En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los seis días del mes de Marzo del año dos mil doce, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada con los señores Ministros Jorge Pfleger, Daniel Alejandro Rebagliati Russell, y Alejandro Panizzi, presidida por el primero de los nombrados para dictar sentencia en la causa caratulada "**M., O. E. s/dcia. Mala Praxis s/ impugnación**" (Expte. N ° 22.311 - Folio 10 - Letra "A" - Año 2010).

El orden para la emisión de los votos que resultó del sorteo es el siguiente: Pfleger, Rebagliati Russell y Panizzi.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. Antecedentes del caso.

a. Síntesis inicial

En desmedro de la sentencia de la Cámara Penal de Puerto Madryn, que el 11 de Marzo de 2011, confirmó la sentencia condenatoria dictada por la Juez Penal de aquella ciudad, dedujo impugnación extraordinaria el defensor particular del imputado.

La Juez de Primera Instancia había resuelto aplicar a J. O. R. la pena de dos años de prisión en suspenso y costas e inhabilitación especial por el término de cuatro años (arts. 26,

///

29 inc. 3°, 40 y 41 del Código Penal) por hallarlo autor material y criminalmente responsable del delito de lesiones culposas (Art. 94 del C. P.) en relación con el hecho sucedido en la ciudad de Puerto Madryn el 1 de Febrero de 2008 en perjuicio de F. L. H..

b. El recurso.

El recurrente, doctor C. V., a través del escrito añadido entre las hojas 259 a 265 de estos actuados, articuló su pretensión encaminada a declarar una serie de nulidades de las que, según su criterio, rematarían en la declaración de nulidad de la sentencia y la libre absolución de su asistido.

En primer término, reiteró lo que había sido materia del recurso ordinario y denunció que la Cámara había soslayado la aplicación del derecho constitucional invocado apartándose de la ley de fondo, emitiendo por ello un pronunciamiento arbitrario.

Hizo memoria de las nulidades articuladas y en particular principió reseñando que su postulación anulatoria del juicio con base en la enemistad manifiesta con la Juez sentenciante lo que condujo al dictado de un pronunciamiento adverso.

///

Luego refirió a la negativa de incorporar a un testigo de la defensa y, por el contrario, repudió la adquisición procesal de una evidencia documental de probada invalidez.

Evocó su ataque a la sentencia por violación al principio de congruencia pues discrepó la acusación con la sentencia en términos de materialidad.

Continuó con la reseña de que la Cámara en lo Penal descartó las nulidades y por ende se apartó de expresos derechos constitucionales y se explayó, de continuo, con la crítica a la decisión que recurrió.

En ese sendero comenzó con el tema del cambio de testigo por problemas ajenos a la parte, y apuntó al respecto el apartamiento de la "a quo" de las mandas constitucionales nacional y provincial contenidas en los arts. 19, 44 y 45, respectivamente.

El tema involucró al hecho de que, a su criterio, se privó sin fundamento alguno de reemplazar a un testigo anestesiólogo y que los miembros de la Cámara erróneamente- calificó-tildaron de poco importante para la defensa y la solución del caso, fustigando ese criterio severamente, por su contradicción flagrante.

///

Dijo que el desatino se infería de los votos de los doctores Luchelli y Pitcovsky, pero se hallaba presente expresamente en el sufragio de la doctora Martos, que trascribió.

Apuntó a que el criterio de los revisores referido al tema de que los peritos N. y G. hubieran utilizado Kerotolac y Kentamina de modo sinonímico no quedaba salvada por los informes, en la medida en que demostraba la inconsistencia científica de los peritos, pues el "…supino desconocimiento de ambos respecto de la farmacología, los descalifica como peritos y como técnicos…"

De allí que la comparecencia de su testigo era esencial pues un especialista debía declarar sobre los efectos de la anestesia sobre el paciente, el deber de cuidado del anestesiólogo y la interacción (sinergia) de las drogas en el cuerpo de la paciente…"

En lo que atañe a la incorporación de la historia clínica de la paciente adulterada y con agregaciones de la paciente, apuntó a que la Cámara había desoído sus óbices, y fluía la nulidad de la pericial de N. y G. en virtud de la aplicación de la regla del Art. 46 de la Constitución Provincial.

///

El que impugna utilizó pertinazmente la palabra “yerran” para explicar la valoración que se hizo respecto de ese documento, reseñando la manera en que se adquirió para el proceso y los datos que, a su juicio, se alteraron tornándola inválida.

Sobre el tópico señaló que al procedimiento esa evidencia se le había otorgado el valor del Art. 178 del C. P. P. Ch , pero que el procedimiento no era verdadero ya que nunca se realizó porque nunca se entregó la historia clínica.

Indicó que era un absurdo que los médicos que fueron imputados y sobreseídos reconocieran en la audiencia que habían alterado el contenido de la historia clínica, otorgándole valor a un documento espurio. En eso basó su posición tendente a lograr la nulidad de la incorporación de ese documento.

En su alegación, el doctor Villada criticó el criterio expuesto por el Juez Luchelli al respecto.

En la tópica atinente a lo que llamó “cuestionamiento puntual de la sentencia de la “a quo”, señaló el doctor V. que a su cliente se le había condenado por un hecho diferente del contenido en la Acusación Fiscal.

///

Motejó al argumento de los camaristas de contradictorio y antojadizo e hizo una relación de esas partes de la sentencia que ponían en evidencia su crítica.

En síntesis advirtió que mientras la acusación situó el incumplimiento de R. en las tareas propias del anestesiólogo posteriores a la intervención quirúrgica, la Juez de primera instancia ubicó la lesión en que basó la condena en una lesión instalada durante la finalización de la operación, para el recurrente dos hechos diferentes.

Los miembros de la Cámara, a su decir, limitaron su predicado a sostener la identidad entre la acusación y la sentencia, más profundizaron sobre aspectos por él planteados concerniente a la materialidad del hecho, asunto sobre el que se explayó.

En el capítulo que tituló "de los restantes agravios y su falta de tratamiento en la sentencia", reveló que los doctores Martos y Pitcovsky omitieron pronunciarse sobre los todos los agravios que fueron sometidos a su imperio.

Pero además señaló que el Juez Luchelli había realizado un examen equivocado de la articulación destinada a comprobar los errores de la sentencia de grado.

///

Volvió con que la pobreza de la sentencia original impidió una medulosa impugnación por su falta de fundamentos, y que esa situación se recreaba con la emitida por la Cámara Penal.

Advirtió, nuevamente, acerca de la ausencia de consideración completa de los agravios planteados y remató, luego de otras consideraciones, en que no existía prueba firme y seria para condenar a su asistido que, por ende, debía ser absuelto en la instancia, tema sobre el que dedicó párrafos destinados a remarcar que su pupilo procesal no había infringido ningún deber de cuidado pues el cuadro hipóxico se instaló a posteriori de su intervención, luego de haber sido sedada y su sistema deprimido por la inacción de quienes tenían obligación de asistirla y atenderla.

c. La posición del Ministerio Fiscal.

En la presentación que está en las hojas 272 a 277, el Ministerio Público Fiscal contestó a las alegaciones del impugnante.

El promotor de la acción penal repelió los argumentos dados por la defensa bajo el argumento de que no había agravio en la medida en que la sentencia en crisis no padecía de los defectos que se habían puesto sobre el tapete. Por el contrario, adujo que los Jueces de la

///

Cámara habían realizado una pormenorizada valoración de las pruebas de cargo y de descargo y que no se apartaba- por sus fundamentos- de las exigencias del Código Ritual. En ese sentido dijo que cada uno de los jueces había realizado un acabado tratamiento de las cuestiones puestas en juego y del plexo probatorio.

Señaló la jurisprudencia de la Sala Penal en lo que atañe al recurso extraordinario con cita de fallo emitido y aún de doctrina al respecto. Sobre el particular añadió que no podía realizarse una reedición del juicio sobre las pruebas o una re-evaluación, impropia de la instancia.

Abordó, luego, el tópico atinente a la recusación de la Juez Trincheri, y evocó los avatares de esa situación y las decisiones recaídas concluyendo en que "…el planteo deviene abstracto y extemporáneo y plantearlo nuevamente deviene en un dispendio jurisdiccional…"

En lo que concierne a la violación del principio de congruencia negó que tal circunstancia hubiera sucedido y que eran acertadas las conclusiones de los Jueces Luchelli, Martos y Pitcovsky, claras, según su criterio.

///

Respecto de las nulidades advirtió que se trataban de un mismo planteo de aquello que ya había sido tratado en el juicio y ante la Cámara del doble conforme y se dedicó a fustigar el tema atinente a la imposibilidad de presentar un testigo, y recreó los fundamentos dados por los Magistrados de la sentencia para decidir la tópica. Denunció que el Defensor no había expuesto la razón por la que el testigo S. no había comparecido.

En lo que importa al uso de los términos Ketorolac y Ketamina, estimó que la duda estaba zanjada por el informe de la A.N.M.A.T remitido por el doctor G. B. del Ministerio de Salud y Acción Social, que había sido planteado por la defensa y que la Perito dio explicaciones. Sobre éstos objetó la posición descalificatoria de la defensa e hizo mentas de la manera en que los Magistrados zanjaron el entuerto.

Al abordar la crítica al recurso en lo que hace a la incorporación de la historia clínica, evocó los votos de los Jueces y dijo que esa parte conocía de la misma desde el inicio de la investigación pues en el legajo consta, de partida, la copia aportada por al familia y, luego, del resto del legajo. Puso énfasis en que la historia clínica no había sido falseada, ni

///

adulterada, ni fabricada. Explicó el porqué de las anotaciones posteriores y que no se incorporó por simple lectura sino que cada uno de los documentos fue reconocido en el debate y refrendado.

Volvió a contradecir la existencia de infracción al principio de congruencia e intentó dar cuenta de que la sentencia había sido correctamente dictada, procurando su mantenimiento.

II. Algunas reflexiones preliminares.

a.- La delimitación del recurso de la defensa. La arbitrariedad.

He sido pertinaz en marcar mi posición en lo que hace a la geografía del recurso extraordinario estatuido en nuestro ordenamiento adjetivo cuando se trata de una impugnación venida desde la defensa contra una sentencia de condena ya revisada por la Cámara en lo Penal.

Y así lo he considerado necesario, pues si bien las formas otorgan amplias facultades de examen a los Jueces de la Cámara Penal en la impugnación que atañe a la sentencia de condena (el doble conforme del Art. 374 del C.P.P.) no sigue de ello que esta inspección implique una nueva instancia de revisión de igual tono, sino

///

que es una vía excepcional escrupulosamente regulada.

Un repaso razonable de los presupuestos del Art. 375 del adjetivo, norma del recurso, brinda una pista adecuada para desentrañar el correcto sendero que ha de transitarse.

Por un lado, el recurso extraordinario implica la posibilidad de ejercer control sobre el proceso que condujo a la emisión de la sentencia recurrida; única interpretación que autoriza el vocablo "...procedimiento defectuoso..." usado en la norma para catalogar el presupuesto habilitante en ese sentido (inc. 1° del Art. 375).

Este guarda estrecha relación con los motivos procésales que autorizaban la casación tradicional, consignados en el viejo precepto "…inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad…" (Art. 415 inc. 2° Ley 3155) que preservaba sobre los errores "in procedendo".

Por otro lado,es la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, en la solución del caso concreto, lo que autoriza al control del mismo modo (inc. 2°).

///

El dispositivo, según opino, se corresponde con los cánones que regulaban el instituto antiguo aludido en términos de derecho, error "in iudicando", basado, empero, en otros principios.

Su sentido se aparta de la necesidad de control político de los Jueces, sino que se pretende la razonable unificación interpretativa de las normas penales que, a mi manera de ver, debe ser ponderado con estrictez y operado en la medida en que el Juez incurra en un inaceptable error de derecho.

Por fin la cuestión más álgida que se presenta, quizás por la particular manera en que el tema de los hechos fue considerado en la actividad revisora extraordinaria, es el que concierne al evidente error en la fijación fáctica de la sentencia como causal de este recurso (inc. 3°).

Es que en contrario al antiguo remedio al que se ha hecho referencia, que vedaba el ingreso a las cuestiones de hecho, el nuevo rito preceptúa como uno de los presupuestos cuando se afirme: "…que la sentencia, al fijar los hechos por los cuales condena o impone una medida de seguridad y corrección, ha incurrido en un error evidente que determina en ella la existencia

///

del hecho punible o en el que se funda la medida de seguridad y corrección, la participación del imputado en él o la inexistencia de un hecho menos grave según la ley penal, que permita la reducción de la pena u otra decisión sobre una medida de seguridad y corrección, esencialmente diversa de la anterior…"

En trance de desentrañar el sentido y alcance de ese postulado, veo que desde una perspectiva estrictamente semántica, lo evidente es aquello que es "...cierto, claro, patente y sin la menor duda..." (ver primera acepción del Diccionario de la Real Academia Española).

De manera entonces que para justificar la inspección sobre el proceso de determinación de los hechos, el defecto ha de ser palmario y la denuncia traslucir esa condición de modo incuestionable.

Empero no dejo de pensar en alguna vaguedad o imprecisión en las palabras y, por ende, es menester hacer el intento de brindar cierto contenido al vocablo "error", que la norma procesal adjetiva de la manera vista a los fines de la impugnación.

En primer término – lo reitero- queda excluido un re- análisis de la prueba en sí misma.

///

El valor convictivo dado a los medios que los Jueces revisaron queda incólume en la instancia.

Si así es, la manera adecuada de encarar la tarea es comprobar si, acaso, la sentencia recurrida cae dentro de la categoría de sentencia arbitraria o, de otro modo, si el comportamiento de los Jueces ha padecido arbitrariedad en la consideración de los juicios que otros emitieron, y, por ende fijaron los hechos de modo desacertado.

Superada la etapa del "juicio al juicio" la labor queda estrechada a la manera en que los Magistrados de ese menester construyeron su pensamiento, y el único cartabón posible para medirlo es la prueba de "arbitrariedad".

Pero "arbitrariedad" no es un concepto pacífico, y no debemos olvidar que aquí se presenta calificada por lo evidente.

Vamos por parte.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha predicado que con la doctrina de la arbitrariedad se tiende a resguardar la defensa en juicio y el debido proceso exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de

///

la causa y esa situación se da, por caso, cuando las pruebas han sido consideradas en forma fragmentaria o aislada, incurriéndose en omisiones y falencias respecto de la verificación de los hechos conducentes para la solución del litigio, prescindiendo de una visión del conjunto y de la necesaria correlación de los testimonios entre sí y de estos con otros elementos indiciarios(Fallos 316:1717, 311:948).

Y entre otros: "... La arbitrariedad requiere un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso, o una decisiva carencia de fundamentación…" (Fallos, t. 311, Vol. 2, 1988,p. 3200, Sumario n° 269); "…La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto corregir en tercera instancia sentencias equivocadas o que el apelante considere tales a raíz de su discrepancia con el alcance atribuido por el juzgador a principios y normas de derecho común o con la valoración de la prueba, sino que reviste carácter estrictamente excepcional…" (Ibíd.., p. 3201. sumario n° 277)

En la búsqueda de una definición doctrinaria se me ocurre prudente citar a Quiroga Lavie, Benedetti y Cenicacelaya quienes sostienen, básicamente, que "...son arbitrarias las sentencias que poseen omisiones de gravedad extrema..." y explican: "...Lo que se exige es que la sentencia recurrida prescinda inequívocamente de la solución prevista en la ley o adolezca de una manifiesta falta de fundamentación...".

Desde su perspectiva, los autores citados consideran que "...la arbitrariedad es el modo de manifestación de la voluntad del Juez no sujeto a formación alguna y que se ha apartado,

///

desviado, negado o rechazado la normación vigente...” (ver “Derecho Constitucional Argentino- Segunda edición actualizada por Humberto Quiroga Lavie- T I, Ed. Rubinzal Culzoni página 697)

De modo entonces que esos defectos –evidentes, de nuevo- son los que han de explorarse a través del recurso extraordinario, lo que, en términos prácticos importan la observación del apego por las leyes y principios fundamentales de la lógica.

Coherencia y derivación; los principios de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente, han de ser cautelosamente puestos en picota, pues ellos previenen la arbitrariedad, que es, como manifestación de un exceso de poder, lo que repugna a toda decisión estatal.

Se trata- para mí- de un modo más claro de habilitar la inspección sobre la determinación de los hechos o, en otras palabras, horadar sobre aspectos intrínsecos de la sentencia en ese ámbito.

b.- Los delitos culposos. Posición asumida al respecto.

He señalado otrora (ver causa“*A., G. y otros s/muerte” (Expte. 20.340-Folio 193-C-2005)* que es

///

de la naturaleza del delito imprudente el desprecio que el autor demuestra respecto de los bienes jurídicos ajenos, sea por que no ha pensado en la lesión que causa o porque supone falsamente que su acción no causará lesión alguna (al respecto ver Enrique Bacigalupo en su "Derecho Penal- Parte General" Ed. Hammurabi, página 338)

En términos generales importa la generación de un peligro jurídicamente desaprobado y el resultado como la realización de ese peligro, cuando el riesgo está fuera del límite de lo permitido y es objetivamente imputable. La creación de un peligro elevado que el agente desoye o acepta correr y que produce una consecuencia disvaliosa.

En la causa de marras hice cita de autorizada doctrina que desde la dogmática predica que: "...La imprudencia se caracteriza como una forma de evitabilidad, en la que el autor carece de un conocimiento actual de lo que se debe evitar, es decir, que se debe apreciar imprudencia cuando un resultado típico es objetivamente imputable y el autor ha tenido un error sobre el riesgo de su producción a pesar de la posibilidad de conocer tal riesgo..." (ver Bacigalupo, op. cit. página 343/ 344).

///

Claro está, advertí, que es necesario que exista una relación de causalidad entre la acción ejecutada y el resultado típico o que el peligro creado se realice en el resultado que se produzca.

Respecto de la imputación objetiva, tema central, me he expresado en autos ***"S., C. D. s/ Homicidio Simple"*** *(expediente 20.487-S-2006).*

Allí analicé la relación entre el hecho del autor y el resultado final que deriva de ello, que era un tema particularmente dificultoso en los delitos de resultado, a menos que se adoptara una posición estrictamente naturalista o resultatista que, indefectiblemente, trazara una línea recta entre ambos extremos que se presentaban a partir de un hecho lesivo.

Evoqué el ya clásico "Lineamientos de la Teoría del delito" de Enrique Bacigalupo (Ed. Hammurabi) y un interesante artículo del Profesor Manuel Cancio Meliá titulado "La Teoría de la imputación objetiva y la normativización del tipo objetivo" publicado en la "Revista ¿Más derecho?"- Año 2000 número 1- 1, Página 20 a 64, Ed. Fabián J. Di Plácido).

En ambos - al margen de la profundidad con que se planteaban los tópicos- encontré definiciones muy esclarecedoras en torno del tema

///

Y puse de manifiesto que más allá de la discusión que se entablaba acerca de la función de la teoría tratada, se percibía su utilidad para resolver normativamente el arduo tema.

Cuando hice mentas de Bacigalupo en la obra referida (ver página 71 en adelante) recordé que cuando abordaba el asunto atinente a la adecuación típica en los delitos de lesión, enseñaba que el esquema básico en esa gama "…se compone de tres elementos: la acción, la imputación objetiva y el resultado..." y señalaba a la imputación objetiva como aquél más problemático, porque en los delitos de lesión es preciso- en clave de tipicidad- comprobar "...que la acción y el resultado se encuentran en una relación tal que sea posible sostener que el resultado es producto de la acción…".

El autor, y lo ubico en tiempo actual, analiza las teorías que antaño intentaron dar respuesta al tema y recala en la imputación objetiva a la que atribuye la virtud de implicar una propuesta para vino a "…reemplazar la relación de causalidad por una conexión elaborada en base a consideraciones jurídicas, y no naturales…", reconociendo que su importancia trasciende a la cuestión limitada a la relación cuya existencia o no se intenta develar.

///

Básicamente, explica Bacigalupo (y creo que vale continuar en tiempo presente), "…la comprobación de la relación de imputación objetiva requiere que: la acción haya creado un peligro no permitido; el resultado producido sea la realización de ese peligro…". Renglón seguido, continúa en que los criterios de la imputación objetiva se derivan "…de la naturaleza de las normas jurídicas y de su finalidad protectora de bienes jurídicos…" y que esos criterios son los que siguen: a. las normas jurídicas solo prohíben resultados evitables b. las normas jurídicas sólo prohíben acciones que aumenten el peligro corrido por el bien jurídico c. las normas jurídicas sólo prohíben acciones que empeoran la situación del bien jurídico, pero no las que lo benefician y d. las normas no prohíben sino acciones que representen un peligro para el bien jurídico que protegen.

Sobre esto último vierte un ejemplo que estimo pertinente al caso; textualmente "...aquellos resultados (dice) que caen fuera del ámbito de protección de la norma no son imputables. Así por ejemplo: la norma que prohíbe lesionar a otro en el cuerpo o en la salud no consiente que se impute al autor de una acción que sólo representa un peligro para ese objeto

///

de protección, un resultado encadenado con el de lesión. Tal el caso del que produce una lesión a otro que luego muere en el incendio a un hospital...” (ver op. cit. pág. 79).

Cancio Meliá, por su parte, en el largo opúsculo referido, pasa revista (me parece prudente hacer las citas en el tiempo presente) a las diferentes posiciones sobre la teoría que se comenta. Al principio resalta el problema que: “…dentro de la teoría del tipo objetivo…no todo es asunto de todos…´ o de otra manera “…no todo causante del hecho realiza el tipo. Y ello no se debe a razones que dependan del dolo del sujeto, sino al significado objetivo del verbo típico…Para matar es preciso no sólo causar la muerte, sino que esa muerte pueda imputarse objetivamente al sujeto como a su autor, es decir, como hecho suyo, como perteneciente a él…”; y continúa: “…solo puede resultar objetivamente un resultado…si la acción ha creado una puesta en peligro jurídicamente prohibida del objeto de acción protegido y el peligro se ha realizado en el resultado típico…” (ver op. cit. pág. 22).

El interés en parafrasear al autor que se menta se detiene, por la condición misma del trabajo que lo causa, en la cita que hace de

///

Claus Roxin, en especial cuando afirma de él que: "…sintetiza el estadio de evolución de esta teoría- y, al mismo tiempo, el contenido de este principio- del siguiente modo: "Un resultado causado por el sujeto que actúa sólo debe ser imputado al causante como su obra y sólo cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción, cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto y cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo"...". También resulta de interés cuando memora que la teoría de la imputación objetiva se conecta habitualmente a la cuestión de la atribución de un resultado a la conducta del autor.

Esta breve síntesis tiene- a mi parecer- trascendencia en el caso que nos toca revisar, tal cual lo veremos.

b. El deber de cuidado en los anestesiólogos.

Diversas normas se ocupan del deber de cuidado del anestesiólogo; también lo hacen guías, protocolos o rigurosas advertencias que procuran elevar los niveles de seguridad en la práctica médica que ocupa minimizando los riesgos.

///

Veamos.

La Ley Nacional 17.132 de ejercicio de la medicina establece,Art. 22, que "…Las anestesias generales y regionales deberán ser indicadas, efectuadas y controladas en todas sus fases por médicos, salvo casos de fuerza mayor. En los quirófanos de los establecimientos asistenciales oficiales o privados deberá llevarse un libro registro en el que conste: las intervenciones quirúrgicas efectuadas, datos de identificación del equipo quirúrgico, del médico a cargo de la anestesia y del tipo de anestesia utilizada. El médico anestesista, el jefe del equipo quirúrgico, el director del establecimiento y la entidad asistencial, serán responsables del incumplimiento de las normas precedentes. Los odontólogos podrán realizar las anestesias señaladas en el artículo 30, inciso 21 de esta ley…"

La Ley Provincial X N ° 3 (antes Ley 989) instituye, Art. 23, que: "…Las anestesias generales y regionales deberán ser indicadas, efectuadas y controladas en todas sus fases por médicos, salvo caso de fuerza mayor. En los establecimientos asistenciales oficiales o privados deberá llevarse un libro registrado en el que conste: las intervenciones quirúrgicas

///

efectuadas, datos de identificación del equipo quirúrgico, del médico a cargo de la anestesia y del tipo de anestesia utilizada. El médico anestesista, jefe del equipo quirúrgico, el director del establecimiento y la entidad asistencial serán responsables del incumplimiento de las normas precedentes…".

Pero el contenido práctico de estas normas (y en nuestro caso de la provincial, simétrica a la de Nación) lo brindan las recomendaciones protocolares que la organización mundial de anestesiología ha dado.

En efecto.

En la página web de la Asociación Rosarina de Anestesia, Analgesia y Reanimación puede leerse que existe "…Una actualización de las Normas desarrollada por la Fuerza de la Tarea Internacional en Seguridad de la Anestesia que fueron adoptadas por la Federación Mundial de Sociedades de Anestesiólogos el 13 de junio 1992…"; que "… Estas normas se recomiendan para los profesionales anestesiólogos a lo largo del mundo. Ellas incorporan y elaboran los componentes centrales de la Anestesia Segura como parte de la iniciativa global del 2008 de la Organización de Salud Mundial de la Salud WHO, para la alianza " La Cirugía Segura Ahorra

///

Vidas" para la Seguridad del Paciente. Estas normas de la Federación Mundial de Sociedades de Anestesiólogos (World Federation of Societies of Anaesthesiologists WFSA) intentan proveer una guía y ayuda a los profesionales de la anestesia, sus sociedades profesionales, los hospitales, administradores de salud y gobiernos, para la mejora y el mantenimiento de la calidad y seguridad de los cuidados en anestesia…".

Entre las reglas establecidas resultan relevantes al caso aquellas que indican el comportamiento del profesional anestesista en el proceso anestésico; así pueden leerse en orden las que siguen:

"…**7. Persona** Un profesional de la anestesia debe dedicarse a cada paciente y estar constantemente presente a lo largo de cada acto anestésico (general, regional, o supervisión de sedación), y debe ser responsable por el transporte del paciente al área de recuperación de postanestesia y delegar el cuidado a personal apropiadamente especializado. Un profesional de la anestesia debe tener la responsabilidad global por el paciente durante el período de recuperación y debe estar prontamente disponible para la consulta hasta que el paciente haya

///

logrado una recuperación adecuada. Si se transfiere la responsabilidad del cuidado del paciente de un profesional de la anestesia a otro, debe seguirse un "protocolo de traspaso" durante el cual se debe brindar toda información pertinente sobre la historia del paciente, la condición médica y el estado anestésico, y debe comunicarse el plan de anestesia. El profesional de la anestesia debe asegurar, si los aspectos de cuidado directo se delegan antes, durante, o después del acto anestésico, que la persona a quien se delega la responsabilidad está adecuadamente calificada y versada con respecto al paciente y al acto anestésico. Donde resulte imposible que esta norma se cumpla y el cirujano u otro individuo asume la responsabilidad por el procedimiento anestésico, estos acuerdos deben ser revisados y auditados por un profesional de la anestesia apropiadamente entrenado…"

"…**8 Medios, equipamiento y medicación:** Medios y equipamiento adecuados en cantidad y calidad deben estar presentes donde se realicen actos de anestesia y, los cuidados postanestésicos que de él se desprenden, incluyendo los sitios fuera de los quirófanos tradicionales, tales como áreas de diagnóstico por imágenes, consultorios o áreas para

///

pacientes ambulatorios y oficinas. Entrenamiento y acreditación de habilidades individuales en la práctica, para el uso específico y seguro del equipamiento. La certificación formal como documentación de dicho proceso es SUGERIDA. Una lista de medios, elementos de la infraestructura y suministros a los tres niveles, así como sugerencias acerca del orden en que deben realizarse las adquisiciones cuando los recursos lo permitan, se presentan en la tabla. Los equipamientos de anestesia deben adecuarse a las normas nacionales e internacionales. Se dispondrá de las drogas anestésicas, de resucitación y adyuvantes requeridas en cada nivel enunciado…"

Y prosigue: "…**Normas de Cuidados Perianestésicos**: El primero y más importante componente de los cuidados perianestésicos incluyendo el monitoreo de los sistemas de administración de anestesia y del paciente, es la continua presencia de un profesional vigilante durante la anestesia. Además del uso de la tecnología de monitoreo, se requiere la observación clínica continua, porque el equipamiento podría no detectar un deterioro tan rápidamente como un profesional experimentado. Si una emergencia requiriera una breve ausencia

temporaria de la persona responsable de la anestesia, debe realizarse un juicio comparando la emergencia con las condiciones del paciente anestesiado y la selección del personal que será responsable durante la ausencia temporal…"

Esta suerte de indicaciones de seguridad también refieren a: "…**1. Cuidados Preanestésicos:** El paciente debe ser evaluado por un anestesista profesional previo a la administración de anestesia y se debe formular un plan de anestesia apropiado. El profesional de anestesia debe asegurar que todo el equipo necesario se halle disponible y que funcione correctamente previo a la iniciación de cuidados de anestesia. El profesional de anestesia debe asegurarse de tener ayuda disponible cuando sea necesario y que ese asistente sea competente y haya sido instruido en las tareas que se necesiten. El desarrollo de protocolos y listas de control para facilitar estas tareas preoperatorias son RECOMENDABLES. **2. Listas de Tareas Preanestésicas** A. En cada institución de cuidados de salud que provean servicios de anestesia, deberá existir una lista de control apropiada del sistema de anestesia, medios, equipos y suministros, que debe ejecutarse previo al comienzo de cada lista

///

de intervenciones. B. Deben ser cumplimentados los componentes pertinentes de la Lista de control de Cirugía Segura de la Organización de Salud Mundial C. Tal como se ha establecido en cada institución de cuidados de salud que provean servicios de anestesia, debe efectuarse previo a cada acto anestésico un control apropiado (Como el presentado en la lista de control preanestésico que se adjunta) de sistemas de anestesia, medios, equipos y suministros, así como de las instalaciones. **3. Monitoring during anaesthesia** A. Oxigenación (i) Suministro de oxígeno Administración de oxígeno suplementario para todos los pacientes bajo anestesia general es ALTAMENTE RECOMENDADO. El profesional anestesiólogo debe verificar la integridad del sistema de suministro de oxígeno. Se RECOMIENDA que el oxígeno inspirado sea monitoreado a lo largo de cada anestesia, con instrumento con capacidad de detectar baja concentración de oxígeno inspirada con alarma. Una alarma para la falla en el suministro de oxigeno y un dispositivo contra la administración de mezclas hipóxicas de gases se RECOMIENDA. Deben utilizarse sistemas de conexión seguros (cilindros y mangueras) para prevenir errores en conexiones en las fuentes de

///

gases.(ii) Oxigenación del paciente La oxigenación tisular debe ser monitoreada continuamente. Para el examen visual, debe asegurarse siempre que sea posible una adecuada iluminación y exposición del paciente. El uso continuo de un monitor de oxigenación tal como el oxímetro de pulso es ALTAMENTE RECOMENDADO. B. Vía Aérea y ventilación Una vía aérea adecuada y la ventilación suficiente debe ser monitoreada continuamente, al menos por observación y auscultación siempre que se factible. Cuando se utilice circuito de ventilación, se debe observar la bolsa reservorio- La monitorización continua con estetoscopio precordial, pretraqueal o esofágico se RECOMIENDA. La confirmación de la localización correcta de tubo endotraqueal y una adecuada ventilación por medición continua tanto de la concentración y de la forma de la onda del dióxido de carbono expirado (capnografía) se RECOMIENDA. Cuando se emplea ventilación mecánica, debe ser utilizada una alarma de desconexión durante todo el período de la aplicación de la ventilación mecánica. La medición continua de volúmenes de gases inspirados/expirados y la concentración de gases anestésicos, se Sugiere. C. Circulación (i)

///

Frecuencia Cardiaca y ritmo La circulación debe ser monitoreada continuamente. Debe ser continua la palpación u observación del pulso y la auscultación de los ruidos cardíacos. La monitorización y observación continua de la frecuencia cardiaca con el oxímetro de pulso es ALTAMENTE RECOMENDADA; un registro electrocardiográfico es RECOMENDADO. La disponibilidad de un desfibrilador es RECOMENDADA (ii) Perfusión de los tejidos La adecuada perfusión tisular debe ser continuamente monitoreada por examen clínico. El monitoreo continuo con oxímetro de pulso es ALTAMENTE RECOMENDADO; monitoreo continuo de capnografía es RECOMENDADO (iii) Presión arterial La presión arterial debe ser determinada a intervalos apropiados (usualmente al menos cada 5 minutos o más frecuentemente si las circunstancias clínicas lo indican). La medición automática no invasiva tiene muchas ventajas en anestesia; la medición y visualización continua de la presión arterial esta Sugerida en los casos apropiados D. Temperatura Deben estar disponible un medio para medir la temperatura y debe utilizarse a intervalos frecuentes cuando este clínicamente indicado (por ejemplo: anestesias complejas,

///

prolongadas, pacientes pediátricos). Se RECOMIENDA la medición continua en pacientes en quienes se prevé un cambio, intencional o sospechado: La disponibilidad y uso de un sistema electrónico de medición continua de la temperatura es RECOMENDADO. E. Función neuromuscular Cuando se administran drogas que bloquean la función neuromuscular, el uso de neuroestimulador periférico se RECOMIENDA F. Profundidad de la anestesia. La profundidad de la anestesia (grado de pérdida de la conciencia) debería ser regularmente controlada por observación clínica. La medición continua de la concentración de gases anestésicos y agentes volátiles inspirados y expirados se Sugiere. La aplicación de dispositivos electrónicos para la medición de la función cerebral (conciencia), aunque es controvertida y no está universalmente recomendada, debería ser considerada, particularmente en casos con alto riesgo de percepción de los eventos quirúrgicos durante la anestesia general. G. Señales y alarmas audibles: Se debe disponer de señales audibles (tales como la de las variaciones del tono del oxímetro de pulso) y alarmas audibles (dentro de valores límites apropiados) que deberán estar activadas todo el tiempo y con un sonido

///

suficiente para ser oídas en toda la sala de operaciones…”

En lo que atañe a los cuidados post anestésicos, los lineamientos determinan que “… A. Medios y personal. Todos los pacientes que hayan recibido anestésicos que afectaran su sistema nervioso central y/o sufrido una pérdida de sus reflejos protectores por anestesia, deben continuar asistidos hasta su recuperación o ser transportados (con el cuidado y con la supervisión indicada) hasta un área específica de recuperación post anestésica. Ver Normas estándar generales, sección 7, para la delegación de responsabilidades a personal debidamente calificado para los cuidados post anestésicos B. Monitorización Todos los pacientes deben ser observados y monitoreados de manera apropiada con respecto al estado de la función de su sistema nervioso, signos vitales y condición médica, con énfasis en una adecuada oxigenación, ventilación, circulación y temperatura. Suplementar el monitoreo clínico con métodos análogos a los cuidados intra anestésicos descriptos arriba es RECOMENDADO. Específicamente la oximetría de pulso es ALTAMENTE RECOMENDADA hasta que la conciencia se ha recuperado (hasta que haya finalizado el

///

estado anestésico en el paciente)…" (ver la página web respectiva, el mismo texto se reproduce en la página del Sistema español de notificación de seguridad en anestesia y reanimación).

c. El principio de congruencia.

En el precedente "Liempi" (Expte. 92- folio 112- año 2003- Letra "A) vertí opinión sobre el tema atinente a la congruencia que debía existir entre la plataforma fáctica presentada por el Ministerio Fiscal y la sentencia definitiva. Dije entonces que no había disvalor procesal cuando se hubiera alterado en términos mínimos la base de hechos de la imputación, lo que resultaba posible si así sobrevenía del debate y de la deliberación ulterior, sencillamente por que no causaba gravamen alguno. Empero, indiqué que lo grave- y sancionable- habría sido expandir el aspecto atinente a los hechos sin que se dieran las previsiones del Código Procesal, por que ello vulneraba, sin dudas, el derecho a defenderse que posee el imputado.

Sostuve, en el caso de marras, que el principio de congruencia importa que el fallo se expida sobre el hecho y las circunstancias contenidas en la acusación que han sido debidamente intimadas y sobre las que –

///

básicamente- tuvo ocasión de ser oído el atribuido, lo que implica vedar que aquél se extienda a hechos no contenidos en el proceso que garantiza el derecho a audiencia, sintetizado en la regla de correlación entre la acusación y la sentencia (claramente, al respecto, Julio B. Maier en su "Derecho Procesal Penal" T I. Pág. 568).

Referí, en el precedente a la cita con la que el autor mencionado consignaba la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando exponía: "...La Corte Suprema Nacional, en sus sentencias, parece requerir, como condición para casar el fallo, no solo la indicación puntual del elemento sorpresivo que se incluye en él, sino también las defensas concretas que se hubieran opuesto de no mediar la sorpresa y, en especial, los medios de prueba omitidos por esa circunstancia..."

La opinión dada resulta consecuente con la postura que asumí y asumo en relación con el principio que ocupa traducido en la relación inquebrantable que debe existir entre los aspectos fácticos de la acusación el objeto del debate y la sentencia, atadas por las circunstancias de tiempo, modo y lugar que aquella, la primera, establece.

///

Es que no se trata, el así pensar, de un mero capricho intelectual o de una veleidad dogmática, sino de asegurar al imputado el ejercicio real y efectivo del derecho a defenderse materialmente durante el proceso (Art. 18 CN, 8 de la CADH y 14 del PIDCP, Art. 75 inc. 22 CN y Art. 44 C.P.Ch) que envuelve la circunstancia de no ser sorprendido por lo que no espera: que el Juez se pronuncie acerca de un hecho sobre el que no ha podido confrontar o controvertir, ni aún ofrecer prueba.

Esa posición fue reforzada en otras ponencias con expresa alusión al fallo de la CIDH nombrado "Ramírez c/ Guatemala" que analicé en, por ejemplo, "PROVINCIA DEL CHUBUT c/B., N. M. s/ Impugnación" (Expediente N ° 21.460-F 98 T II-Letra "B"–Año 2008), a cuyos términos remito.

III. La solución del asunto.

No puedo negar cierta perplejidad frente a la andanada argumentativa del recurrente quien, como ya lo advirtió el Ministerio Público, ha insistido en mellar el valor de la sentencia del doble conforme mediante el discurso con que planteó su defensa en la instancia del juicio oral y fundamentó el recurso frente a la Cámara en lo Penal.

///

Es que recurrir nuevamente al tema atinente a la recusación de la Juez Trincheri como causal de nulidad de la sentencia, cuando la cuestión fue resuelta en la oportunidad procesal que correspondía, tachar la sentencia de arbitraria, cuando no califica su posición dentro de ninguno de los parámetros estipulados por la Sala al respecto, desmesurar el cauce del recurso censurando la ponderación de los hechos sin la potencia suficiente como para poner en evidencia el error, o discutir la lógica del razonamiento emitido por los Jueces, resulta inaceptable.

Voy por partes.

Sólo un par de líneas dedicaré al asunto que concierne a la recusación de la Juez Trincheri y a su impacto sobre la sentencia.

Si la Juez fue recusada y los llamados a pronunciarse ratificaron su capacidad para intervenir en el asunto, nada puede alegarse ahora.

La Cámara Penal, en ese sentido, actuó con acertado criterio, pues mal puede revertirse el proceso sobre la base de cuestiones debidamente estabilizadas.

Preclusión y progresividad son principios inalterables en el proceso, y todo

///

regreso, cuando no se ven notas de ilegalidad manifiesta en el decurso, los contraría.

Arbitrariedad de sentencia tiene, como ya vimos, un contenido.

Si se confronta la puesta en jaque con aquellas bases rectoras, la conclusión a la que se arriba no es otra que la validez.

Cada uno de los Jueces emitió su voto dando razones de los asertos. Trabajó, individualmente, brindando las razones por las que se tomó la decisión confirmatoria. Y no mella este buen actuar la mera discrepancia con la manera de valoración de la prueba, porque, como es sabido, este presupuesto es ajeno a la existencia del vicio que se pretende blandir en el recurso.

Y ahí está la otra cuestión. La puesta en valor de las evidencias devenidas en prueba.

Es ajena a la instancia, como ya lo dejé sentado, la revisión de la prueba que los Magistrados del doble conforme analizaron para emitir su fallo.

El juicio al juicio se agota allí. Esta es una instancia excepcional en la que solamente se inspecciona acorde los presupuestos estrictos que he referido.

///

Sería un verdadero dispendio re- editar una actividad ya cumplida, pues, cada peldaño procesal se aleja de lo inmediato, del juicio, advertencia que, aún el criterio sentado por la Corte Suprema de la Nación en “Casal”, enturbia la percepción de la prueba y su consideración tal el propio Tribunal Máximo lo advierte en el precedente citado.

De allí que enzarzarse otra vez en el tema sin una razón válida excede el marco recursivo.

En concreto.

Los Jueces han explicado la razón de la falta de agravio en cuanto hace a la incorporación de una prueba, en desmedro- aparente- de la defensa.

También intenta poner la pica en la adquisición de la historia clínica de la paciente y discutir la calidad de los peritos actuantes.

En lo que atañe a lo primero, pondero que la decisión de los Jueces de validar a la sentencia de grado sobre la base de considerar el eventual impacto del testigo es razonable.

La prueba es de las partes en un proceso adversarial. Pero los Jueces conservan la capacidad de ponderar su admisibilidad, en palabras del propio ritual, Art. 166, mediando

///

el análisis de pertinencia y utilidad. Además la regla del Art. 167 ibídem autoriza a limitar la prueba superabundante y se reiteran en los arts. 298 y 299 cuando refieren al momento procesal de dictado del Auto de apertura del juicio oral y sus misceláneas.

Creo que esas normas de máxima,son útiles para el Juez de Juicio en el supuesto de plantearse una incidencia como ha ocurrido, pues marcan la extensión de la potencia jurisdiccional y lo acontecido ha estado lejos de esa frontera. No ha sido una decisión caprichosa y por ende arbitraria. Es propia de la capacidad de dirección que los Magistrados conservan en el ámbito de actuación regulado por el Art. 311 del digesto adjetivo local.

El debate ha de mantener una ordenada continuidad y el Juez ha de velar por ella. La paridad de armas implica igualdad en iguales condiciones, mas no son pretexto para trastocar la unidad que se debe desarrollarse en el plenario.

El análisis acerca de la sustitución de un testigo fallido –sobre la que no parece haberse hecho protesta alguna en su oportunidad- cabe, no ha sido, como se alega, un ejercicio de omnipotente futurología, un augurio más propio

///

de un vidente antes que la razonada intelección del Juez.

Lo ha expresado con suma claridad el primer votante de la Cámara Penal cuando indicó que "…lo único que iban a aportar al juicio era un conocimiento genérico sobre la práctica de la anestesiología pero de modo alguno un conocimiento específico que pudiera hacer que su comparecencia resultara ineludible…" y coincido con el sentenciador en que "…Por ese motivo –seguramente- el señor Defensor no ha explicado en su recurso, qué clase de conocimiento hubiera aportado el testigo F. que hubiera cambiado la suerte del proceso…".

Creo por lo demás que –y leo con atención el segundo sufragio, rico en apreciaciones- se ha dado correcto tratamiento al tópico y por ende, en ese sentido la impugnación no puede prosperar.

La mera alegación de un menoscabo de gravedad sin un fundamento que seriamente demuestre su incidencia en el resultado final del pleito es inocua para conmover este aspecto de la decisión impugnada.

La aparente confusión entre las propiedades de la medicación "Kentamina" y

///

“Ketorolac” ha sido considerada por los impugnados.

Amén del hecho que los sentenciadores verificaron la manera en que la Juez de grado fue ilustrada por los expertos comparecientes y un informe de la A.N.M.A.T, dependiente del Ministerio de Salud de la Nación, y así lo expusieron, reiterar el discurso sobre la aptitud de quienes intervinieron como medios de prueba implicaría penetrar en la zona prohibida a la instancia.

Examinar otra vez el valor adjudicado a un testigo, cuando el texto atacado no traduce una palmaria equivocación y la parte alegadora porfía en sus ataques es impropio del recurso extraordinario, como se señaló en el considerando anterior.

Otro tanto vale para la adquisición procesal de la historia clínica.

La regla de exclusión probatoria, que no es sino la sanción procesal que extirpa del proceso la prueba ilegal ha de causar efectivo perjuicio al que demanda esa amputación probatoria. Y tal cosa no sucede cuando el error es irrelevante y con toda claridad -en verdad- fluiría de igual modo. O acaso cuando un cauce

///

independiente tornaría baladí pronunciarse sobre el punto.

Es interesante leer la disidencia de los Ministros Beluscio y Bossert en autos "Daray" del año 1994 cuando refieren al "harmless error analysis"

Los Ministros se pronunciaron allí del modo que sigue: "…Cabe señalar que, en sentido coincidente, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha elaborado la teoría denominada harmless-error analysis, que establece que las evidencias obtenidas de manera ilegítima no comprometen el derecho garantizado en la Décimo Cuarta Enmienda –debido proceso- cuando son irrelevantes o inofensivas en el contexto de las restantes obtenidas en el proceso, y que por ello los estados no están obligados a restar eficacia a estas evidencias, puesto que no es una exigencia ni de la cuarta ni de la décimocuarta enmienda (ver: Mapp v. Ohio. 367 U.S. 643; Arizona vs. Fulminante, Oreste c. 114 L Ed 2d 472; y en Clemand vs. Mississippi 495 US)…".

Sin llegar a la discusión acerca de la correcta o incorrecta manera de apropiar para el caso la historia clínica (analizo la cuestión desde la peor hipótesis: la manera ilegal) el

///

contenido de acierto de los Magistrados de la Cámara Penal que aludieron a la existencia de cauces independientes de investigación es, para mí, concluyente.

Penetrar en el valor de los testimonios, como se impetra en el recurso, es trasponer las fronteras del recurso delineadas en párrafos echados en la introducción.

Ingresaré, renglón seguido en la denunciada violación del principio de congruencia.

Definido el marco teórico que alumbra mi entendimiento, diré que no hay la incoherencia alegada, perjudicial a los intereses de la defensa.

Como puede leerse en las recomendaciones de sociedad mundial de anestesiología, el proceso anestésico contempla todas las etapas de un acto quirúrgico: la pre-cirugía, el acto en sí mismo y el despertar.

En todos la presencia del anestesista o de personal altamente calificado que lo supla es imperativa para prevenir un resultado dañino al paciente.

Cuando la acusación fijó la plana fáctica del caso (y así lo consignó la sentencia bajo examen) se atribuyó una violación

///

al deber de cuidado por parte del atribuido en todo el proceso adormecedor.

La circunstancia de que existía aparatología cuyas alarmas no dieron señal alguna no exime de los deberes, ello así porque, como se ha visto, es obligación profesional el estar atento a las manifestaciones clínicas de cualquier crisis que pudiera presentarse.

Si estas expresiones del mal físico son evidentes, como lo fueron, tanto peor. No hay secreto ni ambigüedad en la recomendación que indica la necesidad de acompañamiento hasta la total recuperación de la conciencia.

La violación del deber de cuidado, la creación de un riesgo no permitido que se cumple, anudado por la imputación objetiva del resultado, normativamente establecida por las regulaciones y recomendaciones y no interferida por otras causas que impidan su realización: competencia de la víctima, prohibición de regreso, intervención de un tercero, entre los más destacables, constituyen el tipo penal de la condena que, a mi criterio, debe ser homologada.

Todos estos argumentos, en mayor o menor medida, están contenidos en la sentencia que, y así lo propongo, merece ser confirmada.

Así me expido y voto.

///

El Juez **Rebagliati Russell** dijo:

La sentencia dictada por la Cámara Penal de Puerto Madryn que confirmó la condena a J. O. R. por el delito de Lesiones Culposas (Art. 94 del C. Penal) cometido en perjuicio de F. L. H., fue recurrida en impugnación extraordinaria por el Sr. Defensor particular, conforme constancias de fs. 259/265.

Dividió el letrado su impugnación ordinaria en dos cuestiones: un planteo de nulidades respecto de los pronunciamientos de primera y segunda instancia y luego un ataque puntual al último de ellos.

En cuanto a las nulidades articuladas, destacó que el pronunciamiento de primera instancia resultaba inválido por existir una causal de enemistad manifiesta entre él, como letrado impugnante, y la magistrado que tuvo a su cargo la realización del juicio. Agrega que ello derivó en una resolución contra su asistido en virtud de la cual se le denegó una diligencia de prueba con antojadizo fundamento que conculca los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional.

El punto es reiteración de anteriores pronunciamientos que ya han tratado este asunto. En primer lugar por el tribunal que juzgó y

///

denegó la recusación y posteriormente por la Cámara Penal que trató in extenso la cuestión.

Los argumentos dados en el fallo para rechazar el planteo de nulidad resultan ser claros y adecuados a las constancias de autos. En cambio, los ofrecidos por el recurrente en esta instancia carecen de la motivación suficiente para contradecirlos toda vez que se ha limitado a su mera repetición y a una invocación genérica de las disposiciones constitucionales, lo que sumado a la falta de prueba para fundar su aserto, como bien lo indica el fallo de la Cámara, impide a esta instancia su debido tratamiento y en consecuencia su rechazo se impone sin más trámite.

En el segundo punto que el recurrente invoca como nulidificante del resolutorio y referido a la denegatoria de la producción de una prueba tampoco puede prosperar.

Sin perjuicio de lo ya expresado por la Cámara Penal, entiendo que el impugnante equivoca desde el inicio su postulación.

Si se atiende al desarrollo de la audiencia, especialmente al soporte de audio, se trató del ofrecimiento de un testigo que al momento de la apertura del debate el letrado pretendió sustituir por otro, circunstancia que

///

fue rechazada por el “a quo” por no ajustarse a las normas del proceso. Empero, dicho rechazo no implicaba la no aceptación de la declaración del testigo originariamente ofrecido en tiempo y forma.

Ello así, pues como le indicara la juez al letrado en la audiencia, aquél podía adoptar las medidas para lograr su comparendo en días en que el testigo originalmente ofrecido no estaba imposibilitado de hacerlo. Tampoco puso énfasis en adoptarlos al tiempo de la audiencia preliminar si estimaba de vital importancia su declaración. De manera que no acreditada la imposibilidad del testigo ofrecido de concurrir a la audiencia y no habiendo adoptado recaudo alguno el recurrente para asegurar su producción, no puede constituir agravio la denegatoria a la sustitución que aquél pretendía.

Es por ello que también en este punto entiendo que el recurso merece ser rechazado.

La tercera cuestión invocada en el recurso es la atinente a la adquisición probatoria de la historia clínica de la paciente H., cuya declaración de nulidad persigue el impugnante al estimar que se han violado los artículos 45, 46 y 53 de la Constitución Provincial y 178 del código adjetivo.

///

El punto ya fue objeto de análisis por parte de la juez de grado y los jueces integrantes de la Cámara Penal, quienes han concordado en dividir dos cuestiones: la forma en que se adquirió la documental y en su caso la eficacia probatoria de aquella.

Si bien se acepta que el contenido de la documental ha sido volcado irregularmente, la juez del debate explica el modo en que aquella ha sido corroborada por otra prueba independiente, como lo es la testimonial, circunstancia que le permite arribar a conclusiones que no son desvirtuados por los datos objetivos que mostraría la historia clínica. Este es el razonamiento que hace suyo la Cámara Penal y lo secunda el colega de primer voto en esta instancia.

En efecto, el tribunal de la impugnación ordinaria ha dicho que la prueba documental ha sido adquirida de manera legítima, con ajuste a las disposiciones procésales vigentes y corroborado su contenido por aquellos que intervinieron o tuvieron conocimiento de los hechos, antes y después de haberse llevado a cabo el acto quirúrgico. En este sentido es concluyente el argumento de la existencia de un curso de prueba independiente que, con cita en

///

los fallos de la Corte Suprema de la Nación (autos “Daray”) destaca el primer votante del fallo impugnado.

Esto no ha sido desvirtuado por el aquí recurrente, quien se ha limitado a reiterar su originaria posición colocando de esta manera a su argumentación en una mera discrepancia con el fallo, pues no abunda en un análisis que demuestre la arbitrariedad o ilogicidad del razonamiento de los jueces de grado sobre el punto en cuestión.

Finalmente advierto que tampoco se ha violado aquí el principio de congruencia. En la pieza acusatoria se ha descripto debidamente la imputación formulada contra el médico y la juez al inicio de pronunciamiento obrante a fs. 183/196 así lo consigna. En el desarrollo del discurso lógico del fallo observo que la magistrado acoge la postura fiscal, conforme al análisis de las probanzas que va reseñando y finalmente concluye en que se encuentra probada la responsabilidad del profesional a cargo de suministrar la anestesia y el resultado dañoso producido, cuya causalidad también la tuvo por acreditada.

Se trata de una misma situación fáctica, acaecida en un mismo tiempo, lugar y modo, y no

///

de dos hechos distintos como lo pretende hacer ver el recurrente.

La violación al deber de cuidado se encuentra especificado en un tiempo y lugar en el fallo y que no es incompatible de modo alguno con lo que ha venido reprochando el Ministerio Fiscal.

Así, el acusador ha indicado la existencia de responsabilidad a cargo del médico anestesiólogo en todo el proceso quirúrgico y su violación al tiempo de las manifestaciones clínicas que implicaban la necesidad de actuar de cierta manera. Los síntomas fueron evidentes al tiempo del recupero de la paciente, que en modo alguno podían soslayarse y menos aún convalidar una orden de traslado de la paciente a su habitación.

El colega que me precede en orden de votación ha descripto clara y largamente, no solo el marco normativo que rige la actividad profesional, sino también las recomendaciones de organizaciones internacionales sobre el particular, recomendaciones que de haber estado presente en la atención y cuidado del imputado le hubieran permitido adoptar las medidas necesarias para conjurar la crisis frente a los síntomas que presentaba, que, como ya dijera, de ninguna

///

manera permitían menospreciarlos y más aún autorizar el traslado de la paciente a sala general.

Por lo brevemente expuesto y en concordancia con lo expresado con el colega, voto por rechazar la impugnación extraordinaria interpuesta, con costas, y confirmar el fallo venido en recurso.

Así voto.-

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. La esmerada síntesis efectuada por el profesor Pfleger, con respecto a los antecedentes del caso y a los tópicos de agravio, me eximen de ocuparme de ellos en detalle.

II. El abogado defensor del imputado J. O. R. en su presentación reeditó los planteos de nulidad formulados contra la sentencia de juicio, invalidó el pronunciamiento emitido por la Cámara en lo Penal y, subsidiariamente, atacó éste último.

III. Suscribo el abordaje efectuado por el tribunal a quo con relación a las nulidades articuladas en desmedro de la sentencia de primera instancia. Destaco, sin embargo el ponderable esfuerzo de la Defensa.

Así, la cuestión atinente a la afectación de la imparcialidad de la Jueza Penal Trincheri por su supuesta animadversión contra el letrado

impugnante, ha recibido adecuado tratamiento a lo largo del proceso.

Primero, los jueces Granda y Castro evaluaron el apartamiento y decidieron rechazarlo; luego, la Cámara en lo Penal aprobó aquella determinación, en razón de la ausencia de prueba que permitiera fundar la denuncia.

El segundo argumento anulador, concerniente al rechazo de la sustitución de un testigo por otro, tampoco recibirá acogida por haber sido ventilado y resuelto adecuadamente.

Es que el impugnante no demostró el conocimiento específico que el testigo aportaría al debate, toda vez que aquél no había participado en ninguna de las pericias practicadas. A más de ello, los sentenciadores apuntaron que el informe de la A.N.M.A.T. y las declaraciones brindadas por los demás expertos de la ciencia médica que depusieron, ilustraron a la Jueza Penal acerca de las diferencias entre las drogas Ketoralac y Ketamina.

Siguiendo el derrotero de los planteos nulificantes, expresaré que la pretendida invalidez del secuestro de la historia clínica de la paciente F. L. H. y su posterior incorporación como prueba documental en el juicio, ha sido

///

debidamente rechazada en las distintas instancias.

Los magistrados validaron la adquisición al proceso de la historia clínica cuestionada y detallaron la prueba independiente (testimonios de O., L., entre otros) que comprobó la ocurrencia de los hechos tal como constaban en el documento objetado.

Por último, no advierto transgresión alguna al principio de congruencia entre la acusación y la sentencia. Existió una completa identidad entre los hechos relatados en la imputación y el juicio esbozado por la doctora Trincheri en el fallo.

Concretamente, se le endilgó a R. abstraerse del debido control del despertar de la paciente luego de que le suministrara la droga reversora. Se comprobó que el incumplimiento de las reglas de cuidado que imponía su profesión, fueron las que ocasionaron la lesión irreversible en la salud de la señora H..

IV. Así las cosas, advierto que los agravios expuestos por el impugnante constituyen una reproducción literal de los esbozados en la etapa previa.

Como la intervención de esta Sala no implica una tercera instancia ordinaria, el remedio

interpuesto debe rechazarse desde que la aseveración del impugnante trasunta mera disconformidad en torno a cuestiones que han sido objeto de un adecuado tratamiento en la resolución atacada.

Así voto.

Con, lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente

---------- S E N T E N C I A ----------

1°) Rechazar la impugnación extraordinaria interpuesta por el Defensor Oficial (fs. 259 a 265) con costas.

2°) Confirmar la sentencia N ° 04/2011, dictada por la Cámara en lo Penal de Puerto Madryn (fojas 239/257).

3°) Protocolícese y notifíquese.

///