---------- En la ciudad de Puerto Madryn, Provincia del Chubut, a los once días del mes de marzo del año dos mil once, en la Cámara en lo Penal de esta ciudad de Puerto Madryn se reúnen en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn, Dres., Rafael LUCCHELLI, Leonardo Marcelo PITCOVSKY y Silvia Susana MARTOS, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en estos autos caratulados: **"M., O. E. S/ DCIA. MALA PRAXIS S/ IMPUGNACIÓN" Expte. Nº 21/2010 C.P.P.M., Carpeta Nº 1223 OFIJUPM,** seguidos contra **J. O. R.**, argentino, hijo de A. y de A. A., nacido el día 14 de febrero de 1956, en Capital Federal, provincia de Buenos Aires, instruido, de profesión médico, D.N.I. Nº **.***.***, domiciliado en J. J. P. Nº *** de esta ciudad, en virtud de la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa del nombrado contra la Sentencia Nº 73/2010 OFIJUPM mediante la cual la Jueza Penal Dra. Flavia Fabiana TRINCHERI lo condenara como autor material y penalmente responsable del delito de LESIONES CULPOSAS (Art. 94 del Código Penal) imponiéndole la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN EN SUSPENSO e INHABILITACIÓN ESPECIAL POR EL TÉRMINO DE CUATRO AÑOS Y COSTAS (Arts. 26, 29 inc. 3º, 40 y 41 del C. Penal), por el hecho ocurrido el día 1 de febrero de 2.008.----------

---------- Intervino por la Acusación el Sr. Fiscal General Jefe, Dr. Daniel Esteban BÁEZ y la Funcionaria Dra. Patricia REYES y por la defensa técnica del imputado, el Defensor particular Dr. C. A. M. V..----------

---------- Efectuado el sorteo, resultó el siguiente orden de votos: Dr. Rafael LUCCHELLI, Dra. Silvia Susana MARTOS y Dr. Leonardo Marcelo PITCOVSKY.----------

---------- Tras deliberar el Sr. Presidente puso a votación las cuestiones en el orden y conforme lo prescribe el artículo 329 del Código Procesal Penal (Ley XV Nº 9, antes Nº 5.478).----------

---------- **El Juez Rafael LUCCHELLI dijo:**----------

---------- Han venido a esta Cámara los autos “M., O. E. s/ Dcía. Mala Praxis” Expte. Nº 21/10 C.P.P.M., Carpeta Nº 1223 OFIJU, en virtud del recurso ordinario incoado por el Sr. Defensor de J. O. R. contra la sentencia Nº 73/10 de fecha veintitrés de septiembre de dos mil diez dictada por la Señora Jueza Penal Dra. Flavia Fabiana TRINCHERI, por la que se condenara al Dr. J. O. R. como autora material y penalmente responsable del delito de Lesiones Culposas (art. 94 del C.P.) a la pena de Dos años de prisión en suspenso y costas (Arts. 26, 29 inc. 3º, 40 y 41 del C. Penal), por el hecho ocurrido el día 1 de febrero de 2.008.----------

---------- En su libelo impugnatorio el Abogado Defensor, Dr. C. A. M. V. solicitó se proceda a dictar la absolución de su defendido J. O. R. Así, señaló que los motivos que dan base al planteo consisten en:---------- 1.- Nulidad del decisorio, por continuar los motivos de enemistad manifiesta, por los que otrora esa Defensa recusara a la Magistrada actuante, Dra. Flavia Fabiana TRINCHERI, lo que fue aceptado por la misma aunque por otros motivos, siendo ello causal de parcialidad al juzgar.----------

---------- 2.- Nulidad absoluta del decisorio, por falta de aceptación de la Jueza al pedido de cambio de experto por razones ajenas a esa parte, a pesar del dictamen favorable del Fiscal, lo que a su entender, hace gala de la enemistad manifiesta para con él, cercenando con ello su derecho constitucional de defensa en juicio al impedir el aporte de un experto que ilustrara en la faz científica sobre el tema anestesiológico y farmacológico. Citó en su apoyo, lo

resuelto en Carpeta Nº 1467 "A., L. s/ Denuncia robo agravado" y normativa aplicable.----------

---------- 3.- Cuestionamiento de la incorporación de la Historia Clínica, la que calificó de apócrifa, lo que genera la invalidez de la misma y, de todo lo cual se anotició esa parte a través de la declaración del Dr. C. en audiencia de debate.

Invocación del principio de exclusión probatoria que nulifica dicha documental, o en su defecto, los agregados que se le hicieran en la etapa de investigación, tras haber sido devuelta por el Fiscal al Dr. C., Médico legista del nosocomio, para su trascripción en forma mecanografiada, resultando en consecuencia nula por aplicación de la doctrina de los frutos del árbol venenoso, la pericia efectuada por los Dres. N. y G., en tanto toman como ciertas declaraciones efectuadas por los Dres. L. y J. en las "notas aclaratorias" agregadas (art. 46 C. Prov.).----------

---------- 4.- Violación al principio de congruencia, por cuanto se condena al Dr. R. por un hecho que no fue materia de acusación y por el que no pudo, ejercer el derecho de defensa ni ofrecer prueba, lo que convierte a la sentencia en nula.---------- 5.- Falta de motivación adecuada del decisorio, el que cataloga de antojadizo, arbitrario, contradictorio e injusto.----------

6.- Atomización de la prueba, en la que observa una disección de los testimonios de los enfermeros M. C., C., P., P. y O. sin dar la Magistrada razones de excluir lo vertido por el Sr. M. y los Dres. P. y N., éste último médico forense, el informe forense y lo informado por la F.A.A.A.A.R.----------

---------- 7.- Falta de nexo causal necesario entre el accionar médico de su defendido y el estado de salud de la víctima y de

fundamento científico en el razonamiento de la Juzgadora, tanto desde el punto de vista médico clínico como del farmacológico.----------

---------- 8.- Omisión del tratamiento de “la fabricación a medida” de la Historia Clínica por parte de los Dres. J. y L. que nunca actuaron pero escribieron en la misma extemporáneamente.----------

---------- Como puntos salientes de su crítica impugnatoria, planteada en forma subsidiaria – para el caso de no atender a los distintos ataques nulificantes – apuntó a que más allá de haberse violado el derecho de defensa en virtud de la negativa a la producción de prueba a su favor – en relación a la no aceptación del cambio del testigo experto – lo afirmado por la sentenciante carece de fundamento jurídico y científico. Concretamente indicó, que al concluir con certeza que la lesión que padece la víctima F. H. se instaló al momento de finalizar la cirugía, es erróneo, ya que de haber sido así, hubiera sido advertido por alguno de los asistentes al acto quirúrgico o por las alarmas de la mesa de anestesia que nunca se activaron.----------

---------- En relación a este tópico en cuestión, objetó la sentencia, al tratar el razonamiento de la Magistrada, ya que solo valora testimonios contradictorios desde lo científico, aunque en apariencia son contestes, pero que a la luz de la ciencia médica, no resisten el menor análisis, refiriéndose a C., en contraposición a lo manifestado por la instrumentista M. C. y entre lo dicho por los enfermeros P. y P. respectivamente.----------

Asimismo resaltó que los parámetros clínicos de la paciente y los datos de la aparatología con la que la controló durante todo el proceso de su despertar, no fueron contrarrestado por prueba alguna. Atacó también la endeblez científica de la perito G., la que entre otra cosas, en su pericia, utilizó como si se tratara de la misma droga, el Ketorolac y la Ketamina.----------

---------- A raíz de lo expuesto, concluyó en que se debe revocar la sentencia, absolviendo libremente a su pupilo asegurando que el mismo acompañó a la paciente en el despertar hasta que ordenó el pase a la Sala con un score de Alderete 9, habiéndose instalado el cuadro que hoy aqueja a H. a posteriori, luego de haber sido sedada, por la inacción de quienes tenían la obligación de asistirla y atenderla.-

---

En contestación a los agravios vertidos, la contraparte centró sus fundamentos al discrepar totalmente lo afirmado por el impugnante en afirmar que la A quo ha realizado una pormenorizada evaluación de las pruebas rendidas en debate, analizando cada una de ellas, ya de cargo, ya de descargo, sin entrar en una valoración arbitraria, errónea, carente de fundamentación, como pretende reafirmar la Defensa. ----------

---------- Puntualizó que la reiteración de la recusación a la Magistrada, deviene abstracta y extemporánea, toda vez que ello ya fue resuelto oportunamente.----------

---------- En cuanto al segundo planteo de nulidad contestó haciendo hincapié en que la Jueza TRINCHERI dio razones suficientes para no hacer lugar al cambio de experto en la audiencia de debate, postura que no resulta arbitraria ni parcial ni violenta el derecho de defensa invocado por la contraparte, ya que el mismo sólo podría ilustrar a las partes sobre un conocimiento genérico sobre anestesiología, más allá de que oportunamente esa parte no se opusiera a dicho acto.----------

---------- En relación a la incorporación de la Historia Clínica, arguyó que el Defensor contó desde el inicio de la investigación con el acceso al Legajo donde constaba la copia de dicha documental aportada por la familia de la víctima, indicando que la misma nunca fue adulterada, ni "fabricada", sino quedó

incorporada porque los testigos que la suscribieron depusieron en el juicio y fueron controvertidos en cuanto a los hechos y las anotaciones volcadas, aclarando que los agregados a que hace alusión la Defensa son anotaciones posteriores que responden a la situación de emergencia que se vivió la mañana del 1 de febrero de 2008 y que fueran efectuadas por la Lic. O. y los Dres. J. y L., habiendo sido en su totalidad objeto de pericia de la que rindieron testimonio los Dres. N. y G.----------

---

---------- Destacó que en modo alguno existe violación al principio de congruencia, toda vez que el hecho que formara parte de la acusación fiscal al momento de apertura del debate y en los alegatos finales es el mismo por el que S.S. condenara al imputado R.----------

-------- Negó la existencia de atomización de las pruebas, afirmando que la pieza en crisis hace gala de la fundamentación basa en la sana crítica racional, evacuando y resolviendo la Magistrada cada punto que se le puso bajo análisis en forma razonada conforme lo prescripto por el art. 25 del C.P.P., el art. 169 de la C. Prov., y 18 de la C. Nac.----------

----- Citó doctrina alusiva y argumentó que lo articulado por la Defensa obedece a un artilugio defensista sin andamio alguno para socorrer la situación de su pupilo, apareciendo como descabellada la supuesta mendacidad de los testigos, lo que se puede advertir al escuchar los audios del debate.----------

-- Por último, concluyó en que ha quedado claro que la medicación que se le diera a la víctima después de las 09,30 horas tuviera alguna injerencia en el cuadro hipóxico instalado ya con anterioridad, por lo que no merece tratamiento alguna dicha cuestión.----------

---------- En consecuencia, solicitó no se haga lugar a la petición defensista y se confirme la sentencia.----------

---------- En la audiencia prescripta por el art. 385 del rito, las partes reafirmaron sus fundamentos.----------

---------- Habiendo reseñado los antecedentes que motivan el recurso incoado, comenzaré a tratar en particular los agravios que dieran motivo a la impugnación deducida por la Defensa.----------

---------- Paso a resolver, previo a adentrarme a la crítica de la sentencia que realizara el Señor Defensor, las cuestiones previas articuladas.----------

---------- En primer término, me he de referir al pedido de nulidad incoado por la Defensa, por cuanto existiría, a su criterio, una enemistad con la Juzgadora, lo que hace que su actuación esté fuertemente sospechada de ser parcial y por ende, el acto jurisdiccional realizado por ésta, devendría nulo.----------

---------- Si bien es cierto que este planteo, fue formulado por el Sr. Defensor al recusar a la Magistrada y que el mismo fue resuelto por los Magistrados GRANDA y CASTRO, no lo es menos, ya que por ser una garantía de raigambre constitucional, debe analizarse si la misma fue conculcada o no.----------

---------- En ese sentido, cabe señalar que la Corte Suprema ha dicho: *"Que la garantía de imparcialidad del juez es uno de los pilares en que se apoya nuestro sistema de enjuiciamiento, ya que es una manifestación directa del principio acusatorio y de las garantías de defensa en juicio y debido proceso, en su vinculación con las pautas de organización judicial del Estado"* (CSJN, Llerena, 17/05/2005). En dicho pronunciamiento, nuestro Cimero Tribunal ha señalado: "... *la imparcialidad del juzgador puede ser definida como la ausencia de prejuicios o intereses de éste frente al caso que debe decidir, tanto en relación a las partes como a la materia (...) puede verse la imparcialidad desde dos puntos distintos,*

*uno objetivo y otro subjetivo. El primer enfoque ampara al justiciable cuando éste pueda temer la parcialidad del juez por hechos objetivos del procedimiento, sin cuestionar la personalidad, la honorabilidad, ni la labor particular del magistrado que se trate; mientras que el segundo involucra directamente actitudes o intereses particulares del juzgador con el resultado del pleito...".*----------

---------- En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la imparcialidad es *"la condición de tercero desinteresado del juez"* (C.I.D.H., caso Plamara Iribarne vs. Chile, 22/11/2005).----------

---------- La garantía de imparcialidad habría sido vulnerada por la Magistrada TRINCHERI, ya que a juicio del Dr. V., la causa eficiente que le haya negado la producción de prueba solicitada por esa parte y a la postre, la condena de su defendido, habría sido la "enemistad manifiesta" de la Juez hacia el abogado defensor.----------

---------- Vale decir, se habría afectado, a juicio del letrado, la imparcialidad subjetiva de la Magistrada, dada la animadversión de la misma para con él.----------

---------- Ahora bien, teniendo a la vista la recusación que oportunamente planteara el Dr. V. y el informe realizado por la Dra. TRINCHERI, se puede advertir de la simple lectura del mismo, que la Magistrada ha negado "la existencia de circunstancia alguna que constituya enemistad con el letrado" habiéndose apartado en el marco del art. 18 de la Ley de Ética Pública, al sólo efecto de llevarle tranquilidad al Defensor y su pupilo. Es bajo esa circunstancia que los Jueces GRANDA y CASTRO deciden no hacer lugar a la recusación planteada.----------

---------- Lleva razón la Magistrada cuando en su informe señala que no se puede pensar que "de una resolución fundada en derecho que no haga lugar a lo solicitado, se trasluzca una enemistada manifiesta". Ello es así, ya que conforme lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *"La imparcialidad*

*subjetiva del juez en el caso concreto se presume mientras no se pruebe lo contrario"*(Informes N° 5/96, caso 110.970, reiterado en el Informe 78/02, caso 11.335).----------

---------- Por lo señalado y en atención a que la enemistad que denuncia el recurrente por parte de la Magistrada tendría basamento exclusivamente en diversas resoluciones que le habrían sido adversas, ya que no ha aportado prueba alguna que permita suponer la existencia de la misma fuera del marco señalado, considero ajustado a derecho rechazar la nulidad interpuesta.----------

---------- Con relación a la segunda nulidad articulada por el Sr. Defensor, en cuanto a la negativa, por parte de la Magistrada, de hacer lugar a la sustitución de un experto por otro, conculcando de ese modo – a su entender – la garantía de defensa en juicio, he de adelantar que la misma, no tendrá acogida favorable.--------

---------- En primer lugar, debo indicar que la nulidad es la sanción procesal por excelencia. Su objeto, es sanear irregularidades procesales que no pueden purgarse de otra forma.----------

---------- Es bueno recordar que tanto el Art. 31 del C.P.P., como el 44, V, cláusula I, de la Constitución Provincial establecen que las sanciones procesales se deben interpretar en forma restrictiva.----------

---------- Ni el testigo propuesto por el Sr. Defensor oportunamente, Dr. S., ni el testigo con el que pretendía paliar la ausencia del primero, Dr. G. F. participaron de pericia alguna. Por consiguiente, lo único que iban a aportar al juicio era un conocimiento genérico sobre la práctica anestesiólogica pero en modo alguno, un conocimiento específico que pudiera hacer que su comparecencia resultara ineludible. Por ese motivo – seguramente – el Sr. Defensor no ha explicado en su

recurso, que clase de conocimiento hubiera aportado, el testigo F., que hubiera cambiado la suerte de este proceso. Por ello, entiendo que la sanción procesal solicitada deviene improcedente.---------- He dicho esto ya que el supuesto de falta de conocimiento de las drogas Ketorolac y Ketamina, a que aludiera la parte, ya fue aportado por el informe de la A. remitido por el Dr. G. B., Jefe del Dto. Asuntos Judiciales de dicho organismo, dependiente del Ministerio de Salud de la Nación. A más de ello debo indicar que, los demás expertos en la ciencia médica – conforme lo he podido apreciar en los audios respectivos – han ilustrado a la Magistrada acerca de la significación de los institutos de dicha ciencia.----------

---------- Tampoco tendrá éxito la nulidad planteada en relación al secuestro de la Historia Clínica de la Sra. F. L. H. y su posterior agregación como prueba documental en el juicio.---------- El impugnante aduce, para solicitar dicha sanción que la misma habría sido adulterada con posteriores agregaciones que la harían ineficaz como prueba de cargo. Señala que la misma no ha sido debidamente preservada, solicitando además la nulidad de todos los actos posteriores que de él dependan. Así, pretende que se aplique la regla de exclusión probatoria sobre dicho documento y se le dé a dicha exclusión el alcance que establece la doctrina de los frutos del árbol venenoso.----------

La regla de exclusión probatoria, fue enunciada en 1891 por nuestra Corte Suprema de Justicia en “Charles Hnos” (Fallos, 46:36) y sostiene que los medios probatorios obtenidos mediante procedimientos condenados por la ley son inadmisibles para fundar una condena, por más que hayan sido logrados con el propósito de descubrir y perseguir un delito. Dicha doctrina, se ve ensanchada, por la del “Fruto del árbol venenoso”, según la cual, son inválidas las probanzas obtenidas, derivadas o que sean consecuencia de otra obtenida ilegítimamente, en

violación de garantías constitucionales. En "Francomano" (Fallos 310:19), siguiendo la doctrina de "Rayford" (Fallos 308:733), la Corte entendió que si en el proceso penal hay un único camino de investigación, *"y este estuvo viciado de ilegalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquél"*.----------

---------- Estas reglas se encuentran expresamente contempladas en el segundo párrafo del Art. 46 de nuestra Carta Magna Provincial, junto con sus excepciones, que se aplican cuando existe una prueba independiente o existe la posibilidad de un descubrimiento inevitable.----------

---------- Ahora bien, más allá de la "calidad" de la prueba obtenida – cuya adquisición es cuestionada por la esforzada defensa – lo cierto es que la misma ha sido obtenida legalmente mediante una orden de presentación conforme lo prevé nuestro Código Procesal Penal Provincial. En ese sentido, para fundar el rechazo de la nulidad que articulara el Sr. Defensor en el debate, la Magistrada señala en su sentencia que: "el fundamento escogido por el letrado, que tal procedimiento infringió la manda del CPP es erróneo, toda vez que surge que el mismo fue de acuerdo al artículo 178 segundo párrafo: "…*Todo aquel que tenga en su poder objetos o documentos que puedan servir como medios de prueba, están obligados a presentarlos y entregarlos cuando le sea requerido, …*" siendo la modalidad utilizada en esta oportunidad. Adviértase que, el Dr. Coronel testimonió que le había sido requerida la historia clínica de F. H. mediante nota, que mediante nota también la entregó, ajustándose al artículo trascripto. El Fiscal escogió esa forma de hacerse de tal prueba, en un momento procesal larval de la investigación en el que no sabía si estaba frente a un ilícito, si tal documentación le iba a servir de

prueba para la dilucidar la cuestión, si resultaría persona alguna imputada y si, ello surgiría de tal documento en su caso. Tal consideración la efectúo para fundar mi entendimiento en cuanto a que, lo realizado se ajustó a derecho y RECHAZAR la nulidad de la obtención de la Historia Clínica y notas aclaratorias que plantea el Dr. C. V., señalándolas como secuestro. Art. 161 del CPP contrario sensu. Asimismo, cabe decir que el Dr. C. V. ha representando al señor J. R. desde la etapa preparatoria, previa a la audiencia preliminar y así es como ha tenido acceso al legajo fiscal y conocimiento de la prueba de la que intentaba valerse, por lo que, pretender en este estado la sanción de nulidad para volver ineficaz la prueba ya ingresada – y conociendo como fue obtenida – torna extemporáneo además su planteo, en razón que tampoco se ajusta al artículo 164-tercer párrafo del CPP. En cuanto al contenido de la Historia Clínica surge con claridad que el mismo ha sido volcado de una forma irregular, pero, en pleno conocimiento las partes del proceso de la regla general del código de procedimientos que, la prueba documental para ser válida debe ventilarse en juicio con todos los protagonistas que hicieron parte de ella, siendo contestes al deponer sobre lo ocurrido. Para comenzar su defendido reconoció su intervención en la cirugía en carácter de anestesiólogo, señalando y reconociendo su práctica durante el desarrollo del acto quirúrgico, los horarios en que suministró la medicación tanto en forma previa hasta la oportunidad de aplicarle la droga reversora. Los profesionales que intervinieron después, si bien no escribieron algunos de ellos la Historia clínica de mano propia, reconocen los hechos tal como los consignó la Jefa de enfermeras, señora S. O. De acuerdo al testimonio de N. y G. que escriba una enfermera en la Historia Clínica, es altamente desprolijo, pero, sin perjuicio de ello, con los testimonios de O., L., M. J., A., K., los hechos ocurrieron tal como se consignaron; esa escritura refleja una situación de urgencia con riesgo de vida de la paciente en la que intervinieron todos

ellos ante los síntomas de grave alarma que son contestes en que H.L presentaba: emitiendo sonidos fuertes que calificaron de "ronquidos", con sus pupilas dilatadas, sus brazos hacia arriba, rígidos, luego la rigidez se instaló en todo su cuerpo al punto de estar en posición "opistótonos", sin responder a estímulos externos ni habiendo cedido su cuadro a pesar de la medicación que se le suministrara por orden del Dr. Thommen, "Valium" que es un depresor del sistema nervioso central; encontrándose ya instalado el daño neurológico en la paciente. Las incongruencias que encuentra el Dr. V. para invalidar lo consignado en la Historia Clínica, a criterio de la suscripta, luego de haber escuchado a todos los testigos, no son tales de forma que lleven a invalidar con la sanción de nulidad lo allí consignado, por lo que, se rechazará la nulidad impetrada por el letrado y que se señalara como puntos A, C, D y O…" .---------- Como dijera anteriormente, existen excepciones a las reglas de exclusión probatoria y su extensión, la doctrina del fruto del árbol venenoso. En ese sentido, Sagües explica que: *"…En "Daray", la Corte Suprema, siguiendo los lineamientos de su similar estadounidense en "Nix v. Williams", dijo que los vicios procesales previos que pudiesen invalidar una prueba, no afectarían a ésta si hay "un curso de prueba independiente", que de todos modos hubiese producido dicha prueba (DJ, 1995-2356, consid. 12). Por ejemplo, apuntamos, si el secuestro policial de un vehículo se deriva de una confesión obtenida bajo apremios ilegales, tal incautación resultaría inválida; pero si por dichos de testigos también se ubica al automotor, el secuestro estaría legitimado por este otro conducto. Es notorio que estas decisiones tratan de acortar la intensidad de las doctrinas de la exclusión y de los frutos del árbol venenoso. Según tal tendencia, si las pruebas obtenidas contra derecho pueden*

*encontrar sustento en alguna actuación válida del proceso, ésta impediría descartar aquéllas…”* (SAGÜES, Néstor Pedro, “Elementos de Derecho Constitucional”, Tomo 2, 3ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, pág.782).--

---

Si bien la Magistrada da sólidos fundamentos para validar la adquisición al proceso de la Historia Clínica cuestionada y explica los motivos que a su criterio malograron la calidad de la Historia Clínica atacada; lo cierto es que existe numerosa prueba independiente, a saber los testimonios de O., L., M. J., A., K. entre otros, que, como lo explica la Juez, dan cuenta que los hechos ocurrieron conforme lo relata el documento en cuestión. Este curso de prueba independiente me lleva a descartar de plano la sanción de nulidad solicitada.----------

---------- El Sr. Defensor, en su impugnación, señala que se ha violado el principio de congruencia entre la acusación y la sentencia. En atención a dicha trasgresión solicita que la sentencia sea declarada nula.---------- La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Fermín, Ramírez vs. Guatemala, Sentencia del 20 de junio de 2005, define el principio de congruencia como: *“La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado “principio de*

*coherencia o de correlación entre acusación y sentencia" implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación"* (párrafo 67).---------- De ello se colige que dicho principio de congruencia exige que el tribunal de sentencia no se exceda de los hechos contenidos en la acusación, en caso de dictar sentencia condenatoria, pero en modo alguno, ello implica que debe tener por probada toda la plataforma fáctica enunciada en la acusación. Esto es así, ya que lo que se protege con el principio mencionado es la capacidad del imputado de resistir la intimación formulada por la parte acusadora, ya que un cambio en la plataforma fáctica en la sentencia le impediría formular las defensas que pudiera oponer en tiempo oportuno.----------

Conforme lo consigna la Magistrada en su sentencia: "… A J. O. R., en la pieza acusatoria se le imputa el delito de LESIONES CULPOSAS previsto y reprimido por el Art. 94 del Código Penal, en relación al hecho descripto en el auto de apertura del juicio oral: *"El día uno de febrero de dos mil ocho, la señora Fanny Leandra Huenchul ingresa a quirófano del Hospital "Dr. Andrés Isola" de la ciudad de Puerto Madryn, a fin de ser intervenida quirúrgicamente por una cirugía colecistectomía por video laparoscopía a las 07.45 hs, saliendo del mismo a las 09.10 hs, bajo los efectos de la anestesia y descompensada. El Dr. J. O.r R. quien llevo a cabo la anestesia y el control durante la cirugía, controlando asimismo el "despertar" de la paciente a los fines de dar la orden de que sea retirada del quirófano, lo que así sucedió tal cual surge del protocolo anestésico que obra en autos, que dice textualmente: "Recuperación: Retraso en el despertar: Flunazenil 1 mg. Resp S/P Spo2 95% TA 95/60", firmado por el propio Dr. Rs. Ante tal*

*anomalía, la situación de la paciente H., es advertida por las enfermeras del Nosocomio, estando la paciente ya en la habitación de la Sala General (Cama 8 A), poniendo en conocimiento rápidamente de ello a los profesionales médicos del Hospital, manifestando a los galenos que la paciente H. tenia una respiración dificultosa y ruidosa (estridor), secreción en la boca (sialorrea-espuma), no respondía a ordenes simples, con movimientos de rigidez de sus miembros superiores. Concretamente el imputado, en violación de el deber de cuidado de su arte y/o profesión, produjo consecuencias dañosas a la Sra. H., en la salud física y psíquica afectándola hasta la fecha desde el día de la cirugía, toda vez que el Dr. R., mientras cumplía sus funciones, advierte el retraso en el despertar, y suministra Flunazenil, sin que se revierta la situación de anomalía en el despertar, e igualmente decide y autoriza la salida del Quirófano y el traspaso a Sala de la paciente H.* ***El Dr. R. en su condición de profesional, concretamente ANESTESIOLOGO, era el profesional competente para supervisar todo el proceso anestésico durante la intervención y controlar su bienestar y seguridad después de finalizada la misma. Finalmente como resultado de violación de el deber de cuidado de Dr. R., la Sra. H. sufrió daños neurológicos centrales y periféricos con secuelas irreversibles****"*(el resaltado me pertenece).---------- ---------- Mientras que, siguiendo a Zaffaroni, la Juez al realizar el juicio en concreto para determinar la violación al deber de cuidado por parte del imputado señala que: "…Así, cuando observamos la conducta desplegada por J. R., opino que la circunstancia que el galeno no haya cumplido con las reglas que impone su profesión para este tipo de intervención fueron las que ocasionaron la lesión que padece la Sra. F. H. La misma fue determinante del resultado, ya que se encuentra acreditado, más allá de toda duda, que si el facultativo hubiera cumplido con su deber de cuidado esta no se hubiera producido. (…)Por lo

expuesto y luego de meritar las declaraciones ventiladas en juicio, tanto de los enfermeros que observaron inmediatamente finalizada la práctica quirúrgica a la señora H. como los médicos que depusieron, siguiendo la idea desarrollada por el Dr. Zaffaroni que reseñara, realizando en el caso que nos ocupa el juicio en concreto, es como arribo a la certeza positiva que, si el señor J. O. R. se hubiera abocado a la recuperación postoperatoria la que se inicia al término de la cirugía, en la extubación o transporte del paciente, finalizando en el traslado del paciente a su habitación de origen, controlando el manejo de la vía aérea, y verificando que la señor H. se encontraba recuperada del efecto de la anestesia, despierta, constatando ello efectuándole preguntas, requiriéndole que haga determinados movimientos como toser o sacar la lengua y por último comprobar que su estabilidad se refleje hemodinámicamente en los parámetros de presión, pulso y respiración; el daño irreversible en su salud no se hubiera producido…"----------

---------- Existe absoluta coincidencia entre los hechos que he destacado en la acusación formulada a R. y el juicio concreto que realizara la Magistrada en su sentencia, donde, explica además, el nexo de determinación entre la violación al deber de cuidado por parte del imputado y el resultado lesivo. Por todo ello, entiendo que este agravio no puede tener acogida favorable.---------- El Sr. Defensor, además se agravia en forma subsidiaria, en la falta de motivación adecuada del decisorio, siendo a su juicio, pobre el fundamento existente y contradictorio, por lo que a su entender el pronunciamiento es antojadizo, arbitrario y consecuentemente injusto.----------

---------- Encuentro que este agravio tampoco ha de prosperar. La Sra. Magistrada ha hecho una acabada ponderación de toda la prueba

que se ha rendido en el debate. Ha explicado, conforme los principios de la sana crítica racional, los motivos que la han llevado a decidir como lo hizo, respetando escrupulosamente los principios lógicos de identidad, no contradicción, tercero excluido y razón suficiente, por lo que no encuentro en la sentencia, argumentos que validen las criticas que realiza la empeñosa defensa del Dr. V.----------

---------- Por último, el Defensor entiende que no existe en la sentencia impugnada, una disquisición coherente, fundada y científica que pueda explicar como el accionar de R., pudo ser causa eficiente del estado de la señora H.----------

----- En ese sentido, como ya lo dijera, entiendo que ha sido debidamente explicado como determinó la violación del deber de cuidado del Dr. R. el resultado lesivo a la Sra. F. H. en el juicio en concreto que transcribiera *ut-supra*, a las que por razones de brevedad me remito. Lo único que he de señalar, es que la Juez ha llegado a dicha conclusión a partir de la prueba de la que se ha podido nutrir por los informes, pericias y testigos que han depuesto a lo largo del debate.----------

---------- Por todo ello, luego de haber escuchado los testimonios brindados durante el juicio y haber seguido el derrotero lógico de la Magistrada en la ponderación de la prueba rendida, he llegado a la conclusión que se ha llegado a la justicia del caso con la condena de J. O. R., por ser autor material y penalmente responsable del delito de Lesiones Culposas (artículo 94 del Código Penal), a la pena de dos años de prisión en suspenso y costas e inhabilitación especial por el termino de cuatro años (arts. 20 bis inc 3º, 26, 29 inc. 3, 40 y 41 del Código Penal) por el hecho cometido en la ciudad de Puerto Madryn, el día primero de Febrero de dos mil ocho en perjuicio de F. L. H. Así lo voto.---------- Juzgo acertado regular los honorarios profesionales de la Defensa efectuada por el Dr. V. en Setecientos cincuenta pesos

($ 750.-), por la labor desarrollada, con cargo a su defendido y conforme lo prevé la ley que regula el asunto.----------

---

---------- **La Jueza Silvia Susana MARTOS dijo:**----------

---------- Llega el caso a esta instancia de revisión, para resolver la impugnación ordinaria (art. 374 del C.P.P.) deducida por el Señor Defensor particular Dr. C. A. M. V. contra la sentencia Nº 73/10 dictada por la Señora Juez Penal Dra. F. F. T., por la que se condenara a J. O. R. como autor material y penalmente responsable del delito de Lesiones culposas (Art. 94 del C.P.) a la pena Dos años de prisión en suspenso e Inhabilitación especial por el término de Cuatro años y costas (Arts. 26, 29 inc. 3º, 40 y 41 del C. Penal) por el hecho acontecido el día 1 de febrero de 2008 en esta ciudad, en perjuicio de la Sra. F. L. H.----------

---------- El impugnante interpuso recurso contra el fallo condenatorio solicitando se nulifique la sentencia en crisis o en su defecto se la revoque y absuelva a su defendido por el delito que fuera imputado.----------

---------- Expuso tanto en el escrito como en la audiencia efectuada los fundamentos de su petición, los que en honor a la brevedad y habiéndolos reproducidos *in extenso* el Juez que me preside en el voto, me abstendré de repetir, por lo que a continuación paso a emitir mi voto.----------

---------- Ha llegado el momento de entrar en la inspección ordinaria que por imperio de lo prescripto por el Art. 75 inc 22, 8.2 C.A.D.H. y 14.5 P.I.D.C.P. que conforman el bloque de constitucionalidad ha debido ser modificado, siguiendo así lo sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallo "Casal" (2005) al seguir la postura adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la

causa “Herrera Ulloa vs. Costa Rica (2005) y la adoptada por Tribunales Europeos en causas “Sinerio Fernández vs. España” y “Gómez Vázquez vs. España”, en el que se ha dicho que el imputado tiene el derecho a la revisión de la sentencia de condena en su totalidad, analizando íntegramente el derecho a aplicar y los hechos traídos a proceso, cuestión ésta que se encuentra íntimamente ligada y es difícil poder escindir, utilizando para ello la doctrina del “máximo rendimiento” o de la “capacidad máxima de rendimiento”, teniendo como único límite lo percibido en el juicio, por la inmediación, acerca de los testimonios vertidos, la forma en la que depusieron los testigos, su actitud, gestos y demás apreciaciones que puede hacer el Tribunal.----------

---------- Dicho esto, comenzaré por el análisis de la sentencia cuestionada. El a-quo ha tenido por probado el siguiente hecho: *“El día uno de febrero de dos mil ocho, la señora F. L. H. ingresa a quirófano del Hospital “Dr. Andrés Isola” de la ciudad de Puerto Madryn, a fin de ser intervenida quirúrgicamente por una cirugía colecistectomía por video laparoscopía a las 07,45 horas, saliendo del mismo a las 09,10 horas, bajo los efectos de la anestesia y descompensada. El Dr. J. O. R. quien llevó a cabo la anestesia y el control durante la cirugía, controlando asimismo el “despertar” de la paciente a los fines de dar la orden de que sea retirada del quirófano, lo que así sucedió tal cual surge del protocolo anestésico que obra en autos, que dice textualmente: “Recuperación: Retraso en el despertar: Flunazenil 1 mg. Resp S/p Spo 2 95 % TA 95/60” firmado por el propio Dr. R. Ante tal anomalía, la situación de la paciente H., es advertida por las enfermeras del nosocomio, estando la paciente ya en la habitación de la Sala General (Cama 8 A), poniendo en conocimiento rápidamente de ello a los profesionales médicos del Hospital, manifestando a los galenos que la paciente H. tenía una respiración dificultosa y ruidosa (estridor), secreción en la boca (sialorrea-espuma), no*

*respondía a órdenes simples, con movimientos de rigidez de sus miembros superiores. Concretamente el imputado, en violación del deber de cuidado de su arte y/o profesión, produjo consecuencias dañosas a la Sra. H., en la salud física y psíquica afectándola hasta la fecha desde el día de la cirugía, toda vez que el Dr. R., mientras cumplía sus funciones, advierte el retraso en el despertar, y suministra Flunazenil, sin que se revierta la situación de anomalía en el despertar, e igualmente decide y autoriza la salida del quirófano y el traspaso a Sala de la paciente H. El Dr. R en su condición de profesional, concretamente Anestesiólogo, era el profesional competente para supervisar todo el proceso anestésico durante la intervención y controlar su bienestar y seguridad después de finalizada la misma. Finalmente como resultado de la violación del deber de cuidado del Dr. R., la Sra. H. sufrió daños neurológicos centrales y periféricos con secuelas irreversibles".*---------- ---------- Entraré de lleno en el examen del decisorio agregado a fs. 183/196, atendiendo el contenido de los agravios.---------- Con respecto a ello diré que el Juez debe hacer un razonamiento basado en la sana crítica racional, que es el modo de conocer en base a las reglas de la experiencia, la lógica y la psicología.---------- En principio y en relación al primer punto impetrado diré que, sin perjuicio de advertir que ya fue ventilada y resuelta la recusación que el Dr. V. formulara a la Magistrada Dra. TRINCHERI, fundada en una enemistad manifiesta, la que fuera aceptada por la misma a efectos de dejar salvado todo temor que tal invocación podría generar en el imputado, mas negando la existencia de dicha causal, y que luego no resultara admitida por los Jueces GRANDA y CASTRO, cuestión que por otra parte fue

reiterada en el debate a modo de reserva, no se advierte en la Sentencia, ni en el desarrollo del debate, cuestión o incidente alguno que permita vislumbrar parcialidad en las decisiones de la Juzgadora originada en la aludida enemistad con el letrado defensor.---------- Prosiguiendo con el derrotero que me ocupa, sondearé en la negativa por parte de la Magistrada al pedido efectuado por la parte al inicio del debate de cambio de testigo experto ante la imposibilidad de concurrir a la audiencia el Dr. S., quien fuera propuesto en la audiencia preliminar.---------- Al respecto diré que no se encuentra en discusión que el imputado goza de la garantía de interrogar a los testigos ofrecidos, siendo indiferente que estos sean de cargo o de la defensa, directos o de oídas.---------- En ese sentido la Jueza en su resolución afirma que no desconoce lo preceptuado en el ordenamiento procesal respecto del principio acusatorio y el de libertad probatoria. Mas luego agrega que la pretensión de la Defensa de proponer el cambio del testigo con especialidad en anestesiología, por otro de la misma especialidad, por no poder concurrir el primero a la nueva fecha señalada para la audiencia, por más consenso que exista de la Fiscalía en ese sentido, no la habilita en la etapa del proceso que se transita, a admitir un nuevo testigo, siendo su función como Juez velar por la correcta aplicación de las normas procesales. Por ello, haciendo aplicación de la preclusión de las etapas procesales, deniega el pedido fundado en el entendimiento que la parte contó con otros resortes para que la testimonial del primeramente ofrecido sea recibida – anticipo jurisdiccional de prueba – sin perjuicio de dejar sentado que si el mismo compareciere a la audiencia, se le recibirá el testimonio.----------
---------- Si bien, advierto que analizado todo el asunto que hoy nos concierne, la presencia en el debate de un experto en el tema de anestesiología no modificaría en modo alguno el desarrollo

del debate y la sapiencia de las partes y la Magistrada, ya sea que fuese uno u otro, el designado o el que estaba elegido por la parte en reemplazo del anterior, no cabe razón a la Dra. TRINCHERI en cuanto a su decisión y lo reseñado para fundarla. Le asiste razón al Señor Defensor acerca de que no existe norma de forma que lo prohíba, ni ello altera la igualdad de armas en el juicio, debiendo en el caso acudir a lo preceptuado por la Carta Magna en su art. 19, esto es, el denominado principio de reserva que reza "Lo que no está jurídicamente prohibido, está permitido".----------

---------- No obstante, como dijera, el testigo propuesto ilustraría sobre generalidades de la ciencia médica, específicamente anestesiología, ya que el mismo no tenía absolutamente ningún conocimiento fáctico. Así las cosas, no le agrega ni le saca elemento inteligible alguno, ya que en el decurso del debate concurrieron el médico forense Dr. N., los peritos N. y G., entre otros profesionales de la ciencia médica, a quienes se les pudo preguntar lo que fuera necesario para evacuar cualquier duda técnica científica, por lo que el planteo incoado en referencia a ello no obsta, como dijera el recurrente, al derecho de defensa en juicio.----------

---------- A más de ello, el argumento traído por la Defensa acerca de la falta de dilucidación de la diferencia entre las drogas Ketorolac y Ketamina, ante la ausencia del experto en cuestión, no es tal, ya que ello fue contestado mediante informe efectuado por la Directora de Evaluación de Medicamentos de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica del Ministerio de Salud de la Nación, Lic. A. P.que lleva el Nº de expediente Nº 1 – 0047 – 6633 – 09 – 1 de fecha 27/04/2009 y que se encuentra incorporado como prueba en autos.----------

------ En esa inteligencia, considero que no se debe hacer lugar al planteo articulado ante la inexistencia del vicio invocado.----------

- En relación a la nulidad propuesta ante la existencia de un manejo irregular del secuestro de la Historia Clínica, manipuleo de la misma y falta de cuidado lo que permitió – al decir de la Defensa – su adulteración, restándole validez probatoria a la misma, de todo el documento o subsidiariamente de los agregados y anotaciones de fs. 20 vta. y notas de la supuesta interconsulta de los Dres. L. y J., reseñaré a modo de introito, siguiendo en esto las enseñanzas de Pietro Ellero, que la Historia Clínica resulta ser un documento, que documenta un suceso; que puede ser objeto de narración y de prueba personal. *"Cuando testimonios intachables declaran auténtico un documento, ofrecen prueba de su autenticidad, ni más ni menos que si se tratara de cualquier otro hecho. Desde el momento en que se tiene una prueba testifical directa, se deben aplicar las mismas normas que para las demás comprobaciones obtenidas de un modo semejante"*. (Pietro Ellero. "De la Certidumbre en los Juicios Criminales o Tratado de la Prueba en Materia Penal. Ed. Reus S.A., 1980, pág. 180).---------- Considero al respecto que se podrá criticar el modo en que la Fiscalía se hace de la Historia Clínica para su análisis; si correspondía su secuestro o bastaba con la entrega de dicho documento por parte de las autoridades del Hospital resultando en definitiva distintos modos legítimos de obtener la prueba de acuerdo con las reglas del rito. Se puede aceptar el argumento de la Defensa en cuanto a que la Historia Clínica fue completada luego del hecho, en ocasión de que fuera entregada al Jefe de Medicina Legal del Hospital para su trascripción, mas lo que no puede rebatir la Defensa es que "los agregados" efectuados a la Historia Clínica, fueron ratificados en la audiencia por las personas que intervinieron en el suceso, prestando el juramento o promesa de ley, lo que da autenticidad al contenido volcado en el documento, vale decir los

operadores del nosocomio relataron lo acontecido en el parte médico referente a la paciente F. H. el día 1 de febrero de 2008.----------

---------- Claro está, como lo dijeran los peritos Dres. N. y G., que la Historia Clínica de la paciente H. deja mucho que desear en la faz administrativa, es desprolija y posee notas aclaratorias, pero no por ello, debe ser considerada apócrifa, inválida, y extirpada del proceso sin más como pretende la Defensa.----------

---------- Tengo en cuenta que en lo pertinente, que el suceso que diera origen al resultado lesión en la paciente, ya estaba instalado al momento de acudir los profesionales médicos, encargados de la parte clínica ese día, los Dres. L. y J., y la enfermera Jefa de Servicio Lic. O., al auxilio médico de emergencia ante el cuadro de excitación psicomotriz que presentara la Sra. H. tras salir del quirófano por orden del Dr. R., los que tal como depusieron las testigos M. P. y S. O., examinaron rápidamente, colocándole cánula de oxígeno, máscara, midiendo la saturación de oxígeno y demás signos, haciéndole una nueva vía endovenosa por si fuera necesario y acudiendo en forma inmediata a traer el carro de emergencia (P.) a la vez que O. acudía a la U.T.I. para avisar del suceso a los médicos terapistas de servicio, los Dres. K. y A., como así también al cirujano que había intervenido quirúrgicamente a la paciente, el Dr. T.----------

---------- De las declaraciones vertidas en debate y guardadas en el sistema digital del Tribunal se puede colegir que la hipoxia devino, ex ante de la salida a la Sala, por lo que no tomo lo consignado por los médicos en Nota Aclaratoria como una defensa a sus propios intereses dentro de un proceso penal que pudiera o no tenerlos como imputados. No lo tengo bajo examen, para

comprobar si la conducta que ya sea por comisión o por omisión impropia produjera el resultado lesión en la paciente. Me basta en ese sentido con lo declarado en la audiencia por los actores del proceso, los que desde el rol que cada uno de ellos ejercía en ese momento, pudo advertir tal o cual cosa en la paciente y la acción que emprendió ante esa situación. Sin embargo, estimo atinado aclarar que no fue un procedimiento feliz, por parte de los miembros de la vindicta pública devolver el original a las autoridades del nosocomio en custodia para su posterior trascripción ante lo ilegible de sus anotaciones, ni las anotaciones en sí, ya que de algún modo se alteró el estado original del documento, más allá de haber sido salvado con las declaraciones de quienes depusieron como testigos en forma concordante y precisa.---------- ---------- Por ello entiendo ha de rechazarse el planteo de nulidad impetrado por la Defensa en lo que hace a esta cuestión y así lo dejo votado.---------- Analizadas estos planteos nulificantes, me adentraré al tratamiento de la crítica del resolutorio dictado en contra del Dr. R., la impugnación ordinaria. En este acápite el impugnante postuló la nulidad de la pieza *sub examine* advirtiendo la falta de identidad entre el hecho por el que se trajera a juicio a su pupilo y el que fuera objeto de la sentencia. Veamos.---------- Tiene dicho desde antiguo el Máximo Tribunal de la Nación que *"en orden a la justicia represiva, es deber de los magistrados, cualesquiera que fuesen las peticiones de la acusación la defensa o las calificaciones que ellas mismas hayan formulado con carácter provisional, precisar las figuras delictivas que juzgan, con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, pero que este deber encuentra su límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyeron la materia del juicio"* (Fallos 316:2713). De dicha doctrina debe colegirse que el principio que se alega, no se verá vulnerado en la medida que exista identidad entre el hecho por el que el

imputado es intimado y el que tiene como base la condena impuesta.----------

---------- En el caso que nos ocupa, al evaluar dicha secuencia, se puede concluir que la conducta que le fuera enrostrada al hoy imputado Dr. R. es consonante con la que fuera recreada en el resolutorio de condena y que consiste en la violación del deber de cuidado de acuerdo con las reglas de la *lex artis* al estar en posición de garante de la paciente H. de mantener las funciones vitales al haber como profesional anestesiólogo asumido el tratamiento anestésico que comienza en los períodos previos a la cirugía, en el transcurso de la misma y una vez concluida la intervención quirúrgica, evaluando el desarrollo de la paciente hasta que la misma esté en condiciones de ser trasladada a la habitación común.---------- Considero que no puede prosperar tal agravio. Concretamente el hecho se centra en el despertar de la paciente, dentro del acto anestésico total. El anestesiólogo consignó en la Historia Clínica el retraso en el despertar fue escrito. Tal como lo determina la Magistrada, "la circunstancia que el galeno no haya cumplido con las reglas que impone su profesión para este tipo de intervención fue determinante de la lesión que padece la Sra. F. H. El Dr. R., con los signos que presentaba la paciente, "debió abocarse a la recuperación postoperatoria y verificar que la paciente se encontrara recuperada de la anestesia con todos los parámetros".----------

---------- Prosiguiendo el análisis diré que conforme a la sana crítica, método por el que se realiza la reconstrucción racional de un hecho pasado, comenzaré por la heurística, es decir por analizar las fuentes que la Magistrada tuvo en cuenta para probar el hecho.----------

---------- Ello, a fin de evacuar la crítica acerca de la arbitrariedad, falta de

fundamentación legal, contradicción, carencia de rigor científico y contradicción entre los testigos M. C. y C. y entre P. y P.---------- En ese sentido la Jueza tiene en cuenta los testimonios de la Lic. O., Jefa de enfermeras, el Sr. J. C., enfermero circulante y L. M. C., instrumentista del equipo, ponderando lo dicho por los nombrados en la audiencia respecto de las características de la operación que se le practicó a F. H., dando crédito a sus dichos, por ser en el caso de los dos últimos, las personas que asistieron al acto quirúrgico y que vivenciaron el desarrollo del mismo.----------

---------- Existió coincidencia entre lo declarado por éstos y lo señalado por el imputado, respecto del primer tramo de la operación. El Dr. R. en su declaración agrega que él consideró que la paciente estaba en condiciones de ir a Sala porque mantenía su presión, su pulso, su saturación de oxígeno y su cartografía en forma correcta; que la dejó unos minutos más en observación y que se mantenía sin ningún tipo de asistencia respiratoria, que movía sus miembros por sus propios medios y ante ello, decidió que vaya a la sala.----------

----------A fin de rebatir estas afirmaciones, acudiendo a la crítica externa de las fuentes, a fin de discernir sobre la autenticidad de las mismas y poder establecer la existencia del hecho que fuera debatido, tal como lo presenta la Fiscalía, la Jueza prosigue con el análisis de los testimonios de L. M. C., J. C., S. M. P. y P. y consigna: “ L. M. C. dice que al terminar su labor, se retira y vuelve a los treinta o cuarenta minutos para ver si necesitaban algo y ve todavía en quirófano a H. acompañada por el Dr. R.; que se quedó esperando que dispongan el pase a sala – orden que siempre da el anestesista; que ese tiempo fue mayor al común, cuando la vio, no estaba la paciente como habitualmente está un paciente……...” De igual modo pondera la Magistrada lo manifestado por el resto de los testigos mencionados en el sentido de que a la paciente le costaba despertarse, tenía rigidez

en sus manos, emitía un ronquido y cuando era conducida a la habitación fue vista por las enfermeras con los brazos rígidos, en flexión y emitía el ronquido, a lo que P. llamó quejidos y en reiteración ronquidos.----------

---------- Cierra la Magistrada el cuadro de la materialidad del hecho, con el testimonio de la medica anestesióloga Dra. G. conjuntamente con lo consignado en la historia clínica por el Dr. R. y los estudios señalados como "Ñ" a los que aludiera el neurólogo F. F. G. P. concluyendo que "aquello que la llevó a la hipoxia es anterior a las 9,20 horas y con los testimonios de M. C. y C., tiene por acreditado que la lesión neurológica irreversible que sufriera F. H. se encontraba instalada al momento de finalizar la cirugía, todo ello a través de los signos clínicos que señalaron estos testigos, y que luego, de sucesivas y diferentes intervenciones profesionales, a la postre, se diagnosticó como una encefalopatía post anóxica, puntualmente un "daño isquémico hipóxico" .----------

---------- Observo que del análisis de las fuentes de las que nutre la sentencia, la Jueza contesta el planteo de la Defensa en cuanto las distintas descripciones del cuadro que presentaba H. efectúan los enfermeros, dando las razones por las cuales entiende que sus declaraciones no son contradictorias. No se advierte que en el cuerpo de enfermeros del Hospital que declararon, exista algún tipo de animosidad o interés en perjudicar al imputado con sus declaraciones ni exista contradicciones en sus dichos, cada uno de ellos relató que observara al desarrollar sus tareas, en los distintos momentos. Así Cornejo dijo haber advertido al Dr. R. de lo que veía en la paciente, a lo que el galeno contestó que ya se despertaría, que era una paciente lábil a la anestesia. En resumen todos fueron concatenados y concordantes entre si al referir cómo cada uno de ellos advirtió que la paciente no estaba bien.----------

---------- Asimismo la Dra. TRINCHERI da razones suficientes por las cuales descarta lo ponderado por la Defensa en cuanto a la declaración de M. y del Dr. P., esto referido a los efectos del D., en las circunstancias en que fue suministrado, descartando su implicancia en la hipoxia y consecuente encefalopatía irreversible.----------

---------- Enseña el Profesor Maier: *"Existe, en nuestra doctrina jurídica y en nuestra jurisprudencia, la tendencia definida a afirmar categóricamente que la sentencia penal – en realidad: toda sentencia judicial – debe ser fundada para ser válida, y, más aún, que ello deriva de la interpretación sistemática del texto de la Constitución Nacional, en especial de la garantía del juicio previo fundado en ley anterior al hecho imputado (CN, 18) o de la que dispone la inviolabilidad de la defensa del imputado (CN, 18), y como exigencia de la forma republicana de gobierno (CN, 1). En ese sentido, se entiende por fundar la sentencia, o por motivarla, como también se enuncia esa exigencia para su validez, no tan solo la expresión de las premisas del juicio, las circunstancias de hecho verificadas y las reglas jurídicas aplicables, como alguna vez se ha entendido en sentido muy estricto, sino, antes bien, la exposición de las razones de hecho y de Derecho que justifican la decisión. Esto es, en lenguaje vulgar, la exteriorización del por qué de las conclusiones de hecho y de Derecho que el tribunal afirma para arribar a la solución del caso..."* Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos. Editores Del Puerto. Edición 1999. 2ª edición. págs. 481/482.----------

---------- En consecuencia, y a manera conclusiva de los pasos de análisis anteriores que permiten reconstruir lo sucedido y endilgarle o no el mismo al Dr. J. R., la Dra. TRINCHERI le enrostra no haber cumplido con las reglas que impone su profesión para este tipo de intervención, las que ocasionaron la lesión que

padece la víctima, siendo ello determinante del resultado, dando razones por las cuales arriba a esta conclusión, sin que se advierta, como ya lo he dicho, que las mismas sean contradictorias o arbitrarias. Siguiendo al hoy Ministro Dr. Zaffaroni hace el juicio concreto al caso que analiza y concluye en la certeza positiva que si el Dr. R. se hubiera abocado a la recuperación postoperatoria, la que se inicia en la Sala de cirugía con la extubación de la paciente, finalizando en el traslado de la paciente a su habitación, controlado el manejo de la vía aérea y verificado que la paciente se encontraba recuperada del efecto de la anestesia, despierta, constatando ello haciéndole preguntas, requiriéndole que haga determinados movimientos como toser sacar la lengua y por último comprobar que su estabilidad se refleje hemodinámicamente en los parámetros de presión, pulso y respiración, el daño irreversible en su salud no se hubiera producido.---------- ---------- Todo ello fue debidamente fundado en las pruebas colectadas en la causa. Es todo. Así las cosas, juzgo que es conforme a derecho confirmar en todas sus partes la sentencia impugnada. Así lo voto.----------

---------- En relación a los honorarios profesionales de la Defensa particular del imputado entiendo que debe ser justipreciados en Setecientos cincuenta pesos ($ 750.-), por la labor desarrollada, con cargo a su defendido y conforme lo prevé la ley que regula el asunto.----------

---------- **El Juez Leonardo Marcelo PITCOVSKY dijo:**----------

---------- Los antecedentes del caso. Los agravios postulados por la Defensa y su contestación por parte de la acusadora, han sido detallados por el colega preopinante lo que me exime de formularlos nuevamente, por lo que paso a fundar mi voto conforme la manda legal de los arts. 169 de la Constitución Provincial y 25

del CPP.----------

---------- En cuanto al primer agravio planteado en el libelo de la defensa, y analizado el mismo, he de decir en primer lugar que esta cuestión ya ha tenido tratamiento y resolución por el Tribunal competente, integrado por los por Sres. Jueces Dres. GRANDA y CASTRO, oportunidad en que la recusación contra la Dra. TRINCHERI fuera rechazada. Sin perjuicio de ello, se advierte de aquel decisorio, que los argumentos dados por los Magistrados de mención fueron a mi juicio suficientes, arribando a un solución de forma lógica y legal.----------

---------- Por otro lado, recorrido el proceso en relación a la intervención de la jueza Dra. TRINCHERI, tanto en el debate como en la sentencia propiamente dicha, no se advierte parcialidad en su actuación y su decisión final.----------

----------Sabido es que el principio general que regula la materia es mantener en el proceso – conforme lo prevé la Constitución Nacional y Provincial – al Juez natural que se abocara conforme la ley procesal vigente. Por ello, es que su apartamiento debe serlo por causales serias previstas en la legislación cuestión que como observo y he adelantado no aparecen en la actividad jurisdiccional de la Dra. TRINCHERI, resultando en suma, las apreciaciones del impugnante sólo un dispar criterio respecto de la solución dada al caso por la Magistrada en sus distintas etapas, manteniéndose por tanto incólume el principio de imparcialidad del Juzgador.----------

---------- Respecto al segundo agravio, es decir la no admisión por parte de la Juez del reemplazo del Dr. S. por otro facultativo, también será rechazado, pues esta persona a la que intentó traer a debate la defensa, no resulta ser un testigo de aquellos que pudiera aportar datos sobre cuestiones relacionadas al hecho en sí, o acaso de un perito llamado al proceso para que declare en calidad de tal, sino que este profesional aparecería, en principio, y según los antecedentes de la Carpeta

Judicial relacionado a la calidad de consultor técnico o similar, no siendo imprescindible, como lo pretende el Dr. V. la presencia de este testigo en el debate. Así lo resolvió la Juez, a más que surge que en el juicio, sobre el punto en discusión depusieron testigos, enfermeros, instrumentistas, médicos, y los peritos ofrecidos en la materia, los cuales pudieron ser controlados por las partes dentro del juicio y evaluados correctamente por la Magistrada al resolver.----------

--- Por otro lado, en relación al cuestionamiento de la incorporación y del contenido de la Historia Clínica de la Sra. F. L. H. entiendo, en primer lugar que el ingreso al proceso lo fue conforme a las reglas del rito (art. 178, 2° párrafo del CPP), según la metodología que en la manda se indica y tal lo dijera la Dra. TRINCHERI en la sentencia. Tampoco cabe impugnación alguna sobre el mérito que se realiza sobre este instrumento, tal como lo pretende tachar el letrado, puesto que en principio y como lo señaló la Magistrada si bien las anotaciones posteriores fueron de alguna manera irregulares, entiendo que esta irregularidad no significa falsedad del documento pues sólo se trata de un agregado extemporáneo sobre circunstancias ocurridas en el lugar. Asimismo su contenido fue materia de amplia discusión en el debate.---------- Dijo la Juez Penal al respecto en la sentencia: *"En cuanto al contenido de la Historia Clínica surge con claridad que el mismo ha sido volcado de una forma irregular, pero, en pleno conocimiento las partes del proceso de la regla general del código de procedimiento que, la prueba documental para ser válida debe ventilarse en juicio con todos los protagonistas que hicieron parte de ella, siendo contestes al deponer sobre lo ocurrido".*----------

---------- Tal como se adelantara, y por los argumentos dados he de rechazar el agravio defensista sobre dicho tópico.----------

---------- Tampoco vislumbro contradicciones en los testimonios tal como lo expone el Dr. V., pues no se trata en el caso de un hecho donde aparezcan en escena una o dos personas, sino que lo fueron varias y que en lo esencial – tal como lo señaló la Magistrada sentenciante – los mismos son contestes y concordantes entre sí. Así surge de la sentencia y principalmente del debate, pues cada uno observó a la paciente y pudo dar detalles de su estado, según la función o actividad que en dicho momento desarrollaba. El audio es claro en el sentido señalado.--------

---

Todas estas consideraciones, es decir los testimonios de quienes tuvieron contacto directo con la Sra. H. luego de salir del quirófano, fueron analizados en forma correcta por la Magistrada, conforme un razonamiento lógico y atendiendo las circunstancias particulares de esta clase de hechos, por lo que descarto la arbitrariedad que expone el Defensor en la valoración de la prueba que funda la sentencia.----------

Finalmente, aprecio que según surge de la acusación, en la misma se imputa al Dr. R. que en su condición de profesional médico, concretamente anestesiólogo, era el encargado de supervisar todo el proceso anestésico durante la intervención y controlar el bienestar y seguridad de la paciente después de finalizada la misma. No obstante ello y ante la existencia de complicaciones en el despertar de la Sra. H., siendo extubada, ha quedando demostrado, por los signos que presentaba luego de salir de la operación, que el cuadro de hipoxia ya estaba instalado, produciéndose como resultado las lesiones conocidas en la misma.----------

---------- Concretamente, se le endilga al imputado R. abstraerse del debido control del despertar de la paciente luego que

él le suministrara la droga reversora, siendo su obligación y responsabilidad vigilarla hasta su recuperación de la anestesia –despertar – es decir, hasta que el examen de conciencia y funciones vitales le permitan dar la orden de ser retirarla del quirófano y trasladarla a sala.---------- Este resulta ser el mismo hecho ventilado en el debate y por el que se condenara al imputado J. O. R., no vislumbrándose por ello ninguna violación al principio de congruencia conforme lo aludiera la Defensa del nombrado.----------

---------- La base fáctica y el accionar del imputado se compadecen con lo dicho por la Juez sentenciante, quien habiendo analizado la prueba producida, pudo concluir que la lesión irreversible sufrida por la Sra. H. se produjo en oportunidad que la paciente se encontró sufriendo un cuadro de hipoxia, el que no fue revertido por el imputado Dr. R. quien resultaba el encargado de asistirla y revertir la situación, siendo su obligación como profesional anestesiólogo actuar en consecuencia, violando el deber a su cargo.----------

---------- Rescato el párrafo final de la Juez: "… *arribo a la certeza positiva que, si el señor J. O. R. se hubiera abocado a la recuperación postoperatoria la que se inicia al termino de la cirugía, en la extubación o transporte de la paciente, finalizando en el traslado del paciente a su habitación de origen, controlando el manejo de la vía aérea, y verificando que la señora H. se encontraba recuperada del efecto de la anestesia, despierta, constatado ello efectuándoles preguntas, requiriéndole que haga determinados movimientos como toser o sacar la lengua y por último comprobar que su estabilidad se refleje hemodinámicamente en los parámetros de presión, pulso y respiración; el daño irreversible en su salud no se hubiera producido."*---------- Por todo

lo dicho, propicio se rechace la impugnación deducida por el Dr. C. A. M. V. respecto de la Sentencia de fecha 23 de Septiembre de 2010, confirmándose la misma en todas sus partes. Así voto.---------

---------- Entiendo además, de conformidad a los arts. 59 y cc. de la Ley V Nº 90, antes Nº 4920 y 243 del C.P.P. que R. deberá cargar con los Honorarios Profesionales de su Defensa, lo que encuentro ajustado regularlo en la suma de pesos Setecientos cincuenta ($ 750.-).----------

---------- Con lo que se dio por culminado el Acuerdo, pronunciándose el siguiente:----------

---------- **FALLO**:----------

---------- **I) NO HACER LUGAR A LA NULIDAD de la sentencia registrada bajo el Nº 73/10 OFIJU (**arts. 18 de la C. Nac.; 169, I de la C.Prov., 25, 161 contrario sensu, 164, tercer párrafo, 330 inc. 3º y cc. del C.P.P.**).**----------

---------- **II) CONFIRMAR** la sentencia dictada a fs. 183/196 por la Juez Penal Dra. Flavia Fabiana TRINCHERI, registrada bajo el Nº 73/2010.----------

---------- **III) IMPONER** las costas a **J. O. R.** (art. 242 inc. 3º del C.P.P. Ley 5.817), y **REGULAR** los honorarios del defensor técnico del imputado Dr. C. A. M. V. en la suma de Pesos Setecientos Cincuenta ($ 750.-), por su actuación en esta etapa. No corresponde IVA (art. 7, 9, 14 y ccdtes. de la Ley XIII Nº 4, antes Nº 2200, t.o. ley 4335 y art. 59 de la Ley V Nº 90, antes N° 4920).----------

---------- **IV) REGISTRESE**, protocolícese y notifíquese por su pública proclamación (Art. 331 del C.P.P.).----------

La presente es firmada por dos miembros del Tribunal por impedimento ulterior de la Señora Juez de Cámara Dra. Silvia Susana MARTOS (Art. 331, último párrafo del C.P.P.).-

Leonardo Marcelo PITCOVSKY — Juez de Cámara

Rafael LUCCHELLI — Presidente

Ante mí:

Stella M. EIZMENDI
Secretaría de Cámara

REGISTRADA BAJO EL Nº _____CPPM DEL AÑO 2011. CONSTE.-

Stella M. EIZMENDI
Secretaría de Cámara