

## DE NUEVO SOBRE EL “OTRO” DEL HOMICIDIO

Por Daniel Pablo Carrera

*En el “otro” del homicidio*<sup>1</sup>, hice un análisis sobre al que ahora vuelvo a raíz de la sentencia dictada el 29/11/2001, por la Sala 2ª del Tribunal Supremo de España<sup>2</sup>, en la cual a raíz de la mayoría formada por el Ponente Sr. Aparicio Calvo Rubio y el Sr. Granados Pérez, con la disidencia del Sr. Andrés Ibáñez, se revocó el fallo de Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia, del 1/3/2000, que, en lo que aquí interesa, absolvió a Antonio R. A. de los delitos de aborto por imprudencia profesional y lesiones culposas al feto en concurso ideal con homicidio imprudente.

Antonio R. A. ginecólogo, por estar de guardia en la clínica en la que desenvuelve su función, se hizo cargo de la atención del parto de María del Pilar D. G., paciente de 38 años de edad, primigesta y primípara en estado de gestación a término. A efecto de extraer el feto, el ginecólogo procedió a la utilización de ventosa, a pesar de encontrarse éste en el primer plano de Hodge y haberle dicho la matrona que el niño estaba algo alto. Además D. G. tenía una dilatación incompleta de unos 6 cm. Al necesitar vencer una fuerte resistencia, la ventosa derrapó al menos una vez, finalmente el niño nació (el 2/11/96, a las 9:40 hs.) mediante parto distócico, con una vuelta prieta del cordón alrededor del cuello, presentando mal estado general, hipotómico y flácido, debido a una hipoxia isquemia que, a su vez, dio lugar a una parada respiratoria y reanimación cardiopulmonar con ventilación asistida. Con posterioridad se trasladó al recién nacido a una unidad de cuidados intensivos neonatales donde falleció (a las 22:30 hs., del mencionado día), no autorizando la familia que se practicara la necropsia, pero se tuvo por establecido que la causa de su muerte fue un fracaso multiorgánico secundario a shock hipovolémico y miocárdico, siendo el shock hipovolémico secundario a hemorragia subaponeurótica espicraneal.

Con tal base y al concluir que la Sala de Instancia tuvo por existente relación causal entre al conducta reprochada y el resultado letal, así como la contribución subjetiva del acusado, el Ponente, Sr. Calvo Rubio, sostuvo que promedió de parte del

---

<sup>1</sup> Se publicó en Semanario Jurídico, N° 1355, del 23/8/2001, Año XXIV.

ginecólogo imprudencia leve, y siguió la jurisprudencia de la Sala en orden a que el concebido en el seno materno tiene patrimonio genético totalmente diferenciado y su propio sistema inmunológico, por lo que, mediante una interpretación progresiva de las disposiciones normativas, es dable reconocerle condición humana diferenciada de su progenitora y penalmente protegible. Dicho de otra forma, la gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta. Sin embargo, el comienzo del nacimiento pone fin al estado fetal, por consiguiente, en el ser humano cuyo nacimiento se ha iniciado no es la salud, integridad o la vida del feto las que resultan afectadas, sino la salud, integridad o la vida de *otro*, como en este caso en que murió un niño después de varias horas de su nacimiento, debido a la desacertada técnica utilizada en su nacimiento, constitutiva de imprudencia leve del art. 621, inc. 2 del Cód. Penal.

En cambio para el disidente, Sr. Ibáñez, conforme al diccionario de la lengua, *otro* “es persona a cosa distinta de aquella de que se habla”. Por tanto, la alteridad, como atributo, reclama la existencia de una individualidad reconocible, es decir, remite al ser humano vivo, en cuanto dotado de una vida independiente de la que carece el feto, incluso a término. Ni siquiera en el supuesto que se halle en curso de expulsión, ya que durante ella está naciendo, pero todavía no ha nacido. Además, el derogado art. 410 del CP, relativo al infanticidio, tenía su referente en el “*recién nacido*”, con lo que el hecho consistente en “*matar al hijo recién nacido*”, quería y quiere decir, hacer objeto de la acción letal a un sujeto vivo nacido momento antes, y no a uno naciente. De ahí que, a su criterio, la sentencia de la Ap Murcia debería haberse confirmado.

En la nota, mencionada al principio, concluí que el “*sujeto pasivo del 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...*”<sup>3</sup>. Es lo que sin interpretación jurídica progresiva, en razón de los avances de la ciencia y de la técnica, continúa siendo lo que en derecho corresponde.

De otra parte actualmente, sin acudir a dicha interpretación, sobretodo en base de Pactos Internacionales incorporado con valor de jerarquía constitucional a la CN, tal

---

<sup>2</sup> Publicada en el Diario La Ley a) laley.net de Madrid, Año XXIII, N° 5490, del 26/2/2002.

como lo ha declarado la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>4</sup>, **el término “a-quo” del aborto es la fecundación y no los otros supuestos que se manejaban respecto del comienzo de la concepción de los seres humanos.**

---

<sup>3</sup> Ricardo C. Núñez, *Derecho Penal Argentino*, t. III, pág. 23.

<sup>4</sup> El 5/3/2002, en “Portal de Belén – Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo”, por mayoría integrada por los Ministros Nazareno, Moliné O’conor, Boggiano, López y Vázquez; con la disidencia de los Ministros Fayt, Bossert, Belluscio y Petracchi.