

En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los un (1) días del mes de febrero del año dos mil diecinueve, la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia, integrada por los doctores M. Luis Vivas, Alejandro Javier Panizzi y Miguel Ángel Donnet, bajo la presidencia del primero de los nombrados, dicta sentencia en los autos caratulados «**PCIA. del CHUBUT c/ P., M. E.**» (Expediente N° 100375 - Folio 1 - Año 2018 - Carpeta Judicial N° 3622 OJ Esquel).

• Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos, de acuerdo con la providencia de fojas 400: Panizzi, Donnet y Vivas.

El juez Alejandro Javier Panizzi dijo:

I. Dos impugnaciones extraordinarias deducidas en momentos procesales distintos, movilizan la atención de la Sala.

La primera fue interpuesta por la querrela en contra de la sentencia N° 1613/2017 dictada por el juez penal José Oscar Colabelli el día veintidós de agosto de dos mil diecisiete.

La otra fue articulada por la defensora de confianza de la imputada, M. E. P., en desmedro del fallo N° 2523/2017 de la Cámara en lo Penal, de la ciudad de Esquel de fecha 12 de diciembre de 2017.

II. El primer pronunciamiento mencionado, por un lado, absolvió a P. del delito de aborto consentido seguido de muerte por el hecho sucedido el día 1 de diciembre de 2015 (artículos 85, inciso 2° in fine 86, párrafo 1 del Código Penal) . Por el otro condenó a la imputada a la pena de un mes de prisión en suspenso y de un año de inhabilitación especial para el ejercicio de la medicina por el delito de lesiones culposas cometido en perjuicio de K. J. J., entre el 1 y el 5 de diciembre de 2015.

III. La sentencia de la Alzada, a su turno, confirmó en

todos sus términos el pronunciamiento antes citado.

III. El hecho fue descripto por el Ministerio Público Fiscal como constitutivo del delito de aborto punible, seguido de muerte, practicado por la médica M. E. P., abusando de su ciencia o arte, a la joven K. J. J., de 17 años de edad, con su consentimiento, el 1° de diciembre de 2015, en horas del mediodía, en el Hospital Subzonal El Maitén. La muerte se produjo como consecuencia del proceso incompleto del aborto, al no haber retirado (previa determinación o exploración), los restos del embarazo dentro del útero, que generaron un cuadro de shock séptico refractario que provocó la muerte de K. J. J., el 6 de diciembre de 2015, a las 16:40 horas, en el Hospital Zonal de Esquel. La profesional de la salud, abusando de su ciencia o arte, practicó un aborto en el cuerpo de J., sin tener en cuenta la constatación del peligro para la salud, con un profesional habilitado para la práctica de la psicología y sin tener el consentimiento informado de la paciente, siendo éstos los requisitos previstos en los artículos 4° y 6° de la Ley XV - N° 14, resultando ser éste el procedimiento a desarrollar en los establecimientos de Salud Pública de la provincia del Chubut, en consonancia con el Protocolo para la Atención integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo (ILE), establecido en el marco del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (Ley N° 25673) .

En la presentación del caso, al comienzo del debate, el acusador público introdujo una Calificación alternativa no incluida en la pieza acusatoria inicial. Sostuvo que el suceso tal cual se encontraba descripto podía ser subsumido en la figura de homicidio culposo -artículo 84 del Código Penal- por considerar que no estaba en tela de juicio la legalidad o no del aborto, sino que la realización de dicha práctica no se había realizado de manera completa, tanto antes como con posterioridad al tratamiento.

IV. El remedio de la querrela, que involucró la censura contra la decisión inmediata al juicio, ha quedado desierto toda vez que la parte interesada no compareció a la audiencia fijada para el día 9 de octubre de 2018, en los términos del artículo 385, apartado sexto del ordenamiento adjetivo, no obstante encontrarse debidamente notificada (conforme cédula de la hoja 396) .

La ausencia de los impugnantes conlleva la deserción de su recurso, pues el juego armónico de los artículos 306 y 385 del Código Procesal Penal le impone a los agraviados la obligación de concurrir a la convocatoria señalada para mantener en curso su presentación.

Juzgo, entonces, que deberá declararse desierto el remedio deducido a fojas 204/218 por el doctor J. M. Z., en representación de los querellantes V. E. A. y M. G. J., con costas.

V. En el escrito glosado entre las hojas 311/354 vuelta, la abogada defensora de la imputada dedujo impugnación extraordinaria contra la decisión del Tribunal Revisor que, por mayoría, confirmó el fallo condenatorio.

Denunció la violación al principio de congruencia, por haberse modificado la plataforma fáctica y jurídica durante todo el desarrollo del proceso, afectando la garantía de defensa en juicio y el principio acusatorio.

Explicó que en la imputación pública y en la de la parte querellante el hecho había sido calificado como aborto practicado por un médico abusando de su ciencia y arte, con el consentimiento de la mujer, seguido de muerte (artículos 45 y 86, primer párrafo, en función del artículo 85, inciso 2 del Código Penal). Luego -continuó- al comienzo del debate el Ministerio Público Fiscal presentó, como alternativa, la calificación de homicidio culposo. Finalmente, el juez penal Colabelli absolvió a la imputada por el aborto consentido seguido de muerte y la condenó a la pena de un mes de prisión

en suspenso y de un año de inhabilitación especial para el ejercicio de la medicina, por el delito de lesiones culposas cometido en perjuicio de K. J. J. entre el 1 y el 5 de diciembre de 2015 (artículo 94 del dígsto sustantivo).

Señaló que en la instancia de revisión, la defensa se agravió porque no se había dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 332 del código adjetivo, con respecto a la calificación de homicidio culposo. Además, se quejó porque se había afectado el derecho de defensa al subsumirse la conducta en la figura de lesiones culposas.

Puso de resalto que la doctora M. E. P. nunca fue imputada del delito de lesiones. Señaló qué en la sentencia de la Cámara en lo Penal, los magistrados sólo se refirieron a la introducción de la calificación alternativa, pero nada dijeron -anotó- con relación a la condena por lesiones culposas.

Alegó que se habían variado los hechos reprochados y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, lo cual implicaba una violación al derecho de defensa en juicio y al principio de congruencia.

En otro tramo, refiriéndose a la arbitrariedad en la valoración de la prueba, cuestionó distintas conclusiones de la camarista Estefanía. Afirmó que la magistrada basó el reproche sobre aspectos que se encontraban superados (por caso, los relacionados a la existencia del embrión, a la falta del consentimiento informado en la historia clínica o al supuesto error de diagnóstico).

Sostuvo que la jueza incorporaba hechos que habían quedado fuera de la plataforma fáctica tras la absolución por el delito de aborto punible seguido de muerte.

Criticó el valor dado por las sentenciadoras Estefanía y García al relato de los padres de K. Expresó que éste se contraponía con los datos consignados en la historia clínica, con los dichos de los profesionales que atendieron

a la joven e incluso con los mensajes recolectados de su celular.

Discrepó de la afirmación de la jueza Estefanía relativa a que la infección era una posible complicación en los casos de interrupción legal del embarazo (en adelante, ILE). Trajo las conclusiones de la Organización Mundial de la Salud en punto a que el aborto inducido medicamentoso era uno de los métodos de aborto del primer trimestre más seguro que existía, que no requería para su realización antibiótico-profilaxis por su casi nula posibilidad de complicarse con una infección. En ese sentido, encomió el razonamiento del camarista Dal Verme, quien sostuvo que el único síntoma que presentaba K., entre los días 2 y 5 de diciembre, fue el dolor abdominal, lo cual constituía, precisamente, el efecto propio de la utilización de *misoprostol*.

A renglón seguido, cuestionó la aseveración de la jueza Estefanía en punto a que P. en lugar de sospechar que se trataba de una complicación de la práctica médica realizada, trataba la patología como si fuera una enfermedad con -un origen diferente e indicaba medicación para reducir los síntomas de una gastroenteritis. Afirmó, que los datos de la historia clínica registraban el día 4 de diciembre un control post ILE con tacto vaginal al día siguiente, por la mañana, se asentó que se evaluó la ILE con tacto vaginal y se ordenó una interconsulta con ginecología. De estas anotaciones, coligió, el antecedente de la ILE siempre estuvo presente en el razonamiento médico y se evaluó a la paciente en ese sentido.

Expresó que era balsa aseverar que los síntomas de alerta se iniciaron el 3 de diciembre. Aseguró que el cambio en las manifestaciones clínicas que profundizaron las causas de los síntomas, se dio el día 5 de diciembre,

a las 20 horas; que recién el día 6 la paciente se descómpensó y requirió de cuidados intensivos.

Seguidamente, consideró arbitraria la atribución de responsabilidad exclusiva a P. por la salud de K., pues el desmejoramiento se presentó cuando la médica se había retirado de su guardia y luego de que intervinieran otros profesionales, tales como los doctores M., R., R., F., M., B., E., V., C. y A.

Puso de resalto que el deterioro presentado por la joven durante el día 5, luego de que P. dejara la guardia, no se relacionaba con ninguna situación evidente, sino que el agravamiento repentino requería de estudios que se realizaban en un centro de mayor complejidad, por lo que K. fue derivada.

Más adelante, destacó que no sólo P. trató a K. por un presunto diagnóstico de gastroenteritis, sino que todos los médicos la atendieron por esos síntomas. Incluso// anoto- cuando fue evaluada por las especialistas en tocoginecología, los diagnósticos fueron múltiples, no había uno claro.

Manifestó, a continuación, que la mayoría del tribunal revisor se extralimitó en la solución jurídica porque a partir del análisis de los antecedentes contenidos en la historia clínica no era posible arribar a un solo diagnóstico presuntivo. Resultaba arbitrario -prosiguió- tener por acreditado que el cuadro séptico tenía origen tocoginecológico como consecuencia del aborto séptico.

La impugnante reiteró que K. no concurrió al hospital el 3 de diciembre y que el día 4 asistió para control; que en esa última oportunidad se consignó en la historia clínica que el motivo de la consulta era un «control post ILE»; que el día 5 volvió al nosocomio por dolor abdominal, vómitos y diarrea. Señaló que tales prácticas eran las adecuadas para la evaluación de la evolución de la ILE y que los síntomas no eran compatibles con complicaciones

ginecológicas. De manera que rechazó- las conclusiones de las magistradas en punto a que P. debía haberse representado la posibilidad de un aborto incompleto, indicando un tratamiento con antibióticos, una rutina de laboratorio y la realización de una ecografía.

A renglón seguido, expresó que la sentencia de la Cámara no ponía en duda que K. se encontraba compensada hasta las 10:20 horas del día 6 de diciembre. Es decir -coligió- la fecha alejaba la participación de P., porque la atención de la joven ya no estaba a su cargo.

En otro apartado, señaló que las juezas Estefanía y García condenaron a la atribuida sin tener la certeza requerida, atribuyéndole errores que quedaron descartados. Así, la médica cumplió su deber, acompañando y participando en la atención de la ILE solicitada por K. en el Hospital Subzonal de El Maitén.

Explicó que mientras que las juezas le achacaron a la doctora la omisión de indicar la realización de una ecografía, los protocolos médicos establecían que ese examen debía hacerse luego de la primera o segunda semana de practicado el aborto (no, en el control de las 72 horas, cuando el examen físico era normal).

Aclaró que tampoco correspondía que P. le Suministrara antibióticos a K. o le solicitara análisis de laboratorio. La patología que presentaba la muchacha -insistió- no requería de ningún otro examen o indicación complementarios.'

Más adelante, puso de resalto que la posibilidad de que hubiera existido una enfermedad onco-hematológica que provocara el aumento vertiginoso de los glóbulos blancos, no fue abordada por las juezas de la mayoría.

Seguidamente, se preocupó por la atribución de responsabilidad en cabeza de P., porque ella era una médica residente, subordinada a profesionales superiores de

planta.

Afirmó que al desconocerse en el caso la causa de la muerte y del desmejoramiento de la salud de la joven K., no se podía establecer con certeza cuál habría sido la conducta esperable de P. que hubiera evitado el óbito.

En definitiva, sostuvo que la decisión que condenó a P. carecía de fundamentación, era arbitraria y violaba el principio de culpabilidad.

En otro apartado sostuvo que la sentencia violaba la Constitución Nacional, así como convenciones y pactos internacionales que reconocían los derechos humanos de las mujeres. Afirmó que el caso no fue juzgado con perspectiva de género y que la resolución dejaba traslucir ciertos estereotipos al catalogar a la ILE como una práctica delictiva y riesgosa.

Sobre el final, pidió que la sentencia sea revocada y se disponga, en esta instancia, la absolución de M. E. P.

VI. El Instituto Nacional de las Mujeres se presentó como *Amicus Curiae*, para defender el caso por su trascendencia e interés general, con el fin de aportar argumentos jurídicos y científicos.

VII. Como anoté más arriba, la abogada de confianza de M. E. P., de partida, censuró la condena impuesta a su asistida al considerar que resultaba violatoria del principio de congruencia. Arguyó la modificación de la plataforma fáctica y jurídica.

Este cuestionamiento cransita por dos andariveles diferentes.

Por un lado, la defensa objetó la introducción, por la fiscalía, al inicio del debate, de una calificación alternativa -homicidio, culposo- sin el debido cumplimiento de la manda de los artículos 322 y 332 del rito, que permitiera a la defensa responder al cambio y, eventualmente, ofrecer nueva prueba.

Por el otro, controvirtió la modificación decidida por el juzgador en la calificación legal de los hechos, mediante la cual condenó a M. E. P. como autora del delito de lesiones culposas.

Los tres miembros de la Alzada se expidieron sobre el primer aspecto, esto es, la Calificación alternativa propiciada por el Ministerio Público Fiscal al presentar el caso, al comienzo del juicio. Decidieron, por unanimidad, que no se había verificado la transgresión denunciada porque el juez le concedió la palabra al otrora defensor de la imputada y éste aceptó la conducta procesal de la fiscalía e, incluso, la consideró beneficiosa para su asistida porque dejaba fuera de discusión la legalidad del aborto.

Sin embargo, el ataque dirigido en contra del cambio de calificación propiciado por el tribunal de mérito, fue soslayado por los magistrados. Los doctores Nelly García y Hernán Dal Verme lo trataron sólo superficialmente, en tanto que la jueza Carina Estefanía, lo eludió.

Frente a esta situación, lo correcto sería devolver el expediente a la Alzada para que los camaristas se expidan con respecto a este motivo de agravio. El artículo 372, inciso 6° del ceremonial establece que podrá impugnarse la sentencia condenatoria cuando no se hayan observado las reglas relativas a la correlación entre la acusación y la sentencia, de lo que se colige, que la queja impetrada constituía un motivo autónomo de impugnación y demandaba una respuesta integral de los magistrados del tribunal revisor. Empero, a fin de evitar ese dispendio jurisdiccional innecesario y, por la solución que en definitiva propiciaré, sustraeré la remisión, y trataré directamente el cuestionamiento.

En ese trajín, estimo conveniente repasar las calificaciones escogidas por las partes acusadoras y la aplicada por el juzgador.

En la imputación pública y en la de la parte querellante el hecho fue calificado como aborto practicado por un médico abusando de su ciencia y arte, con el consentimiento de la mujer seguido de muerte (artículos 45 y 86, . primer párrafo, en función del artículo 85, inciso 2 del Código Penal). Luego, al comienzo del debate el Ministerio Público Fiscal presentó, como alternativa, la calificación de homicidio culposo. Finalmente, el juez penal Colabelli absolvió a la imputada por el aborto consentido seguido de muerte y la condenó por el delito de lesiones culposas cometido en perjuicio de K. J. J., entre el 1 y el 5 de diciembre de 2015 (artículo 94 del digesto sustantivo).

El meollo de la cuestión estriba en determinar si esa mutación, la decidida por el *a quo*, involucró una incompatibilidad con. el hecho que impulsó el proceso, que implicara, un menoscabo a la capacidad de contradicción de, la imputada. O si por el contrario, existió adecuación entre el objeto, de la causa y lo resuelto en el pronunciamiento.

El principio de congruencia importa la correlación entre el hecho contenido en la acusación y el considerado en la sentencia.

La congruencia, reconocida como uno de los pilares del debido proceso legal, se encuentra estrechamente ligada a la garantía de la defensa en juicio. Es que el atribuido tiene derecho a conocer la descripción de la conducta imputada de manera clara, detallada y precisa, a fin de poder ejercer una defensa material eficaz.

La calificación jurídica de los hechos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello afecte el derecho de defensa, cuando el accionar insimulado se mantenga sin variación y, además, se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la

nueva calificación.

Es decir, si bien se encuentra reconocida la facultad judicial de adecuar o precisar la figura jurídica, independientemente de la calificación indicada en la acusación, lo cierto es que esa atribución encuentra su límite en la correspondencia del pronunciamiento con los hechos que constituyeron la materia del juicio (artículo 332 del Código Procesal Penal).

En efecto, la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación. Se advierte que en el trámite el juez penal José Oscar Colabelli no sólo se limitó a cambiar la calificación jurídica de los hechos imputados, sino que también modificó la base fáctica de la imputación, inobservando el principio de congruencia. Es decir, pasó de la calificación de aborto punible seguido de muerte, practicado con el consentimiento de la víctima, o la alternativa de homicidio culposo -propiciada por la Fiscalía- a la figura de lesiones culposas. Esta situación no puede entenderse como un simple cambio, pues se modificó la base fáctica establecida en la acusación, sin que M. E. P. pudiera ejercer defensa alguna al respecto.

El ceremonial, en el artículo 332, segundo párrafo, autoriza al juzgador a condenar al imputado por un delito más leve del que fue objeto de acusación, siempre que la nueva calificación se encuentre comprendida en la imputación inicial. No fue lo que sucedió en el supuesto traído. Colabelli condenó a P. por hechos distintos de los acusados. Varió, de oficio, el objeto del proceso y con ello afectó el principio acusatorio, también su imparcialidad y el derecho de defensa, ya que P. no pudo resistir esa imputación a lo largo del debate.

Claramente, no existe completa identidad entre los hechos que encierran la figura del aborto consentido, practicado por un médico, seguido de muerte -que se imputó- con él supuesto de las lesiones culposas -por el cual P. fue en definitiva condenada-. En el primer caso se reprime al profesional de la medicina que interrumpió, dolosamente el proceso de gestación y que, como consecuencia de ese accionar, derivó la muerte de

la mujer encinta. En el segundo postulado se sanciona el accionar imprudente del agente que provoca un daño en el cuerpo o en la salud de la víctima.

El aborto penado por el artículo. 85, inciso 1° del Código Penal es un delito doloso y culposo al mismo tiempo, ya que la interrupción del embarazo debe hacerse con conocimiento por parte del autor y la muerte de la mujer, sin él. Su configuración exige la concurrencia de cuatro elementos: una mujer embarazada, existencia de un feto, la interrupción del embarazo, el fallecimiento de la gestante. Es decir, el tipo penal incluye un homicidio culposo.

Esté homicidio culposo (por las particulares características en que se comete) no puede trasladarse a la figura del artículo 84 sin daño para el principio de congruencia.

No hay entre ambas figuras un punto de conexión, que habilite sostener que la aplicada se encuentra comprendida en la atribuida. Tampoco podría sostenerse que descartado el homicidio culposo por el juez Colabelli, quedaba como remanente, la posibilidad de introducir las lesiones culposas y achacárselas a P.

Así las cosas, la calificación jurídica dispuesta (y su inescindible cambio del hecho) de oficio desbarató cualquier estrategia defensiva de la

inculpada, afectando el derecho de defensa y soslayando la debida correlación entre imputación y sentencia. Esa circunstancia torna arbitraria la condena de M. E. P. e impone que en esta instancia, se la absuelva.

VIII. Por la solución propiciada deviene abstracto el tratamiento de los demás motivos de agravio esgrimidos.

IX. En conclusión corresponde: a) declarar desierta la impugnación extraordinaria interpuesta a fojas 204/218 por el doctor J. M. Z., en representación de los querellantes V. E. A. y M. G. J., con costas; b) declarar procedente el remedio deducido por la defensora particular A. T. (hojas 311/354 vta.) y, c) disponer en esta instancia la absolución de M. E. P. por el delito por el que fue condenada.

Así voto.

El juez **Miguel Ángel Donnet** dijo:

1. El Ministro Panizzi elaboró una síntesis integral de los antecedentes del caso, y de los agravios que respectivamente sustentan las impugnaciones de la parte querellante y de la defensa. También transcribió el hecho atribuido a la acusada M. E. P., mencionó las diferentes calificaciones legales asignadas por las partes y por el tribunal de mérito, y aludió a las presentaciones recibidas en calidad de amigos del tribunal (*amicus curiae*).

Me remito a dicha reseña y, en los párrafos que siguen, daré mi parecer sobre las cuestiones puestas a conocimiento y decisión de la Sala.

2. De modo preliminar, se debe decir que el recurso de la parte querellante contra la decisión de mérito quedó desierto. En efecto, pesé a estar

debidamente anoticiada, la parte no concurrió a la

audiencia llevada a cabo ante la Sala en fecha 9/10/2018 (ver las hojas 396 y 398 a 399/vuelta del expediente).

En virtud de lo dispuesto por los artículos 385 y 306 del Código Procesal Penal, tal circunstancia implica el abandono de la querrela. Adhiero, sin más, a la propuesta de declarar desierta la impugnación de la parte obrante entre las hojas 204 a 2018 inclusive, con costas.

3. Con relación a la apelación incoada por la defensa de M. E. P., anticipo mi coincidencia con la solución propiciada en el primer voto. Me explico.

El primer agravio de este recurso estriba en la presunta violación del principio de congruencia, por modificaciones a los hechos y a su subsunción legal.

3.1. Según la defensa, al comienzo del juicio el Ministerio Público Fiscal introdujo el encuadre legal alternativo de homicidio culposo, pero sin cumplir con las exigencias del rito orientadas a asegurar que la parte pudiera discutir dicho cambio y, llegado el caso, ofrecer nuevas pruebas (Código Procesal Penal, artículos 332 y 322). Recuerdo que la imputación principal había sido aborto consentido seguido de muerte.

El tribunal de revisión ordinaria, en su oportunidad, rechazó de modo unánime este cuestionamiento. Los camaristas recordaron que el juez de mérito había permitido pronunciarse sobre, esta modificación a quien ejercía por entonces la defensa. El defensor no solo aceptó el cambio, también entendió que era más favorable a los intereses procesales de su asistida, pues la controversia sobre la legalidad del aborto quedaba descartada.

3.2. Por otro costado, luego del debate, el juez

también modificó la subsunción jurídica del hecho atribuido a la acusada: consideró que P. había sido autora del delito de lesiones culposas.

Sobre este segmento del agravio, la camarista García respondió que solo había constituido un recorte de la imputación al inicio de la cadena causal. Su colega Dal Verme, en tanto, entendió que el desmejoramiento en la salud de la víctima y las causas de su fallecimiento habían constituido el centro del debate, y que la defensa tampoco había explicado qué líneas argumentales se había visto privada de alegar. La doctora Estefanía nada dijo sobre este punto.

4. En su acusación, el Ministerio Fiscal calificó el hecho como aborto practicado por un médico, abusando de su ciencia o arte, con el consentimiento de la mujer, seguido de muerte (Código Penal, artículo 86 primer párrafo en función del artículo 85 inciso 2) . En similares términos se pronunció en la audiencia preliminar, tal como quedó luego establecido en el auto de apertura a juicio (hojas 80-81/vuelta, y 82 a 92, respectivamente).

Sin embargo, al inicio del debate y en los, alegatos de clausura, con el mismo relato la

Fiscalía agregó el homicidio culposo de la víctima K. J. J. como subsunción legal alternativa, por la presunta mala *praxis* médica que habría ocasionado su muerte (CP, artículo 84; cfr. hojas 114/vuelta-115, y 118/vuelta-119 122/vuelta a 12 6 del expediente; y registro de audio de la audiencia del 31/7/2017, desde 1:00'00" hasta 1:03'45", y del 10/8/2017, desde 1:32'08" hasta 2:20'30").

El tribunal, finalmente, absolvió a M. E. P. por el encuadre legal inicial, pero la condenó como autora de lesiones culposas (CP, artículo 94; cfr. hojas 116 a 164/vuelta).

ConCuerdo con quien me precede en que estos cambios de calificación implicaron, a la luz del principio de congruencia, una inadmisibles modificación de los hechos.

5. En lo que atañe, y en lo fundamental, el hecho imputado a P. fue descrito del siguiente modo: «...no haber retirado (previa determinación o exploración), los restos del embarazo dentro del útero, que generaron un cuadro de shock séptico refractario que provocó la muerte...», y «la profesional de la salud, abusando de su ciencia o arte, practicó un aborto en el cuerpo de J., sin tener en cuenta la constatación del peligro para la salud, con un profesional habilitado para la práctica de la psicología y sin tener el consentimiento informado de la paciente...» (hojas 48 y vuelta, y 118 y vuelta).

Las normas en juego involucran tipos//penales

dolosos que, en sus versiones más graves, incluyen el deceso imprudente de la gestante. El segundo inciso del artículo 85 reprime a quien causare un aborto «si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevará (...) si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer». El artículo 86, en tanto, castiga a «los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo».

De acuerdo con nuestra ley penal, el fallecimiento de la víctima es un resultado contingente que agrava la sanción. Si no ocurre, la figura básica -dolosa, reitero- se mantiene, y ese recorte en la imputación no genera agravio al principio de congruencia.

6. El camino inverso, en cambio, no es viable.

Desde lo fáctico, porque el deceso no buscado de la mujer solo se explica en el contexto de una conducta

anterior. Esa muerte r.o es autónoma de la práctica abortiva previa; por el contrario, es su directa consecuencia (cfr. Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal - Parte Especial*, tomo I, Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 1999, página 79, con cita de Núñez).

Y desde lo dogmático porque representa, a partir de los mismos hechos, un salto inaceptable del dolo principal a la imprudencia accesoria, en los términos de una norma penal diferente (CP, artículo 84).

Una modificación de tal magnitud conlleva, inevitablemente, una afectación irreparable al

derecho de' defensa (CPP, artículos 161 primer párrafo, 162, 164 y concordantes).

La calificación de lesiones culposas, escogida de oficio por el juez del debate, también adolece del mismo defecto insalvable. Si bien esta reducción en principio podría prosperar (las lesiones son infracciones progresivas del homicidio imprudente; cfr. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal - Fundamentos*, tomo 1, Del Puerto, Buenos Aires, 1996, página 573), parte de una primera variación de los hechos que es inaceptable por las razones ya explicadas.

Ante la posibilidad de que en el juicio no se pudieran demostrar los hechos de la calificación inicial, la acusación debía contener un relato alternativo que describiera en detalle la infracción al deber de cuidado prevista en el artículo 84 del Código Penal (cfr. Maier, citado, páginas 574 y 575). En todo momento está en juego el derecho de la persona sometida a proceso de conocer los detalles de la imputación que pesa en su contra, para ejercer su defensa de modo amplio, oportuno y efectivo.

Por este motivo, el procedimiento autoriza a la parte acusadora a «indicar alternativamente aquellas circunstancias del hecho que permiten encuadrar el comportamiento del acusado en una figura distinta de la ley penal, para el caso de que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal» (acusación alternativa o subsidiaria, CPP, artículo 291).

Si bien se admite una ampliación de la acusación durante el debate, el acusador siempre tiene la carga de indicar los nuevos hechos o circunstancias que la fundan, y el tribunal de garantizar al imputado la oportunidad de preparar su defensa. Este derecho del

acusado se extiende, incluso, a aquellos casos en que la ampliación solo se refiere a una subsunción jurídica distinta del caso (CPP, artículo 322).

7. De acuerdo con los hechos imputados, no hay dudas de que la acusación inicial era de índole dolosa. El recorte inverso aludido, convalidado por el tribunal de mérito y por los magistrados del doble conforme, inevitablemente implicó un cambio de los hechos que lesionó la congruencia indispensable entre la imputación y la decisión que impuso la condena.

El asentimiento de quien en la ocasión ejerciera la defensa, en este contexto e incluso considerándolo más favorable a sus intereses, resultó ineficaz. La defensa en juicio, cuando se encuentra afectada en sus aspectos esenciales -para el caso, ni más ni menos que la correlación entre la acusación y la sentencia-, no es disponible por las partes. En ciertas hipótesis, su plena vigencia es una de las condiciones de legitimidad del debido proceso, para la imposición de una pena en un Estado Constitucional de Derecho (cfr. Binder, Alberto, *Derecho Procesal Penal*, tomo III, «Las formas, como condiciones de legitimación», Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017, página 275 y siguientes).

8. Los defectos señalados tornan arbitraria la

sentencia de condena, e imponen la absolución de M. E. P. (CPP, artículos 387, 162, y concordantes). Con ello, los restantes agravios del recurso devienen abstractos.

9. En suma, y por todo lo expuesto, adhiero a la propuesta del Ministro Panizzi de declarar desierta la impugnación extraordinaria de la parte querellante, con costas; declarar procedente el recurso de la defensa, y disponer la absolución de M. E. P. por el delito por el que fuera condenada.

Así voto.

El juez **M. Luis Vivas** dijo:

I. El relato de la causa, así como las dos impugnaciones extraordinarias llamadas a resolver, ha sido descriptas suficientemente en el primer voto, por lo que es ociosa su repetición.

IX. El hecho juzgado acaeció entre los días 1° y 06 de diciembre de 2015. El sustrato fáctico, objeto del proceso, fue descripto acabadamente en los votos que preceden. Remito a su transcripción para no explayarme ociosamente.

El fallo del juez Colabelli absolvió a la

imputada P. por el delito de aborto consentido seguido de muerte (artículos 85, inciso 2° y 86, primer párrafo del C.P.). Al mismo tiempo, condenó a la nombrada a un mes de prisión en suspenso y de un año de inhabilitación especial para el ejercicio de la medicina. El juez subsumió el hecho en el delito de lesiones culposas, en perjuicio de K. J. J.

A su turno, la Cámara en lo Penal confirmó la

sentencia antes referida.

III. Como quedó dicho en los dos votos que preceden a éste, el recurso del acusador particular ha quedado desierto, ya que el impugnante no acudió a la audiencia llevada a cabo para su tratamiento. Rigen, en tal caso, los artículos 385 y 306 del Código Procesal Penal y el remedio intentado será declarado desierto, con costas.

IV. La defensa de M. E. P. alegó (en su impugnación) que el Ministerio Público Fiscal, al comienzo, acusó por aborto voluntario seguido de muerte y -alternativamente- por homicidio culposo. Esa variación impidió, a criterio de la defensa, la refutación y eventualmente, el ofrecimiento de nuevas

pruebas tendientes a cumplir su propósito (Código Procesal Penal, artículos 332 y 322). De tal suerte, el argumento defensivo es que se transgredió insanablemente el principio de congruencia, que hace a la defensa en juicio.

Sobre este agravio, suscribo las respuestas que dieron mis colegas preopinantes (que hago mías), en punto a su acogimiento.

Doy razones.

Es de toda notoriedad que el principio de congruencia corresponde a la inviolabilidad constitucional de defensa en juicio en una correlación. Implica la correspondencia entre el hecho imputado en la acusación y el descripto en la sentencia.

Esa identidad descriptiva del hecho en uno y otro acto procesal) ha faltado en el caso que juzgamos.

Como dijeron mis colegas, el hecho contenido en la acusación principal consistió en un homicidio involuntario seguido de una práctica abortiva.

En el primer caso (el aborto) se trata de un hecho doloso, es decir el agente prevé el resultado típicamente antijurídicos como consecuencia cierta de su conducta. En el segundo (la muerte impensada de la

mujer embarazada) estamos ante una infracción del deber de cuidado: una presunta mala praxis médica que habría causado el óbito.

En todo caso, el hecho por el que se acusó a M. E. P. consistió en que ésta provocó las lesiones que ulteriormente devinieron en la muerte de K. J. J. como consecuencia directa del aborto voluntario.

En lugar, la condena se basó en la figura del homicidio imprudente simple tipificado por el artículo 84, primer párrafo del C.P., aunque finalmente, como quedó escrito, se la condenara por lesiones culposas.

Esta mutación del hecho hace que no se trate de un mero cambio de calificación autorizado por el principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho), ya que se la condenó por un delito culposo cuando se la había acusado, como se dijo, por uno complejo (doloso en principio y culposo en su resultado) que incluía inescindiblemente una práctica abortiva voluntaria de parte de la autora y de la víctima.

La circunstancia de que sólo se haya seleccionado una porción de responsabilidad en la muerte de la joven no cambia las cosas. Es decir, que

se la condenara por lesiones culposas en lugar de homicidio imprudente no atenúa la trasgresión al principio de congruencia.

De acuerdo con la solución a la que se arriba, deviene abstracto el tratamiento de los demás agravios defensivos, por lo que no serán tratados.

Estos son los fundamentos que me hacen coincidir con lo juzgado por mis colegas de Sala.

V. En definitiva deberá declararse desierta la impugnación extraordinaria interpuesta por la querrela, con costas. Deberá acogerse la impugnación impetrada por la defensa de M. E. P., y disponerse su absolución.

Así voto.

De conformidad con los votos' emitidos oportunamente, la Sala en lo Penal dicta la siguiente:

----- **SENTENCIA** -----

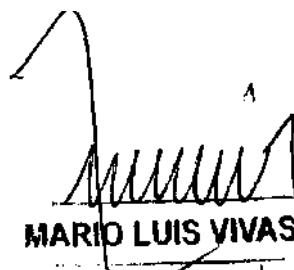
1°) Declarar desierta la impugnación extraordinaria interpuesta entre las hojas 204 a 218 por el doctor J. M. Z., en representación de los querellantes V. E. A. y M. G. J., con costas;

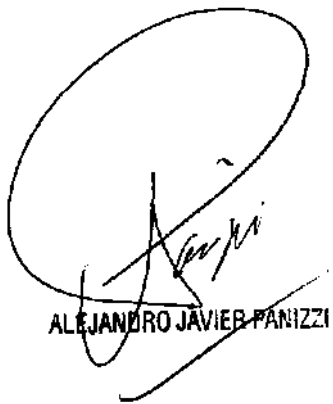
2°) Declarar procedente el remedio deducido por la defensora particular A. T.. (hojas 311 a 354 vuelta);

3°) Absolver a M. E. P., cuyos demás datos obran en la causa, por el delito de lesiones culposas

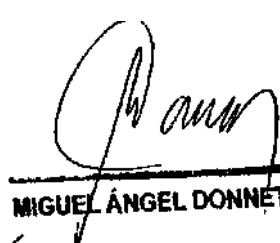
cometidas en perjuicio de K. J. J. entre el 1 y el 5 de diciembre de 2015 (Código Penal, artículo 94); y


°) **Protocolícese** y notifique©.


MARIO LUIS VIVAS


ALEJANDRO JAVIER PANIZZI

MAR


MIGUEL ÁNGEL DONNET


José A. FERREYRA
SECRETARIO

