

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I

CCC 9178/2013/CA1

M., C. y otro

Sobreseimiento/Costas

Juzgado de Instrucción nro. 15

///nos Aires, 13 de mayo de 2015.-

### **AUTOS Y VISTOS:**

Abogados a resolver el recurso de apelación interpuesto por la querellante M. F. O., asistida técnicamente por la Dra. Carmen D'Arrigo, contra el auto obrante a fs. 93/100 puntos dispositivos I y II, por cuanto allí se sobreseyó a C. M. y P. L. R. por aplicación del art. 336 inc. 2 y 3 del CPPN y se impusieron las costas en el orden causado.

Celebrada la audiencia el pasado 17 de marzo, con la exposición de agravios de la Dra. D'Arrigo acompañada por la querellante O., se dictó un intervalo para deliberar y decidir, art. 455 del CPPN. Siendo que no hubo acuerdo sobre los fundamentos se integró a la deliberación al juez Mauro A. Divito, Vicepresidente 2do, del Tribunal, quien oído el audio de la audiencia y sin necesidad de formular preguntas a la parte, emitió su voto en último término.

### **Y CONSIDERANDO:**

#### **La imputación**

Del dictamen fiscal obrante a fs. 88/90 surge que se le atribuyó a C. M. haber incumplido los deberes que le eran exigibles en el ejercicio de su rol como médica del Hospital ....., sito en ..... de esta Ciudad, comportamiento que habría creado un riesgo por encima del permitido, que se habría concretado en el resultado lesivo investigado: muerte del feto de 40 semanas de gestación.

Igual conducta se le reprocha a P. L. R. quien, en su condición de médica toco ginecóloga, a cargo del control y seguimiento del embarazo de la damnificada, incumplió los deberes exigidos de acuerdo a su rol, conducta que habría creado un riesgo por encima del permitido, que condujo al resultado ya mencionado.

Puntualmente se les reprocha el hecho ocurrido el 31 de agosto de 2011, aproximadamente a las 21:35 horas, momento en que se produjo el nacimiento sin vida de la hija de M. F. O.. Conforme surge de la historia clínica ese día la denunciante ingresó al hospital y luego de 17 horas de trabajo de parto dio a luz, ya sin vida, a un feto de sexo femenino.

#### **Análisis de la impugnación**

Oída la recurrente, y confrontados sus agravios con las constancias escritas que tenemos a la vista, en primer lugar corresponde señalar que nada referenció acerca del punto dispositivo II del auto recurrido -la imposición de las costas en el orden causado-, por lo que a su turno habrá de tenerse por desistido su recurso al respecto.

Con relación al fondo del asunto, arribamos a la conclusión que el sobreseimiento que viene en revisión debe ser homologado.

Ello así, por cuanto a la luz del principio de legalidad, resulta ineludible el tratamiento de la cuestión jurídica que subyace al sustrato fáctico traído por la querrela en el marco de la audiencia, para dar respuesta a este asunto.

Sobre la cuestión, la recurrente al tiempo de contrarrestar la fundamentación brindada por el *a quo* en su decisión se limitó a sostener que el caso encuadraría en el delito de homicidio culposo, sin dar referencia jurídica alguna para sustentar dicha posición, más allá de las consideraciones de hecho formuladas.

*La jueza Mirta López González dijo:*

Sobre el particular he tenido oportunidad de expedirme en el precedente 37.010 “A.” (rta. 05/6/2009), como integrante de la Sala V del tribunal, al sostener que el “otro” exigido por el art. 84 del CP, se refiere a un ser humano que respira y presenta signos de vida.

En esa línea, he manifestado que deviene importante destacar que para adoptar una postura es indispensable definir qué significa el elemento típico “otro” requerido por la figura de homicidio. Por tratarse de un elemento normativo, y porque no ha sido descripto por la legislación penal, a este efecto corresponde recurrir a la ley civil.

Es ineludible, entonces, atender al juego de los artículos 70 y 74 del Código Civil, de lo que se sigue que ya no será *feto* la criatura que al ser separada del seno materno tenga vida.

En este punto, es menester destacar que las dificultades interpretativas necesariamente imponen, a quien las enfrenta, la disyuntiva de elegir entre una u otra posible acepción. Esta opción generalmente se nutre de los conocimientos y hasta de la ideología de quien la hace, dando lugar a los diversos puntos de vista.

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I

CCC 9178/2013/CA1

M., C. y otro

Sobreseimiento/Costas

Juzgado de Instrucción nro. 15

Corresponde diferenciar el criterio aquí esbozado del de aquellos colegas que han considerado a las normas civiles aludidas como aquellas que se vinculan con la adquisición de derechos de la persona, sin que esta circunstancia sea útil para indicar cuándo comienza el nacimiento.

Es por ello que ubican este hecho en el momento anterior a la separación de la criatura del seno materno y por lo tanto, la acción contraria a esa vida se erige en homicidio y no en aborto. De este modo se acuerda significado al “otro” sin aludir a la ley civil.

Más aún, se argumenta que por el absurdo, se podría considerar aborto el ataque a la vida de la criatura que, ya expulsada de la matriz, aún permanece ligada por el cordón umbilical. Nuevamente se está aquí ante un problema interpretativo; pues el cordón umbilical nada aporta para entender la expresión “separado del seno materno”, porque esta frase se refiere a la criatura que, ya sea por expulsión o por procedimiento quirúrgico, ya no está dentro del útero de la madre. Tanto es esto así, que aún pendiente de cortarse el cordón, la criatura respira y presenta signos evidentes de vida.

Expertos civilistas entienden esta expresión en el mismo sentido, así lo afirma Borda en su tratado “ *a) Vida posterior a la separación de la madre.- Basta que haya vivido, aunque sea por unos instantes (art. 70) sin que quepa hacer ninguna distinción entre el nacimiento espontáneo y el logrado con medios quirúrgicos (art. 71) o entre el parto prematuro o tardío y el sobrevenido en tiempo adecuado. No es indispensable, sin embargo, que haya sido cortado el cordón umbilical; lo que importa es que la criatura haya vivido fuera de la matriz” ...” ...b) Prueba: presunción legal.- El nacimiento se prueba por todos los medios. Tiene especial importancia el testimonio del médico o partera o de los otros testigos asistentes al parto que hubiesen oído la respiración o la voz de los nacidos o hubiesen observado otros signos de vida (art. 73). Actualmente, el perfeccionamiento de la ciencia obliga a considerar especialmente la pericia médica y se atribuye importancia decisiva al hecho de que haya penetrado aire en los pulmones, aunque no hay que descuidar la posibilidad de que se produzca una insuflación*

*artificial y fraudulenta de aire en los pulmones de una criatura muerta...*” (Borda, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil-Parte General, Lexis Nexis –Abeledo-Perrot, 1999).

También, es necesario explicar que la opción de tomar las definiciones extraídas de las leyes civiles, tiene en mira una mejor satisfacción del principio de legalidad estricto que rige en materia penal.

Esto porque cuando un elemento del tipo puede ser revestido de diversos significados, el principio de legalidad impone que la norma se complete de tal forma que permita el mayor grado de certeza posible.

Así, la remisión a otra norma legal, pretende eludir posturas fundamentalmente subjetivas y además, colabora con la posibilidad de conocimiento del derecho por parte de los justiciables, aventando los riesgos de que el juez, en el camino de la interpretación, se convierta en legislador.

Hecha esta aclaración, he de señalar que la función del juez no es llenar el vacío legal que necesariamente debe ser previsto por el legislador pues ello afectaría directamente el principio de legalidad.

En síntesis, toda vez que las constancias de autos surge que la *“paciente ingresa a la Maternidad ..... con diagnóstico de feto muerto”* (cfr. fs. 69), y que de acuerdo a los estudios médicos el *“feto nació muerto”* (cfr. fs.51), determinándose que la causa inmediata de la muerte fue *“asfixia intrauterina”* (cfr. fs. 48) extremos no controvertidos por la parte en la audiencia, es que las posibles maniobras reprochadas por el recurrente a los médicos intervinientes no pueden subsumirse en el ilícito previsto en el art. 84 del C.P.

Descartada la figura de homicidio culposo, de los elementos agregados al expediente no surge la comisión de otro delito atento que nuestro ordenamiento jurídico no sanciona la figura del aborto culposo, esto es cuando la muerte del feto se produce como consecuencia del obrar imprudente o negligente del sujeto pasivo, y tampoco se ha incorporado prueba alguna que pudiera llevar al tribunal a considerar que pudo haber existido algún tipo de lesión en la madre

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I

CCC 9178/2013/CA1

M., C. y otro

Sobreseimiento/Costas

Juzgado de Instrucción nro. 15

motivo por el cual es mi criterio que debe confirmarse el sobreseimiento apelado.

Finalmente, sobre las costas ante esta alzada, en virtud de las diferentes posiciones existentes en torno a la cuestión jurídica en examen, entiendo que corresponde disponerlas en el orden causado.

*El juez Rodolfo Pociello Argerich dijo:*

En el mismo antecedente citado en el voto que antecede (A.) he tenido oportunidad de sostener, como ya lo había hecho en la causa nro.º 28.628 “F.”, resuelta el 12/5/2006, que las distintas posturas asumidas tanto en doctrina como en jurisprudencia no son sino toma de posiciones, pues no existe definición científica ni jurídica que permita dar por cerrada la discusión en torno a determinar desde qué momento se es considerado “persona física” y como consecuencia de ello sujeto pasivo del delito de homicidio y no del delito de aborto.

El Código Penal se limita a sancionar al “que causare un aborto” pero al igual que en otras tantas figuras no define qué es causar un aborto o hasta qué momento puede hacérselo.

Podría concluirse la discusión si admitimos que existe cierta pacificidad en cuanto a considerar que causar aborto es “matar al feto”, lo que no haría sino sustituir la discusión por la de hasta cuándo debe considerarse “feto” a la persona cuya existencia ha comenzado, conforme indiscutida legislación vigente, desde la concepción.

Valga aclarar que el Diccionario de la Real Academia Española define el aborto como “*acción de abortar //interrupción del embarazo por causas naturales o deliberadamente provocadas*”, y a la acción de abortar como “*interrumpir, de forma natural o provocada, el desarrollo del feto durante el embarazo*”.

Sin ánimo de reeditar cuestiones ya debatidas, a modo de síntesis cabe aclarar que las posiciones fueron desde quienes consideraron que recién existía sujeto pasivo del delito de homicidio cuando el niño era totalmente separado de la madre, es decir cuando se corta el cordón umbilical, tomando como base de ello las disposiciones del Código Civil en cuanto dispone que “*si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si*

*no hubieran existido*” (en este sentido entre otros Aguirre Obarrio), hasta las posiciones que sostienen que el homicidio es aplicable desde las primeras contracciones de parto, basándose centralmente en que el nacimiento es un proceso, tal como podía extraerse de la figura del infanticidio derogada por ley 24.410 (tal el caso de Soler, Donna o Bacigalupo).

En coincidencia con esta última postura cabe en principio rebatir el argumento de que sólo se puede ser sujeto pasivo de la figura del homicidio desde el total desprendimiento del seno materno, ya que la disposición contenida en el Código Civil sólo fija el momento en el cual la persona adquiere definitivamente derechos patrimoniales, mas nada autoriza, se entiende, a concluir que dicha disposición marque un momento de relevancia en el derecho penal, del cual claramente, receptando leyes superiores, surge que la persona existe desde antes y como tal debe ser protegida por la herramienta más fuerte que tiene el Estado, esto es la pena.

La afirmación categórica, válida para el derecho civil, de que nunca existieron, colisiona con el criterio que debe tenerse en cuenta como rector en materia penal, pues, entiendo, esta ley no sólo sostiene su existencia, sino que la protege, lógicamente, dentro de los delitos contra la vida, de lo cual cabe concluir que aquél no es un criterio que ponga fin a la discusión.

Una vez que el ser vivo “comienza a nacer”, puede concluirse entonces que el embarazo ha finalizado, al menos su gestación. No se advierte qué cambio biológico se produce en la persona que autorice a una menor protección legal.

Puede recurrirse, inclusive, a la definición dada por el mencionado diccionario, al sostener que abortar es interrumpir el desarrollo del feto durante el embarazo, pues bien, dicho desarrollo se encontraba finalizado desde que comenzó el parto.

Sostener la tesis extrema en contrario, esto es, la separación total del seno materno, autorizaría a dar muerte a quien se tiene entre manos, previo a cortar el cordón umbilical y sólo ser pasible de la pena prevista para el aborto.

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I

CCC 9178/2013/CA1

M., C. y otro

Sobreseimiento/Costas

Juzgado de Instrucción nro. 15

Y recurrir al ejemplo del homicidio intencional (que no se trata el presente) puede resultar ilustrativo, porque si una vez finalizado el embarazo, si aceptamos que el comienzo del parto fija tal momento, se da muerte intencional al niño (piénsese en la introducción de algún objeto punzante o en una fractura de cráneo mientras es expulsado), sostener que dicho acto no constituye un homicidio simple (o en su caso agravado), escapa inclusive a una lógica interpretación de lo que se tiene en miras al hablar de homicidio. Bien sostiene Bacigalupo, citado por Gustavo Goerner en un trabajo que apoya la presente postura, publicado en Revista de Derecho Penal, Tomo I, 2003-1, pág. 311 y sgtes, que lo importante no es un criterio biológico, sino que lo determinante es la significación social, por lo tanto, durante el nacimiento ya es persona (Bacigalupo, Enrique, “Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal”, Madrid, 1990, pág. 16/17).

No resulta atendible tampoco el argumento de que lo que se protege en el delito de aborto es sólo una esperanza de vida, pues, tal criterio permitiría descartar el delito de homicidio si se produce sobre quien, aún ya separado del seno materno padece una grave enfermedad que no le permitirá sobrevivir (tal el caso de la anencefalia). No sería ilógico concluir que existe más esperanza de vida en el niño por nacer “sano” que en aquél que morirá probablemente minutos más tarde de ser separado del vientre materno.

Se entiende correcta la postura de Soler en relación a que *“si a alguna figura calificada o privilegiada se le suprime el elemento que la califica o privilegia, subsiste la figura simple correspondiente. Si el infanticidio es una forma de homicidio cometido por móvil de honor, es indudable que si, manteniendo las demás condiciones, se supone que el móvil atenuante no concurre, la figura remanente será la de homicidio (o parricidio), de la cual habíamos partido pero no una figura distinta como la del aborto”*, aclaración que efectúa luego de sostener que en la derogada figura de infanticidio la expresión “durante el nacimiento” abarcaba desde el comienzo del proceso del parto hasta el momento de la completa separación (Soler, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, Tomo III, pág. 81, ed. TEA 1988).

Esta posición es sostenida también por Donna, con citas de José Manuel Hurtado Pozo y Karl Heinz Gössel, al explicar que *“tendría su sustento en las normas constitucionales y en los pactos sobre derechos humanos ya que afirma que ‘hay comienzo de vida para ser sujeto pasivo del homicidio desde el comienzo de las contracciones y de los dolores, o sea desde el inicio real del proceso activo, con su fase interna que conduce normalmente al nacimiento.’ Que coincide con la noción del parto del niño de acuerdo a la naturaleza según la cual comienza el nacimiento cuando ha terminado el proceso de desarrollo del feto y empiezan los intentos de expulsión. Por eso, las contracciones de dilatación ya pertenecen a los intentos de expulsión del vientre materno. Este momento, o en el parto complicado (rotura de bolsa), comienzo de la cesárea, marcan el instante en que el feto se vuelve humano, en el sentido del Derecho Penal”* (Donna, Edgardo Alberto, “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo I, pág. 36, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2011), y en igual sentido por las Salas VI (c. 26.237, “C. L.”, rta. 5/8/05 –por mayoría-) y VII (c. 23.760, “M.”, rta. 28/12/04 –por unanimidad-) de esta cámara.

Explicada mi postura en la presente, en el caso bajo estudio como ha señalado mi distinguida colega, la causa inmediata de la muerte del feto se produjo por *“asfixia intrauterina”* (cfr. fs. 48), es decir por asfixia prenatal, indicándose que el feto nació muerto (cfr. fs. 51). Asimismo, en dicha pericia médica se concluyó en que *“De la meritación de toda la documentación obrantes en autos en especial aquellos con valor médico legal, no se observan transgresiones a las normativas obstétricas ni anomalías en la atención medica dispensada a O., M. F.. La muerte fetal intrauterina no siempre genera signos y/o síntomas de alarma, motivo por el cual a pesar de los criterios diagnósticos y terapéuticos adecuados concluyen en un resultado negativo”* (cfr. fs. 52). Razón por la cual, la hipótesis de trabajo que planteó la recurrente en la audiencia no resulta alcanzada por el tipo penal del homicidio culposo.

Por lo demás, coincido con mi colega en torno a la falta de configuración de otra figura penal en el quehacer relatado por la parte,

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I

CCC 9178/2013/CA1

M., C. y otro

Sobreseimiento/Costas

Juzgado de Instrucción nro. 15

por lo que concluyo en que corresponde homologar la desvinculación propiciada por el juez de grado.

En torno a las costas de alzada, comparto la valoración realizada en el voto precedente.

*El juez Mauro A. Divito dijo:*

Los colegas han coincidido acerca de que el sobreseimiento que dictara la magistrada de la instancia anterior debe ser confirmado, con costas en el orden causado.

Sin embargo, se ha presentado entre ellos una disidencia respecto de los fundamentos de la decisión que corresponde adoptar, ya que -por un lado- la jueza López González entendió que el hecho atribuido resulta atípico pues el art. 84 del Código Penal requiere como sujeto pasivo a un ser humano que respira y presenta signos de vida, mientras que -por el otro- el juez Pociello Argerich sostuvo que, aunque el delito se podría cometer desde el momento en que comienza el nacimiento de la persona, la atención médica dispensada en el caso no se apartó de las reglas del arte de curar.

A fin de dirimir la cuestión, he de decir que comparto la conclusión a la que llega el magistrado que votó en segundo lugar -sobre la base de la labor pericial cumplida por el Cuerpo Médico Forense- en torno de la inexistencia de elementos que conduzcan a sostener una actuación imprudente o negligente de las médicas imputadas.

De este modo, descartada la posibilidad de que aquellas hubieran incurrido en una violación a sus deberes de cuidado, entiendo que los sobreseimientos deben ser confirmados por esta razón, pues -en función de lo expuesto- la conducta atribuida resulta atípica, cualquiera sea el criterio que se siga en torno de las características que debe reunir el sujeto pasivo del delito de homicidio.

Adhiero entonces, con estos alcances, a la solución que propone el juez Pociello Argerich.

En mérito al acuerdo que surge de los votos que anteceden, el tribunal **RESUELVE:**

**I-Tener** por desistidos los agravios vertidos en el recurso de apelación interpuesto por la recurrente contra el punto dispositivo II del auto de fs. 93/100, en cuanto impone las costas en el orden causado.

**II-CONFIRMAR** el punto dispositivo I, de la resolución de fs. 93/100, en cuanto fuera materia de recurso, con imposición de las costas en el orden causado, arts. 455, 530 y 531 del CPPN.-

Se deja constancia que los jueces Jorge Luis Rimondi y Luis María Bunge Campos no intervienen en la presente por hallarse en uso de licencia a la fecha de celebración de la audiencia, siendo que participaron los jueces Mirta López González –subrogante de la vocalía nro. 4- Rodolfo Pociello Argerich, como Presidente del Tribunal, y Mauro A. Divito, como Vicepresidente 2do. del Tribunal, e informada la parte acerca de la composición del tribunal nada objetó.

Notifíquese y devuélvase a la instancia de origen, sirviendo la presente de muy atenta nota de remisión.-

**MIRTA LOPEZ GONZALEZ**

(por sus fundamentos)

**RODOLFO POCIELLO ARGERICH**

(por sus fundamentos)

**MAURO A. DIVITO**

(por sus fundamentos)

Ante mí:

**Silvia Alejandra Biuso**

**Secretaria de Cámara**

**En / / se libraron ( ) cédulas. CONSTE.-**

**En / / se devolvió. CONSTE.-**