

///la ciudad de Necochea, a los días del mes
de junio de dos mil cinco, reunida la Excma. Cámara
de Apelación en lo Civil, Comercial y de Garantías en
lo Penal, a los efectos de dictar sentencia en los
autos caratulados: "**Recurso de apelación en causa N°
27.301. Golia Gloria M. Homicidio Culposo**" c.P.
3988/05, habiéndose practicado oportunamente el
sorteo de ley resultó del mismo que la votación debía
ser en el orden siguiente: Señores Jueces Doctores
Hugo Alejandro Locio, Humberto Armando Garate y Marta
Alicia Raggio (arts. 47/8 ley 5827).-

El Tribunal resolvió plantear y votar las
siguientes:

C U E S T I O N E S

1.-¿Es justa la resolución de fs.
414/416vta.?

2.-¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR

JUEZ DOCTOR GARATE DIJO:

Que a fs. 414/416vta. de la causa
principal, I.P.P. n° 27.301, el Sr. Juez de
Garantías, Dr. José Guillermo LLugdar, resolvió I)
Sobreseer a Gloria Marta Golia, por el delito de

Homicidio Culposo, previsto y sancionado por el art. 84 del Código Penal; II) Que en relación a la acción civil impetrada, atento lo resuelto en el punto que antecede, ocurra el peticionante por la vía pertinente.-

A fs. 1/3 del legajo de apelación, la Sra. Agente Fiscal Titular de la U.F.I. N° 1, Dra. Eugenia E. Quagliaroli, interpone recurso de apelación y a fs. 4/6 apela el Dr. Mauricio Pedro Coronel, como apoderado y en el carácter de particular damnificado de Daniela Virginia Luna, en causa I.P.P. n° 27.301, siendo concedidos los recursos a fs.7.-

En primer lugar se agravia la Sra. Agente Fiscal de la resolución por la cual se sobresee a la encartada Dra. Gloria Marta Golia como presunta autora del delito de Homicidio Culposo (art. 84 del C.P.), por causarle un gravamen irreparable el auto atacado en donde expresa "nos encontramos ante una conducta atípica por falta de presupuesto esencial y configuración del tipo penal previsto por el art. 84 del Código Penal como es la muerte de una persona y no de un feto o persona por nacer..."-.

En su segundo agravio ataca la resolución en tanto el Sr. Juez de Garantías da por debidamente probado que el feto ya estaba muerto cuando lo extrajo la Dra. Golia del seno materno, siendo a su entender esta aseveración, imprudente y prematura.-

En tercer lugar, se agravia la recurrente entendiendo que "...el Sr. Juez de Garantías no advirtió que respecto de la negligencia e imprudencia de la causante hay sobradas pruebas todos los médicos entrevistados (Dres. Pérsico, Zubillaga, Maciel, Cabral, etc.) nos hablan de un apresurado diagnóstico, de la falta de monitoreo fetal, del apresuramiento en mandar adquirir los elementos para la operación días antes de efectuar la misma (ver documental acompañada) de la no convocatoria a un pediatra etc....".-

Solicitando se revoque por contrario imperio la sentencia dictada a fs. 414/417 y que sea un Tribunal quien evalúe la conducta de la encartada.

A su turno el Dr. Mauricio Coronel se agravia en tanto "manifiesta el juzgador que el homicidio sólo es sobre una persona y no sobre un feto de 20 meses de gestación", siendo a su entender

que el concepto de persona lo otorga la legislación civil en su artículo 63 al expresar 'son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno', teniendo asimismo protección de normas supranacionales como los artículos 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica, 23 párr. 2do. C.N., 6.1 y 2 de la Convención Sobre Derechos del Niño, y 10, 12 de la Const. Prov y 29, 33, 75 inc. 22 y 23 de la C.N.. Estando el derecho a la vida consagrado en la legislación penal en el capítulo I, del Título I del Libro segundo del C.P..-

Expresando que en toda la legislación citada, el nasciturus posee derechos y que es una persona por nacer y tiene la protección que las leyes le acuerdan y entre ellas la protección penal para el caso concreto.-

En su segundo agravio ataca la sentencia en tanto el Sr. Juez de Garantías considera que la calificación debió ser aborto y no homicidio culposo, siendo a su entender erróneo en tanto el nasciturus estaba vivo y estaba creciendo comparando las ecografías practicadas. Sostiene que el homicidio se cometió el día 14/11 en plena etapa de crecimiento.-

Argumenta que "la Dra. Golia no realizó ningún estudio que ratificara el diagnóstico que suponía que padecía el bebe de Luna..." y que "...tanto Cabral (fs. 3) como el perito oficial Altamirano manifiestan que 'no se observan elementos patológicos que demuestren inviabilidad fetal hasta el momento de la interrupción del embarazo', siendo ello determinante y concluyente".-

Solicita se revoque el sobreseimiento. Y para el supuesto de obtener una sentencia en contrario a los derechos que representa deja planteada la intención de recurrir en casación por violación del artículo 201, 210 y 448 inc. 1° del C.P.P., 168 de la Const. Provincial.-

A fs. 63/66 el Sr. Fiscal General Departamental, Dr. Nestor Antonio Trigo, mantiene el recurso.-

Que en el escrito de fs. 313/314 la Sra. Agente Fiscal interviniente formula requerimiento de remisión a juicio por el siguiente hecho: En la ciudad de Necochea, el día 14 de noviembre del año 2002, en horas del mediodía, en el interior del quirófano del establecimiento asistencial, denominado

"CLINICA CRUZ AZUL", sito en la calle 60 N° 2651, en oportunidad que una persona de sexo femenino, médico de profesión especialista en Obstetricia y Ginecología (Matrícula profesional N° 110892), por un prematuro y equivocado diagnóstico de muerte fetal, habiendo inobservado los procedimientos comunes para casos similares según la lex artis médica (y la práctica profesional habitual) y habiendo manipulado la voluntad de una menor que contaba a la fecha 18 años (informándole que corría peligro su vida) practicó una microcesárea en la misma ocasionando la muerte de un feto del sexo femenino de aproximadamente cinco (5) meses de gestación, el que no presentaba anormalidad ni patología alguna.

La Fiscal interviniente califica el hecho como Homicidio Culposo, siendo sobreseída la imputada por el Sr. Juez de Garantías, en relación a dicho ilícito, entendiéndose el a quo que "se encuentra debidamente acreditado en autos que el día 14 de noviembre del 2002, en horas del mediodía, en el interior del quirófano de la "Clínica Cruz Azul", sita en calle 60 N° 2651 de Necochea, una persona de sexo femenino que se desempeñaba como especialista en

Obstetricia y Ginecología, habría practicado una microcesárea por feto muerto y retenido - de cinco aproximadamente 5 meses de gestación-, a otra persona del sexo femenino, a los fines de la extracción del mismo.

No he de compartir este criterio en tanto no existe en la causa elemento probatorio alguno, a excepción de la historia clínica confeccionada por la imputada que demuestre que el feto extraído por microcesárea a la denunciante había muerto con anterioridad a la decisión adoptada por la médica.

Por el contrario, los datos probatorios que se establecen de los informes de fs. 2/6 ratificado a fs. 22/vta. y fs. 134/139 no permiten arribar a la certeza de que el feto estaba sin vida en el momento de decidirse la intervención quirúrgica, subsistiendo el grado de probabilidad requerido en esta etapa del proceso para afirmar lo contrario (ver C.NCCorr, sala VI (def.), 8-2-93, "R.B. del V.", c. 24.364, cit. por E. A. Donna en su "Código Penal y su Interpretación en la Jurisprudencia", pág. 279).-

Ello se desprende, especialmente de la declaración del médico legista Dr. Pedro Pablo

Altamirano (fs. 141/vta.) quien expresa que "estudiados...tejidos embrionarios y fetales, no se observan elementos patológicos que demuestren inviabilidad fetal hasta el momento de interrupción del embarazo...no se advertían malformaciones en los órganos del feto estudiado lo que fue conformado en el informa de patología forense de referencia...el desarrollo fetal era compatible con las 18 a 20,5 semanas de gestación y que la placenta no presentaba alteraciones en este estudio, lo que permite suponer que el infarto descrito sería un hecho aislado en el tejido placentario...se trata de un embarazo de veinte semanas, con desarrollo aproximado sin malformaciones". También el informe del Dr. Carlos Zubillaga de fs. 37/vta., quien declara a fs. 107/vta. que "el feto en el momento de la ecografía estaba vivo, con los parámetros dentro de los límites normales esto es para 18-19 semanas de gestación...preguntado...si observó alguna malformación el feto manifiesta que no...preguntado si observó la falta de algún órgano en el feto, manifiesta que no, si lo hubiera observado lo hubiera informado que estaban presentes los movimientos

fetales, esto es cinética cardíaca y fetal..."; declaraciones de Daniela Virginia Luna de fs. 9/10vta. y fs. 115/vta. (preguntada la dicente si le realizaron algún análisis antes de la operación en la clínica, manifiesta que no, que sólo le colocaron el suero. Preguntada la dicente si algún médico auscultó los latidos fetales antes de la operación, manifiesta que no, y que no le colocaron ningún aparato para escuchar los latidos del feto).-

No obstante la conclusión expuesta ha de rechazarse en principio el agravio de los apelantes que pretenden se califique el hecho como homicidio culposo en función de la inviabilidad del feto una vez separado de su madre que se acredita con los informes de autopsia perinatal de fs. 2/6, informe histopatológico de fs. 134/140 y declaración de fs. 141/vta. donde el Dr. Pedro Pablo Altamirano depone que la anatomopatología del pulmón presenta características de pulmón no viable por el tiempo de desarrollo embrionario que los hace incompatible para la hematosi (intercambio gaseoso a nivel pulmonar.-

Siguiendo las enseñanzas del maestro Soler (Derecho Penal Argentino T. III, pag. 11/13) "...el

tipo del delito de Homicidio consiste en matar a un hombre..." y "...las acciones ejercidas contra el feto, con anterioridad a los dolores del parto y que determinan la muerte, no constituyen homicidio, aún cuando la muerte se produzca con posterioridad a causa del nacimiento prematuro...", expresando algunas páginas más adelante con relación a los caracteres esenciales del delito de aborto (ob. cit. pág. 96/97) que "...así como el Homicidio es la muerte inferida a un hombre, el aborto es la muerte inferida a un feto. De ello se deduce que la acción (aborto) debe ser ejecutada sobre un sujeto que no pueda ser aún calificado como sujeto pasivo posible de homicidio, condición que, según sabemos, principia con el comienzo del parto. Toda acción destructiva de la vida, anterior a ese momento, es calificada de aborto sea que importe la muerte del feto en el claustro materno, sea que la muerte se produzca como consecuencia de la expulsión prematura.

En el mismo sentido, Fontán Balestra, (Tratado de Derecho Penal, Parte Especial t. IV, pág. 71) agrega la "extracción", expresando que "...el homicidio en general, se puede definir como la muerte

de un ser humano" y que "...para la ley penal se es sujeto pasivo de homicidio desde el momento en que comienza el nacimiento. Es decir, en el parto natural, con los primeros dolores del parto; en el provocado, desde que comienza la expulsión o la extracción de la criatura..."-.

El autor (ob. cit. T. IV, pág. 217) distinguiendo el homicidio del aborto señala que en el delito de aborto "el objeto de la protección penal es la vida del feto, ser concebido, pero no nacido; una esperanza de vida humana que se convertirá en tal al terminar el proceso de gestación y comenzar el nacimiento....".

Agregando que la materialidad del aborto "...consiste en la interrupción del embarazo, con muerte del feto o fruto de la concepción..." (ob. cit. pág. 225) y que "...la noción material que hemos dado del aborto, válida para el Derecho Argentino, supone un presupuesto: la existencia de feto vivo; e impone una limitación; que la muerte haya sido causada antes de comenzar a nacer. Debe tratarse de feto vivo, porque el delito consiste en causar su muerte. Pero no es indispensable que la muerte se

produzca dentro del seno materno; puede ser el feto expulsado con vida y morir, sin mediar hecho alguno posterior, como consecuencia de la expulsión prematura provocada por el aborto..." (ob. cit. pág. 226).-

En similar sentido Ricardo Nuñez en su obra "Tratado de Derecho Penal", Tomo III, Vol. I, pág. 23 y ss., expone que "...sujeto pasivo de homicidio es el hombre. Un ser tiene este carácter a los fines del homicidio, desde que, en el momento fisiológicamente oportuno de la gestación o en el momento artificial médicamente determinado, comienza a nacer con vida de una mujer...El proceso del parto de la mujer delimita...la duración del nacimiento. Este se inicia con el comienzo natural o artificial y oportuno de la expulsión del niño del seno materno.

Con este entendimiento debe descartarse el encuadre legal como Homicidio Culposo del hecho descrito en el requerimiento de remisión a juicio, por aparecer palmario que no se produjo la muerte de una persona sino de un feto, y así lo expresa la Sra. Agente Fiscal en la descripción fáctica.

Otros criterios doctrinarios distintos a los ya expuestos son más exigentes en cuanto requieren para constituir Homicidio la separación del nacido del cuerpo de la madre (Ver en este sentido, Donna, Derecho Penal. Parte Especial, T. I 2º edición pág. 29/30).

Así las cosas, la acción desplegada por la imputada que habría provocado la muerte del feto se trataría de un "aborto culposo" que no está previsto como delito en la legislación penal argentina.

No constituye este delito la figura prevista por el artículo 87 del Código Penal que se trata de un aborto preterintencional (Conf. Soler, ob, cit, pág. 109 y ss.; Fontán Balestra ob. cit. pág. 243 y ss.).-

Núñez lo considera un aborto imputable a todo título que no sea el de culpa o el dolo directo, expresando que "esto no impide, sin embargo, que se le siga llamando y que se lo trate como un aborto preterintencional (ob. cit. T. II, Vol I, pág.178).-

Pero, aunque así se lo entendiera (Ver Breglia Arias-Gauna C.P. Comentado, Editorial Astrea, 2º edición actualizada, 1987, quienes sostienen que

"el aborto no intencional violento, pero sin lesiones, es una modalidad delictiva culposa consciente"), la acción emprendida por la imputada no está comprendida dentro del concepto de "violencia", previsto en la norma, y el error sobre el estado de embarazo de la paciente excluye esta figura, que requiere que el embarazo "fuere notorio o le constare" (ver en ese sentido Nuñez, ob. cit, pág. 178, para quien "la certeza, aunque sea por error de que el feto ha muerto excluye la culpabilidad del autor").

En consecuencia deben rechazarse en principio los agravios de los recurrentes relacionados con la calificación legal.

No obstante, las consideraciones expuestas no bastan para sobreseer a la imputada del hecho que se le atribuye, ya que si bien el mismo no encuadra a esta altura del proceso en los tipos previstos por los artículos 84, 87 (tampoco en el 85 que se trata de un delito doloso que requiere como elemento subjetivo el propósito específico del sujeto activo de causar la muerte del feto -ver Soler ob. cit.,

pág. 99/100-), corresponde encuadrar el hecho como Lesiones Culposas (art. 94 del C.P.).-

Sobre el particular expresa Soler con referencia al tercero que por su culpa o imprudencia provoca la muerte del feto "como, por ejemplo, el médico que por su tratamiento torpe determinara ese resultado...En este caso no puede imputarse la muerte del feto ni bajo la forma del aborto, porque lo prohíbe a contrario sensu el art. 87, ni bajo la forma de homicidio por culpa, porque no existe sujeto pasivo de homicidio esto es, un hombre, sin perjuicio de que se imputen las lesiones causadas a la mujer..." (ob. cit. pág. 102).-

En el caso de autos aparece obvio que la intervención quirúrgica (microcesárea, historia clínica de fs. 56/66) que habría sido practicada con impericia en el ejercicio del arte de curar a tenor de los informes ya reseñados (diagnóstico erróneo), ha producido, al menos un daño en el cuerpo, que "...sólo exige la idea de una alteración..." (Nuñez ob. cit. pág. 86), debiendo tomarse por tal cualquier cambio en la estructura interna o externa del sujeto pasivo (Breglia Arias-Gauna C.P. Comentado, Editorial

Astrea, 2º edición actualizada, 1987, pág. 301, con cita de Creus, Derecho Penal, t.I , p. 77), siendo ineficaz el consentimiento por encontrarse viciado, atento que la víctima habría sido inducida a error acerca de la naturaleza del acto.

Que no estando ante una alteración esencial del hecho descrito aparece correcto a esta altura del proceso modificar la calificación legal del mismo en virtud del principio iuria novit curia, en tanto no se excede el hecho materia de acusación.-

Todo ello sin perjuicio de que nuevos elementos de convicción permitan modificar el criterio sustentado y teniendo en cuenta que para remitir la causa a juicio basta alcanzar probabilidad con relación al hecho y a la autoría penalmente responsable del imputado. Siendo menester arribar a la certeza negativa, para sobreseer, la que no se encuentra presente en autos con relación a la imputada Gloria M. Golia.

Por los fundamentos expuestos voto por la negativa.-

A LA MISMA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ

DOCTOR LOCIO DIJO:

Voto en igual sentido por análogos fundamentos.-

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR

JUEZ DOCTOR GARATE DIJO:

Atento como ha sido resuelta la cuestión anterior corresponde revocar la resolución de fs. 414/416vta. en cuanto sobresee a la imputada Gloria M. Golia por el hecho que se le atribuye (arts. 323 a contrario del C.P.P.) debiéndose remitir la causa a juicio, calificando el hecho que se atribuye a la imputada como Lesiones Culposas (arts. 94 del C.P.; 337 del C.P.P.).-

Así lo voto.-

A LA MISMA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ

DOCTOR LOCIO DIJO:

Voto en igual sentido por los mismos fundamentos.-

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Necochea, de junio de 2005.-

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Que en el precedente acuerdo ha quedado establecido:

Que no corresponde sobreseer a la imputada Gloria M. Golia respecto del hecho que se le atribuye (art. 323 a contrario del C.P.P.), debiendo calificárselo como Lesiones Culposas y remitir la causa a juicio (art. 94 del C.P.; 337 del C.P.P.).

Por ello, artículos citados y fundamentos del acuerdo que antecede, el Tribunal; **RESUELVE:** Revocar la resolución de fs. 414/416vta. que sobresee a la imputada Gloria M. Golia del hecho que se le atribuye (art. 323 a contrario del C.P.P.) debiéndose remitir la causa a juicio respecto del delito de Lesiones Culposas (arts. 94 del C.P.; 210, 337, 447 del C.P.P.) -47/8 ley 5827.-

Regístrese, devuélvase inmediatamente al Juzgado de origen por donde se practicarán las pertinentes notificaciones.