

Sobreseimiento Responsabilidad Medica Nacimiento Sin Vida Aborto Culpa Doctrina De La Corte

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Sobreseimiento. Responsabilidad médica. Nacimiento sin vida. Aborto. Culpa. Doctrina de la Corte

Se dicta el sobreseimiento de la imputada por su accionar culposo en el ejercicio profesional de la medicina mientras asistía en un parto, pues, si ha quedado demostrado que no hubo comienzo de proceso de parto o nacimiento, sino que la operación cesárea se realizó una vez constatada la muerte de la niña, no existe sujeto pasivo de homicidio sino de aborto y, en la medida en que tal delito en su modalidad culposa no encuentra previsión normativa en el sistema argentino, la muerte de la niña antes de aquel proceso, aun de corroborarse una negligencia médica como pretende la querrela, quedaría impune. Buenos Aires, 12 de octubre de 2016. Y VISTOS: Celebrada la audiencia prevista en el artículo 454 del Código Procesal Penal, convoca a la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte querellante contra el auto documentado a fs. 325/327, punto I, en cuanto se dispuso el sobreseimiento de M. S. S. R.. El juez Juan Esteban Cicciaro dijo: I. Entiende la querrela que el tratamiento dispensado por la médica M. S. S. R. encuadra en el delito previsto en el artículo 84 del Código Penal en tanto habría sido negligente y en consecuencia provocado la muerte de la niña una vez que ya había comenzado el nacimiento, pues L. d. C. F. cursaba la semana 37 de gestación y se había dirigido a la clínica a los fines de iniciar el proceso de parto. II. En razón del planteo formulado por la parte recurrente, corresponde ingresar al estudio de la cuestión vinculada a la protección que el derecho penal acuerda al niño en proceso de nacimiento, con arreglo a mi voto pronunciado en la causa N° 31.364 de esta Sala, ?N., A. M. y otra?, del 18 de abril de 2007. El artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación reconoce que ?la existencia de la persona humana comienza con la concepción?, de modo que reedita la disposición anterior del Código Civil. En el mismo sentido, la Constitución Nacional en su artículo 75, inciso 23°, estatuye, entre las atribuciones asignadas al Congreso, las de ?dictar un régimen de seguridad social especial e integral en la protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental?. Asimismo, nuestra Carga Magna otorga rango constitucional a la Convención sobre los Derechos del Niño y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La primera, en su art. 1°, entiende por niño a ?todo ser humano menor de dieciocho años...?, aunque, al suscribir el tratado respectivo (ley 23.849), nuestro país sostuvo que se debía entender por niño a ?todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los dieciocho años de edad?. El art. 6° de la Convención estipula que ?todo niño tiene derecho intrínseco a la vida?. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), prevé en su artículo 4, inciso 1°, que ?toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción?. Esta amplia protección constitucional fue recepcionada por el derecho judicial, puntualmente en el caso ?P. d. B.?, al sostener la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la concepción se produce con la fecundación sin requerir la implantación o anidación del óvulo fecundado (Fallos: 325:303). Ello, sin perjuicio de anotar que el andamiaje típico previsto en la legislación represiva de nuestro país no parece responder exactamente a los lineamientos que se han asumido explícitamente a partir de la reforma constitucional de 1994 -al respecto, ver Anzoátegui, Javier, ?Una pena (reflexiones acerca del delito de aborto)?, en El Derecho, 185-1108-. En orden a lo que aquí interesa puntualmente, dable es recordar que cuando se da muerte injustamente a una persona después del nacimiento se comete el delito de homicidio, mientras que el aborto se tipifica cuando se da muerte a esa persona antes del nacimiento. No es del caso aquí ingresar en el tópico de las razones de la diferencia punitiva entre una y otra figura. Sí es pertinente plantear el interrogante en torno al delito que se comete cuando la muerte se produce durante el nacimiento, o en otras palabras, cuando la vida intrauterina prácticamente ha finalizado sin que la extrauterina haya comenzado. Claro que ello abarcará la discusión en derredor al momento a partir del cual existe el ?otro? a que se refieren tanto la figura del homicidio doloso como la del homicidio culposo (arts. 79 y 84 del Código Penal), puesto que se da por superada la circunstancia de que la vida se encuentra protegida desde su inicio, ello es, desde la concepción, conforme al explícito mandato constitucional. El problema estriba en que el aborto culposo (verbigracia, el que podría importarse a partir de una mala praxis médica) no está contemplado en la legislación penal argentina, a diferencia, por caso, de la española (art. 146). Tradicionalmente, en la doctrina nacional se ha sostenido que la razón de ser del castigo atenuado por intermedio de la figura del aborto estriba en que no puede ser equiparado en gravedad con el homicidio, pues la vida en aquél caso no puede considerarse definitivamente adquirida, en tanto es una esperanza más que una certeza; de ahí la diferencia de penalidades (así, siguiendo a Carrara, Francesco, Programa de Derecho Criminal. Parte especial, Temis, Bogotá, apartado 1251; Núñez, Ricardo, Tratado de Derecho Penal. Parte especial. Lerner, Córdoba, tomo III, vol. I, págs. 160 y 161). Ha formado parte también de la tradición jurídica argentina, con sustento en la norma

del art. 74 del anterior Código Civil, la tesis según la cual era necesaria la completa separación del seno materno para aludir al 'otro' del homicidio (ver por caso Moreno, Rodolfo (h), El Código Penal y sus antecedentes, Tommasi Editor, Buenos Aires, 1923, pág. 321). La discusión se nutrió cuando por intermedio de la ley 24.410 (1995), se derogó la figura del infanticidio que establecía el art. 81, inciso 2, del Código Penal, que contenía el giro 'durante el nacimiento'. Es que previamente a la reforma de la citada ley había cierto consenso acerca de que la protección a la persona era alcanzada aún antes de la separación del seno materno en los términos de la legislación civil anotada. Derogada la figura del infanticidio, la cuestión vuelve a plantearse. Sin embargo, se suscribe el criterio según el cual la aludida derogación no llevó a producir modificación alguna, en tanto 'durante el nacimiento' se mata también a una persona, particularmente al 'otro' a que se ha aludido. Justamente, la figura del infanticidio había sido tomada para dirimir la cuestión suscitada, en función de que contenía la frase 'durante el nacimiento' en el tipo. Y a partir de la sanción de la citada ley 24.410, Aguirre Obarrio ha argumentado que, derogado el infanticidio, sólo parece posible sostener que hay aborto mientras el ser naciente no ha respirado y hay homicidio desde que respiró. Expresa así que 'si suprimimos esta cláusula, eliminamos también la pauta de interpretación y, a nuestro juicio, la única posibilidad es, de aquí en más, sostener que ese límite se ha corrido. Ahora deberemos aplicar el criterio civil, es decir que hay sujeto pasivo de homicidio cuando el ser nació, cuando tiene vida independiente. Antes habrá aborto. La consecuencia es que matar durante el nacimiento será un delito de aborto y no un homicidio' (Molinario, Alfredo, Los delitos, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, TEA, Buenos Aires, 1996, tomo I, pp.156/157). Empero, al criticar la distinción en la doctrina española entre vida humana dependiente e independiente, Bacigalupo hubo de sostener que durante el nacimiento ya se es persona (Bacigalupo, Enrique, Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal, Madrid, 1990, pp. 16/17). Es que el nacimiento resulta ser un proceso y como tal abarca secuencias que son naturalmente previas a la completa separación del seno materno. Donna se inclina por pensar, en esa dirección, que 'el comienzo de la vida humana coincide con el comienzo del nacimiento, lo que ocurre con las contracciones expulsivas o con el comienzo de la primera incisión de la cesárea' (Donna, Edgardo A. Derecho Penal. Parte especial. 2da edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, tomo I, pág. 19). Creus critica la tesis civilista relativa a la completa separación del niño del cuerpo de la madre, que 'olvida que no se requiere que se mate al ya nacido, sino que basta que se mate al sujeto durante el nacimiento, por lo cual la mayor parte de la doctrina ha considerado que el nacimiento, como momento a partir del cual estaremos en presencia de un homicidio, se da con el 'comienzo del parto'...lo que puede ocurrir con los primeros dolores que indican el comienzo del parto natural o, cuando faltan esos dolores, con el inicio del procedimiento de provocación artificial de aquél o de extracción quirúrgica del feto' (Creus, Carlos, Derecho Penal. Parte Especial, 6º edición actualizada y ampliada, 2º reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1999, tomo I, pág. 10). Así, se ha sostenido que como tal, el proceso de nacimiento abarca todo el período que va desde el comienzo de la expulsión hasta su finalización, resultando contraria a la naturaleza de las cosas y arbitraria la posición que atiende solamente a la culminación de este acontecimiento (Goerner, Gustavo, 'El sujeto pasivo del delito de homicidio', en Delitos contra las personas -I, Revista de Derecho Penal, 2003-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, págs. 311/322. El autor cita a González Roura, quien sostiene que cuando el feto empieza a nacer, como quien dice a 'cambiar de residencia', es para la ley penal algo más que una simple esperanza; es ya una vida en actividad, una vida cierta, y desde ese momento cabe el homicidio). En apoyo de lo expuesto, es evidente que con la derogación del infanticidio por la ley 24.410 se ha dado prevalencia al bien jurídico vida por sobre la honra de la mujer. Como dice Goerner, 'se advierte así que la idea de la reforma, al derogar un tipo penal privilegiado o atenuado, fue la de otorgar una mayor protección a la vida y no una menor. Es claro que de seguirse la interpretación que postula un retorno a la denominada 'tesis del Código Civil', el tipo penal de homicidio no abarcaría todo el proceso del nacimiento, sino sólo su culminación, disminuyendo de este modo la aludida protección' (Goerner, Gustavo, opus cit). Así, cuando se abordaba la significación 'durante el nacimiento', Soler interpretaba que comprende desde el comienzo del proceso del parto hasta el momento de la completa separación, lo que no se funda en consideraciones naturalista o biológicas, sino en el siguiente principio jurídico: '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' (Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, TEA, Buenos Aires, 1983, tomo III, pag. 75). De ahí que se concluya en que la derogación del infanticidio (figura privilegiada) no pueda producir alteración alguna en los elementos objetivos que conforman el tipo penal del homicidio, entre los que se encuentran el sujeto pasivo: quien mata 'durante el nacimiento' mata a una persona y cometerá el delito de homicidio en cualquiera de sus formas (Goerner, Gustavo, opus cit.). Es cierto que para esta tesis, que podría reputarse de amplia en el sentido de protección de la persona y que resulta más afín a los postulados constitucionales referenciados que a la legislación civil del siglo XIX, es exigible al menos el 'trabajo de parto' en aras de considerar punible la conducta a título de homicidio culposo y en el marco de observación del principio de legalidad penal. En ese entendimiento,

deben comprobarse al menos el inicio de las contracciones que llevan al nacimiento. Desde esta perspectiva y conforme a la ciencia médica, el parto principia con las contracciones que habrán de culminar en la dilatación completa (cuello borrado) y de allí a la expulsión. Acorde a esta tesis, a la que se adhiere, el proceso de parto comienza con las contracciones de dilatación que ponen al niño por nacer en una posición de la que luego será expulsado por las contracciones de puje (ver Luttger y el Tribunal Federal Alemán, citados por Donna, Edgardo Alberto, en Derecho Penal, parte especial, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2da edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, tomo I, págs. 28/29 y nota n° 30), posición que es la que había sostenido Bacigalupo, en cuanto a que "el comienzo de la vida humana (en relación con la figura del homicidio) coincide con el momento del comienzo del nacimiento y esto tiene que ver con las contracciones expulsivas o con el comienzo de la primera incisión en el caso de la operación llamada cesárea?". Como trae Carlos María Romeo Casabona, el nacimiento "es un proceso que se inicia con el comienzo del parto -las labores del parto- y concluye con el total desprendimiento del feto del vientre de la madre...?" y que "algunos autores fijan en torno al comienzo del parto el de la vida humana independiente, bien identificándolo con el comienzo de las labores del parto, que, en su repetición, conducen a la expulsión del feto, bien con el comienzo de la expulsión, o cuando aquél sea ya visible y pueda actuarse contra él directamente desde el exterior; es decir, momentos completa o parcialmente intrauterinos de la vida humana?". El autor reporta sentencias del Tribunal Supremo Español, por las que se ha adelantado ese momento al inicio de las labores del parto, al entender que "el comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el llamado período de dilatación y continúa con el período de expulsión, en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado?" y que "el nacimiento ya se había iniciado y la víctima, por consiguiente, era una persona?" (STS del 22 de enero de 1999; en sentido similar ya las STS del 5 de abril de 1995 y 21 de noviembre de 2001) (Romeo Casabona, Carlos María, "Los delitos contra la vida humana: el delito de homicidio?", en Delitos contra las personas -I, Revista de Derecho Penal, 2003-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, págs. 1/72). III. Sentado cuanto precede al respecto, en primer lugar cabe destacar que de los dichos de F. no surge que haya tenido contracción alguna (fs. 1/2 y 272/275) y que durante el primer control la Dra. S. R. le informó "que el cuello uterino estaba cerrado?" (fs. 272 vta.). Además, el Dr. R. C. le explicó que "había tenido una rotura de placenta del noventa por ciento?" y que ello "iba de la mano con la presión arterial?" (fs. 274), lo cual coincide con lo que se extrae de los peritajes forenses, en cuanto a que se verificó "el 100% de la placenta desprendida con abundantes coágulos en el interior del útero?" y que "la causa de muerte fetal intraútero guarda relación causal directa con la supresión abrupta de oxígeno provocada por el desprendimiento de la superficie de intercambio materno - fetal (placenta)?" (fs. 118). Por otro lado, es dable destacar que de los mismos informes del Cuerpo Médico Forense se extrae que la operación cesárea se realizó una vez constatado el óbito y que el mencionado C. refirió que pudo verificar que "la paciente tenía un cuadro compatible con desprendimiento de placenta y con diagnóstico ecográfico de feto muerto?" (fs. 319). En razón de lo expuesto, ha quedado demostrado que no hubo comienzo de proceso de parto o nacimiento, sino que la operación cesárea se realizó una vez constatada la muerte de la niña, por lo que no existe sujeto pasivo de homicidio sino de aborto y, en la medida en que tal delito en su modalidad culposa no encuentra previsión normativa en el sistema argentino, la muerte de la niña antes de aquel proceso, aún de corroborarse una negligencia médica como pretende la querrela, quedaría impune. En consecuencia, sin perjuicio de la responsabilidad civil que se pueda derivar de lo acontecido, corresponde confirmar la resolución puesta en crisis. Cabe fijar las costas de alzada por su orden, en razón de la plausibilidad del planteo. El juez Mariano A. Scotto dijo: A partir de lo declarado por L. d. C. F. en su denuncia, surge que su primera concurrencia a la C. B. obedeció a que, al estar cursando la semana treinta y siete de embarazo, no sentía los movimientos del feto. Una vez en el nosocomio, la imputada S. R., en su calidad de médica obstetra, le practicó un monitoreo en el que se pudieron escuchar los latidos fetales, aunque bajos. Pese a ello, la nombrada le indicó que fuera a consumir alimentos dulces y volviera en una hora para repetir el estudio. Al regresar, y mientras esperaba que la atendieran, advirtió manchas de sangre en su ropa interior, por lo que al ingresar nuevamente al consultorio la encausada le practicó otro monitoreo en el que ya no se escuchaba ningún sonido. Posteriormente fue trasladada a la sala de quirófano donde se le realizó una cesárea de urgencia, constatándose que el feto estaba muerto como consecuencia del desprendimiento del noventa por ciento de la placenta (fs. 1/2). En su declaración en sede judicial, F. aclaró que el día 24 de abril de 2015 cuando se despertó no sentía movimiento, y pese a ingerir diversos alimentos tal situación no varió, aunque se encontraba con dolor desde la noche anterior que le impidió dormir (fs. 272/275), por lo que decidió concurrir al referido nosocomio. Los informes practicados por el Cuerpo Médico Forense (fs. 92/94 y 114/118) confirman que la "causa de muerte fetal intraútero guarda relación directa con la supresión abrupta de oxígeno provocada por el desprendimiento de la superficie de intercambio materno - fetal (placenta)?" - ver fs. 118 pto. 2-. A ello se agrega el testimonio del Dr. R. C., quien afirmó que al realizar la operación cesárea a la querellante advirtió que tenía un "cuadro compatible con desprendimiento de placenta y con diagnóstico ecográfico de feto muerto?". (fs. 319). De la prueba reseñada es posible colegir que el deceso fetal fue intrauterino, y que al momento del evento denunciado no había comenzado el proceso de parto, circunstancias estas que delimitan el análisis del caso a la actuación médica previa a esa etapa y la del nacimiento, es decir, en

el ámbito del aborto. Al respecto cabe recordar que la vida del feto encuentra protección jurídica en el Código Penal (arts. 85 a 88) y en los Tratados Internacionales que a partir de la reforma constitucional de 1994 se incorporaron a la Constitución Nacional (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 4.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6.1; y Convención sobre los Derechos del Niño, art. 1 -con la reserva de la ley 23.849) y art. 6). No obstante, a diferencia del delito de homicidio, la figura del aborto no contempla -por imprevisión legislativa- la causación del resultado en forma culposa. La existencia de esta omisión, que se encuentra subsanada en el art. 86 inc. 2º del Anteproyecto de Código Penal de la Nación -no vigente- perfilado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (Decreto PEN 678/12), impide adecuar típicamente el hecho imputado a alguna de las hipótesis contempladas en el código sustantivo. Por ello, y sin perjuicio de la acción civil que pudiere corresponder, voto por confirmar la resolución recurrida, con aplicación de costas por su orden, tal como lo propició el juez Cicciaro. En mérito del acuerdo que antecede, esta Sala del Tribunal RESUELVE: CONFIRMAR la resolución extendida a fs. 325/327, punto I, en cuanto fuera materia de recurso. Costas de alzada por su orden. Notifíquese, devuélvase y sirva lo proveído de atenta nota de envío. El juez Mauro A. Divito no intervino en la audiencia oral con motivo de su actuación simultánea en la Sala V de esta Cámara. Fdo.: Juan Esteban Cicciaro- Mariano A. Scotto Correlaciones: P., Gregorio y otra c/Clínica Modelo Los Cedros SA y otros s/daños y perjuicios - Cám. Civ. y Com. La Matanza - Sala I - 02/12/2014 011535E