

REGISTRO N° 20.278

/// la Ciudad de Buenos Aires, a los 13 días del mes de julio del año dos mil doce, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el juez doctor Alejandro W. Slokar como Presidente y las juezas doctoras Ana María Figueroa y Angela Ester Ledesma como vocales, asistidos por la Secretaria, doctora María Jimena Monsalve, a los efectos de resolver el recurso interpuesto contra la resolución de fs. 16/16vta. de la causa n° 10.193 del registro de esta Sala, caratulada: "Á., G. Y. s/recurso de casación"; intervienen representando al Ministerio Público el señor Fiscal General ante esta Cámara, doctor Ricardo G. Weschler, y la doctora Laura B. Pollastri por la defensa.

Efectuado el sorteo para establecer el orden de emisión de votos, resultaron designados para hacerlo en primer término el juez doctor Alejandro W. Slokar y en segundo y tercer lugar las juezas doctoras Angela E. Ledesma y Ana María Figueroa, respectivamente.

El señor juez doctor **Alejandro W. Slokar** dijo:

-I-

1°) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad, en la causa n° 34.553 de su registro, por resolución de fecha 11 de septiembre de 2008, resolvió confirmar el auto de fs. 14/16 en cuanto había declarado la nulidad de todo lo actuado y sobreseyó a G.Y.A., por la presunta comisión del delito de aborto propio en calidad de autora.

Contra esa decisión, el representante del Ministerio Público Fiscal interpuso el recurso de casación de fs. 1/4vta., el que fue concedido a fs. 20/20vta. y mantenido a fs. 25/25vta.

2°) Que en su escrito de fs. 1/4vta., el representante del Ministerio Público Fiscal ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad, al fundar el remedio intentado señaló que el auto impugnado era arbitrario, puesto que aplica el plenario

"Natividad Frías" no sólo a la imputada sino también a los eventuales coautores, cómplices o instigadores, respecto de los cuales el citado pronunciamiento habría mantenido la validez de la *notitia criminis*. En esa línea, manifestó que la sentencia debía ser considerada como equiparable a definitiva, pues impedía toda prosecución de la acción penal.

En cuanto al fondo de la cuestión, argumentó que no obstante la controversia jurídica existente acerca de la conducta de la mujer que consiente el propio aborto, a la luz del art. 88 del Código Penal no hay duda de su punibilidad ni de qué bien jurídico viene a tutelar esa norma, razón por la cual no debe ser materia de los jueces evaluar o sopesar las razones de política criminal que llevaron al legislador a prever la reacción penal para tal comportamiento.

Sostuvo que se debe analizar la legitimidad del impedimento de proceder a investigar la comisión de un delito contemplado en la legislación nacional por vía de disposiciones procesales locales. En este sentido, a su entender, cobraba particular importancia la doctrina del citado plenario "Natividad Frías" respecto de los posibles coautores, instigadores o cómplices.

Concretamente, afirmó sobre el punto que "[a]quí, en esta causa, G[...] Y[...] A[...] está sobreseída y esa decisión además no fue recurrida por el Ministerio Público en primera instancia. Lo que sí se puso en tela de juicio fue, justamente, la declaración de nulidad pues la denuncia del médico respecto de coautores, instigadores y cómplices era, incluso para aquellos que votaron por la mayoría en el precedente Natividad Frías, absolutamente válida." (v. fs. 3)

Si bien el fiscal no discute el sobreseimiento de la imputada, que se encuentra firme, señala que en los casos en que el profesional de la salud denuncia un aborto, lo hace con justa causa, en atención al bien jurídico que intenta proteger, prevalente frente al deber de guardar secreto médico.

Asimismo sostuvo que "[i]mpedimentos de carácter procesal no pueden derivar en la tácita derogación de normas establecidas en nuestro ordenamiento de fondo, en nuestra Constitución Nacional y en tratados internacionales.". Con cita del precedente "Zambrana Daza" de la Corte Suprema de Justicia

de la Nación concluye que, encontrándose en juego intereses jurídicos de distinta entidad, debe estarse al que reviste mayor repugnancia al ordenamiento jurídico y, siendo ello así, los impedimentos procesales deben ser sencillamente desatendidos frente a la norma sustantiva.

Finalmente, se agravia del desconocimiento que habría hecho el *a quo* respecto de la noticia que tuvo el médico asistente de G.Y.A. de la conducta investigada por la información que le proporcionó su concubino, quien además brindó detalles acerca de quién y de dónde se había practicado el aborto. En este sentido, resalta que no fue la mujer la única que puso en conocimiento del galeno el suceso investigado, lo que agrava la arbitrariedad del pronunciamiento en crisis, pues decretada la nulidad se impide todo impulso ulterior respecto de terceras personas.

3°) Que en el término de oficina se presentó la defensora pública oficial Dra. Laura Beatriz Pollastri propiciando el rechazo del recurso de casación (fs. 28/31). Sostuvo que el Ministerio Público Fiscal pretendía someter a revisión cuestiones de hecho y prueba, bajo pretexto de una supuesta arbitrariedad que el fallo no presentaba.

Entendió que una vez declarada nula el acta que había dado inicio a las actuaciones, no podía el fiscal valerse de ella a ningún otro efecto. Refirió que el médico no estaba obligado a denunciar pues se encontraba amparado por el deber de guardar el secreto profesional ya que estaba en juego la intimidad de la paciente, por lo que las manifestaciones de su pareja no podían ser evaluadas. Así, sostuvo que pretender que A. declare como testigo implicaba no sólo una revictimización, sino también la exteriorización de un accionar privado que no habría sido conocido por el poder punitivo si no fuera por la violación del secreto profesional.

Que al momento de confirmar la nulidad dispuesta a fs. 14/16, y de todo lo actuado en consecuencia, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad escuetamente consideró, en virtud del plenario "Natividad Frías" ya citado, que "[n]o [cabía] instruir sumario contra la mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia

efectuado por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión[...]” (fs. 16/16vta. de esta incidencia).

A fs. 33/35 vta. se presentó el Fiscal General ante esta instancia y solicitó que se haga lugar al recurso de casación.

3°) Que a fs. 41 se dejó debida constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 465 del C.P.P.N.

-II-

Que el recurso interpuesto es formalmente admisible, pues satisface las exigencias de interposición (art. 463 C.P.P.N.) y de admisibilidad (art. 444 C.P.P.N.); además el pronunciamiento en crisis constituye una de las decisiones enumeradas en el art. 457 C.P.P.N. y es recurrible a tenor del art. 458 del código de rito en tanto impide el progreso de la acción.

-III-

Que el recurrente se agravia del alcance que el *a quo* asigna a la nulidad declarada. Sostiene que, de acuerdo con la invocación de los fundamentos y conclusiones del plenario “Natividad Frías”, no se debía cerrar toda posibilidad de continuar el proceso penal en contra de otras personas que no fueran la mujer que acudió al hospital a causa de una infección provocada por un aborto inducido.

Empero, y más allá de todo su esfuerzo argumental, no asume que sin perjuicio de lo resuelto en *in re* “Natividad Frías” la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional acordó a la nulidad el alcance señalado reiteradamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto señala que: “Conceder valor a medios probatorios obtenidos por vías ilegítimas y apoyar en ellas una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito por el que se adquirieron tales evidencias” (Fallos: 308:733, también 306:1752).

Más recientemente, el máximo tribunal recordó: “Que, a partir del caso “Rayford” (ver considerandos 52 y 62, Fallos: 308:733), esta Corte ha establecido que si en el proceso existe

un solo cauce de investigación y éste estuvo viciado de ilegalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquél, y la regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, porque de lo contrario se desconocería el derecho al debido proceso que tiene todo habitante de acuerdo con las garantías otorgadas por nuestra Constitución Nacional. Esta doctrina aparece reiterada *in re* "Ruiz" (Fallos: 310:1847) "Francomano" (Fallos: 310:2384), "Daray" (Fallos: 317:1985) y, más recientemente, en "Peralta Cano" (Fallos: 333:1674).

En este sentido, debo señalar que tanto el *a quo* como la jueza de instrucción consideraron que no existía un cauce alternativo de investigación y no corresponde a esta instancia reemplazarlos en cuestiones de hecho que se encuentran, a esta altura definitivamente decididas.

No obstante ello, menester es consignar que no puede considerarse como independiente y válida para habilitar la investigación la información que pudiera haber brindado la pareja de la imputada, como lo propone el recurrente. Esa información no puede ser separada del acto de atención médica, ya que fue en ése contexto en el que se conoció el dato respecto de la práctica del aborto por parte de G.Y.A.. La noticia tiene la misma fuente, que es la paciente que comparece al centro de salud, en la especie, acompañada. Las manifestaciones que podría haber dado la pareja de la asistida no resultan independientes, sino que habrían sido dadas en un mismo contexto.

Por tal razón, quedó establecido que el proceso tuvo su origen en la denuncia que realizara un profesional que se encontraba obligado por el secreto médico a no revelar la información dada por quien acudió al hospital para acceder al servicio de salud y con el fin de obtener un tratamiento adecuado. En tales condiciones, la nulidad se funda en la afectación del derecho a la intimidad de la paciente que debe alcanzar a todos los actos procesales que tengan como antecedente necesario aquella denuncia.

En tal sentido, cabe recordar lo dicho por el cimero tribunal nacional, en orden a que: "cualquiera sea el entendimiento de las normas infraconstitucionales y, en

concreto, de naturaleza procesal, aplicables al caso, éstas nunca podrían ser interpretadas pasando por alto el conflicto de intereses que se halla en la base del caso concreto de autos. En abstracto puede entenderse que se trata de la ponderación entre el derecho a la confidencialidad que le asiste a todo habitante de la Nación que requiere asistencia a un profesional de la salud –una acción privada incluso para quien se encuentra realizando una conducta delictiva, en tanto parte integrante de su ámbito de autonomía individual [...] (art. 19 de la Constitución Nacional)– y el interés del Estado en la persecución de los delitos; pero, en concreto y en el caso, se trata nada menos que del derecho a la vida de una persona y ese interés del Estado” (Fallos: 333:405).

Así las cosas, no se advierte arbitrariedad alguna en la decisión del *a quo* y la tesis propuesta por el Ministerio Público Fiscal se revela no suficientemente fundada, teniendo en cuenta los precedentes citados sin que se presenten argumentos que logren conmovir los argumentos y la ponderación realizada por aquella doctrina.

-IV-

Que también el representante del Ministerio Público Fiscal plantea que no corresponde declarar nulidades que no se encuentren previstas expresamente en el Código Procesal Penal.

Tal propuesta no puede ser de recibo, ya que la falta de previsión legal de la sanción de nulidad respecto de una afectación de los derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional no puede convalidar un acto de tales características. La propuesta requirente impondría subordinar la operatividad de los derechos fundamentales, de jerarquía constitucional, a las previsiones de legislativas del digesto ritual.

Ya hace décadas se ha dicho que “Si los derechos constitucionales expresa o implícitamente consagrados, constituyen derecho positivo e imperativo, vinculante y limitador de la actividad de los Poderes del Estado –Ejecutivo, Legislativo y Judicial– y de los particulares, cada vez que se pretenda introducir en el proceso el medio probatorio obtenido extra- procesalmente con violación a tales derechos, el juez debe rechazarlo por inadmisibles. De esta forma el derecho

declarado se convierte en derecho garantizado. La garantía resulta de la aplicación de la regla de exclusión; existe una actuación jurisdiccional tutelando el derecho en función del rechazo del fruto de su violación, pues en caso contrario, su aprovechamiento, se resolvería en una nueva y sucesiva lesión de aquel." (Minievielle, Bernardette, "La prueba ilícita en el proceso penal", Lerner, Córdoba, 1987, pp.36/37).

Se agravia asimismo en punto a que las normas procesales puedan restringir la vigencia de las leyes de fondo. En tal sentido, señala que la disposición del art. 177 inciso 2° impondría un obstáculo a la persecución del delito de aborto.

Al respecto, cabe sindicar que en el ordenamiento jurídico existen normas y disposiciones que prohíben a los órganos del estado indagar sobre determinados hechos, ya sea prohibiendo un determinado método de obtención de pruebas, ya ordenando uno en particular. Prohibido o vedado un modo de adquisición, se prevé la expulsión del proceso de los medios probatorios obtenidos en pugna con tales disposiciones.

En ese orden, aceptar la *notitia criminis* derivada de la violación del secreto médico, sería también incompatible con la *ratio* de la prohibición de declarar que tiene el profesional de la salud sobre los hechos que hubieren llegado a su conocimiento en razón de su profesión (art. 244 C.P.P.N.), y así lo señaló el voto del juez Amallo en el célebre plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal *in re* "Natividad Frías", del 26 de agosto de 1966.

Así, la consideración del recurrente no parece guardar sustento, habida cuenta que si bien es cierto que la discusión en torno de las cuestiones probatorias tiene un evidente carácter valorativo, "[e]s una trampa ingeniosa, sin embargo, presentar como 'valores en juego' a la capacidad funcional del sistema penal, por un lado, y a la protección de intereses individuales, por otro. Esta tensión, en verdad, constituye una de las características fundamentales del derecho procesal penal y la armonización de los valores en pugna, uno de los desafíos principales del Estado de derecho. Pero la definición de dicha colisión queda en principio resuelta por

las decisiones del constituyente, al trazar los principales límites de actuación de la persecución penal, y al legislador común, al regular las facultades de investigación e injerencia estatal: tarea del juez, en este ámbito, es analizar, desde el atalaya de los principios fundamentales del Estado de derecho, si ésta última decisión legislativa constituye una reglamentación razonable de aquellos límites [nota omitida]. Es decir, la capacidad funcional de la persecución penal es una cuestión ya resuelta por el legislador." (Guariglia, Fabricio, "Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatorias en el procedimiento penal", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 71, nota omitida).

Y es que "... son precisamente las 'prohibiciones probatorias' las que realmente constituyen el núcleo esencial de un proceso penal adaptado a las exigencias del Estado de Derecho, no sólo en cuanto implica de respeto a determinadas formalidades, garantías y competencias que deben ser observadas en la tramitación de un proceso penal, sino también en cuanto es o debe ser respetuoso con los derechos fundamentales del imputado en un proceso penal, que constituyen un límite que no puede ser franqueado nunca, ni siquiera en aras de una mayor eficacia en la búsqueda de la verdad y en la investigación y persecución del delito" (Muñoz Conde, Francisco, "De las prohibiciones probatorias al derecho procesal penal del enemigo", Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pp. 17/18).

Por ello, si en el análisis acerca de una regla que prohíbe incorporar cierto medio de prueba por haber sido obtenido de manera ilegítima, se introduce la cuestión acerca del valor que la ley asigna a determinados bienes jurídicos, por más caros que sean a ella, se corre indebidamente el eje de de la cuestión; y ello es particularmente visible en este caso.

Así las cosas, dada la particular reglamentación de la materia, la lesión a algún otro bien tutelado por el ordenamiento de fondo que pueda conllevar la prohibición de valorar pruebas obtenidas ilegítimamente, es un dato completamente irrelevante a los efectos de determinar la eficacia procesal del acto de la denuncia del profesional de la salud en orden al hecho que conoce en el marco de una relación amparada por el secreto profesional. No corresponde fusionar la

relevancia penal del hecho con la consecuencia procesal que debe extraerse de la prohibición legal de incorporación y valoración de una denuncia que nunca debió existir.

Ex abundantia, corresponde consignar que el profesional de la salud no sólo no tiene deber de denunciar, sino que tampoco tiene la facultad hacerlo. En este sentido, el deber de abstenerse de comunicar los hechos conocidos bajo el amparo del secreto profesional tiene, al menos, dos fundamentos. Un primero, de base eminentemente legal, que resulta del art. 177 C.P.P.N. en cuanto debe ser entendido en el sentido de que la opción de denunciar que tiene el profesional resulta relevante para los casos en que los hechos conocidos no se encuentren amparados por el secreto profesional, bajo los alcances que gobiernan este instituto. Ello así, porque si la decisión fuera facultativa para el médico, entonces la protección del secreto profesional no guardaría ninguna efectividad. En las condiciones del caso en estudio, la mujer decidió hacerse atender por un médico y se encuentra amparada por el secreto profesional; el galeno sólo estaría facultado para denunciar un delito de esta naturaleza conocido en ese contexto en los casos en los que fuera dispensado por la paciente de guardar el secreto, circunstancia que, evidentemente, no se ha dado.

En segundo lugar, el médico está exento de responsabilidad penal en los términos del artículo 156 del C.P. solamente cuando media justa causa para revelar la información recibida en ocasión del ejercicio de su profesión. Para determinar el significado de "justa causa", desde siempre, cabe atender el valor que protege el secreto médico. Tal como lo afirmó el cimero tribunal en el precedente "Baldivieso" (Fallos: 333:405), es interés del estado proteger la salud pública y, con tal finalidad, se debe asegurar a las personas que si sufren una dolencia pueden acudir a los servicios de salud sin temer consecuencias no deseadas como la divulgación de su intimidad o el inicio de un proceso penal en su contra, aún si han cometido un delito.

Debo señalar que, en la especie, el aborto ya se encontraba consumado, de manera tal que la denuncia no tenía la finalidad de proteger la existencia del producto de la

concepción, toda vez que tal objeto a tutelar se encontraba irremediablemente extinguido. Así las cosas, aceptar que la detección de abortos consumados sea justa causa para relevar al profesional de la salud del deber de guardar secreto, implica valorar la persecución penal por encima de la salud y la vida no solamente de la mujer que asiste al hospital para paliar una infección potencialmente mortal, sino -en general- de la confianza de la población en que recibirán un trato digno y respetuoso por parte de los servicios médicos.

Debe concluirse que la correcta ponderación de los intereses en conflicto resulta en la prohibición de revelar el secreto médico en los casos en que la interrupción del embarazo ya se encuentra consumada o definitivamente interrumpido, puesto que en tales situaciones la denuncia no se dirige a hacer cesar cursos causales que generen daños a bienes jurídicos de la más alta valoración. Ello es así, puesto que solamente la efectiva protección de un bien jurídico fundamental puede permitir la ponderación de la posibilidad de afectar derechos de la más alta jerarquía como lo son la salud y la vida.

Debe destacarse que la importancia de respetar el secreto profesional radica en la obligación del estado de garantizar el derecho de acceso a la salud. En su voto en Fallos: 333:405, la jueza Argibay recordó que las normas sobre secreto médico tienen como finalidad: "facilitar un ámbito protegido que permita la obtención de toda la información relevante para su salud que el paciente pueda brindar" (consid. 11°). Así, se afirma que: "la confidencialidad es uno de los elementos que integran el acto médico y que lo facilita al establecer esa particular relación de confianza que el paciente debe depositar en él" (CATTANI, Horacio R., "Deber de confidencialidad y obligación de denuncia por los integrantes de equipos asistenciales", en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, 9/2007-1685, Lexis Nexis, Buenos Aires.)

Se debe agregar que el secreto profesional no protege a los pacientes sólo de la posibilidad de ser perseguidos penalmente, sino que implica una valla que impide que la persona sea molestada de cualquier forma por los hechos que están bajo el amparo de aquél.

Por fin, deviene importante destacar que el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece que "1) Los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; 2) Entre las medidas que deberían adoptar los Estados parte en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para [...] La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad."

Por ello, se debe evitar que en el momento en que - como en el caso- la persona debe decidir si acude o no a los servicios de salud, su elección se vea condicionada por las posibles consecuencias no deseadas que ello pudiera acarrear.

En el *sub examine*, se pretende que a pesar de la firmeza del sobreseimiento que favorece a G.Y.A. y la consecuente imposibilidad de perseguirla penalmente, la investigación debiera seguir abierta y se sugiere convocarla como testigo, para que sea interrogada precisamente sobre aquellos hechos que ella no quería que fueran conocidos. En orden a aquella pretensión, y teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, se concluye que la decisión de cerrar definitivamente la investigación del hecho bajo examen era la única respetuosa de los derechos fundamentales de la paciente.

-V-

Por último, la pretensión del fiscal de aprovechar la denuncia de un profesional de la salud en violación al deber de guardar secreto, con el fin de no hacer menguar la vigencia del art. 88 y 85 del Código Penal merece una consideración adicional a las ya vertidas *supra*.

En efecto, si la mayoría de los procesos encaminados a la investigación de hechos *prima facie* subsumibles en los arts. 88 y 85 del Código Penal tienen su origen en la ilegítima práctica institucionalizada de violar el derecho a la intimidad de las pacientes que asisten a hospitales públicos, lo que hay que procurar eliminar es aquella práctica, y no dejar de sancionarla.

Otro temperamento, en lugar de combatir fomentaría

las prácticas de violencia institucional contra las mujeres, definidas en el art. 6.b de la ley 26.485 en los siguientes términos: "aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley...", asimismo constituye un acto de violencia obstétrica en los términos del art. 6.e de la misma norma definida como: "aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres expresadas en un trato deshumanizado...".

Así las cosas, permitir la continuación de un proceso originado en la infracción a los derechos de la mujer, aún si se limitara a la obligación de comparecer como testigo, sería contrario al deber del estado argentino de prevenir, investigar y sancionar los hechos de violencia contra las mujeres (art. 7.b de la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, ratificada por ley 24.632, B.O. del 9/04/1996), y de la obligación impuesta en el art. 7.a del mismo tratado: "abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación".

El estado argentino incumpliría con sus obligaciones internacionales si permitiera que, como consecuencia de la violencia institucional y obstétrica padecida por una mujer, se pudiera iniciar un proceso penal contra ella o se la constriñera a testimoniar sobre un suceso de su vida que solo fue conocido por el estado a partir de la violación del secreto profesional, puesto que profundizaría y repetiría la intromisión indebida en la intimidad de la mujer y frustraría su derecho a acceder a un servicio de salud que respete su dignidad.

En la misma dirección se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente de Fallos: 333:405 y más recientemente en "F.A.L. s./ medida autosatisfactiva" F.259. XLVI.), del pasado 13 de marzo.

-VI-

En mérito a ello es que propongo al acuerdo no hacer lugar al recurso de casación interpuesto, sin costas.

Tal, mi voto.

La señora juez **Angela Ester Ledesma** dijo:

Que adhiero al voto que lidera el acuerdo.

La señora jueza doctora **Ana María Figueroa** dijo:

1°) Que adhiero a los argumentos y resolutorio del juez que lidera el acuerdo, con las siguientes argumentaciones.

2°) Que en el caso traído a análisis, siendo un tema de rango normativo y de género, realizaré algunas consideraciones, poniendo de manifiesto una vez más la inferioridad jurídica en la que se pretende colocar a la mujer en argumentaciones y discursos, violatorios de la igualdad constitucional y convencional existente en nuestro Estado Constitucional de Derecho.

3°) En autos se plantea recurso de casación por el MPF, contra la sentencia que resolvió sobreseer a G.Y.A. del delito de aborto, atento que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal Correccional, declaró la nulidad del acta que había dado origen a las actuaciones, argumentando que el médico Mauricio Huerta Lorenzetti, del Sanatorio Güemes de ésta Ciudad, no estaba obligado a realizar la denuncia en virtud de lo preceptuado por el artículo 156 del CP.

Cabe anticipar que la denuncia del médico actuante es violatoria del deber de secreto profesional, colisionando con el derecho a la intimidad y a no autoincriminarse de la paciente, por lo que acarrea las consecuencias jurídicas de la exclusión de toda la prueba obtenida ilegalmente, su correspondiente nulidad e imposibilitando en el caso la prosecución de las investigaciones, cediendo el Estado ante el presente conflicto de derechos, su obligación de perseguir el delito.

4°) Las cuestiones constitucionales y convencionales que deben analizarse, son las siguientes:

En Argentina aún antes de la reforma de la Constitución Nacional en 1994 hubo un fuerte reconocimiento del derecho internacional vinculada a los derechos humanos, el que tuvo su correlato en el derecho interno, así como en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a

partir del advenimiento de la democracia.

En este sentido el Alto Tribunal reconoció, con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, que el derecho de los tratados tenía primacía sobre el derecho interno, de acuerdo lo expuesto por el Alto Tribunal en Fallos 315:1492, en punto a que *"la Convención de Viena sobre el derecho de los tratado confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno"* y agregaron que *"esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino"*, para concluir que esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno.

Posteriormente se reconoció el sometimiento del país a la interpretación que en materia de Derechos Humanos realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, toda vez que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional, (Fallos: 317:1282 -considerando 8- y Fallos 318:514).

Que en lo relativo a la cuestión de género, reproduzco lo sostenido en mi voto en la causa n° 14.243, "Amitrano" en la materia: "En mi segundo doctorado en derecho, en la tesis *"Derechos Humanos y Género. Discriminación, igualdad y autodeterminación de las Mujeres en el sistema constitucional Argentino"* -Facultad de Derecho. Universidad Nacional Rosario. Año 2005-, afirmé que *"... una de las características de la sociedad contemporánea es el alto índice de violencia, violencia que genera desigualdades, de distinta índole -sociales, políticas, económicas, culturales, raciales, étnicas, de género, de edad-, las que se encuentran presentes en el devenir cotidiano, amenazando constantemente el frágil equilibrio de los distintos ámbitos donde transcurre la vida, por lo que la situación de violencia contra las mujeres, debe ser analizada especialmente."*

Sostenía que: *"La violencia ha sido y es motivo de preocupación de los Derechos Humanos, y de las instituciones responsables de las políticas públicas; y dentro de los distintos tipos de violencias, una que causa muchas víctimas, que aparece más silenciada y hasta "natural" o invisibilizada,*

es la violencia contra la mujer", razón por lo cual no puede ser tolerada la violencia institucional que proviene de un médico de un hospital público contra la imputada.

A partir de la reforma de la Constitución Nacional en 1994, en su artículo 75 inciso 22 le otorgó jerarquía constitucional a once instrumentos sobre derechos humanos, entre ellos a la **"Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer"** -CEDAW-, con el objeto de erradicar cualquier tipo de discriminación contra las mujeres, dado que su persistencia vulnera el principio de igualdad y el respeto a la dignidad humana, dificultando la participación del colectivo más numeroso que tienen todas las sociedades -Mujeres, niñas, adolescentes, ancianas-, a la participación en la vida del país, en igualdad de condiciones con los varones.

El artículo 1 de la CEDAW establece: *"Discriminación contra la mujer denota toda distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo que tenga por objeto o por 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"*.

Para evitar las repeticiones de conductas discriminatorias, los Estados Parte se han comprometido en el artículo 2 de la convención citada, a adoptar políticas públicas, adecuaciones constitucionales y legislativas entre otras, por lo que se obligan según el inciso c) a *"Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación"*, de manera que su incumplimiento, genera responsabilidad del Estado Argentino ante la comunidad internacional.

El artículo 12 de la citada Convención establece: *"1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar discriminación contra la mujer en la esfera de la*

atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”.

Dicho precepto convencional asegura a las mujeres su igualdad jurídica en cuanto a sus derechos sexuales y reproductivos, por lo que pretender penalizarlas por prácticas médicas, es una violación a nuestro sistema convencional y constitucional vigentes, encontrándose oposiciones normativas de distinta jerarquía, las leyes del derecho interno ceden ante las primeras, por ello es ajustado a derecho el fallo que se recurre.

Como lo ha destacado el Comité -órgano de monitoreo de la CEDAW según los artículos 18 a 21-, la Convención es vinculante para todos los poderes públicos, por lo que se encuentra prohibida la discriminación contra la mujer en todas sus formas, siendo materia de especial preocupación el desconocimiento generalizado de la Convención y su Protocolo Facultativo, por parte de las autoridades judiciales y de otros funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en nuestro país, recomendando su conocimiento y aplicación para que se tome conciencia de los derechos humanos de las mujeres.

Las mujeres y niñas son las más expuestas a formas sistemáticas de violencia y abusos de poder, que se manifiestan desde el ámbito físico, sexual, simbólico, psicológico, económico, patrimonial, laboral, institucional, ginecológico, doméstico, en los medios de comunicación, en la educación sistemática formal e informal, en la justicia, en la sociedad, entre otros, donde se estereotipa al colectivo mujeres, desconociéndole su dignidad y derechos humanos, por la prevalencia de esquemas patriarcales y una cultura androcéntrica, que hasta la ha privado de un discurso y práctica jurídica de género.

Los entes estatales tales como la Oficina de

Violencia Doméstica -OVD-, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación creada en el año 2008, el Programa las Víctimas contra la Violencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Consejo Nacional de la Mujer, las secretarías y direcciones de la Mujer existentes en las provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dentro de nuestro sistema federal, las Universidades, las ONG, informan acerca del crecimiento de todas las formas de violencia, producto de prácticas androcéntricas que vulneran los derechos de las mujeres.

Cabe destacar que también preservando la integridad física y psíquica de las mujeres, adoptando políticas públicas para evitar la violencia contra éstas, Argentina ratificó la **"Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer"**, aprobada en **Belem Do Pará, Brasil**, en vigor desde 1995, si bien tiene en el país jerarquía superior a las leyes internas, en virtud de lo preceptuado por el artículo 75 incisos 22 y 24 de la Constitución Nacional, en el año 2011 fue aprobado por la Cámara de Diputados el otorgamiento de su jerarquía constitucional, por lo que se encuentra en trámite parlamentario la obtención del mismo rango normativo que los tratados enumerados en el artículo 75 inciso 22 de la ley suprema.

Esta Convención interamericana aporta mecanismos para la eliminación de la violencia de género, definiendo en su artículo 1 como: *"...cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño, o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como privado"*. La convención pone de manifiesto que se ha tomado conciencia de la discriminación que sufren las mujeres, se pretende reparar, centrando todos los esfuerzos para modificar los patrones socioculturales, para obtener la igualdad de sexos.

Como sostenía en la tesis citada *"La violencia contra las mujeres son todos los actos basados en el género que tienen como resultado producirles un daño físico, psicológico o sexual, que van desde una amplia gama de padecimientos que vulneran el derecho a la vida, a la libertad, a la consecución económica, social y cultural, a la autodeterminación, hasta la*

participación en condiciones de paridad con los hombres en todos los espacios públicos de la política de la que son ciudadanas. Múltiples son los casos y causas para justificar según las tradiciones o las ideologías, violaciones a los derechos humanos de las mujeres, prácticas, acciones, omisiones, tentativas desde golpes que pueden terminar con la vida de las mujeres, o desfiguraciones del rostro y cuerpo con lesiones leves, graves a gravísimas, mutilaciones genitales, violaciones y abusos sexuales de niñas y mujeres en el ámbito doméstico y familiar, el hostigamiento y acoso sexuales, intimidaciones sexuales en el trabajo, discriminaciones en la esfera de la educación, la prostitución forzada y comercio internacional, embarazos forzados, descalificaciones y desacreditaciones sólo por el hecho biológico del sexo al que pertenecen. Cuando esto sucede, no puede construirse una sociedad en armonía, porque nunca podrá serlo si toma natural discriminar a la mitad de seres que componen su cuerpo social.

Informes de Naciones Unidas dan cuenta a inicios del siglo XXI, que pasará mucho tiempo para que las mujeres alcancen la igualdad con paridad, máximo si se toman en cuenta datos de diversidades culturales, en donde las mujeres, so pretexto de su protección, están en una gran desventaja en sus situaciones sociales y familiares para ser consideradas en paridad, pero lo que también es cierto, es que desde el advenimiento del paradigma de los derechos humanos, han pasado poco más de cincuenta años, los avances como las ventajas alcanzadas son copernicanas si miramos hacia atrás de nuestra historia.

Frente a la incidencia de violencia contra las mujeres, con las graves consecuencias para éste colectivo, el Estado sancionó la ley 26485 en el año 2009, de "Protección Integral a las mujeres, para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contras las mujeres en todos los ámbitos donde desarrollan sus relaciones interpersonales", la que también sanciona diferentes tipos de violencia: física, sexual, simbólica, económica, patrimonial, psicológica, entre otras, visibilizando que éstas conductas son el producto de un esquema patriarcal de dominación, entendida como el resultado de una

situación estructural de desigualdad de género, debiéndose respetar en lo que en este caso se aplica los artículos 6 y 7.

Por el cambio de paradigma operado, toda violencia contra las mujeres es considerada violación de los Derechos Humanos, con jerarquía constitucional y/o superior a las leyes internas, por esa razón el delito en análisis no puede ser soslayado y como preceptúa el artículo 3 de la "**Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer**", "Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado".

5°) Que en consecuencia, por las consideraciones referidas al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al Derecho Constitucional y al derecho interno, adhiero a la solución propuesta por el juez que lidera el acuerdo y pronuncio mi voto en igual sentido.

Tal es mi voto.

Por todo lo expuesto, el Tribunal **RESUELVE:**

RECHAZAR el recurso de casación interpuesto, sin costas.

Regístrese, notifíquese y remítase al tribunal de procedencia sirviendo la presente de atenta nota de envío.

///NOTA: Para dejar constancia que no suscribe la presente la señora juez Angela Ester Ledesma por hallarse en uso de licencia (art. 399 último párrafo C.P.P.N.).