Rawson, 27 de mayo de 2019.

VISTO:

Los rotulados "M., S. P. denuncia Mala Praxis" (Expediente número 100.480, año 2019; Oficina Judicial con sede en Comodoro Rivadavia, carpeta número 8.981) donde a fojas 513/20 y 526/34 dedujeron impugnación extraordinaria, respectivamente, los querellantes S. P. M. y M. R. K. (progenitores de la víctima, N. K.), con el patrocinio letrado de J. J. E., y la Fiscal Ana Cecilia Codina en contra de la sentencia de fojas 458/507 dictada por la Jueza de aquella ciudad, Daniela Alejandra Arcuri, que absolvió a J. A. A. por el delito de Homicidio Culposo (Código Penal, articulo 84) que se le atribuya, presuntamente ocurrido en Comodoro Rivadavia el tres (3) de Marzo de 2014.

Y CONSIDERANDO:

Que la acusadora privada sustentó el recurso sobre "... tres agravios concretos: 1.- La mala praxis médica condicionó la supervivencia de N. K.; 2.- El daño o falta de previsión en el cuidado de la madre es también falta de cuidado a la persona por nacer; 3.- La persona por nacer tiene derecho a vivir y ello implica omitir todo

acto que pueda afectar su supervivencia.

Que, según los querellantes "... La mentada atipicidad del hecho proviene de la interpretación respecto a que el accionar dañoso fue cometido sobre la persona por nacer y no sobre la persona de N. mientras estuvo con vida, no configurándose así la comisión del delito de homicidio culposo. Lo cierto es que la mala praxis desplegada condicionó ciertamente la posibilidad de supervivencia de N., quien al momento de su nacimiento observaba un nivel de sobrevida ínfimo por su prematurez e infección generalizada. Haber detectado la infección a tiempo hubiera determinado un tratamiento destinado a reducir el grado de infección, ampliando así la posibilidad de retención del bebé en el útero materno para así procurar mayor madurez en los pulmones con el fin de aumentar la posibilidad de sobrevida al parto. (...)".

Que, tal lo planteado, el escrito del remedio postula una conclusión (homicidio culposo) negada en las premisas del mismo razonamiento (la infección derivó en aborto). Aceptan los querellantes que: "... el accionar dañoso fue cometido sobre la persona por nacer y no sobre la persona de N. mientras estuvo con vida (...)".

Que, efectivamente, el triste deceso de N. ocurrió porque la impericia del galeno malogró el embarazo de la señora S. P. M.. Los efectos de la concepción arruinada explican derechamente el óbito del bebé. La incuria del acusado propició el avance de una gravísima infección en el nasciturus (corioamnionitis), el alumbramiento prematuro de N. y su muerte inmediata. Pero entonces no es correcto sostener, como alega la

impugnación, que la culpa del médico recayó sobre N.. La circunstancia de que el damnificado naciera con vida (e incluso, aunque apareciera sin vida), nada agrega ni quita a la culpa de A.. Si el peligro creado por el profesional durante la preñez de la madre se concretó con la interrupción de su embarazo, esto repele la aplicación del artículo 84 del Código Penal. El homicidio culposo atrapa al sujeto que se representó o debió representarse el riesgo prohibido y realizado en alguna persona autónoma, actual, cabal. Sin embargo, toda vez que la culpabilidad culposa del médico responsable no está establecida para el delito de aborto (artículos 85 y 86), la evidente atipicidad de la mala praxis investigada clausura cualquier pena en cabeza del profesional y deja al recurso de la querellante sin base jurídica, inmotivada (Constitución Nacional, articulo 18).

Que, por último, la impugnación de fojas 526/34 es también inadmisible por los mismos fundamentos señalados supra (Código Procesal, artículos 363, 382, 385 apartado final, 239, 240, 247 y concordantes).

Que la doctrina enseña: El aborto "... también puede causarse con una omisión. La no administración de un medicamento... por parte de quien está obligado a hacerlo. Pero será necesario siempre, que, con expulsión o sin ella se produzca la muerte del feto, pues si a pesar de las maniobras abortivas, y eventualmente de la expulsión provocada la criatura nace y vive, el hecho quedará en la tentativa; si se la mata con actos posteriores al nacimiento con vida, será un homicidio, en tanto que si muere a consecuencia de su prematura expulsión provocada,

la conducta quedará comprendida en las disposiciones del capítulo que se ocupan del aborto (Justo Laje Anaya y Enrique A. Gavier: Notas al Código Penal Argentino Tomo II, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1995, página 46). "(...) Pero en tanto que el nacimiento implica que la. mujer pare en tiempo oportuno para que su fruto pueda vivir fuera de su seno y mediante un proceso natural o artificialmente destinado a esto; el aborto significa, o hacer que la mujer para antes de que el feto esté en esas condiciones, de manera que la sola expulsión produzca la muerte o significa hacer que la mujer para en cualquier momento, pero mediante un proceso tendiente a matar el feto. Produciéndose un proceso de nacimiento ya no es posible hablar de aborto; sólo se puede hablar de infanticidio, parricidio u homicidio. (...) . Pero si se puede producir un parricidio o un homicidio si, por excepción, el feto no muere durante su expulsión o a raíz de ésta, sino por una causa independiente. (...)." (Ricardo C. Núñez: Tratado de Derecho Penal Tomo III, Volumen I, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1988, página 164). "(...) Asimismo, se ha planteado el caso en el cuál, a raíz de medicamentos dados a la madre, se provoque la muerte o lesiones al feto una vez que ha nacido, caso en el que las lesiones quedarían impunes. Correctamente se ha señalado que las lesiones causadas durante la gestación o durante el alumbramiento son atípicas, y que pretender castigar por lo que se hizo al feto, cuyo resultado acaeció cuando posteriormente se convirtió en persona, es una peligrosa extensión del tipo de lesiones o una analogía. (...) . Armin KaufmaLn consideraba como punto neurálgico del problema el momento de la incidencia sobre el objeto del hecho; señalaba que como sucede en todo delito instantáneo, tanto en el homicidio como en la lesión pueden diferenciarse tres momentos: el de la actuación de la voluntad o acción en sentido estricto; el momento de

la incidencia sobre el objeto del hecho; y el de la consumación. (...) planteaba que la cuestión decisiva era si la cadena causal impulsada por el autor incide sobre el objeto de la acción, preguntándose si este objeto debe ya poseer la calidad exigida por el tipo. La incidencia prenatal se produce en un objeto que carece aún de la calidad de hombre, de ahí que la interpretación dominante niega la tipicidad, pero según la opinión... de Maurach (...) esto no interesaba, siendo típicas las incidencias prenatales con efectos posteriores al parto. Como consecuencia, tales incidencias abarcarían todos los casos mortales después del comienzo del parto, incluso si se produce la muerte durante el parto o poco después, lo que debería castigarse como homicidio culposo (...). Kaufmann señalaba que tal interpretación presentaba una dificultad: si la incidencia es tan grave que el feto muere en el seno materno la acción seria impune, en cambio, si es menos grave y el parto se produce, seria punible. (...)" (Lucía Larrandart en Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, dirigido por David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni; Hammurabi, Buenos Aires, 2007, páginas 653/5).

Que, consecuentemente, la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia

---------- RESUELVE: ----------

1°) DECLARAR inadmisibles las impugnaciones extraordinarias de fojas 513/20 y 526/34, con costas (Código Procesal Penal, artículos 363, 382, 385 apartado final, 239, 240, 247 y concordantes).

2°) **PROTOCOLÍCESE** y notifíquese.

ALEJANDRO JAVIER PANIZZI

MIGUEL ANGEL DONNET

MARIO LUIS VIVAS

José A. FERREYRA
SECRETARIO