En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 28 días del mes de mayo de 2014, los miembros de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, señores: Jorge Pfleger, Alejandro Javier Panizzi y Daniel Alejandro Rebagliati Russell, se reunieron en Acuerdo, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados **"R., V. I. s/ denuncia s/ impugnación"** (Expediente N° 22.736 - Letra "R" – Año 2012).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo practicado de fs. 366: Rebagliati Russell, Pfleger y Panizzi.

El Juez **Daniel A. Rebagliati Russell** dijo:

I. La cuestión traída a esta Sala es la sentencia registrada bajo el número 5 del año 2012, emitida por la Cámara en lo Penal de la ciudad de Puerto Madryn. En dicha sentencia se rechazó la nulidad de la pericia médica y la impugnación ordinaria deducida por la defensa de N. J. G., confirmándose parcialmente la sentencia en cuanto a la condena de la nombrada.

II. Contra ese pronunciamiento, la imputada interpuso impugnación extraordinaria e indicó los motivos de agravio que autorizarían la

///

procedencia del recurso y el ingreso a esta instancia.

El primer motivo que denuncia es violación al principio de legalidad. A su juicio los jueces de mérito parten de una concepción doctrinaria: posición de garante, en la cual se la coloca y consiguientemente se la responsabiliza por un actuar omisivo en la atención de la paciente F.; situación no contemplada en la ley penal sustantiva.

Agrega que el artículo 84 del Código Penal no tipifica una conducta punible a cuya realización pueda llegarse por la omisión, sino que el homicidio culposo requiere una conducta activa.

De esta manera, entiende que el tribunal incurrió en una causal de arbitrariedad por no encuadrar en ninguna figura legal la conducta adjudicada.

Continúa con un segundo motivo de agravio, en caso de no tener acogida favorable el denunciado en primer lugar.

El mismo es la causal prevista en el artículo 375 inc. 2° del C.P.P.: errónea aplicación del derecho penal sustantivo.

Afirma que aun permitiéndose la aplicación del concepto doctrinario utilizado en la sentencia, se incurre en arbitrariedad al no

///

valorar quien, en definitiva, tuvo el dominio del riesgo, condición necesaria para efectuar una imputación objetiva del resultado en los supuestos delitos de comisión por omisión.

De esta manera refiere que es fuera de toda lógica excluir al médico de guardia, quien tenía efectivamente el dominio del riesgo para colocarla en esa posición.

El tercer punto se relaciona con el delito previsto en el artículo 292 del Código Penal, y también denuncia un error *indicando*.

Niega haber falsificado la historia clínica perteneciente a F. y dice que únicamente agregó prescripciones médicas en la hoja de control de enfermería.

Refiere que no sustituyó manifestación o dato alguno por otro distinto, tampoco suprimió ninguna manifestación ya formulada, y que la conducta que se le atribuye resulta atípica al no encontrarse presente en el caso concreto el verbo típico "adulterar".

III. El hecho que conformara la plataforma fáctica del debate se describió de la siguiente manera: *´B. d. C. F. en los primeros días del mes de agosto de 2008 cursaba un embarazo de aproximadamente treinta y tres semanas, siendo su médico de cabecera la Dra. N. G., médica tocoginecóloga. El día 5 de agosto B. F., quien hacía unos días se sentía desganada y presentaba fiebre, al regresar de su trabajo, aproximadamente a las 14.00 horas, se comunica con la Dra. G. telefónicamente, quien le*

///

indica que consulte con un médico clínico. Es así que acude al S. d. E. P. (SEP) donde es atendida por el Dr. R. C. quien advirtió la presencia de fiebre y le indicó paracetamol e interconsulta con su ginecóloga. Puesto que B. no mejoraba y la fiebre persistía, su marido J. L. V. concurre al consultorio de la Dra. G. en horas de la tarde para consultar y la médica le indica la realización de análisis de sangre y orina para el día siguiente y que continúe con la toma de paracetamol. Esa madrugada, es decir el día seis de agosto, B. continuaba con fiebre y comenzó a sufrir fuertes dolores pélvicos y abdominales, por los que intenta comunicarse telefónicamente con la nombrada profesional sin ser atendida, por lo que concurre a la Clínica S. M.. Una vez allí, es atendida a las 4.40 horas pro el enfermero señor L. R., quien se comunica telefónicamente con la Dra. G., la que le refiere que a la paciente debía verla el clínico de guardia. Esta situación es comunicada entonces al médico de guardia de la Clínica, quien resultó ser el Dr. G. R., el que respondió que no le correspondía atender a la señora F., pues se encontraba embarazada y debía hacerlo su ginecóloga. Por esto el enfermero R. vuelve a llamar a la ginecóloga quien reitera que debía atenderla el médico de guardia. Es así que aproximadamente cuarenta minutos después de llegar a la clínica, el Dr. R. accede a ver a la paciente F.. Sin perjuicio de ello previamente el enfermero controló los signos vitales de la joven, consignando en la hoja de control de enfermería, que la paciente presentaba 38,7C de fiebre, FC 100, TA 90-60. El Dr. R. le manifiesta a la paciente y su familia que el asunto era claramente responsabilidad de la médica ginecóloga, inyectándole Dipirona para bajar la fiebre y ordenarle la realización de una ecografía, comunicándose el nombrado con la Dra. G. a pedido de B. y con el celular de la nombrada, disponiendo que regresara a su domicilio y oportunamente consultara con su médica ginecóloga. Es así que a las 8.00 horas asiste B. al SEP muy dolorida a efectuarse los análisis ordenados, por lo que le ceden los demás pacientes el lugar y de allí concurre a la Clínica S. M. a efectuarse la ecografía con el Dr. B., continuando la joven muy dolorida. Cuando se estaba

///

realizando dicha ecografía B. comienza con vómitos por lo que el mencionado profesional le informa a la médica de guardia, Dra. D., poco después de las 9 hs, quien ordena su traslado al SOC Room y controla a la joven, que entonces se encontraba afebril, y se comunica con la Dra. G. para anoticiarla de la situación. Posteriormente la joven vuelve a tener vómitos por lo que le suministra la Dra. D. reliveran y nuevamente se comunica con la médica ginecóloga, que todavía no se había hecho presente. La Dra. G. recién ve a su paciente aproximadamente a las 11.00 horas y luego de revisarla decide hacer interconsulta con cirugía y clínica, ordenando su internación, diagnosticando síndrome febril, según la historia clínica y solicitando nuevos análisis, sin comenzar un tratamiento antibiótico empírico. Cabe destacar que de acuerdo a lo consignado por la nombrada en la historia clínica, sospechaba una infección urinaria, sin embargo no recolectó muestra para urocultivo ni orientó la medicación a ese sentido, tampoco médico en función del hemocultivo que ordenara. Siendo las 12.30 horas la joven presentaba una marcada dificultad respiratoria y estaba cianótica, minutos después hace un paro cardíaco, por lo que otros médicos inician las tareas de resucitación, que resultaron infructuosas, falleciendo B.. En esos instantes la Dra. G. dispuso la realización de una cesárea, a fin de tratar de salvar a la criatura, pero el feto ya estaba muerto. B. F. falleció como consecuencia de un fallo multisistémico por shock sético en etapa final de una septicemia por Estreptococo grupo A. Hecho 2: … se le imputa a la Dra. N. G. haber agregado y modificado las indicaciones médicas dispuestas por la Dra. D. en fs. 25 de la Historia Clínica. …´ – v. fs.156/7 vta. de la sentencia -.

IV. Fijada la audiencia prevista en el artículo 385 del C.P.P., los abogados defensores, previo a ratificar la impugnación extraordinaria interpuesta, presentan un escrito titulado “Integran Fundamentos”.

///

En dicho escrito denuncian falta de mayoría en cuestiones esenciales. Sostienen que los dos magistrados que conforman la mayoría respecto de la condena de la Dra. G. por homicidio culposo expresan sus propias razones individuales, distintas entre sí.

Agregan además que el pronunciamiento dictado por la Cámara en lo Penal padece de graves defectos en cuanto a su fundamentación que lo descalifican como acto jurisdiccional válido.

Luego menciona los dos puntos indicados en la impugnación extraordinaria: -imputación de responsabilidad objetiva contraria al principio de constitucional de culpabilidad penal, y -arbitrariedad normativa.

V. Para el tratamiento de los puntos enunciados me permitiré alterar el orden que han presentado los recurrentes, aun cuando en el fondo los aspectos abordados terminen en definitiva relacionándose entre sí.

Como dejara expresado al comienzo de este voto, se trata del recurso de impugnación extraordinaria contra la sentencia de la Cámara Penal de Pto. Madryn que confirmó la sentencia condenatoria de N. J. G. en orden a los delitos de homicidio culposo y falsedad material de

///

documentos –ambos en concurso real- a la pena de dos años y seis meses de prisión de ejecución condicional y seis años de inhabilitación especial y costas (Arts. 45, 55, 84 y 292 del C. Penal).

La confirmación del fallo por parte del tribunal de alzada que ha tenido a su cargo la revisión amplia de la responsabilidad de la condenada, implica que ha aceptado la validez y logicidad de la prueba arrimada al proceso, como así también la adecuación típica de los delitos enrostrados.

He aquí los puntos medulares de la cuestión que podría tener relevancia en esta instancia extraordinaria y atinente a verificar si tales extremos han sido correctamente analizados, dado la limitación del examen que este tipo de cuestiones implica, ya que ha existido con la sentencia recurrida el cumplimiento al doble conforme.

Empero, advierto circunstancias que tornan necesario reabrir el análisis del caso de la siguiente manera.

El juez de la instancia originaria condenó a la médica G. al atribuirle el resultado de muerte de B. d. C. F. por entender acreditada en aquella una conducta omisiva, violatoria del

///

deber de cuidado al que se encontraba obligada por su condición de profesional de la medicina.

Esta comisión por omisión es la que recoge el juez Pitcovsky en la alzada y que describe de la siguiente manera: G. fue llamada por su paciente en forma telefónica antes de las 14 hs del día 5 de agosto. Describe a continuación todo el periplo que efectuó la mujer y finaliza diciendo: *"Esta secuencia hilvanada en el juicio por los testigos y sostenida por la propia imputada deja ver claramente cúal era la situación de la profesional, y cúal era también su decisión ante el insistente requerimiento de su paciente y sus familiares, a la que vio por primera vez a las 10.30 hs del día 6 de agosto, vale decir, veinte horas y media después que fuera consultada por la hoy fallecida B. F."*.

Es decir, que el reproche se focaliza en la falta de atención directa de la profesional ante los requerimientos que se le formulaban y que cuando finalmente lo hace, debido al cuadro de gravedad que cursaba la paciente, aquella fallece.

El voto del Dr. Pintos, que concurre a dar la mayoría en el decisorio, parece transitar en el mismo sentido.

///

De la mano de la teoría de la imputación objetiva se ha estimado que la médica condenada ostentaba la "posición de garante". Al menos así lo aprecio al observar que el primer votante refiere: *"La Dra. G. se encontraba, como antes se señalara, en una posición de protección de la Sra. F. en su carácter de médica tratante, ese era su mandato convencional y debe responder en consecuencia, por haber omitido llevar adelante aquella conducta diligente y necesaria que hubiera, acaso, evitado el resultado fatal".*

Me detengo entonces en esta primera cuestión y me interrogo si conforme a la dogmática escogida, puede reputarse acreditada esta situación de garante en la médica enjuiciada.

Así, entre los doctrinarios que abordan el tema de la posición de garante, cabe destacar a Enrique Bacigalupo quien, en su obra "Delitos impropios de omisión" (pag. 116) expresa que: *ni la existencia de un deber de actuar consignado en la ley, ni un hecho anterior, ni la aceptación de un deber de forma contractual, son suficientes para la determinación de la posición de garante.* Entiende el autor que *resulta primordial determinar la posición del autor al cual le incumbe el deber de actuar frente al bien jurídico.* Agrega que: *ese deber de actuar*

///

es un presupuesto ineludible de la responsabilidad del autor, pero en sí, nunca será suficiente. Será preciso que, además, pueda afirmarse de él que se encuentra vinculado de una manera tal con el bien jurídico que es ***garante*** *de la no producción de lesiones o de que no será puesto en peligro. Es decir, que por un lado tendremos la fundamentación del deber de actuar y completamente separado de él la fundamentación de la posición de garante. Sin esta posición del omitente, la mera infracción de un deber de acción es insuficiente para determinar su sanción de la misma manera que si hubiera ejecutado una acción prohibida.*

Más adelante, y para precisar cuando nace ese deber de cuidado, expresa que: "*…será la estrechez de la relación del sujeto con el bien jurídico que le impondrá su tarea de defensa frente a cualquier amenaza de lesión. Esa estrechez está dada aquí por la relación social que el omitente guarda con el titular del bien jurídico".*

En el fallo se consigna que la fallecida era paciente de antigua data de la profesional imputada, motivo por el cual no existen mayores dudas acerca de cuál era la fuente del deber de obrar, de origen claramente contractual. Sin

///

embargo, cabe preguntarse, si puede afirmarse con certeza que esa relación permaneció en el curso de los sucesos que culminaron con la muerte de su asistida; o si bien, existieron circunstancias que la alteraron y pusieron en cabeza de otros sujetos esta misma obligación de asistencia. Esta es la cuestión que ha venido reclamando insistentemente la Defensa técnica de la condenada.

En mi concepto, para responder estos cuestionamientos no puede dejarse de lado el decurso de los acontecimientos que han puesto de manifiesto los propios jueces en la sentencia.

Allí se consigna con claridad que una hora después de haber consultado telefónicamente con la Dra. G., la Sra. F., por indicación de ésta, consultó con un médico clínico de un organismo asistencial denominado Servicios de Emergencias Privado. El mismo resultó ser el doctor R. C., quien la revisó, efectuó un diagnóstico y le prescribió medicinas.

Cabe entonces detenerse aquí un momento y analizar si frente a esta actuación el profesional que le brindó asistencia adquirió la posición de garante, desvinculando a la anterior, pues conforme a la cita doctrinaria que dejara consignada, aparece envuelto en una

///

relación más estrecha, por cuanto es el médico que tiene la oportunidad de tomar contacto directo e inmediato con la paciente.

Cuando en un caso el riesgo es administrado por varios intervinientes que acoplan o anudan sus aportes, como bien cita el Dr. P. en su voto, las reglas del riesgo permitido deben ser completadas por otras.(Marcelo Ferrante "Una introducción a la teoría de la imputación" pág. 26). Es así que aparece en escena el "principio de confianza". Punto que se trajo a colación en el fallo para desvincular a unos de los condenados (Dr. R.), pero no para tratar la cuestión que vengo aquí de analizar.

El principio de confianza, conforme el autor citado, resulta útil para determinar cuándo existe el deber de examinar la corrección de las conductas que se acoplan a las propias, o bien cuándo se puede confiar lícitamente en que ellas han sido llevadas a cabo adecuadamente, o que así se harán cuando se acabe la propia.

En el caso de autos no advierto que este principio pueda ser aplicable al Dr. C., pues como dijera su actuación lo coloca en contacto directo con la enferma, a la que revisa, diagnostica y prescribe medicación.

///

No hay ninguna omisión que haya agravado o puesto en peligro la vida de la paciente que no haya podido conjurar este profesional de la medicina que atiende, no ya por vía telefónica, sino dentro de un establecimiento sanitario, con los medios necesarios a su alcance como para atenuar o evitar el riesgo de muerte y cuyo resultado sí, en cambio, se pone en cabeza de la imputada G..

Existen límites al principio de confianza antes predicado. Esto implica que se debe establecer si la Dra. G. poseía capacidad para actuar sobre la enferma o esta capacidad estaba en cabeza del profesional que la atendió.

No hay posibilidad de invocar el principio de confianza si la misión de uno de los médicos intervinientes, en el caso el Dr. C., consistía precisamente en compensar los fallos que eventualmente otro cometa.

Sólo puede predicarse respecto de la Dra. G., que prescribió medicamentos cuya constancia entregó al esposo de la fallecida, acompañada de una orden para que se le practicara un análisis de sangre. El citado análisis se realizó y revelaron indicadores de un proceso de infección. Por tal motivo –se consigna en la sentencia originaria a fs. 160- las bioquímicas

///

M. P. y G. H. “se comunicaron en forma inmediata con la guardia de la Clínica S. M., para informar los mismos” (se hace referencia a los resultados). Como se ve, nada se dice que esta premura para comunicar un resultado que ameritaba una determinada actuación, haya sido efectivamente recibido por la Dra. G., quien había sido en definitiva la profesional que los había ordenado.

Si no conocía el resultado de los análisis, mal se le puede reprochar un no obrar frente al avance de la infección.

En mi concepto resulta arbitraria la sentencia que omite esta consideración, pues torna aplicable al caso una imputación objetiva sin la adecuada consideración de la conducta omisiva como nexo causal del resultado de muerte.

Nada puedo manifestar respecto de la absolución del médico G. A. R., dado que su desvinculación al proceso ha quedado firme. Sin embargo, como su actuación en los hechos se relaciona directamente con la responsabilidad penal que aquí se analiza, debo ingresar necesariamente en su actuación pues ello repercute directamente en el reproche que se le formula a G..

///

Digo esto, pues lo mismo que he señalado respecto del Dr. C., es aplicable al médico R., quien en su condición de médico de guardia debía atender a la paciente y su consecuente cuadro, pues tenía a su alcance todas las herramientas para conjurar el mal o atenuar sus consecuencias, propias de un centro de salud. Poseía la inmediatez de la atención, la estrechez a que la doctrina hace referencia en la vinculación médico paciente y que lo colocaba en garante para conjurar el riesgo a la salud que se presentaba.

Su negativa a la atención no es justificable. Pues, precisamente, debía compensar el fallo a la no atención por parte de G.. El Dr. R. fungía como médico de guardia de la Clínica S. M. y su deber de actuar en el caso se imponía. Resultaba evidente que por las razones que fuere, y aun criticables desde el punto de vista ético-profesional, G. no se presentaba en el lugar, razón por la cual su conducta defraudaba las expectativas puestas en su atención y hacían exigible sí la de R..

Se describen en la sentencia nuevos análisis de sangre, que fueron ordenados por la Dra. G., la mañana del fallecimiento, y cuyo resultado sí le permitió actuar al respecto, siendo ya tarde

///

el procedimiento que se puso en marcha para conjurar la s., pues a pocas horas la paciente falleció.

Destacados los yerros en la valoración de la prueba de cargo y que han permitido una indebida adjudicación de responsabilidad penal en el resultado, estimo procedente acoger el recurso extraordinario interpuesto y asumiendo competencia positiva este Tribunal puede dictar la absolución de la condenada sin reenvío alguno.

En cuanto al delito de falsedad documental por la cual la imputada resultara condenada, la Defensa insiste y requiere que se reanalice el punto bajo el prisma de la arbitrariedad, por entender que no ha existido el dolo que la figura requiere.

Sin embargo y contrariamente a lo así sostenido, el punto fue abordado tanto por el juez de la instancia originaria, como por la Cámara revisora, en especial en el voto que suscribe el Dr. L., punto sobre el que no hubo disidencias en el citado tribunal.

La historia clínica como documento se encuentra definido en el Art. 12 de la Ley 26.529, a la que nuestra provincia adhirió por

///

Ley I N° 436 en fecha 17/1/2011, es decir, vigente al tiempo de los hechos aquí juzgados.

En la norma citada se hace referencia a que se trata de un documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que consta toda la actuación realizada por los profesionales a los pacientes.

El Art. 15 de la citada ley, exige que los profesionales actuantes asienten en ella registros claros y precisos, con lo cual va de suyo la imposibilidad de insertar datos que no hayan sido de la autoría del médico que los consignó.

No basta invocar la falta de dolo, es preciso dar una explicación que permita justificar la razón de la inserción de las consignas que debían observarse en la paciente, pero que no fueron indicadas por la médica actuante y en especial, la razón ex post de las mismas. En su ausencia, estimo que el tratamiento dado a la configuración del ilícito dado por los tribunales inferiores resulta ajustada a la prueba analizada y no reviste la calidad de arbitrario el análisis lógico que sobre ella se ha efectuado.

VI. Por todo lo expuesto propongo acoger el recurso extraordinario invocado por la Defensa y

///

disponer la absolución de N. J. G. por el delito de homicidio culposo (Art. 84 del C. Penal) por el que fuera condenada. Asimismo deberán remitirse los autos a la instancia de origen a los fines de adecuar la pena impuesta al delito por el que finalmente resultara condenada.

Así voto.

El juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. **Prólogo**

a. La sentencia 05/ 2012 de la Cámara Penal de la ciudad de Puerto Madryn, ha venido a la instancia por vía del recurso extraordinario de la defensa de N. J. G., articulado según las constancias que se hallan adosadas entre las hojas 308 a 316 del legajo)

b. La mujer, una médica, fue condenada por decisión de un Juez Penal de aquella ciudad a la pena de dos años y seis meses de prisión de ejecución condicional y seis años de inhabilitación especial (arts. 26, 29 inc. 3°, 40, 41 y 84 del C.P) como autora de homicidio culposo y falsedad material (arts. 84, 292, 45 y 55 del C.P.) en relación "…con los hechos cometidos en esta ciudad de Puerto Madryn el día 6 de agosto del año 2008, en perjuicio de B. del C. F. y de la fe pública, respectivamente…" (Ver

///

la sentencia que está añadida entre las hojas 156 y 180).

c. El Tribunal del doble conforme, por mayoría, ratificó la sanción que ahora ocupa y sus fundamentos se encuentran escritos entre las hojas 280 a 306.

d. Se han acopiado, a los antecedentes, constancias de los respondes de las partes interesadas y el acta de la audiencia llevada a cabo en la instancia.

II. La solución del caso.

1. Preliminar

a. El doctor Rebagliati Russell, primer votante, ha propuesto la revocación parcial del fallo por las razones dadas en la ponencia que ofreció al Acuerdo.

Antes, hizo una adecuada semblanza de los antecedentes del caso, de la sentencia y de los problemas traídos por la parte que impugnó.

b. Su trabajo, esmerado, me permite dar partida al tratamiento del asunto sin más prólogos, pues huero es añadir palabras al recuento minucioso del señor Ministro.

c. Pero, a la par, el contenido de su sufragio es para mí aceptable y adelanto que, por lo que sigue, acompañaré su propuesta absolutoria.

///

2. El recurso. El delito imprudente, algunas apreciaciones.

1. Creo que es correcto tratar el recurso en los términos en que la defensa lo ha planteado, en lo que atañe a la condena de la causante como autora de homicidio culposo (art. 84 del C.P.).

El error de derecho es uno de los precisos presupuestos del recurso extraordinario sólo cuando la cuestión excede de aquello que importa una diferencia aceptable de criterios con la decisión y denuncia, o juzga equivocada la tarea de decodificación del tipo penal de la condena.

Aquí, tal como se dijo, la discusión que se suscita es más profunda, pues involucra la definición de la médula misma del delito culposo y su aplicación en el caso. Por decirlo en otras palabras: derecho puro y duro.

Por tal razón creo que debe aceptarse el convite revisor de la recurrente.

2. Puesto a la tarea fijada creo preciso evocar la posición que he sostenido respecto del tema que toca, refiriendo a la jurisprudencia elaborada por la Sala.

3. En los precedentes ***"A., G. y otros s/muerte" (Expte. 20.340-Folio 193-C-2005)*** y "**M., O. E. s/dcia. Mala Praxis s/ impugnación" (Expte. N° 22.311 - Folio 10 - Letra "A" - Año 2010)**

///

señalé que en términos generales el delito culposo importa, desde la conducta del agente, la generación de un peligro jurídicamente desaprobado; que la lesión al bien jurídico constituye la realización de ese peligro cuando el riesgo está fuera del límite de lo permitido y es objetivamente imputable. Importa la creación de un peligro elevado que el agente desoye o acepta correr y que produce una consecuencia disvaliosa.

Cité allí 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…" (Al respecto ver Enrique Bacigalupo en su "Derecho Penal- Parte General" Ed. Hammurabi Bacigalupo, página 343/ 344).

Dije que era (y 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. (Obra citada, página 338).

Apunté la necesidad de que existiera nítida una relación de causalidad entre la acción ejecutada y el resultado típico, o que el peligro creado se realizara en el resultado producido.

4. Acerca de la imputación objetiva, tema central, traigo a colación el caso ***"S., C. D. s/ Homicidio Simple"*** *(Expediente 20.487-S-2006)*, litigio en el que pretendí analizar la categoría.

Dejé sentado que la relación entre el hecho del autor y el resultado final que deriva de ello 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, que repaso ahora. Y hablé de la utilidad de la herramienta teórica para resolver lo concreto, proposición que sostengo.

Al hacer mención de Bacigalupo (ver página 71 en delante de la obra señalada) recordé que cuando se abordaba el asunto atinente a la adecuación típica en los delitos de lesión, se consideraba que el esquema básico en esa gama de ilícitos "…se compone de tres elementos: la acción, la imputación objetiva y el resultado…" y que la imputación objetiva era uno de los tópicos 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 que 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 sólo 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 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"…".

4. Arriba señalé de mi coincidencia con la posición absolutoria del doctor Rebagliati Russell y acepto sus razones, como podrá advertirse en las líneas que escribiré renglón seguido.

5. Si bien fluye nítida la causa de la muerte y así fue declarada, la sentencia de la Cámara Penal no ha dado una respuesta aceptable que permita ubicar certeramente a la atribuida en la línea de producción de ese resultado.

Porque si el tipo penal debe leerse en términos de trasgresión a un deber imperativo de atención, no se logra develar con nitidez en qué momento y cómo, la médica infringió ese mandato.

///

6. Los hechos sucedieron con tanta precipitación que parece exagerado hablar de "desatención" en clave de homicidio culposo mediante el sencillo recurso de asociar los factores: a. médico ginecólogo de la infortunada. b. muerte de la mujer a causa de una infección irredimible durante el embarazo.

Y la exageración, si cabe la palabra, resulta de soslayar los intermedios; lo que pasó entre la primera consulta y la muerte.

Por eso el análisis de ese extremo ha de hacerse cuidadosamente, con referencia a los hechos, sin apelar a categorías dogmáticas que, como tales, son abstractas.

De otra manera se impondrían criterios de "responsabilidad" objetiva que útiles para lograr resarcimiento monetario, repelen al derecho penal de acto.

Aquella labor no ha sido desarrollada, como se reclamó en la impugnación, por los Jueces del doble conforme en su mayoría.

7. No toda labor médica- una obligación de medios - genera un riesgo no permitido, en los términos que hemos visto en los párrafos anteriores.

Sólo lo será cuando esa conducta ponga en peligro la vida del paciente, por ejemplo: el

///

caso del médico que abandona a su asistido sin razón, desaprensivamente (más o menos la tesis abonada en el caso "**M.**", según mi entendimiento).

Es decir, cuando en condiciones de evitar el resultado dañino, evitabilidad que administra plenamente, el profesional actúa con desapego y la lesión se produce.

8. Pongo en duda en este caso, y de partida, la existencia de esto que llamo "plena administración" en la posición de la juzgada.

Pondero que aún admisible hasta un cierto grado una falla en la medición del cuadro, otros actores igualmente capacitados participaron en la realidad vital reconstruida en la sentencia.

9. Uno de los elementos que la teoría de la imputación objetiva considera, y la explicación de su autor Günther Jacobs es elocuente, es el principio de confianza.

El doctrinario, que parte de la premisa de que en la vida social existe una partición de roles que generan responsabilidades, considera inocua la acción de un tercero cuando buenamente éste piensa que quien le sucederá cumpla con el rol establecido.

Si ante la segunda consulta la médica derivó a la paciente a un médico clínico, lo hizo en la plena confianza de que, en tanto médico,

///

cumpliría con la tarea esperable: diagnóstico, tratamiento, pronóstico.

Esa cuestión, como bien lo apunta el doctor Rebagliati desde otro ángulo, implica para el segundo la asunción de la evitabilidad del riesgo que apareja la enfermedad, pero ese detalle no ha sido tenido en cuenta por los sentenciadores, o, mejor dicho, lo han considerado en relación con otro, el doctor Ruiz, pero no en lo que toca a la doctora G..

Con acierto lo ha referido mi distinguido colega cuando en su texto deja en claro que el doctor C. se encontraba en condiciones especiales para brindar una adecuada atención. Y que el médico R. reunía las condiciones aptas para iguales fines.

Por eso dar a la conducta de la atribuida una longitud que no se explica, pero sirve a los fines de la condena, es francamente una selección basada en el decisionismo.

10. Aclaro que, a mi parecer, la conducta de la atribuida cuando de partida prescribió un paliativo y ordenó análisis, y siempre en clave de lo que se está inspeccionando, no significó, bajo ningún concepto el aumento de riesgo tolerado.

///

11. Asiento también en dos cosas: a. Al carecer de información fehaciente acerca del porqué la médica no respondió a los llamados cuando fue convocada frente al agravamiento del cuadro, extrae cualquier consideración acerca de una conducta desaprensiva. b. aunque su situación no sea susceptible de mudar en esta sentencia, aprecio que el doctor R., médico de guardia de un servicio de urgencias, se hallaba en mejor posición que ningún otro para intentar la conjura de la emergencia, como lo dije. c. si bien la médica podía dejar insatisfecha la expectativa puesta sobre ella, la víctima no se halló nunca a merced de las circunstancias.

12. Por eso es arbitrario que en esa conjunción de aportes de quienes participaron en este dinámico proceso (se podría decir distribución de roles) se halla puesto en cabeza de G. el resultado fatal.

Todo sugiere que fue escogida por su calidad de médico tratante o por su especialidad, pero, en este particular litigio, no me parece que la exigibilidad aumente por estas razones hasta alcanzar uno de los aspectos configurativos del tipo penal, tanto y peor cuando, como se vio, ella realizó aportes medianamente positivos para la detección de un mal que causó la muerte,

///

nuevamente señalo, en muy breve espacio de tiempo.

13. La cosa podría ser diferente cuando la conjunción de roles se da en un mismo momento (el trío en atención conjunta), situación en que a mayor experticia mayor exigencia. Es posible que los ejemplos de doctrina cuajen a esa hipótesis, pero francamente no estimo que ese nivel se acerque a este caso en donde hay "cascada" o "sucesión" de conductas calificadas.

14. Es allí en donde encuentro el núcleo de la arbitrariedad en el modo de adjudicación formulado por la Cámara Penal.

Los sentenciadores olvidaron el contexto fáctico que habían aceptado como verdadero, brindando un enfoque jurídico incorrecto.

15. No repetiré lo que el Ministro pre-opinante ha señalado en punto a los votos de los Jueces de la Mayoría en sus aspectos centrales.

Sí juzgo del caso expresar mi disenso con la opinión del doctor P. en lo que atañe a los requerimientos a la médica, su situación en relación con la desdichada y la decisión; porque no explica, jurídicamente, el nexo causal (que yo he abordado desde la categoría evitabilidad) entre la acción y el resultado, base de toda consideración.

///

Otro tanto para la opinión del doctor P. que brinda a la posición de garante una prioridad sistemática que tampoco explica aquella vinculación.

16. Si la teoría moderna busca herramientas más sofisticadas para sustraer la responsabilidad culposa de la relación natural entre acción y resultado, es paradojal que la teoría de la imputación objetiva, que en el marco de los roles que cada cual cumple en la vida social- ámbitos de competencia-, atribuye casos límites (y por ende no captados por el derecho penal) a las desdichas de la vida (la tragedia, la desgracia, el infortunio), sea útil para conducir a extensiones inmoderadas la vinculación entre un hecho (la muerte) y la conducta de otro, por más relación social que exista.

17. En lo que atañe a la posición de garante, expongo –otra vez- mi acuerdo a la manera en que el distinguido Ministro del primer voto ha tratado el asunto.

A ello hago remisión pues holgaría cualquier añadido y convengo en que el resultado al que arribo es el mismo.

III. El recurso. El delito de falsificación de instrumentos públicos.

///

1. Al principiar el tratamiento del punto II, señalé los límites recursivos en lo que atañe a los errores de derecho.

2. En este sentido creo, con el votante primero, que incuestionable la plana de hechos, la conducta recorre todos los elementos que abastecen al delito de la condena.

3. Asiento con él en la naturaleza y característica de la historia clínica y en la falsedad en que incurre aquél que completa el instrumento con datos que no son ciertos.

Si actúa con dolo aquél que sabe lo que hace y conoce el peligro concreto de su acción, hay ese ingrediente del tipo subjetivo de la figura escogida en la conducta de la atribuida.

4. Desconocer las razones de la inserción no importa despreciar los elementos que, tratados en las instancias, reflejan ese modo de administrar una conducta que, generadora de peligro: la vulneración de la fe pública, se lleva hasta su consecuencia.

Propicio, pues, la misma solución que aquella del primer voto.

Así me expido y sufrago.

El juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. La síntesis efectuada por el ministro del primer voto, con respecto a los antecedentes del

///

caso y tópicos de agravio, me exime de ocuparme de ellos en detalle.

II. La imputada, N. J. G., con el patrocinio letrado de L. Á. N. y E. G., atacó la decisión de la Cámara en lo Penal de Puerto Madryn que, por mayoría, confirmó la condena recaída sobre ella.

III. Anticipo que me enrolaré en la solución propiciada por mis colegas en punto a la absolución de la atribuida por el delito de homicidio culposo, en perjuicio de B . d. C. F..

El juez penal Gustavo Daniel Castro, así como el tribunal revisor, razonaron que la médica N. J. G. se encontraba en una posición de resguardo con respecto a F. -en su carácter de médica tratante- y que, por esa situación, debía responder penalmente por la falta de atención a su paciente y la omisión de intervenir profesionalmente frente las insistentes demandas de aquélla.

Es decir, la responsabilidad de G. en la emergencia se fundamentó en la circunstancia de que ella fuera la médica de cabecera de la embarazada o por razón de su especialidad.

Sin embargo, encuentro equivocada la manera en que los magistrados del tribunal de alzada confirmaron la atribución de responsabilidad de la incusa.

///

Es que, en ese cometido, resultaba preciso analizar el contexto y las vicisitudes del caso, a fin de dilucidar si G. incumplió los deberes a su cargo y, por ende, favoreció el resultado fatal.

Aquí, entiendo, radica la arbitrariedad de la sentencia inspeccionada.

Se comprobó que los hechos se sucedieron a un ritmo vertiginoso y que la infección de la embarazada avanzó extremadamente rápido. También se acreditó que en el curso de los sucesos la señora F. fue atendida por distintos profesionales de la salud.

Entonces, cabe analizar si la responsabilidad de la atribuida cedió frente a la intervención de otros galenos.

En esa dirección, advierto que si bien ante la presencia de F. en el servicio de guardia médica, los facultativos a cargo de la atención se comunicaron telefónicamente con la doctora G. a fin de que contar con la aprobación del tratamiento, lo cierto es que fueron ellos –C. y R.- quienes se hallaban en mejores condiciones de evaluar el cuadro clínico, al poder examinar exhaustivamente a la paciente y, también, al contar con la infraestructura y los medios para tratar la dolencia.

///

Sin embargo, los jueces depositaron sólo en cabeza de G. la responsabilidad del desenlace fatal.

Resulta excesivo cargar sobre la galena el óbito de F. cuando, como quedó demostrado, G. únicamente se comunicó por teléfono con la paciente –indicándole la consulta con un médico clínico-, recibió al esposo de ésta en el consultorio –prescribiéndole que continuara con la ingesta de paracetamol y la realización de análisis de sangre y orina- y mantuvo comunicaciones telefónicas con los médicos de guardia del Servicio de Emergencias Privado y de la Clínica “S. M.”.

También se acreditó que una vez que la facultativa tomó conocimiento del resultado de los análisis -que dieron cuenta de la infección aguda-, dispuso medidas urgentes para revertir el cuadro, las que resultaron infructuosas por la aceleración de la septicemia.

Es decir, más allá del reproche ético que pudiera caberle a la atribuida por no responder a los insistentes llamados de la señora F., lo cierto es que los doctores de guardia tenían la obligación de atender a la mujer encinta sin escatimar esfuerzos y proceder en función del cuadro que ésta presentaba.

///

En conclusión, advierto que los sentenciadores efectuaron una errónea valoración de la prueba de cargo y, a la par, no brindaron explicaciones plausibles acerca de la rigurosidad con la que midieron el accionar de la condenada, más allá de considerar que debía responder en razón de su especialidad.

La doctrina y la jurisprudencia exigen, como fundamento de la responsabilidad penal de una persona que haya omitido evitar un daño a un tercero, que ésta tenga a su cargo una obligación jurídica específica de actuar, o sea, que sea garante de que dicho resultado no se produzca.

Por lo expuesto, acompaño la propuesta de mis colegas de Sala: disponer la absolución de N. J. G. en orden al delito de homicidio culposo en perjuicio de B. d. C. F..

IV. En lo que concierne a la condena por falsificación de la historia clínica de la fallecida, convalidaré el análisis de los hechos y del tipo penal efectuado por los jueces de la instancia previa para tener por configurado el injusto.

No encuentro arbitrariedad alguna en la conclusión de que la médica hizo agregados a la Historia Clínica que alteraron el valor probatorio del documento. La conducta de la

///

médica subsume en el artículo 292 del Código Penal, ya que falsificó la historia clínica con perjuicio para la fe pública.

V. En resumen, corresponde: a) admitir parcialmente el remedio extraordinario interpuesto a fojas 308/316 y vuelta; b) absolver a N. J. G. en orden al delito de homicidio culposo (artículo 84 del Código Penal); c) confirmar la condena por el delito de falsedad material de documentos (artículo 292 de aquel cuerpo legal); y d) disponer la remisión de estos actuados a la Oficina Judicial de Puerto Madryn, a fin de sustanciar la adecuación de pena.

Así voto.

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

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

1°) Declarar parcialmente procedente la impugnación extraordinaria obrante a fs.308/16 vta..

2°) ABSOLVER a N. J. G. en orden al delito de homicidio culposo (artículo 84 del Código Penal)

3°) Disponer el reenvío a la Oficina Judicial de Puerto Madryn, a fin de sustanciar la adecuación de pena.

4°) Protocolícese y notifíquese.

///

Fdo. Jorge Pfleger. Alejandro Javier Panizzi. Daniel A. Rebagliati Russell-Ante mi: José A. Ferreyra Secretario”.

///