

Rivera, 03 de octubre de 2016

IUE: 327-858/2016

Resolución n° 4396/2016

VISTOS:

Las presentes actuaciones presumariales practicadas en referencia al indagado **A. A. M.** como presunto autor de **un delito de abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley** (numeral 1 del artículo 60 y artículo 162 del Código Penal) con intervención de la Fiscalía Letrada Departamental de Tercer turno representada por la Dra. Mirta Morales Loulo y la Defensa de particular confianza de los Dres. Juan Segura y Edgardo Camargo.

RESULTANDOS:

Reseña de los hechos

De los elementos probatorios recogidos en la instrucción presumarial resulta que el indagado en autos, Dr. A. A. M., es el médico jefe del área XXX del Hospital de Rivera, funcionario público presupuestado.

El día 29 de setiembre de 2016, en horas de la mañana, la joven E. V. M. M. concurrió a realizarse los exámenes físicos correspondientes para la obtención del carné de salud, fue atendida por el Dr. A. A. M..

Durante el desarrollo de la consulta, que consta de un interrogatorio y de un examen físico, la joven V. M. fue víctima de conductas arbitrarias e inapropiadas por parte del médico indagado, el que en abuso de su rol y con apartamiento del protocolo previsto por el Ministerio de Salud Pública para el acto médico efectuado, le formuló preguntas de índole sexual, totalmente innecesarias para el trámite que se desarrollaba, realizó comentarios inapropiados que tenían relación exclusiva con la esfera privada y personal de la joven V.. Asimismo le realizó una propuesta de carácter sexual que supuso una invasión injustificada de la intimidad de la víctima.

Toda la conducta desarrollada por el indagado en el ejercicio de su función supuso un apartamiento de las reglas que rigen su actuación como funcionario público.

Medios probatorios

La semiplena prueba de los hechos referidos se integra con:

a) actuaciones cumplidas a cargo de la Seccional Policial Primera de la Jefatura de Policía de Rivera según oficio n° 440/2016 de fojas 2 a 30;

b) pericia psicológica de la joven E. V. M. M. a fojas 31 y 32;

c) declaraciones de: E. V. M. M. de fojas 33 a 36, K. Y. M. C. a fojas 37 y 38, T. E. R. R. de fojas 39 a 41 y A. T. F. de fojas 60 a 65;

d) documentación proporcionada por el Director del Hospital de Rivera, Dr. Andrés Toriani, comprensiva de la Resolución Administrativa n° 32/2016 de fecha 30/09/2016 que dispuso la instrucción de sumario administrativo al indagado;

e) declaración del indagado A. A. M. recibida con las garantías legales (artículos 113 y 126 del Código del Proceso Penal) y demás resultancias de autos.

Concluida la instrucción presumarial, con fecha 1° de octubre de 2016, la Sra. Representante del Ministerio Público, Dra. Mirta Morales Loulo, como titular de la acción penal, solicitó en vista que le fuera conferida el enjuiciamiento sin prisión del indagado A. A. M. como presunto autor penalmente responsable de un delito de abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley.

Por su parte, la Defensa formuló oposición al dictamen fiscal y manifestó que no existen elementos de convicción suficientes que puedan fundar un procesamiento en contra de su defendido. Los Letrados actuantes señalaron que no

existen elementos probatorios de los hechos articulados, que el indagado los negó rotundamente y que no existen testigos presenciales. En definitiva, solicitaron el rechazo de la requisitoria fiscal y el archivo de las actuaciones.

Con fecha 1° de octubre de 2016 se dispuso el procesamiento sin prisión del Sr. A. A. M. y se difirió para el día de la fecha el dictado la presente sentencia interlocutoria con sus fundamentos.

CONSIDERANDOS :

I. Atento a lo que emerge de las actuaciones cumplidas que vienen de resumirse, existen a juicio de este decisor elementos de convicción suficientes indispensables para juzgar la ocurrencia de hechos que, prima facie y sin perjuicio de ulterioridades, permiten encuadrar la conducta del Sr. **A. A. M.** en la presunta comisión de **UN DELITO DE ABUSO DE FUNCIONES EN CASOS NO PREVISTOS ESPECIALMENTE POR LA LEY** en calidad de autor penalmente responsable (artículos 1, 18, numeral 1 del artículo 60, artículo 162 del Código Penal).

II. En efecto y sin perjuicio de ulterioridades, el Sr. **A. A. M.**, en ejercicio de su cargo público de Médico Jefe de XXX del Hospital de Rivera, con abuso de su cargo

cometió actos arbitrarios en perjuicio de la joven E. V. M. V., que no se hallan especialmente previstos en las disposiciones del Código Penal o de las leyes especiales.

Resulta de autos que el día 29 de setiembre de 2016 la joven E. M. concurrió a realizar la segunda parte de las instancias necesarias para tramitar el Carné de Salud, del documento de fojas 4 surge la constancia del examen físico e interrogatorio efectuado por el indagado, quien en presencia de su Defensa reconoció la firma puesta al pie del formulario.

De la pericia psicológica efectuada a la joven denunciante resultan sus siguientes manifestaciones: "*[...] enseguida que terminó de hacerme las preguntas que estaban en el formulario del carnet, empezó con otra serie de preguntas sobre mi privacidad y esas fueron si tenía novio, si me gustaban los hombres o las mujeres, si ya había estado con alguno, si era virgen y cuando le dije que era virgen quedó asombrado por mi edad, porque hoy en día es raro de ver; también me preguntó qué tenía que tener un hombre para estar con él, si me masturbaba, cuando le dije que no, me preguntó si tenía curiosidad; después me mandó acostarme en la camilla, me mandó abrir la boca y ni siquiera me la miró y bajó una de las manos, la derecha hacia mi panza y me tocó la zona de la panza y me decía que*

yo no tenía ninguna operación ni nada, después con la otra mano me bajó el pantalón juntamente con la ropa interior, no me sacó el pantalón, me bajó hasta que se me vio la vagina y me preguntó por qué me depilaba si no tenía novio y no tenía relaciones y le dije que el hecho de no tener novio no significaba que iba a dejar de higienizarme, después me siguió bajando la mano por la vagina y me abrió los labios; hasta ahí encontraba todo normal, como que hacía parte del carnet de salud. Me mandó pararme y dijo si le podía dar un abrazo porque le había caído muy bien, le dije que sí y le di un abrazo, lo vi como un profesional que hacía su trabajo; cuando me estaba abrazando me pasaba la barba por el cuello y yo sentí como que intentaba acercar la cara a la boca como para ver si yo correspondía y me preguntó si le daba un beso y que si yo quería podíamos tener algo sin penetración y que cuando yo me sintiera preparada pasaba; en el mismo instante lo saqué y le dije que era un degenerado, él se sentó y marcó el resto de las cosas en el carnet y le dije que me entregara mi carnet que me quería ir de ahí y él me decía que me calmara; salí sin parar de temblar y llorando; me iba yendo sin pasar por la enfermera que me tenía que sellar el carnet y ella vio que yo estaba nerviosa lagrimeando, llorando y me dijo irónicamente si él me había tocado, como que eso era normal, como si ella supiera que él hacía eso”.

La Perito Psicóloga de la Sede concluyó: *"En este momento, en el plano psicológico la adolescente evidencia una baja autoestima, así como sentimientos de enojo, de impotencia, de frustración y decepción. Su angustia se expresó en llanto durante su relato, teniendo la suscrita que esperar para continuar la instancia. Se observa que conoce sus derechos y los reivindica y que además cuenta con la contención afectiva familiar, necesaria para recomponerse. Su relato sobre los hechos que dice haber vivido impresionan como creíbles"*.

En su declaración en Sede judicial la joven M. brindó detalles sobre lo relatado en la pericia psicológica, asimismo manifestó: *"[...] me sentí incómoda, nunca me había pasado una situación así [...] Cuando me preguntó sobre qué tenía que tener un hombre para estar con él le dije que nada en particular, que cuando tuviera que pasar pasaría, el tono de la charla era un tono que yo noté otras intenciones, que como que quería llegar a algún lado, no sé cómo explicar, yo noté la voz de él cómo me hablaba. [...] me bajó la mano a la panza, me levantó el buzo, no me pidió permiso, me apretó y me dijo que no tenía operaciones y enseguida me bajó la mano a las partes íntimas [...] me preguntó por qué me depilaba si no tenía novio y le dije que eso no era razón para no higienizarme y me abrió la*

vagina, y yo vi la intención cuando me hablaba, salí llorando asustada, y le pregunté a mi abuela, es un profesional, yo voy a confiar en él, es médico [...] Él me abrazó y sentía que cada vez que pasaba el tiempo y sentí que él me pasó la barba por el cuello, debe ser de mi altura, no es más alto que yo, como que me respiraba, raro, y sentí que no era normal. Sentía que él traía la cara como para ver si yo la giraba y cuando vio que no lo hacía me dijo que si yo quería podíamos tener algo sin penetración y cuando le dije que me gustaban las mujeres él como que me decía que me tenían que gustar los hombres. Lo solté y le dije que me diera el carné de salud y que me iba, que me dejara salir [...] Salí llorando, temblaba mucho, me iba, adelante estaba la enfermera y me iba, ya había pasado por la sala y ella me llamó, que diera vuelta, y ella me dijo que me tenía que sellar el carné, me senté y nunca la miré y ella me selló e irónicamente me decía: 'Te tocó?' Como si ella supiera que no era la primera vez que él hacía eso".

La madre de la joven Victoria refirió que su hija se comunicó con ella al salir de la consulta médica, que estaba nerviosa y llorando, que le indicó que fuera a la Seccional Policial a radicar la denuncia. Asimismo, relató haber sido víctima del indagado en autos en el marco de la

expedición del carnet de salud a través de tocamientos en sus mamas hace aproximadamente cuatro años.

La auxiliar de enfermería que asiste al indagado en su función pública, la Sra. T. E. R., manifestó que en un período compartió consultorio con el Dr. A. M., que nunca vio que realizara examen genital de las personas que concurrían a obtener el carné de salud. La funcionaria declaró: *"Ayer a última hora, los últimos usuarios, salió una muchacha rápido por al lado mío, yo como recibo el formulario para sellarlo si está apto, la muchacha se iba y la llamé, ella vino y vi que estaba temblorosa, la miro y estaba pálida, le pregunté y me dijo 'ese médico de mierda me hizo mil preguntas' nada más que eso [...] le vi las manos temblorosas, la vi pálida y le pregunté qué pasó [...] Ella me habló como nerviosa, enojada, como indignada"*. Indicó que no está previsto el examen vaginal para el carné de salud, tampoco la formulación de preguntas sobre sexualidad del usuario.

En su declaración en sede judicial el Dr. Andrés Toriani, Director del Hospital Local, manifestó que el indagado en autos es funcionario público, que trabaja en el servicio médico del carné de salud, que el examen físico previsto para el carné de salud es un examen somero, *"[...] eso implica en la mujer, en cualquier sexo un examen*

orofaríngeo somero, revisar la apertura bucal, ostensibles lesiones dentarias que justifiquen consulta dentro o fuera del protocolo del odontólogo, se buscan alteraciones que no deben pasar desapercibido en un examen de screening o de filtro de patologías frecuentes [...] Examen de genitales no corresponde, estrictamente en todo caso dependiendo de la edad un examen visual, de la edad y de cualquier síntoma que la paciente refiera, si un hombre refiere tener un bulto en los genitales o una mujer refiere tener algún tipo de lesión genital el médico puede verlo para constatar y derivar, si no refiere no se hace el análisis ni siquiera visual, no tiene por qué. [...] No es habitual que sea un tema de consulta la preferencia sexual de cada persona, corresponde a un aspecto ético que debe preservar los niveles de intimidad del usuario, pudor del usuario, en una consulta que me permito recordar no es sobre una patología, es una consulta de screening para carné de salud". Al proceder a la interrogación en base al relato de la adolescente, el declarante manifestó: "[...] en segundo lugar yo no pregunto de esa manera ni siquiera a mis pacientes masculinos en una consulta urológica, uno tiene formas de acercar o procurar un comentario si considera necesario respecto a una patología y vuelvo a decir es una consulta urológica de especialista y no de un screening inicial de riesgos, yo no les pregunto si tienen relaciones con hombre

o mujer [...] Si es verdad que quedó asombrado porque la chica era virgen es un comentario condenable y no corresponde en ninguna consulta médica, no corresponde porque un comentario a esta edad de 18 años, eso es un comentario de tipo cultural, social, que no tiene nada que ver con la consulta médica y menos vuelvo a insistir con el carné de salud [...] error desde el punto de vista ético en preguntar qué tendría que tener un hombre para estar con ella y si se masturbaba, tanto eso como otras cosas peores que contiene la denuncia, si yo estuviera presente o viendo esa escena interrumpo el procedimiento en forma inmediata como protección al usuario y separo de funciones inmediatamente al médico. Esas preguntas no tienen interés desde el punto de vista médico. [...] Que le haya abierto los labios eso primero que no corresponde para este tipo de exámenes, segundo que la examinación de los genitales femeninos requiere una posición en la camilla ginecológica que no parece surgir de aquí, eso lo hace el ginecólogo, no lo hace el médico de carnet de salud. Abrir los labios de la vagina no significa ningún procedimiento semiológico ni aporta ningún elemento salvo que la muchacha le haya dicho que tenía una verruga o una úlcera en el labio y un examen no realizado por especialista en la posición ginecológica correcta no aporta nada al diagnóstico [...] En cuanto al abrazo, la barba hacia el cuello, esto supera mis opiniones

como director y todos compartimos que si esto es verdad es un abuso y un atentado al pudor a la persona por más que sea en un consultorio médico o en el despacho del juez. La propuesta que la chica dice que le hace el médico reitero lo dicho en la cláusula anterior, con más énfasis aun. Es una violación de normas éticas, profesionales, deontológicas en el más amplio sentido, hay violación de la ley artis, hay abuso en el sentido de que el usuario muchas veces lamentablemente tenemos la percepción de que aunque es bastante inasible tiene más temor y se siente más desprotegido ante la autoridad profesional que amparado por las normas".

El indagado en su declaración manifestó: "[...] está el examen de genitales externos que yo jamás hago, pero eso no hago por tiempo porque son muchos pacientes por tiempo, pero además por pudor, sé que tendría problemas [...] Me imagino que un médico de medicina general que haga un tacto vaginal estaría ofendiendo a la paciente, me da la impresión que es más para ginecólogo, no lo debería hacer [...] No puede hacer un tacto vaginal [...] Ah, sí se veía en la partecita de arriba que estaba depilada y dije: Te depilaste y ella dijo: Sí, por higiene [...] No se por qué, a veces digo, te depilaste, pero... por pavada, yo qué se... yo veo pubis todos los días y la mayoría depilados. Son

comentarios bobos que uno hace a veces, y bueno, ta lo hice...".

La valoración de la prueba en el caso de autos resulta especialmente dificultosa en virtud de que los hechos se verificaron en un consultorio médico al abrigo de los ojos de terceros que puedan atestiguar sobre lo efectivamente sucedido en tal recinto. Sin embargo, la Sede estima que en autos existen elementos que permiten fundar el auto de procesamiento, entre ellos se puede significar que el relato de la adolescente fue sometido a una pericia psicológica que lo acreditó como creíble, por lo que se encuentra validado. Asimismo, la conducta posterior de la adolescente cuenta con testigos que pudieron apreciar los efectos de la conducta que ella le atribuye al indagado, de esta forma tenemos a la enfermera que la vio llorando y temblando, a su madre que recibió una llamada desesperada de su hija, asimismo es un elemento relevante que la joven haya realizado inmediatamente la denuncia policial y posteriormente la denuncia en el hospital, no se puede argumentar que haya reflexionado meditadamente sobre los hechos y que se haya demorado en radicar la denuncia, no existió una conducta estratégica en sentido alguno.

Asimismo, si bien no se tienen en cuenta para la tipificación, la conducta previa del indagado, quien cuenta

con más de dos denuncias formales en su contra, sin perjuicio de lo relatado por la propia madre de la adolescente, son elementos indiciarios que permiten validar la versión de la denunciante.

Es por todo ello que la Sede, amparará la requisitoria fiscal al entender que en esta etapa y sin perjuicio de ulteriores, existen elementos de convicción suficientes para hacer lugar al enjuiciamiento del Sr. A. A. M..

III. En relación a la figura penal que se tipifica, Milton Cairoli ha señalado: *"Es una fórmula suficientemente amplia como para contener todas las modalidades que puede asumir el abuso de poder. Es por eso que comprendería todas las conductas que no se adecuan a previsiones legales especiales que reprimen el abuso, pero junto a otros requisitos de quebrantamiento del deber funcional. Es decir, en la disposición que se comenta, se pena el abuso por el abuso mismo, sin otro requisito. [...] Los verbos nucleares son dos: cometer y ordenar. Medio típico es el abuso del cargo, que significa abuso de poderes comprendiendo todas las posibilidades, que pueden ser: excederse en los poderes que la ley confiere, extralimitarse en el uso del poder propio, etc. La amplitud del medio permite contener en él a todo tipo de violencia, fraude, sugestión, persuasión, exigencia, etc. El acto*

arbitrario es un acto antijurídico por haberse ordenado o cometido mediante abuso de poderes del cargo. Debe examinarse caso a caso para determinar si la conducta constituye abuso, porque la arbitrariedad se da tanto en sentido objetivo o formal (abusando de su poder) como en sentido subjetivo (por móvil de venganza o de odio). La referencia subjetiva es en perjuicio de la Administración o de los particulares, que es el fin que se propone el agente y puede ser incluso moral. Se consume con la orden o la acción cometida, sin que sea necesario el perjuicio que es una mera referencia subjetiva, por lo que se trata de un delito de peligro" (Código Penal comentado, anotado y concordado, tomo I, Mdeo: La Ley Uruguay, 2014, páginas 448 y siguiente).

Por su parte, Miguel Langón ha señalado: "El alcance etimológico de la expresión utilizada en el nomen iuris, el 'abuso', es amplísimo, pues significa demasía, exceso o mal uso de una cosa, pudiendo, concretarse en el aprovechamiento de una situación, en el uso de un poder, facultad o derecho, en perjuicio de alguien. Abusar es ir más allá de lo lícito y permitido, consistente en el caso en sobrepasar los límites de las funciones que le competen, según la ley. [...] El delito no consiste, como se dice habitualmente, en abusar del cargo, sino en cometer 'actos

arbitrarios' en perjuicio de la Administración o de los particulares. [...] la Suprema Corte de Justicia recientemente ha declarado la regularidad constitucional del delito de abuso innominado de funciones" (Código Penal Uruguayo y leyes complementarias comentados, Mdeo: UM, año 2016, páginas 421 y siguiente).

El Diccionario de la Real Academia Española define el término arbitrario: *"Sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón"*.

La conducta del indagado no se ajusta a la ley ni a la razón, el acto arbitrario realizado consiste en abusar de su posición de poder como médico, con la dimensión simbólica que ello significa en la psiquis de una joven de dieciocho años. La confianza social en la medicina, que resulta descifrada por la clásica obra de Michel Foucault (*El nacimiento de la clínica*), el ejercicio del poder médico como dispositivo que despliega una actividad biopolítica, conserva en nuestra sociedad un plano de intromisión justificada en la individualidad, en los cuerpos, en sus dinámicas. Ese ejercicio legítimo de la dominación sobre los cuerpos, justificado en aspectos higiénicos y de sostenimiento de la especie, resulta duramente cuestionado y vulnerado cuando un galeno, funcionario público en este caso, en incumplimiento de las

mínimas reglas de decoro y en abuso de su cargo, ejecuta actos que ofenden el pudor de una adolescente, el médico así le resta status a la profesión que ejerce mientras la joven resulta vulnerada en su intimidad por la conducta abusiva de un funcionario estatal.

En consecuencia, el accionar del indagado permite realizar la imputación primaria y sin perjuicio de ulterioridades de su calidad de autor penalmente responsable **de un delito de abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley**, con conciencia y voluntad, en aplicación de lo dispuesto por los artículos 5 y 310 del Código Penal.

Finalmente, la Sede no dispondrá el diligenciamiento de medios probatorios salvo los solicitados por las partes en el entendido de que las garantías del debido proceso y la imparcialidad se verían seriamente comprometidas en posición que se comparte de los autores Santiago Garderes y Gabriel Valentín (*Código del Proceso Penal comentado*, Montevideo: La Ley Uruguay, 2012, página 332 especialmente).

Por los fundamentos expuestos y de conformidad con lo establecido por los artículos 7, 12, 15, 16 y 27 de la Constitución de la República, 72 y siguientes, 113, 118, 125, 126, 159 y siguientes del Código del Proceso Penal,

ley n° 17.726, artículos 1, 18, 60 numeral 1 y 162 del Código Penal, este Juzgado Letrado de Primera Instancia de Rivera de Primer Turno **RESUELVE:**

1° Decrétase el **procesamiento sin prisión** del Sr. **A. A. M.** como presunto autor penalmente responsable de un delito de abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley, consumado y a título doloso.

En carácter de medida alternativa a la prisión preventiva se le impone la obligación de no acercarse y no comunicarse con la víctima por un plazo de noventa días.

2° Téngase por designada a la Defensa de particular confianza de los Dres. Juan Segura y Edgardo Camargo.

3° Téngase por incorporadas al sumario las presentes actuaciones presumariales que anteceden y dese noticia de las mismas al Ministerio Público y a la Defensa.

4° Póngase la constancia de hallarse el prevenido a disposición de la Sede.

5° Acordóñese el expediente IUE 327-364/2008.

6° Convócase al Ministerio Público, a la Defensa, a V. M. R., K. V. L. C. y M. V. a la audiencia a celebrarse el día martes 6 de diciembre de 2016 a las 13:00 horas,

coordinense las citaciones a través de la Jefatura de Policía de Rivera.

7° Solicítese planilla de antecedentes judiciales, se oficie al efecto y, en su caso, los informes de rigor.

8° Relaciónese si correspondiere.

9° Comuníquese a la Corte Electoral, si correspondiere.

10° Téngase por cumplida la expresión de fundamentos del procesamiento dictado el día 01 de octubre de 2016.

11° Notifíquese a la Defensa y a la representante del Ministerio Público y Fiscal.

Dr. Diego González Camejo

Juez Letrado