técnica Eficaz y Perspectiva de Género. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=WOY81MA2zU8>

ANEXO

Cuadro de síntesis de
la jurisprudencia citada

CRITERIOS DEL SISTEMA INTERNACIONAL

PROVINCIA	TIPO PENAL
Corte IDH	Artículos: i) 7.1, 7.3 y 8.2 (en relación a los artículos 1.2 y 2), ii) 8.1, 8.2, 8.2.d, 8.2.e, 24, 5.2 y 5.6; iii) 4, 5, 11, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y así como sus obligaciones bajo el artículo 7.a) de la Convención de Belém do Pará.
AUTOS	
CASO MANUELA* Y OTROS VS. EL SALVADOR	
FECHA DEL FALLO	PROFESIÓN INVOLUCRADA
2/11/2021	Profesionales de la medicina

HECHOS
Tras sufrir una emergencia obstétrica, Manuela fue denunciada por la médica del Hospital donde se fue a atender, por el posible "cometimiento de un delito". Resultó detenida mientras se encontraba recibiendo asistencia médica "por el delito de homicidio en perjuicio de su hijo recién nacido". En agosto del 2008 el Tribunal de Sentencia de San Francisco Gotera condenó a Manuela a 30 años de prisión por el delito de homicidio agravado. La CIDH sometió a la jurisdicción de la Corte el caso Manuela respecto de la República de El Salvador. Lo que se sometió a debate de la Corte fue la alegada responsabilidad estatal por la detención de Manuela, el juzgamiento y condena de la presunta víctima por homicidio agravado tras una emergencia obstétrica sufrida por esta, el tratamiento médico recibido por la víctima y la violación del secreto profesional por parte del personal médico que la atendió.

CITA TEXTUAL
"Para que el personal médico pueda brindar el tratamiento médico adecuado, es necesario que el paciente sienta la confianza de compartir con el personal médico toda la información necesaria. Por esto es fundamental que la información que los pacientes compartan con el personal médico no sea difundida de forma ilegítima. En este sentido, el derecho a la salud implica que, para que la atención de salud sea aceptable debe "estar concebida para respetar la confidencialidad". Asimismo, el artículo 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias, sus domicilios o sus correspondencias. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva." (...) "En efecto, en estos casos colidan en apariencia dos normas: el deber de guardar el secreto profesional y el de denunciar. Tratándose de casos de urgencias obstétricas, en que está en juego la vida de la mujer, debe privilegiarse el deber de guardar el secreto profesional. Por tanto, las afectaciones causadas por la denuncia realizada por la médica tratante en el presente caso fueron desproporcionadas frente a las ventajas que se obtuvieron mediante la misma. En consecuencia, la realización de la denuncia por la médica tratante constituyó una violación a los derechos a la vida privada y a la salud de Manuela, establecidos en los artículos 11 y 26 de la Convención Americana." (...) "Este Tribunal considera que la ambigüedad de la legislación relativa al secreto profesional de los médicos y la obligación de denuncia existente en El Salvador afecta de forma desproporcionada a las mujeres por tener la capacidad biológica del embarazo. Tal como se mencionó, existe en los médicos ginecólogos una creencia de que deben denunciar los casos de posibles abortos, como sucedió en el presente caso, donde Manuela fue denunciada por posible aborto. De acuerdo al perito Guillermo Ortiz, esto no sucede con otro tipo de delitos. Además, la Corte advierte que, de acuerdo a los registros, este tipo de denuncias no son interpuestas por personal de clínicas privadas, sino solo por personal de hospitales públicos. Esto evidencia que la ambigüedad legislativa no afecta a las mujeres que tienen suficientes recursos económicos para ser atendidas en un hospital privado".

RESOLUCIÓN
Declaran al Estado de El Salvador internacionalmente responsable por la violación a la derechos receptados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención de Belém do Pará en perjuicio de Manuela.

OBSERVACIONES
Es interesante la utilización de reglas o normas internacionales vinculadas al secreto médico: la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, el Código Internacional de Ética Médica, la Declaración de Lisboa sobre los Derechos del Paciente, la Declaración de Ginebra de la Asociación Mundial de Medicina la que establece que los miembros de la profesión médica deben "velar ante todo por la salud y el bienestar de [sus] pacientes". En el mismo sentido, el Código Internacional de Ética Médica de la Asociación Médica Mundial, señala que el médico debe "considerar lo mejor para el paciente cuando le preste atención médica" y que le debe a este toda su lealtad.

CRITERIOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NACIONAL

PROVINCIA	TIPO PENAL
CSJN	Ley 23.737
AUTOS	
Recurso de hecho deducido por César Alejandro Baldivieso en la causa Baldivieso César Alejandro s/ causa n 4733	
FECHA DEL FALLO	PROFESIÓN INVOLUCRADA
20/04/2010	Médicas y médicos
HECHOS	
Baldivieso en fecha 20/10/2022 ingresó para su atención a la guardia de emergencias del Hospital San Bernardo donde, luego de ser asistido por distintos profesionales, se le diagnosticó la ingesta de elementos extraños; luego pudo determinarse que se trataba de cápsulas que contenían clorhidrato de cocaína. Si bien no surge con claridad de qué modo el agente de policía Torres, que se encontraba en servicio en el lugar, tomó noticia de estas circunstancias y las comunicó a la suboficial ayudante Andrea Carolina Yapura, cabe presumir que esa información privilegiada fue divulgada por los médicos tratantes.	
CITA TEXTUAL	
El núcleo del agravio consiste en que no puede utilizarse la información aportada por el imputado al concurrir a un hospital público y revelar, directa o indirectamente, su conducta anterior ilícita. En ese sentido, las alegaciones relativas a la violación de la garantía contra la autoincriminación y la violación del secreto médico son dos especies diferentes del género común de la imposibilidad de valorar la información y los elementos de prueba obtenidos a partir de la actividad del propio acusado de concurrir al servicio de asistencia médica pública (PG).- El interés en la persecución del delito tiene un peso menor que la protección de la confianza general de recurrir a la ayuda médica como promotor del sistema de salud pública. Tampoco es aplicable el argumento, a todas luces falso, de que con una decisión en este sentido se vuelve inaplicable la persecución penal de los delitos de tráfico. Como es evidente, la consecuencia de la falta de realización de los fines del derecho penal sólo tiene lugar cuando hay un interés preponderante a proteger (PG) 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. No existe en el caso ningún otro interés en juego, pues no mediaba peligro alguno ni había ningún proceso lesivo grave en curso que fuese necesario detener para evitar daños a la vida o a la integridad física de terceros, de modo que cabe descartar toda otra hipótesis conflictiva. El argumento alguna vez esgrimido de que el riesgo de muerte inminente resulta de la propia conducta del procesado es insostenible, pues remite a un actio libera in causa que podría llevarse hasta cualquier extremo, dado que son excepcionales los riesgos que en alguna medida no sean previsibles y reconducibles a conductas precedentes.(PLENO) conocidos están bajo el amparo del secreto profesional, cuyo alcance se torna entonces necesario determinar (PG).	
RESOLUCIÓN	
Anulan todo lo actuado y se absuelve al acusado.	

PROVINCIA	TIPO PENAL
CSJN	art. 156 CP
AUTOS	
Clementi, Edgar Omar y otro c/ Embajada de Rusia y otros s/ cumplimiento de convenio de honorarios.	
FECHA DEL FALLO	PROFESIÓN INVOLUCRADA
17/04/2007	Abogadas y abogados
HECHOS	
Un grupo de abogados representantes de la embajada de Rusia presentan una denuncia contra sus exdefendidos.	
CITA TEXTUAL	
Si el deber de denunciar decae (aun en delitos contra la vida) cuando los hechos son conocidos bajo el amparo del secreto profesional, con mayor razón merece censura una presentación espontánea de quienes sin estar obligados a denunciar y en violación de la prohibición de hacerlo, ponen en manifiesto hechos secretos que están obligados a guardar.	
RESOLUCIÓN	
Sostienen que esa denuncia no puede permitir el inicio de un proceso penal.	
OBSERVACIONES	
La Corte por unanimidad adhirió al dictamen del Procurador General.	

PROVINCIA	TIPO PENAL
Justicia Federal	No se especifica en el incidente, se desprende que podría ser art. 138 de supresión de identidad
AUTOS	
FSM y otro (causa N° 3339)	
FECHA DEL FALLO	PROFESIÓN INVOLUCRADA
1/12/2017	Trabajadoras y trabajadores Sociales
HECHOS	
Una mujer solicitó la guarda de su nieta. En el marco del proceso civil se elaboraron una serie de informes socio-ambientales. En oportunidad de celebrarse las entrevistas con asistentes sociales, la mujer manifestó que, junto a su pareja, había inscripto a su hija —madre de su nieta— como propia sin serlo. Explicó, en tal sentido, que la niña les había sido entregada a los dos días de vida. Al tomar conocimiento, el defensor público de menores solicitó que se investigara la posible comisión de un delito de acción pública por parte de la mujer y su pareja. La defensa de los nombrados planteó la nulidad de lo actuado a partir de la confección del informe socio ambiental (prueba adquirida en violación a la garantía constitucional que proscribe la autoincriminación del imputado, prevista por el artículo 18 de la Constitución Nacional). El juzgado rechazó el planteo. Contra esa resolución, la defensa interpuso un recurso de apelación.	
CITA TEXTUAL	
“Las normas profesionales, exigen la protección de la confianza que debe regir en dichas entrevistas, así como en la necesidad de que se resguarde al entrevistado en relación a las manifestaciones que puedan resultar autoincriminantes”. “Las profesionales debieron, al momento de confeccionar los informes, extremar los recaudos a fin de no incluir datos que pudieran incriminar a la encausada, captando lo sustancial de la entrevista sin hacer referencia a sus manifestaciones –claramente autoincriminatorias–.” (..) “Es que la protección mediante el secreto profesional tiende a resguardar la información que se ha obtenido a través de una relación de asistencia y confianza que conlleva, en definitiva, a la disposición a compartir voluntariamente situaciones propias en un contexto de confidencialidad. Y, en virtud de ello, el derecho a la intimidad protegido a través del secreto profesional, debe prevalecer por sobre el interés general del Estado de persecución penal (Cfr. doctrina de Fallos: 333:405)”.	
RESOLUCIÓN	
Disponen la nulidad de todo lo actuado y en consecuencia sobreseen.	
OBSERVACIONES	
Se cita jurisprudencia muy antigua (1986 y 1994) no vinculada directamente con secreto profesional, sino sobre nulidad de pruebas obtenidas a raíz de un hecho anterior viciado de ilegalidad. Cfr. CSJN, Fallos "Rayford, Reginald y otros" y "Daray, Carlos Angel s/ presentación. D 380 XXIII"	

PROVINCIA	TIPO PENAL
Nación	119 CP
AUTOS	
VRE (causa N° 11790)	
FECHA DEL FALLO	PROFESIÓN INVOLUCRADA
13/03/2018	Profesional de la salud / no específica profesión
HECHOS	
Una persona en el marco de una consulta con personal de salud dijo haber mantenido relaciones sexuales con su hija y quedó constancia en la historia clínica. El profesional no declaró pero si se valoró la historia clínica en el procesamiento. Contra esa decisión, la defensa interpuso un recurso de apelación que resolvió la Sala 6 de la CCyC	
CITA TEXTUAL	
Tal como sostuvo la defensa, se vulneró el principio de no autoincriminación. Es que el magistrado valoró contra el imputado sus manifestaciones que brindó a profesionales de la salud que lo atendieron. Y aún cuando ello se obtuvo de forma indirecta pues no fue el médico quien lo contó, sino que la información se obtuvo de las anotaciones que éste realizó en su historia clínica, es evidente que surge en un marco de asistencia terapéutica, sin la mínima sospecha de que podía proyectarse en una causa penal. Difícilmente pueda dispensarse correcta atención médica si el paciente no confía en que su médico guardará secreto de lo que surja de forma confidencial en un tratamiento. De ahí que tal reserva esté presente en los códigos de ética y leyes que reglamentan la profesión, con sustento constitucional en el derecho a la salud e intimidad (artículo 19 de la CN). Incluso el Código Penal lo protege (artículo 156) "es evidente la razonable expectativa de intimidad en esa relación con el médico y toda la información que en ese ámbito surja quedará exenta del conocimiento generalizado de los demás y no será objeto de intromisiones arbitrarias (en este sentido, Nino, Carlos S., Fundamentos de derecho constitucional, Ed. Astrea, Bs. As., 2000, pág. 327; y C.S.J.N. Fallos: 306:1892 "Ponzetti de Balbín"). En nuestro sistema de garantías la regla es el secreto profesional y la excepción el deber de revelarlo por justa causa, la que nunca podrá ser la sola finalidad de exponer al necesitado a un proceso penal –el subrayado nos pertenece- (en este sentido, Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, T° IV, ed. Tea, Bs. As. 2000, pág. 148; Núñez, Ricardo, Derecho Penal Argentino, Ed. Bibliográfica Omega, año 1967, Tomo V, págs. 31/132). Y aquí ese es el único fin que se aprecia, dado que no se encontraban en juego otros intereses ya que el delito se había consumado; no había amenaza de un mal futuro que pueda evitarse.	
CITA DE ANTECEDENTES	
Fallos: 306:1892 "Ponzetti de Balbín")	
RESOLUCIÓN	
Anulan el procesamiento.	
OBSERVACIONES	
no son médicos denunciando, es uso de constancias de historia clínica.	

CRITERIOS PROVINCIALES

PROVINCIA	TIPO PENAL
Tucumán	Homicidio agravado por el vínculo, mediando circunstancias extraordinarias de atenuación" (art. 80 -inc. 1º - segundo supuesto- y última parte Código Penal)
AUTOS	
SSS s/ homicidio agravado por el vinculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación (caso Belén)	
FECHA DEL FALLO	PROFESIÓN INVOLUCRADA
23/03/2017	Médicas y médicos
HECHOS	
Belén va al Hospital por cólicos y en el baño ocurre el parto de un feto de 32 semanas. Es acusada por homicidio agravado. La defensa apela por: insatisfacción de la garantía de defensa en juicio; nulidad del proceso ante la violación del secreto profesional y confidencialidad médico-paciente; y arbitrariedad en la valoración de la prueba.	
CITA TEXTUAL	
"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".(.)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" (..) 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."(.)Tampoco puede aceptarse como válido que el secreto profesional cubra solo lo que le hubiere sido manifestado voluntariamente por el paciente. " (..) "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"(..) "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)" (..) "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" (..) "Ni siquiera la situación de que el delito presuntamente cometido fuera un delito de acción pública autorizaba a quebrantar la obligación de guardar secreto" (..) "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" (..) "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" (..) "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" (..) "Además el quebrantamiento del secreto médico profesional implicó la afectación del derecho a la privacidad de la imputada" (..) "	
CITA DE ANTECEDENTES	
Natividad Frías; Baldivieso; "De la Cruz Flores"(CIDH) / La disidencia en cuanto a Secreto Profesional, alude al fallo "Zambrana Daza	

RESOLUCIÓN

La Corte Suprema de Justicia hace lugar y la absuelve.

OBSERVACIONES

Citas de normativa: 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..." 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" En relación al derecho positivo, el secreto médico se encuentra legislado en la Ley Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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".

PROVINCIA	TIPO PENAL
Tucumán	Aborto
AUTOS	
Maria Magdalena S/Aborto Provocado (Expte N° 14339/2012)	
FECHA DEL FALLO	PROFESIÓN INVOLUCRADA
8/09/2015	Médicas y médicos
HECHOS	
La investigación se inicio con la denuncia del encargado de seguridad de la Maternidad luego de que Maria Magdalena ingresara con lo que se consigno en la Historia Clinica como un cuadro de "Aborto Provocado", acusandola de haberse introducido un elemento en la vagina que provoco la interrupción del embarazo. En la sala de partos de la maternidad se realiza la expulsión total del feto.	
CITA TEXTUAL	
"Ello porque de la misma acta analizada, surge que la imputada en ningún momento declara haberse realizado una práctica abortiva. Pero aún si hubiera admitido haber realizado en su propio cuerpo tal práctica, el testimonio no podría haberse usado en su contra, sencillamente porque la norma del art. 18 de la Constitución Nacional establece como piedra basal que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, es decir, nuestro sistema normativo no avala la autoincriminación". "Ahora bien, a la hora de la valoración de las pruebas, este documento jamás puede ser utilizado en contra de la paciente. La historia clínica debe estar protegida por la confidencialidad entre médico y paciente. En cuanto ese mismo documento sirva a su vez para probar la comisión de un hecho delictuoso, se viola la obligación de confidencialidad que impera entre los profesionales de la salud y sus pacientes ". "Pero se podrá decir que sobre los galenos, pesa una obligación de denuncia en contra de los hechos delictuosos sobre los que tengan noticia con motivo de su labor, de lo contrario, podrían incurrir en el delito de encubrimiento. Sin embargo debe existir una justa causa, de tal magnitud que prevalezca sobre el deber de secreto profesional". "En definitiva, es necesario guardar secreto y abstenerse de alertar a las autoridades, cuando la denuncia expone al paciente a proceso. Si nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, es aún más injusto condenarla sobre la base de una autoincriminación a la que se vio forzada nada menos que por la inminencia de perder su derecho a sobrevivir a su delito" "En la presente causa, la historia clínica obrante en la misma, no puede utilizarse en contra de la paciente. Como no se puede entrar en la valoración de la misma, el expediente queda huérfano en cuanto material probatorio para inculpar a la imputada, ya que el informe emitido por el cuerpo Médico Forense se basa exclusivamente en el examen de la referida historia clínica. No se comprobó que la imputada ... conocía que se encontraba en estado de gestación. No hay pruebas que demuestren que se haya provocado un aborto. Menos aún, que hubiera descuartizado a su propio feto". "Otra forma de resolución implicaría ir en desmedro del derecho al secreto profesional con el que contaba ... como paciente. Porque antes que imputada, al momento de concurrir al Instituto de Maternidad para ser asistida de una dolencia, ... es una paciente expectante de recibir un tratamiento médico adecuado y sobre todo humanitario. El secreto profesional derivado de la relación médico-paciente es una obligación que pesa sobre el primero, para proteger la intimidad de éste último. Una resolución en contra de la imputada significa alentar o fomentar la violencia institucional en contra de las mujeres, que diariamente se sitúan en la disyuntiva de optar entre su bienestar físico o psíquico y el temor que genera una posible represión del estado".	
CITA DE ANTECEDENTES	
Natividad Frías; Baldivieso; "De la Cruz Flores"(CIDH)	
RESOLUCIÓN	
El Juzgado de Instrucción de la III Nominación hace lugar a la oposición en contra del requerimiento fiscal y sobresee a la imputada.	

PROVINCIA	TIPO PENAL
Salta	Estorbo de Acto Funcional en Perjuicio de la Administración Pública
AUTOS	
Mantovani, Gustavo Juan Ángel por Estorbo de Acto Funcional en Perjuicio de la Administración Pública	
FECHA DEL FALLO	PROFESIÓN INVOLUCRADA
15/06/2011	Médicas y médicos
HECHOS	
El médico Mantoviano fue acusado por la negativa de proporcionar el informe requerido por el personal policial sobre la gravedad de las lesiones de Juan Valdiviezo, aduciendo que la policía tiene médico legal por lo que deben ser ellos quienes evalúen al paciente, y exigiendo el pedido del diagnóstico por escrito. Se le imputó conducta dolosa por considerar que mediante esa conducta trató de dilatar el accionar de los mismos y estorbando las tareas habituales que por sus funciones debían realizar.	
CITA TEXTUAL	
Se puede considerar que la conducta del imputado, al negarse proporcionar informe requerido en forma verbal por el personal policial sobre la gravedad de las lesiones de un paciente que habría sido víctima de un delito, no tuvo la intención de impedir u ocultar en forma dolosa tal información, sino que exigió el pedido por escrito y por autoridad competente, lo cual no resulta antojadizo ni irrazonable si tenemos en cuenta el secreto profesional, que en principio que deben respetar los médicos sobre el conocimiento del estado de salud de sus pacientes y que aún en el supuesto que la negativa no haya estado amparada en tal circunstancia, todo derecho debe ser ejercido en la forma en que las leyes reglamentan su ejercicio. Cabe destacar que la conducta seguida por el acusado, en el entendimiento que debía exigir orden escrita de autoridad competente para proporcionar el informe requerido en forma verbal por el personal policial, podría encontrar sustento por la misma ley procesal al exigir en el art. 211 del C.P.P. el pedido de informes por oficio. Lo cierto es que surge, a prima facie, en la conducta del imputado la ausencia de dolo directo y específico que exige la figura penal prevista en el art. 241 inc. 2 del C.P. y que ante una situación de duda sobre cuál de las normas corresponde aplicar, debe estarse a lo más favorable al imputado, por expresa indicación del art. 3 del C.P.P.	
RESOLUCIÓN	
La Cámara de Acusación de Salta no hace lugar al recurso de apelación interpuesto por la Sra. Fiscal contra el auto de sobreseimiento dictado a favor de Gustavo Juan Ángel Mantovani	

PROVINCIA	TIPO PENAL
Córdoba	Abuso sexual
AUTOS	
“Zárate, Lucas Matías psa abuso sexual, etc.”	
FECHA DEL FALLO	PROFESIÓN INVOLUCRADA
25/07/2011	Abogadas y abogados
HECHOS	
La abogada de un centro asistencial a la víctima realiza una denuncia por abuso sexual intrafamiliar del que resultara víctima una niña. La profesional alegó que actuaba en virtud de que el equipo técnico de ese establecimiento había advertido que la niña se encontraba en riesgo. El acusado de los abusos era su hermano y surge de la sentencia que la niña no quería continuar con el proceso penal.	
CITA TEXTUAL	
El Estado no puede valerse de actos ilícitos para la persecución de un delito, ya que el sistema normativo, en determinados casos, protege en forma prevalente, frente al interés social, otros derechos individuales fundamentales. Así pues, y tal como recién lo anticipé, debe determinarse, ante todo, si la profesional que conoció el hecho en virtud de su profesión, y puntualmente en razón de su función de asistencia en un centro previsto a tales efectos, tenía el deber de resguardar la información que había obtenido en ese marco (art. 156 del CP). En efecto, toda vez que la progenitora de la víctima había requerido asesoramiento legal y terapéutico en un centro especializado y que ella contaba, por otra parte, con la facultad de instar o no la acción penal, le asistía –en principio– un verdadero derecho a la preservación de su intimidad y a la “autodeterminación familiar”. (...) Esta temática reviste a mi juicio importancia, puesto que no puede admitirse, sin mayor análisis, que la ayuda que proporciona el Estado pueda verse condicionada (directa o indirectamente) al sometimiento a proceso de quien acude a un centro asistencial, ya que, de esta forma, se colocaría a las personas en el dilema de solicitar ayuda y someterse a proceso o de no solicitar esa ayuda para evitar el proceso penal. Considero que esto es así, puesto que, fundamentalmente, el Estado tiene interés en asistir a las víctimas y que ese objetivo se logrará siempre que se les garantice un ámbito de confidencialidad. (...) No obstante, es sabido, también, que el derecho a la intimidad no es absoluto y que la legislación vigente admite, bajo ciertas condiciones, la intervención estatal en ámbitos individuales. Pues bien, el mismo dispositivo penal que prohíbe la vulneración del secreto profesional establece, como excepción, la existencia de una justa causa (art. 156 del CP). De allí que se ha considerado atípica la conducta del profesional que ha actuado con el convencimiento de que, de esa forma, evitaba un mal mayor. En igual sentido, repárese que la ley que regula el ejercicio de la abogacía, les impone a estos profesionales el deber de guardar el secreto de la información que adquieren en ejercicio de la función, dejando a salvo las “excepciones legales”. (...) La doctrina ha sostenido que “justa causa” constituye, en rigor, un verdadero estado de necesidad. Esto significa que la revelación de un secreto por parte de un profesional estará justificada siempre que se pretenda con ello evitar un mal mayor. Y es el caso que en este supuesto la Ab. Laura Alejandra Gómez, asesora legal del centro de ayuda a la víctima, alegó que actuaba en virtud de que el equipo técnico de ese establecimiento había advertido que la niña se encontraba en riesgo, en razón, fundamentalmente, de su contexto intrafamiliar.	
RESOLUCIÓN	
El Tribunal Superior de Justicia provincia de Córdoba resuelve el archivo de las actuaciones luego de que la fiscal notifique a la menor sus derechos, sin perjuicio, de la acción que podrá instar oportunamente la menor con la asistencia de los centros asistenciales, o eventualmente incluso sus representantes legales o quienes detentan la guarda de ella. Se dispone la inmediata libertad del imputado	

PROVINCIA	TIPO PENAL
La pampa	Aborto
AUTOS	
S., M. C. – S. N. I. s/ Aborto, Expte. N° 47/96	
FECHA DEL FALLO	PROFESIÓN INVOLUCRADA
26/11/1997	Médicas y médicos
HECHOS	
La médica denuncia a partir de los dichos de la imputada en el momento de la atención. Es por ello que la defensa solicita la nulidad de todo el proceso por la autoincriminación de la imputada y violación del secreto profesional.	
CITA TEXTUAL	
1. a) El señor Defensor Oficial, como protagonista inmediato de aquella impugnación, ha sostenido que “la iniciación de esta causa por medio de la autoincriminación que formulara la imputada, a partir de los dichos que vierte ante la médica y que ésta traslada a la justicia, produce la nulidad de todas las actuaciones”, sobre todo porque esa autoincriminación como producto de una situación forzada, “viola la garantía constitucional de declarar contra sí mismo” (con citas coincidentes de doctrina -LOPEZ BOLADO, 3., “Los médicos y el Código Penal”, Edit. Universidad- y de jurisprudencia -“plenario FRÍAS”-). b) Por su parte, el señor Procurador General, luego de recordar que supo asumir una postura interpretativa -opuesta a la del actual recurrente- sobre el tema indicado y con motivo del tratamiento de dos casos resueltos -bajo idéntica postura- por este Superior Tribunal en instancias de casación (“OLGIATI” y “MOLLANI”, fallos del 23/10 y del 03/11, respectivamente, de 1990), evidencia haber aceptado -frente a esta propuesta recursiva- la saludable exigencia de un nuevo análisis del tema, sin subestimar a la jurisprudencia indicada, pero sin que una subordinación “religiosa” a la misma lo excluya de su justificada rectificación, más aún cuando -como en este caso- un ingrediente de “enfoque constitucional” tiene incidencia en la variante de interpretación. Ese nuevo análisis del titular del Ministerio Público señala que la atención (...) “se realizó por la necesidad de esa asistencia médica”; (...) “dicha autoincriminación no pudo, en manera alguna, ser utilizada ... para reprimir el delito en el cual había incurrido quien se encontraba presionada por una necesidad vital: el derecho a la subsistencia”, menos aún ante “la protección que garantiza el artículo 18 de la Constitución Nacional”; que, cada uno de los profesionales médicos (ya en el Establecimiento Asistencial de Lonquimay, como en el Hospital de esta ciudad) obtuvo noticia de lo acontecido “como consecuencia del ejercicio de su profesión”, de tal manera que “ambos se encontraban inhabilitados legalmente para efectuar la denuncia”; d) que, con lo indicado, queda determinada la innegable aplicabilidad, en el caso, del ya citado “plenario FRÍAS” (Cám. Nac. Crim. y Corree., Cap., 26/8/1966), específicamente con la conclusión de 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”; y e) que, a partir de esa misma conclusión, con la simultánea alternativa de nulidad de lo actuado a la que justificadamente conduce, el Ministerio Fiscal ha fijado, expresamente, su adhesión “al recurso de la defensa”, pero dejando también a salvo la posibilidad -“librada al pensamiento” del Tribunal- de que esa nulidad se haga extensiva (incluso por su calidad procesal de “absoluta”) a la restante destinataria de imputación delictiva, todo esto, además, desde una cita de BIDART CAMPOS y su remisión a la teoría del “Fruto del árbol venenoso” (“E.D.”, t. 166, pág. 224/225). 2. Secreto profesional. Citan ant. doctrinarios a partir de lo cual establecen: *- que “la obligación (referida al caso del médico) de guardar el secreto es genérica, de manera que la obligación de denunciar no existe nunca que medie el secreto” * *- que ello “importa, desde el punto de vista del derecho, una verdadera colisión de bienes”, ya que, “además del interés genérico en la tutela por los derechos de la intimidad, la intervención médica se produce en situaciones de necesidad”, por lo que “el derecho no tiene más solución que la de sacrificar uno de los dos bienes en conflicto.” “- que, entonces, “el derecho puede no amparar al necesitado, estableciendo la obligación para el médico de denunciar al que estando en falta necesitó de sus servicios: en ese caso, se pronuncia a favor de un bien jurídico, cual es la certeza de la punición de los delitos, pero los que así se pronuncian han de reconocer que sacrifican positivamente en general -lo que es grave- a la personalidad” -* *- que, por otra parte, frente al conflicto -en que se coloca al necesitado- “entre dejarse morir por falta de asistencia o denunciarse con el acto de ocurrir al médico”, tendrá aplicación estricta el principio de Hegel según el cual “negar el derecho de necesidad importa declarar al hombre carente en general del derecho, pues se le niega la vida” -* -*.que, por eso, “no existe deber de denunciar, y sí deber de guardar secreto, cuando la denuncia expone al necesitado a proceso”.-*	

CITA DE ANTECEDENTES

1. (por la autoincriminación) "OLGIATTI, Juan Mario y otros s/ Aborto" expte. Nº 1906/90. 2) "plenario FRÍAS" (Cám. Nac. Crim. y Corree., Cap., 26/8/1966). 3). BIDART CAMPOS y su remisión a la teoría del "Fruto del árbol venenoso" ("E.D.", t. 166, pág. 224/225). 4) Citan los siguientes antecedentes doctrinarios: la presencia de Sebastián SOLER ("Der. Penal Arg.", t. IV, pág. 147, Edit. Tea, 1988) - VER CONCLUSIONES EN EL APARTADO ANTERIOR PUNTO 2. 5) En esa misma línea doctrinaria (con lo cual, de paso, se ratifica que, como advirtiera Oskar RELDA en "L.L.", 1994-B, pág. 553, "el tema no es novedoso, pero -según dijo alguien- "para novedad nada mejor que los clásicos"), podemos ubicar, entre las presencias "contemporáneas", la del ya citado Jorge LOPEZ BOLADO (ahora en "L.L.", 1979-C, pág. 172), definiendo -indudablemente desde Soler, pero con personal precisión dialéctica- la conclusión de que, "enfrentado ante el dilema de denunciar o no un hecho delictivo, con dudas y quizás temor de convertirse en encubridor de un delito, sí no denuncia, o de violar el secreto profesional y, por ende, infringir la norma penal que lo prohíbe, sí denuncia, el médico debe atenerse a la siguiente premisa se trata de uno de los casos en que el derecho no tiene más solución que la de sacrificar uno de los dos bienes en conflicto" (conf.: RELDA, en nota citada, luego de señalar los datos distintivos de la violación del secreto profesional que realiza el médico al revelar la comisión de un aborto por parte de su paciente, con esta personalísima observación: "El aborto pertenece al pasado, no hay necesidad urgente de prevenir delito alguno, pues como se dice popularmente "ya fue"; mientras tanto, "el secreto profesional del médico ... "está siendo". No hay necesidad racional que justifique al médico a revelar el secreto cuando de por medio puede estar la vida y la salud de la mujer que acude a un médico para poder sanarse de las secuelas que dejó en ella su propio aborto", por lo que, "dicho en términos de la ley, no puede existir en el caso justa causa de revelación"); c) En ese mismo trabajo de RELDA (destinado a comentar un fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires -en el que dicho Tribunal, modificando su jurisprudencia, aceptó una interpretación opuesta sobre el tema-) se incluyen también, en función de la discrepancia con esa variante interpretativa de dicha Corte, "algunos reparos desde el punto de vista de la técnica jurídica" que estimo no pueden ser desatendidos (aunque dejando a salvo nuestra apreciación sobre que -en función de esos "reparos"- debe tratarse, más que de "técnica" de "sensibilidad" jurídica): "mencionaremos -dice- tan solo tres: a) peligro de que las mujeres infectadas no acudan a los Hospitales Públicos por temor a la represión; b) subyace (o deja subyacente, agregaríamos nosotros) la idea de que sólo irán presas las que no puedan abonar una consulta privada, es decir aquellas que acudan al Hospital Público, en clara desigualdad ante la ley; y c) idea de una justicia draconiana e impiadosa frente a las necesitadas", vale decir, todo un interlineado de "cosa humana" que -siempre desde mi apreciación- es imprescindiblemente decisivo para una correcta o, mejor aún, para una justa solución interpretativa de este tema.

RESOLUCIÓN

Declaran la nulidad de todo lo actuado.

PROVINCIA	TIPO PENAL
La pampa	Aborto
AUTOS	
O., J. M. - V., M. E., P., O. V. S/ Aborto - Lesiones Culposas Gravísimas- Partícipe Secundaria"	
FECHA DEL FALLO	PROFESIÓN INVOLUCRADA
27/08/2003	Médicas y médicos
HECHOS	
El médico de guardia denuncia a la mujer quien llega por haberse realizado un aborto. Violación de garantía de autoincriminación	
CITA TEXTUAL	
"Que esa "autoincriminación" es la que le permite a la instrucción avanzar en una investigación viciada de nulidad, pues avasalla la protección que garantiza el art. 18 de la Constitución Nacional. " (..) 'si no puede instruirse sumario contra la abortada, no se ven razones para que pueda hacerse, por virtud de la misma denuncia, contra los coautores, instigadores o cómplices, y a la inversa', ya que, admitido el 'carácter ilícito de la denuncia, ésta no debe valer para nadie'	
CITA DE ANTECEDENTES	
Daray; Natividad Frías	
RESOLUCIÓN	
Nulidad de todo lo actuado.	

PROVINCIA	TIPO PENAL
Santa Fe	Inicialmente homicidio culposo (art. 84 del CP), y luego hubo cambio de carátula a Homicidio agravado por el vínculo.
AUTOS	
V., R. S. s/ homicidio doloso	
FECHA DEL FALLO	PROFESIÓN INVOLUCRADA
26/11/1997	Médicas médicos psicólogas y psicólogos
HECHOS	
El 8 de febrero de 2019, siendo las 01.30 hs. aproximadamente, en una localidad de Santa Fe, se encontraba la imputada junto a sus padres y una pareja amiga. La joven dio a luz sola (parto natural no asistido) y se le atribuye el haber provocado la muerte de la bebé, la violación del deber de cuidado: los recaudos tendientes a evitar que el parto imponía su estado de gravedad y el no haber tomado medidas para que ocurriera en condiciones adecuadas para ser asistida por personal idóneo. Por ello, es trasladada al hospital por sus padres. La bebé presentaba lesiones. El médico de guardia alertó a la policía y a su vez, la psicóloga que intervino para contener a la joven prestó declaración luego.	
CITA TEXTUAL	
1. ..." (Erбетта, Daniel, Nuevo Código Procesal Penal de la provincia de Santa Fe Comentado, Ley 12734, Zeus, pág. 504; ver también análisis efectuado por Superti, Héctor, "Derecho Procesal Penal, Temas Conflictivos", editorial Juris, 1998, págs. 289 a 363). 2. Similar consideración merece la intervención efectuada desde el órgano a cargo de la investigación, por intermedio del Licenciado en Psicología Matías Tabeni -dependiente de la División Científica Forense de la Agencia de investigación Criminal- de fecha 9/02/2019, quien, acudió en medio de la angustiosa situación atravesada por R. El nombrado entrevistó a la joven en el marco de una relación no terapéutica -también denominada impropia, o de función-, en razón de desempeñarse como dependiente del órgano investigador, obteniendo información en beneficio de la investigación, en abierta contradicción a las garantías que como tal le correspondían a R., por su calidad de imputada -arts. 100 Y ss Código Procesal Penal de Santa Fe-. Proceder que no puede dejar de causar perplejidad (Sobre la distinción entre relación profesional propia o de asistencia; y relación profesional impropia o de función, Ver Superti, Héctor, op. Cit, págs. 331-334).- 3. Resultan trasladables al caso los argumentos expuestos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "Baldivieso" (Fallos del 333: 405, del 20 de abril de 2010), fallo que deja una conclusión importante respecto a la violación al secreto profesional: "la denuncia del médico que trabaja en el hospital público y que atendió a la persona a la que luego incriminó, conforme la sentencia de la Corte, es lesivo del art. 19 de la Constitución Nacional ...", "...del fallo surge claramente que el artículo 19 de la Carta Fundamental funciona como un límite evidente del poder punitivo estatal de enjuiciar criminalmente a las personas ..." (Vid. Pessoa, Nelson, "La Nulidad en el Proceso Penal. Estudio de los Silencios normativos aparentes", Tercera Edición 2013, Ed. Rubinzal Culzoni, pág 110). 4. No cesa el deber de confidencialidad por la razón de tratarse de una muerte violenta, ya que sea cual fuere la causa, nunca existieron dudas acerca de la vinculación de R. con el hecho, más allá de, su atipicidad y por tanto la divulgación efectuada por el profesional del efector público, no se encontraba amparada en "justa causa" alguna (Cfr. arto 156 CP a contrario sensu).	
CITA DE ANTECEDENTES	
1. Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "Baldivieso" (Fallos del 333: 405, del 20 de abril de 2010). 2. Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa "De la Cruz Flores vs. Perú" -del 18 de noviembre año I 2004-	
RESOLUCIÓN	
Jueces Penales de Primera Instancia del Distrito Judicial Nro. 1 absuelve de culpa y cargo a R. S. V., por resultar atípica la conducta que se le atribuye.	
OBSERVACIONES	
Me pareció interesante lo siguiente (vinculado a violencia obstétrica): que el proceder de los profesionales de la salud evidencia un la violencia obstétrica posparto (en los términos del artículo 6 inciso e de la ley 26.485 y su adhesión provincial ley 13.348), en tanto configura una práctica de nula empatía, humillante y criminalizante de quien estaba atravesando su estado puerperal y recurrió al hospital para su atención médica. Ella fue trasladada por un cuadro de hemorragia y como respuesta recibió "una clara violación a la confidencialidad y a la intimidad" (contemplados en la ley de parto humanizado - Ley25.929).	

PROVINCIA	TIPO PENAL
CABA	Aborto
AUTOS	
Natividad Frías	
FECHA DEL FALLO	PROFESIÓN INVOLUCRADA
26/08/1966	Médicas y médicos
HECHOS	
En 1966, Natividad Frías concurre a la asistencia médica como consecuencia de las lesiones sufridas por maniobras abortivas. En la desesperación, la mujer refiere el hecho al profesional que la asiste exponiéndose a la denuncia policial.	
CITA TEXTUAL	
En el transcurso del fallo se relevan argumentos a favor y en contra del sostenimiento del secreto profesional. Entre ellos se destacan a favor de mantenerlo: 1. "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. Ello sería sencillamente absurdo, puesto que, como lo destaca el doctor Sebastián Soler, el secreto es el mismo, sea o no comunicado o advertido". 2. "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 (...). Me refiero a la suprema garantía de que "nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo" estampada en el art. 18 de la Constitución Nacional. Por aplicación de este principio de obligatorio cumplimiento por mandato de la Carta Fundamental, y sin necesidad de acudir a especie alguna de aplicación analógica --legal o jurídica-- "in bonam partem", 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 obstante, quiero señalar, por mi parte, que las complejas cuestiones referentes al secreto médico y sobre todo a su violación en los términos del art. 156 del Cód. Penal, no se hallan necesariamente vinculadas al tema propuesto.	
RESOLUCIÓN	
La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal consideró que no se podía instruir 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--, pero sí correspondía hacerlo en todos los casos respecto de sus coautores, instigadores o cómplices.	

PROVINCIA	TIPO PENAL
PBA	art. 85 /88 CPAborto
AUTOS	
C.A. E s/ rec. de casación reg- 39963	
FECHA DEL FALLO	PROFESIÓN INVOLUCRADA
21/10/2010	Médicas y médicos
HECHOS	
El hospital requiere presencia policial ante el ingreso de paciente que habría realizado maniobras abortivas. Una vez en el hospital la médica obstetra hace un certificado en el que consta el diagnóstico parto prematuro provocado. La mujer fue a pedir atención	
CITA TEXTUAL	
En orden a lo anterior, concluyo que derecho a la vida y la garantía fundacional contra la autoincriminación de la mujer que acude a un nosocomio en busca de asistencia como consecuencia de haberse practicado un aborto prevalecen por sobre la potestad del Estado de investigar y reprimir la comisión de delitos. Por ello, la información que en tales circunstancias aquella dé a los profesionales del arte de curar no puede, bajo ningún concepto, ser utilizada a los fines de emprender una causa criminal, ya 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	
CITA DE ANTECEDENTES	
Natividad Frías; CSJN, causa n° 4733, “B.”, B. 436. XL	
RESOLUCIÓN	
Rechazan recurso contra nulidad planteado por el MPF	
OBSERVACIONES	
No desarrollan nueva jurisprudencia, se apoyan en la citada.	

PROVINCIA	TIPO PENAL
PBA	art. 88 CP
AUTOS	
E. A. T s/aborto	
FECHA DEL FALLO	PROFESIÓN INVOLUCRADA
7/06/2006	Médicas y médicos
HECHOS	
La causa se inició con un certificado médico precario en la oficina de guardia policial del hospital de Adrogué que daba cuenta del ingreso de una mujer que presentaba consecuencias de maniobras abortivas. En razón de ello se dio inicio a las actuaciones. Fue absuelta en primera instancia porque no se podía inferir que las maniobras las hubiera efectuado ella sola. El MPF recurre y la Cámara revoca la absolución, condenándola a 1 año de prisión por el delito de aborto	
CITA TEXTUAL	
La circunstancia de que la mujer aquí imputada hubiera presuntamente cometido un delito no implica en modo alguno que desprovista de la protección que otorga la Constitución.- Al contrario, la garantía contra la autoincriminación presupone que (quien cometió el delito) a pesar de ello no está obligado a denunciar. Así, la concurrencia de la mujer al hospital para requerir auxilio médico a causa de maniobras abortivas no puede ser equiparada a prestar libre consentimiento para hacer públicos los signos de su acción delictiva que necesariamente se evidenciaban y de los que - en ese contexto - dio cuenta, primero al profesional y luego al agente policial comisionado cuando este la interrogó en infracción al artículo 434 incis. 5° CPPPBA. El dilema en el que se encontraba no permite calificar su comportamiento como voluntario (...) las manifestaciones de la imputada y la evidencia de los rastros corporales del delito constituyeron una consecuencia directa de su necesidad de asistencia médica, que no puede ser utilizada como medio oponible del conocimiento a la autoridad policial, es decir, como elemento que posibilite el despliegue de la actividad estatal persecutoria. Ello pues, ese conocimiento fue adquirido sin que la persona involucrada (destinataria por una parte de la garantía bajo examen, y a su vez del derecho a la salud...) pudiera optar libremente entre publicitar su acción delictiva o no hacerlo. Esa determinación se hallaba compelida por su necesidad vital. Ella fue la única fuente de transmisión de conocimiento de la actividad ilícita (...) a un médico que no obstante su calidad de funcionario público, tenía como misión fundamental prestarle su auxilio.	
CITA DE ANTECEDENTES	
Natividad Frías; SCBA P. 3805 del 3.04.90 y P. 39085 del 07.07.92; casación 6962 del 31.08.2004 y 6353 del 26.11.2002	
RESOLUCIÓN	
La Suprema Corte de Justicia de la provincia anula la condena de cámara y absuelve	

Esta guía está en constante actualización para reflejar los cambios y avances en la materia.

Para enviar sugerencias, jurisprudencia o casos pueden escribir a

politicadegenero.pba@gmail.com

MINISTERIO DE
LAS MUJERES,
POLÍTICAS DE
GÉNERO Y
DIVERSIDAD
SEXUAL



GOBIERNO DE LA
PROVINCIA DE
**BUENOS
AIRES**