

Autos: "... S/HOMICIDIO AGRAVADO"

LEG. N°:...

Neuquen, 29 de Junio de 2012.

CONSIDERANDO:

Que no es la primera vez que me toca intervenir en casos cercanos axiológica, humana y filosóficamente, mas a la tragedia que al delito, lo cual me interpela necesariamente respecto de la finalidad del derecho penal y de la pena en estos casos.

Se me viene al pensamiento un texto, que tengo muy presente por su lucidez y por su trascendencia histórica, se trata del "librito" de Cesare Beccaria, *"De los delitos y de las penas"* verdadera obra base y fundamento del derecho penal moderno.

Allí entre otras cuestiones de suma importancia para el época –la obra fue publicada en 1764- contempla la situación del delito de *"Infanticidio"* en estos términos: *"El infanticidio es igualmente el efecto de una contradicción inevitable en la que se encuentra una persona que ha cedido por la debilidad o por la violencia. Quien se encuentra entre la infamia y la muerte de un ser incapaz de sentir los males, ¿Cómo no preferiría ésta a la miseria infalible a la que se verían expuesto ella y el fruto infeliz?. La mejor manera de prevenir este delito sería proteger con leyes eficaces la debilidad contra la tiranía, la que exagera los vicios que no pueden cubrirse con un manto de virtud. No pretendo disminuir el justo horror que merecen estos delitos; pero, al indicar sus fuentes, me creo en el derecho de extraer una consecuencia general, es decir, que no se puede llamar precisamente justa (lo que quiere decir necesaria) la pena de un delito hasta tanto la ley haya adoptado el mejor medio posible para prevenirlo en las circunstancias dadas de una nación."*Capitulo XXXI. Pag. 92. Edición Lozada. 2004.

El atrevimiento de traer una cita histórica es al solo efecto de observar, que del tema que hoy trato ha sido un tema recurrente y complejo a lo largo de toda la historia del derecho

penal.

Sintéticamente el hecho que ha merecido la intervención policial/judicial/fiscal tiene lugar en la ciudad de Plottier a partir de la muerte sin violencia –por omisión- de un bebe inmediatamente luego de nacido ello en el baño de la casa de la imputada. Las actuaciones jurídico penales comienzan a partir de las actuaciones realizadas por los facultativos del Hospital de la localidad en ocasión de la atención medica requerida por familiares de la adolescente y por declaraciones de ésta a la medica del nosocomio.

Ahora concentrándome en el caso de autos, entiendo que aquí se ha violado el derecho a la *no autoincriminación* estipulado en la constitución histórica argentina de 1953/60 en su artículo 18, que en su parte pertinente dice: “.... *Nadie puede ser obligado a declarar contra si mismo...*” y ratificado por la incorporación con rango constitucional de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece en su artículo 8, inc. G “ *derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni ha declararse culpable.*”

Originariamente se trataba de una garantía que venia fortalecer la *prohibición contra la tortura* invalidando las consecuencias incriminantes de ésta. Pero, actualmente, se entiende esta garantía en forma extensiva a otras situaciones, además del tradicional derecho a no ser coaccionado a dar testimonio contra de sí mismo. Me permito una disquisición no por obvia menos importante, una persona por haber delinquido no pierde sus derechos constitucionales, sino que justamente es partir del hecho ilícito que nacen las garantías constitucionales del debido proceso.

Es decir, estamos frente a la discusión de hasta dónde el Estado en su faz persecutoria penal puede avanzar sobre el cuerpo de un ciudadano/a para, a partir de allí, iniciar una investigación criminal o para obtener evidencias.

En el caso de autos es claro que existió un avallamiento por parte de la médica del nosocomio, Dra. ..., en la intimidad de ... y que partir de allí comienza una investigación criminal. Aclaro que tal vulneración de la medica se hace en función de su obligación de intervención hospitalaria frente a la necesidad urgente de una paciente.

No obstante la aclaración, considero que para realizar actos – análisis o exámenes médicos-

que signifiquen una intromisión en el ámbito privado e íntimo de una persona, que puedan - o que se sospecha que puedan-, incriminar al paciente, los profesionales de la salud deberían solicitar autorización judicial.

Única posibilidad ésta de avanzar sobre el cuerpo –intimidad y privacidad- de una persona. Si para acceder a una correspondencia se necesita orden judicial, parecería que para “*ingresar*” en el cuerpo de un ciudadano/a esto se exigiría aún más.

Entiendo que en esta situación, estamos frente a lo que doctrinariamente se ha denominado *inspección corporal intrusiva*, en el caso con el aditamento de ser *sin consentimiento* de la imputada, por lo cual, como vengo sosteniendo, se impone la autorización judicial de la medida tal como lo dispone el Art. 12 de las Normas Reglamentarias de la ley 2302 y el Art. 205 del CPP en función de la aplicación subsidiaria dispuesta en el art. 92 de la Ley 2302

Esta es la interpretación que mejor se armoniza con la doctrina del sistema americano de protección de Derechos Humanos (ver informe caso N° 10556 conocido comúnmente como “X e Y c/ Argentina”).

Estimo que en esta encrucijada ética de, por un lado de necesidad atención medica urgente con peligro de muerte y la posibilidad de autoincriminación por otro, el consentimiento aun cuando expreso se encontraría muy limitado.

Entiendo que la imputada se encuentra es una situación de “*violencia o coacción*” , del cual ya nos hablara Beccaria, que repito limita su consentimiento. De otra forma el Estado la estará orientando (coaccionando) a la imputada a elegir en su domicilio su propia muerte frente a la necesidad de atención medica.

En otras palabras, el Estado no se puede aprovechar de la especial situación de vulnerabilidad de la imputada para utilizarla para fines de investigación criminal en contra suya (mediante la inspección de su cuerpo y de su testimonio, esto ultimo en violación del Art. 62 inc. 7 ley 2302). (Fs. 3).

El Estado no posee prerrogativas ilimitadas en su búsqueda del “*bien común*” o “*seguridad*”

publica”, la dignidad de las personas es un límite infranqueable. Desde un estricto sentido kantiano “*instrumentalizar*” a un ser humano es vulnerarlo en su dignidad, en su sentido de *fin*.

Es inevitable en este punto incorporar al análisis el *leading case* “*Natividad Frias*” resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal de Casación Penal allá por el año 1966, al respecto la misma decía: “... *una forma muy larvada, cruel e innoble de conculcar el precepto* –se refiere a la garantía de no autoincriminación- *es utilizar el ansia vital de la abortada para la denuncia de su delito*” (Voto del Dr. Lejarza, Párrafo 10).

Se lee en el voto del Dr. Frias Caballero que: “*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, pues acude a él en demanda angustiosa de auxilio para su salud y vida si nadie está obligado a declarar contra sí mismo –según el derecho vigente-, menos puede estarlo a sufrir las consecuencias de una autoacusación por necesidad insuperable.*”

Resta preguntarse si aún excluyendo la *autoincriminación*, se hubiere llegado a la misma conclusión. La técnica para indagar si existe o no otra forma de noticia criminal es realizando un ejercicio de *exclusión hipotética*. Es decir, si suprimiendo mentalmente la forma irregular de conocimiento del hecho, se hubiese llegado igualmente al mismo resultado. Mi opinión es que no.

De la investigación preliminar surge que ... de no haber concurrido al nosocomio para ser atendida, tal vez, no se hubiese tenido noticia del hecho. Descartando desde ya los supuestos dichos de la madre y del padre que por ser, para el caso, testigos inhábiles (art. 218 CPP) no nos resultan útiles. Con ello no pretendo expresar que no hubiera habido otros caminos investigativos, sino que, por el cual se optó no era el medio investigativo correcto desde la perspectiva constitucional.

Que quede claro, la repulsión al hecho/delito investigado, que verdaderamente me moviliza y sensibiliza, no es excusa para vulnerar derechos y garantías protegidos desde el origen

mismo del derecho penal y para pervertir el sentido constitucional de éste.

Considero que insistir en una acusación que posee muchas posibilidades de que en otra etapa sea declarada su nulidad es una exposición innecesaria de la imputada y un desgaste innecesario de recursos públicos, que responde mas a la inercia institucional y con la eventual cobertura de responsabilidad del funcionario, que con el éxito objetivo de la investigación.

Por ultimo, entiendo que no existe violación del secreto del profesional actuante (art. 156 CP), en tanto puede razonablemente entender que existe “*justa causa*” en los términos del articulo citado, mas aun cuando al momento no se conocía si el ser recién nacido se encontraba con vida o no. Ello, sin olvidar que nos encontramos frente a un delito de acción privada 73 inc. 2º, que inhabilita a éste Ministerio a instar o promover la acción publica penal.

Desde la perspectiva procesal la obligación de denunciar contenida en el articulo 160 inc. 2 del CPP obliga a los profesionales cuando ingresa un paciente herido por un tercero, es decir cuando esta frente a una victima, descartándose su aplicación en el caso de presuntos imputados.

Por lo expuesto, en el caso de autos, no se puede mas que concluir que se ha violado las reglas del *juicio justo o del debido proceso* y por lo tanto se debe anular todo lo actuado y disponerse el archivo de las actuaciones por no poderse proceder (Art. 178 CPP).

Por ello, y si bien de la investigación surge que estaríamos frente a un hecho que la ley describe como un delito grave, no obstante ello, por las características del hecho y de la presunta autora, así como de las evidencias acercadas al legajo, teniendo presente el interés superior de la adolescente imputada; y fundamentalmente porque considero que insistir en una intervención estatal encaminada a la imposición de una pena viciada desde el origen resulta contradictorio con el objetivo constitucional de la desjudicialización y mínima intervención estatal penal referida a niños, niñas y adolescentes (Arts. 40 de la Convención de los Derechos del Niño, 3, 33 y art. 64 de la Ley 2302 de la Ley 2302 y 8 inc. 4º de su

Decreto Reglamentario) en mi carácter de titular de la acción penal (Art. 59, ley 2302)

DISPONGO el **ARCHIVO** por no poder proceder (Art. 163 y 164 CPPP y normas citadas).

FISCALIA PENAL JUVENIL