

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 22415/07 STJ

SENTENCIA Nº: 94

PROCESADOS: KIRILOVSKY PABLO ESTEBAN – AGUIRRE NEIRA INÉS  
FABIANA – ANDRADE JOAQUÍN VÍCTOR – FERNÁNDEZ SANTIBÁÑEZ  
NELSON

DELITO: HOMICIDIO CULPOSO

OBJETO: RECURSOS DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 07-07-08

FIRMANTES: SODERO NIEVAS – LUTZ EN DISIDENCIA – CERDERA  
(SUBROGANTE)

///MA, de julio de 2008.

VISTO: Las presentes actuaciones caratuladas: “KIRILOVSKY, Pablo E.; AGUIRRE, Inés F.; ANDRADE, Joaquín V.; FERNÁNDEZ SANTIBÁÑEZ, Nelson s/Homicidio culposo s/Casación” (Expte.Nº 22415/07 STJ), puestas a despacho para resolver, y- - -

- CONSIDERANDO:- - - - -

----- Que la deliberación previa a la resolución (cuya constancia obra a fs. 1595) ha concluido con el acuerdo de los señores Jueces que se transcribe a continuación.- - - El señor Juez doctor Víctor Hugo Sodero Nieves dijo:- - -

-----1.- ANTECEDENTES DE LA CAUSA:- - - - -

-----1.1.- Mediante sentencia Nº 15, del 2 de agosto de 2007, la Cámara Segunda en lo Criminal de Cipolletti dictó resolución en los siguientes términos:- - - - -

----- “Primero: NO HACER LUGAR a la nulidad solicitada por el Dr. Eves Tejeda, en razón de los fundamentos y citas legales expuestos en la primera cuestión.- - - - -

----- “Segundo: CONDENAR a Pablo Esteban Kirilovsky, cuyas demás circunstancias personales obran en autos, como autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN EN SUSPENSO, SEIS AÑOS DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EJERCER LA PROFESIÓN DE MEDICO Y AL PAGO DE LAS COSTAS (arts. 5, 20, 26, 27 bis, 40, 41, 45, 84 del C.P. y arts. 370, 501 y ccetes. del C.P.P.) e imponiéndole como reglas del art. 27 bis del C.P., durante el término de dos años: constituir domicilio y, dado que no existe sede del Patronato de

Liberados en esta ciudad, presentarse bimestralmente en la sede de este tribunal. A su vez, deberá efectuar –en el término de un año- un curso ///2.- sobre bioética avalado o promocionado por una casa de Altos Estudios de Medicina, debiendo presentar la certificación correspondiente.- - - - -

----- “Tercero: CONDENAR a Joaquín Víctor Andrade, cuyas demás circunstancias personales obran en autos, como autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN EN SUSPENSO, CINCO AÑOS DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EJERCER LA PROFESIÓN DE MEDICO Y AL PAGO DE LAS COSTAS (arts. 5, 20, 26, 27 bis, 40, 41, 45, 84 del C.P. y arts. 370, 501 y ccdtes. del C.P.P.) e imponiéndole como reglas del art. 27 bis del C.P., durante el término de dos años: constituir domicilio y, dado que no existe sede del Patronato de Liberados en esta ciudad, presentarse bimestralmente en la sede de este tribunal. A su vez, deberá efectuar –en el término de un año- un curso sobre bioética avalado o promocionado por una casa de Altos Estudios de Medicina, debiendo presentar la certificación correspondiente.- - - - -

----- “Cuarto: CONDENAR a Nelson Rubén Fernández Santibáñez, cuyas demás circunstancias personales obran en autos, como autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN EN SUSPENSO, CINCO AÑOS DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EJERCER LA PROFESIÓN DE MEDICO Y AL PAGO DE LAS COSTAS (arts. 5, 20, 26, 27 bis, 40, 41, 45, 84 del C.P. y arts. 370, 501 y ccdtes. del C.P.P.) e imponiéndole como reglas del art. 27 bis del C.P., durante el término de dos años: constituir domicilio y, dado que no existe sede del Patronato de Liberados en esta ciudad, presentarse bimestralmente en la sede de este tribunal. A su ///3.- vez, deberá efectuar –en el término de un año- un curso sobre bioética avalado o promocionado por una casa de Altos Estudios de Medicina, debiendo presentar la certificación correspondiente.- - - - -

----- “Quinto: CONDENAR a Inés Fabiana Aguirre Neira, cuyas demás circunstancias personales obran en autos, como autora penalmente responsable del delito de homicidio culposo, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN EN SUSPENSO, CINCO AÑOS DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EJERCER LA PROFESIÓN DE MEDICO Y AL PAGO DE LAS COSTAS (arts. 5, 20, 26, 27 bis, 40, 41, 45, 84 del C.P. y arts. 370, 501 y ccdtes. del C.P.P.) e imponiéndole como reglas del art. 27 bis del C.P., durante el término de dos años: constituir domicilio y, dado que no existe sede del Patronato de Liberados en esta ciudad, presentarse bimestralmente en la sede de este tribunal. A su

vez, deberá efectuar –en el término de un año- un curso sobre bioética avalado o promocionado por una casa de Altos Estudios de Medicina, debiendo presentar la certificación correspondiente.- - - - -

----- “Sexto: REGULAR LOS HONORARIOS PROFESIONALES de los doctores Oscar Pandolfi, Carla Pandolfi, Gerardo Tejeda, Eves Tejeda, José Gerez y Roberto Busamia, por su actuación como representantes del querellante y defensores de los imputados, respectivamente, en la suma de CUARENTA (40) IUS para cada uno (conforme ley 2212)” (ver fs. 1439/1441).- - -

-----1.2.- Contra lo decidido, los doctores Oscar Pandolfi y Carla Pandolfi –por propio derecho-, el doctor José Ignacio Gerez en representación de Joaquín Víctor Andrade, los doctores Eves Tejeda y Gerardo Tejeda en representación de ///4.- Pablo Esteban Kirilovsky y de Inés Fabiana Aguirre Neira, y el doctor Roberto Germán Busamia en representación de Nelson Rubén Fernández Santibáñez (fs. 1447/1452, 1455/1485, 1486/1508 vta. y 1509/1524 vta., respectivamente) dedujeron recursos de casación, respecto de los cuales el Tribunal inferior decidió:- - - - -

----- “1) DECLARAR FORMALMENTE ADMISIBLE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LOS DRES. OSCAR PANDOLFI Y CARLA PANDOLFI -AMBOS POR DERECHO PROPIO-.- - - - -

----- “2) CONCEDER PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN INCOADO POR EL DR. JOSÉ IGNACIO GEREZ, RECHAZÁNDO POR INADMISIBLE EN CUANTO A LA NULIDAD INVOCADA Y DENUNCIADA COMO DEFECTO DE FUNDAMENTACIÓN EN LA SENTENCIA POR INOBSERVANCIA DE LOS ARTS. 39 Y 46 DE LA LEY 2430 Y ARTS.110 Y 375 INC. 3 DEL CPP.- - - - -

----- “3) CONCEDER PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN PRESENTADO POR LOS DRES. EVES TEJEDA Y GERARDO TEJEDA, DECLARÁNDOLO FORMALMENTE INADMISIBLE EN LO CONCERNIENTE A LAS NULIDADES PLANTEADAS COMO DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO.- - - - -

----- “4) CONCEDER EL RECURSO DE CASACION DEDUCIDO POR EL DR. ROBERTO GERMAN BUSAMIA” (fs. 1527/1540).- - - - -

-----2.- ARGUMENTOS DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN (EN SUS PARTES PERTINENTES):- - - - -

-----2.a) Escrito de los doctores Oscar Pandolfi y Carla Pandolfi, por propio derecho:- -

-----

----- Los letrados impugnan la regulación de sus honorarios profesionales, pues alegan una “violación de la doctrina legal de las normas de los arts. 200 de la Constitución //5.- Provincial y arts. 1, 6 ap. a), b), c), d) y f), 6 bis, 7, 8, 9 y 45 de la ley 2212”. Afirman que lo resuelto deviene arbitrario en términos técnicos por falta de fundamentación normativa o por tenerla solo aparente, por lo que la sentencia debe ser anulada, y piden que se resuelva el fondo del asunto procediendo a regularse sus honorarios profesionales dentro de los parámetros estimados.-----

-----2.b) Escrito del doctor José Ignacio Gerez en representación de Joaquín Víctor Andrade:-----

-----2.b.1) En primer lugar, el recurrente plantea la “[i]lógica en el razonamiento del Juzgador por grave apartamiento de los principios de la lógica formal y en la técnica en la valoración y apreciación de la prueba, lo que deriva en una grave arbitrariedad”, agravio que se desagrega en los planteos reseñados a continuación.-----

-----2.b.1.i) “Omisión de valorar las causas y concausas del deceso de F.N.P.”: En este sentido, afirma la parte que “para saber si alguna actividad terapéutica desarrollada por el Dr. Joaquín Víctor Andrade guarda una relación de causalidad adecuada –eficaz y relevante- con el resultado muerte o bien si ‘incidieron en el curso causal que llevó a la muerte de la víctima’ -como expresa el sentenciante-; el magistrado debió partir o preguntarse por las causas del deceso de F.N.P., establecidas por los expertos intervinientes; apreciación que no hizo”. Señala además que las causas de la muerte figuran en el Informe Médico Legal de fs. 616/620–ratificado a fs. 939- de la Junta Médica compuesta por los peritos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en el //6.- Informe de fs. 222/248 realizado por el perito de la parte querellante y un médico forense del Poder Judicial de la provincia de Río Negro.-----

----- Agrega que para reprochar mala praxis se “debió traer a colación las concausas del deceso de FNP, establecidas por los peritos intervinientes. Esto era de vital importancia, pues se trata de aquellas situaciones que no se comportan como presupuestos propios de la acción; aparecen como concurrentes o auxiliares y están orientadas a colaborar en el resultado propuesto, actuando complementariamente” (fs. 1464). También indica que a fs. 620 se determinaron cinco concausas: paro cardíaco, acidosis respiratoria, extubación precoz en UTI y reintubación tardía, inadecuada reposición de líquidos y traslado del paciente en condiciones no aconsejadas. A ello suma que el dictamen del perito de parte y el médico forense informa como concausa de la muerte que la

intoxicación con dióxido de carbono por defecto en la ventilación pulmonar en circuito circulatorio se debió a la acidosis respiratoria que presentaba el paciente.- - - - -

----2.b.1.ii) “Arbitrariedad e ilogicidad en la valoración del material probatorio, teniendo en cuenta las causas y concausas del deceso de F.N.P.”: En este punto, considera arbitrario el reproche de “haber comenzado con una batería de medidas y medicamentos sin contar con un diagnóstico preciso; haber suministrado corticoides contraindicado para un paciente con edema agudo de pulmón; haber expandido generosamente con líquidos al paciente; haber participado en el proceso de extubación del paciente, cuando la indicación no era la adecuada; y haber determinado //7.- cómo sería el tratamiento a seguir desde el ingreso del paciente a Terapia, elección de medios que fue equivocada”.- - - - -

---- Refiere que la correcta valoración del material probatorio no arroja como resultado la existencia de una relación de causalidad –adecuada, eficaz y relevante- entre la actividad terapéutica desarrollada por Andrade y el resultado no previsto ni querido. Las causas y las concausas del fallecimiento del joven P. no pueden ser atribuidas a su asistido pues él no ha sido su productor.- - - - -

----2.b.2) Asimismo, el casacionista plantea la existencia de “[e]rrónea aplicación de la ley penal sustantiva – Defecto de fundamentación”: Aduce en este aspecto que el juzgador yerra al sostener la existencia de cuatro autores, con lo que desvirtúa el grado de participación criminal que adjudica, en tanto se trata de coautores, concepción jurídica excluida en los delitos culposos. Expresa que tal conclusión resulta de la aplicación de la teoría foránea de las coautorías paralelas adoptada en la legislación germana, lo que se aparta la previsión legislativa contenida en el art. 45 del Código Penal Argentino y por tanto su empleo comporta una errónea aplicación del marco jurídico establecido para la participación criminal.- - - - -

----2.b.3) Finalmente, en el “Petitorio”, el letrado solicita que se anule la sentencia dictada por la Cámara Segunda del Crimen de Cipolletti.- - - - -

----2.c) Escrito de los doctores Eves Tejada y Gerardo Tejada en representación de Pablo Esteban Kirilovsky y de Inés Fabiana Aguirre Neira:- - - - -

//8.--2.c.1) En el acápite “Reflexiones previas”, los defensores expresan que la atención del paciente se dividió en tres etapas: la primera, en el quirófano (respecto de la cual se imputa al doctor Pablo Esteban Kirilovsky); la segunda etapa correspondió a la primera atención en Terapia Intensiva (con la que se relacionan los imputados doctores Joaquín Víctor Andrade y Nelson Rubén Fernández Santibáñez), y la tercera, asociada a la

última atención en terapia intensiva (a cuyo respecto se imputa a la doctora Inés Fabiana Aguirre Neira). De ahí concluyen que si la “mala praxis” como causal desencadenante de la muerte del paciente se consumó en “una” de dichas etapas, quedan descartadas las responsabilidades penales de los demás médicos.- - - - -

-----2.c.2) En lo relativo a los requisitos sustanciales del recurso, afirman que la sentencia violenta el art. 370 del Código Procesal Penal, que obliga al Tribunal a enunciar el hecho y las circunstancias que hayan sido materia de acusación, lo que acarrea la sanción del art. 375 inc. 3° del rito. En este punto, entiende, no cabe duda de que el problema planteado al sentenciante ha sido establecer cuál fue la “mala praxis” que exige la ley y, lo que es más difícil aun, determinar quién la realizó.- - - - -

----- Sostienen además que se desmerecieron las explicaciones científicas que expusieron los imputados en sus indagatorias, sobre lo cual se explaya, argumento que analizaré infra.- - - - -

-----2.c.3) Posteriormente, en el subpunto titulado “Análisis de la calificación legal”, los recurrentes aducen que el Tribunal no ha podido demostrar, ni a través de los ///9.- informes médicos ni de la autopsia, cuál fue el origen del paro cardiorrespiratorio, ya que tampoco se ha probado que el sistema de oxígeno no funcionara correctamente. A su criterio, tampoco se ha demostrado en forma certera y precisa cuáles fueron los hechos, actos u omisiones que llevaron directamente a la muerte, y no existe entre Aguirre Neira y Kirilovsky la llamada e invocada teoría del principio de confianza. Así, la división horizontal del trabajo se caracteriza porque no existe una relación jerárquica de subordinación entre los diferentes miembros del equipo que tienen un nivel de formación similar y realizan la actividad conjuntamente.- - - - -

----- Agregan que Luzón Peña admitió conceptualmente la posibilidad de participación imprudente pero señaló que ella es impune.- - - - -

-----2.c.4) Finalmente, los defensores citan jurisprudencia y sostienen que: “1. ... [sus pupilos] en ningún momento tuvieron el dominio del hecho; 2. no existe una cadena o nexo causal entre el hecho imputado y el resultado final; 3. los hechos imputados no constituyen grave violación a la lex artis, no constituyendo en consecuencia \mala praxis\”.- - -

-----2.d) Escrito del doctor Roberto Germán Busamia en representación de Nelson Rubén Fernández Santibáñez:- - -

-----2.d.1) El doctor Busamia afirma en su recurso que se ha explicado con detenimiento y acudiendo a prueba relevante y provista por los peritos de la querrela que su defendido

no incurrió en ninguna de las conductas que la acusación y el fallo le reprochan.- - - - -

-----  
---- En lo relativo a la relación de causalidad, sostiene ///10.- que corresponde que se haga lugar al agravio y se declare que no existe nexo de causalidad entre la conducta endilgada y el resultado fatal, en tanto el reproche carece de tipicidad.- - - - -

-----  
----2.d.2) A continuación, bajo el título “Inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva. Relacionado a la interpretación equivocada de la figura del art. 45 CP. Autoría individual o paralela en delitos culposos”, el recurrente señala que el grave defecto para establecer cursos causales reales y probados en cada imputado desemboca en que las atribuciones de autoría carecen absolutamente de sustento normativo y vulneran la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “Navarro Rolando Luis y Otros s/ Homicidio Culposo” (Nº 107).- - - - -

----2.d.3) En el acápite siguiente (“Inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva. Relacionado a la no consideración de las eximentes de responsabilidad por error de diagnóstico o tratamiento, y por aplicación del principio de confianza. Arts. 45 y 34 CP. Omisiones de tratamiento de cuestiones esenciales oportunamente introducidas y relevantes a la decisión”), el defensor agrega que se omitió considerar las eximentes de responsabilidad introducidas al alegar, esto es, la concurrencia de la figura del posible error de tratamiento o diagnóstico no grosero y la concurrencia del desplazamiento de responsabilidad por la aplicación del principio de confianza.- - - - -

----2.d.4) En el subpunto encabezado como “Inobservancia de normas que el Código establece bajo pena de nulidad. Relacionada a la valoración probatoria absurda. Vulneración ///11.- arts. 110, 369 y 375 del CPPyC, y 200 Constitución Provincial. Sentencia arbitraria”, se introduce la cuestión relativa al defecto de motivación que exhibe la sentencia en cuanto a la defectuosa determinación de la relación causal, la defectuosa calificación de autoría, y las omisiones al tratar las cuestiones esenciales (principio de confianza y naturaleza del error excusable).- - - - -

----2.d.5) Bajo el título “Inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva. Relacionado a la interpretación del art. 20 CP. Alcance de la inhabilitación especial. Profesión de 'medico terapeuta'. Relación con la función desarrollada al momento del hecho investigado”, el doctor Busamia sostiene que si lo cuestionado a los terapeutas ha sido carecer de la idoneidad para actuar en situaciones de emergencia en un servicio de

terapia intensiva, es de toda lógica, contiene razón suficiente y proporcionalidad, que la pena de inhabilitación –por estas especiales circunstancias- se refiera al ejercicio de la especialidad de médico terapeuta, que es lo único para lo que a la fecha está habilitado su defendido.- - - - -

-----3.- INTRODUCCIÓN. HECHOS:- - - - -

----- Para una mejor comprensión de los argumentos que desarrollaré para resolver los agravios de las partes, he de comenzar citando los hechos que no están controvertidos. Dijo el sentenciante: “La víctima era un joven de dieciocho años de edad, buen estado de salud, los estudios prequirúrgicos así lo indicaron. Iba a ser sometido a una cirugía otológica (implante de drenaje en T oído medio derecho) para paliar una otitis crónica serosa. El paciente ///12.- fue catalogado por el anestesista como, ASA 1, es decir de bajo de riesgo correspondiente a una persona no enferma. Se programó esta cirugía con la suficiente antelación, no había urgencia. Se escogió el día 7 de abril de 2004 en víspera de la semana santa de ese año. A la hora indicada por el Dr. Caldenty (11:00 hs.), en la sala de quirófano 'A' del Sanatorio Río Negro, ingresó allí caminando F. [N.] P., en óptimo estado de salud. No excelente, porque claro está, ese problema en su oído esperaba por una solución médica. Comenzó el proceso de inducción anestésica el Dr. Pablo Esteban Kirilovsky, y en cuestión de minutos, ese joven sano, fuerte y lleno de vida, entró en paro cardíaco, sufrió un primer edema de pulmón. Salió muy maltrecho de ese trance. De quirófano pasó a la Unidad de Terapia Intensiva con la asistencia del Dr. Andrade. Él le dio ingreso en esa sección del Sanatorio Río Negro y fijó el tratamiento a seguir para enfrentar el cuadro que presentaba F. [N.P.]. Allí en menos de veinticuatro horas, y tras la intervención sucesiva del nombrado Andrade y los Dres. Fernández Santibañez y Aguirre Neira, llegó el final para esta historia que no debió ser” (fs. 1419/1420).- - - - -

-----4.- CUESTIONES DE HECHO:- - - - -

-----

En el presente apartado analizaré los agravios que las partes expusieron contra la fundamentación de la existencia y la autoría de los hechos típicos reprochados.- - - - -

----- A modo introductorio al tratamiento de los distintos planteos, realizaré una revisión integral de los hechos y de la prueba, donde resulta fundamental la pericial médica,///13.- incluida la producida por las partes. En cuanto a la responsabilidad profesional (mala praxis tipificada en sentido objetivo y subjetivo como homicidio culposo), será analizada desde la doctrina tradicional argentina (Soler y Núñez, quienes

publicaron trabajos importantes sobre el tema), pasando por el finalismo y sus distintas adaptaciones, específicamente la de Zaffaroni, hasta las concepciones objetivas (Cancio Meliá, Arce Aggeo, Jakobs, etc.), para demostrar que cualquiera sea la corriente que se siga, al menos en esta causa los resultados a los que se arriba son los mismos: la certeza absoluta de culpabilidad. La descripción es necesaria atento a la utilización del lenguaje jurídico penal mixto que los distintos recurrentes utilizaron según su parecer dogmático.- - - - -

----- El orden que seguiré a continuación sólo responde a la intervención cronológica que los imputados tuvieron sobre la salud de la víctima.- - - - -

-----A) Análisis del recurso de casación de los doctores Eves Tejeda y Gerardo Tejeda en representación de Pablo Esteban Kirilovsky (fs. 1496/1500):- - - - -

-----A.i) Según el agravio, se advierte una absoluta falta de motivación o fundamentación seria con relación a la conducta asumida por el imputado, absolutamente equívoca respecto de que “[e]s evidente que Kirilovsky a poco de comenzar con la inducción anestésica de la víctima, perdió el control de la situación. No advirtió Kirilovsky que había una falla en el sistema ventilatorio. Y esto ocurrió porque no prestó la debida atención sea al paciente o al instrumental mismo, y no se dio cuenta de lo que le estaba //14.- pasando al paciente y cuando lo hizo fue tarde. Concretamente que había una disminución en el suministro de oxígeno y un consecuente aumento de la presión de dióxido de carbono por falla en la ventilación. Debe tenerse en cuenta que esto sucedió mientras la víctima estaba intubada con asistencia mecánica respiratoria. Esto fue lo que provocó una acidosis respiratoria severa lo que a su vez generó el arresto circulatorio, para pasar a un edema de agudo de pulmón. Puedo dar por acreditado que esta falla en el sistema ventilatorio pasó desapercibido por Kirilovsky con las consecuencias antes indicadas. Prueba indiciaria que converge de manera unívoca a la hipótesis que sostiene que hubo falla en el ventilador, son los valores de gases en sangre tomados en quirófano y en Terapia Intensiva, los que en escaso margen de tiempo, evidencian que el cambio de un respirador a otro en lo inmediato acusó una variación significativa. En este punto comparto la valoración efectuada en la acusación por la parte Querellante en cuanto el exámen de la hora 13:07 se lo pretendió suprimir, y este es un análisis que solicitó el Dr. Andrade ni bien llegó el paciente a terapia. La sucesión de los análisis muestran una severa acidosis respiratoria a las 12:06 hs con hipoxemia, a las 12:12 hs (aún en quirófano) acusa hipercapnia con PO2 casi normal y continúa la acidosis, mientras que en el de las 13:07 (apenas ingresado a UTI) los

valores son casi normales al igual que la PO2. Esto es indicador de una típica falla respiratoria debido a que no había ventilación eficiente...” (conf. fs. 1496 y vta.).- - - -

----- La defensa agrega: “El gran error de los informes///15.- periciales obrantes en el expediente es atribuir a la hipercapnia la causa del paro cardíaco. [...] La hipoxia y la hipercapnia fueron las consecuencias del paro cardíaco súbito y no sus causas. [...] En ningún caso una hipercapnia de 78 mmHg implica una alteración grave de la función respiratoria y un grave trastorno de la homeostasis orgánica que puede llevar a un paro cardíaco [...]”.- - - - -

----- Al respecto comienzo diciendo que, por definición, el ejercicio médico en sentido general constituye esencialmente una injerencia directa en el cuerpo y la psiquis del paciente, cuando, previo consentimiento de este último –como requisito, salvo en casos de excepción-, el profesional y/o sus colaboradores desarrollan su actividad guiada por fines curativos o preservativos de la salud.- - - - -

----- Siguiendo esta lógica, el objetivo de la pesquisa penal consiste en determinar si el resultado producido (muerte o lesiones) ha sido consecuencia de la acción investigada y si ésta se ha ejecutado o no con pericia, en forma prudente, diligente y en observancia de los deberes a cargo. Para ello, entonces, es esencial conocer en qué debe consistir concretamente este deber y forma de actuar. Si bien es cierto que dicha delimitación deberá establecerse en el caso concreto en virtud de múltiples factores, hay requisitos generales que serán aplicables a todas las situaciones.- - - - -

----- En cuanto a la legislación genérica o específica que regula el ejercicio de cada actividad médica, también cobra relevancia, para los fines de la definición de la acción debida, el concepto de *lex artis* que se conforma con el ///16.- conjunto de disposiciones de orden médico, técnico y de aquellas costumbres no escritas que funcionan como indicadores de la conducta médica.- - - - -

----- “Es que el límite típico queda indefinido y ello remite a la vieja fórmula civilista del buen padre de familia, que *\mutatis mutandis\* es el hombre previsor y prudente, el *\homo normalis\* o el *\reasonable man\* anglosajón, o aun si se prefiere, el buen médico conforme con los cánones de su especialidad, que entiendo en el caso [no] cumplimentados” (conf. Se. 69/08 STJRNSP, in re “GALABURRI”) por parte de ninguno de los cuatro médicos imputados.- - - - -

----- Por las circunstancias precedentemente mencionadas, la delimitación de estas reglas y la especificación de cuál de ellas sería aplicable al caso estará a cargo de los

peritos médicos, ya que no se exigirá al juez –quien tampoco debe arrogarse esa facultad- ser experto en medicina ni en cualquier otra actividad que no sea exclusivamente el conocimiento de la ley (Paula Inés Argemani, Responsabilidad penal de los médicos, ed. Nova Tesis Editorial Jurídica, Derecho médico/6, dirigida por Ghersi y Wingarten, 2007, págs. 24/28).-----

----- Siguiendo este orden de ideas en cuanto a los peritajes, “[l]os jueces tienen el deber de dar un análisis desde el conocimiento empírico y la experiencia judicial y ponderarlo con las restantes pruebas. Las diferencias no pueden compararse como falsas oposiciones para unos parallogismos, sino de juicios críticos con base en el conocimiento científico que permita escoger o decidir desde ///17.- la ciencia. [...] En síntesis, en vez de la falsa oposición entre dictámenes contrapuestos, debe hablarse de complementariedad, sujeción a determinado método, evaluación y resultado, de modo que pueda descartarse la mala ciencia o puedan tomarse los fundamentos que nos acerquen a un juicio de certeza. Este trabajo intelectual del juez no puede ser cumplido por el perito, ni sustituido por presunciones. [...] El artículo 247 último párrafo del Código Procesal, en cuanto al dictamen y apreciación de la prueba pericial, exige al juez la valoración de los peritajes conforme con el principio de la libre convicción, para lo cual el legislador suministra al órgano judicial directivas flexibles, específicas para su examen de atendibilidad. [...] Tales directivas son enunciadas en el artículo 477 del Código Procesal Civil y Comercial, de aplicación supletoria: ‘La fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el Juez teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación, con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o letrados, conforme los artículos 473 y 474 y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca’. [...] Dichas pautas directrices, indicativas, son aceptadas con uniformidad por la doctrina, como requisito para una adecuada valoración conforme las libres convicciones: ‘En cualquier caso, si se quiere tener una adecuada valoración con las libres convicciones o asimilar los principios de valoración a las reglas de la sana crítica, el dictamen debe ser examinado teniendo en cuenta estas pautas: a) por la ///18.- representatividad y concordancia que corresponda en función del petitorio y del interés del juicio, lo completo del dictamen... b) si hubiere más de un perito, por la concordancia o discordancia de sus posiciones y opiniones; c) por los principios científicos en que se funde y si éstos son determinantes y admitidos sin exclusión (como, p. ej., los de la física), o son variables y dependen de diversas teorías

(como son los de la psicología); d) por el análisis crítico, la lógica de los razonamientos y los fundamentos que aseguran aquellos principios con los requerimientos del caso concreto, por medio de las operaciones realizadas; e) por la exposición adecuada de los antecedentes, de los fundamentos y de las conclusiones; f) por la jerarquía, antecedentes y prestigio del perito, es decir por su competencia objetivamente admitida; g) por su concordancia con el restante material probatorio, y h) por la comparación con al contraprueba que expongan los críticos como los consultores técnicos o los letrados' (Enrique M. Falcón, 'Tratado de la prueba', 2, 89). [...] La temática en tratamiento también ha sido materia de preocupación en

el sistema judicial norteamericano, en la adopción de criterios de valoración de la evidencia científica, que -es cierto- serían perfectamente congruentes con las anteriores mencionadas. Así, en el fallo 'Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals', del 28 de junio de 1993, el Tribunal Supremo Norteamericano estableció una serie de normas a la hora de examinar el testimonio de peritos médicos. En breve síntesis, ellas prevén determinar: a) si se pueden verificar las opiniones, afirmaciones o conocimientos científicos; b) //19.- si se ha publicado la teoría o técnica en una revista de prestigio que tenga un sistema de revisión por pares ('peer review'); c) cuál es la tasa de errores, o efectos no deseados (conocida o potencial), y d) cuál es el grado de aceptación o consenso sobre esa teoría o técnica en la comunidad científica. Por su parte, el Tribunal Supremo de Justicia de Texas agregó otras dos: e) en qué grado la técnica se basa en la interpretación subjetiva del experto, y f) qué aplicaciones y usos no judiciales se han derivado de esta teoría (ver 'La medicina basada en la evidencia en el sistema judicial norteamericano', en [www.cfnavarra.es/salud/anales](http://www.cfnavarra.es/salud/anales), págs. 1/6, 05-07-05). El fallo 'William Daubert, et ux., etc., et al., petitioners v. Merrel Dow Pharmaceuticals, inc.', Supreme Court of the United States, N° 92-102, puede consultarse en <http://straylight.law.cornell.edu>, págs. 1/13.- [...] Ocurre que la peritación es el medio empleado para transmitir y aportar al proceso nociones técnicas y objetos de prueba para cuya determinación se requieren conocimientos especiales y capacidad técnica (Florian, 'De las pruebas penales', T. II, págs. 351/353), y tal transmisión y aporte necesita de un encadenamiento de probabilidades racionales que, por lo tanto, se someten al análisis del juzgador, quien debe determinar su idoneidad interna. [...] Tal idoneidad interna (o su falta) no puede ser la conclusión de la sola mención acerca de la importante experiencia profesional de todos los peritos, cuando ésta no se corrobora con las constancias de la causa, ni del descarte de una de las técnicas utilizadas, si el

desmerecimiento -sin más- proviene de su no admisión ///20.- por parte de los otros peritos. Tampoco conforma una valoración racional la pasión o convicción con la que éstos se expresaron en debate, o el convencimiento acerca de su honestidad, ya que dichas pautas no permiten alejar la impericia. [...] En fin, no se trata de la honestidad de los peritos, sino de la calidad de la prueba. Hay buena y mala ciencia y el juez está obligado a distinguirlas. En esta inteligencia, los magistrados poseen las más amplias facultades de decisión respecto del dictamen formulado por los peritos, ya que, aun siendo un profano en la temática específica a evaluar, siguiendo las reglas de la sana crítica podrá apartarse de él, en todo o en parte, demandar ampliaciones e informes periciales y ordenar la realización de otros nuevos (Norberto Montanelli, 'Responsabilidad criminal médica', Ed. García Alonso, 2005, pág. 328).- [...] La responsabilidad de los jueces en la selección de la evidencia científica, incluso, '\... ya no es resolver conforme a los principios de la norma, de la ley, de la regla de experiencia en la lógica, de la filosofía y de la evidencia, sino de filtrar la evidencia, o sea, esto sí condice con nuestra formación europeísta. En última instancia, somos nosotros, los jueces, los que escogemos las pruebas, los que les asignamos un valor determinado, los que las proyectamos en el tiempo, los que les damos sentido y razón de ser en función de lo debatido en el proceso o lo alegado por las partes' (conclusión a mi cargo en el coloquio 'Los jueces y la evidencia científica', San Carlos de Bariloche, 18 y 19 de abril de 2005)" (Se. 101/05 STJRNSP, en autos "SANDOVAL").- - - - -

- - - - -///21.-- Sentado lo anterior, destaco que a fs. 48/66 obra el informe del Médico Forense doctor Ismael Hamdan, que practicó la autopsia de la víctima, quien luego del "examen externo individual", "examen cadavérico", "examen traumatológico" (cabeza, cara, cuello, tórax –pulmones, corazón, cavidades, etc.-), "abdomen" y "pelvis", desarrolla sus "consideraciones medicolegales" y "conclusiones", en las que sostiene que "... surge que la muerte de F.N.P., tiene como causa probable un cuadro de congestión y edema pulmonar sobreagudo. Para determinar la causa y las circunstancias que llevaron al deceso, se hace necesario contar con los antecedentes personales, de la historia clínica y la realización de los estudios toxicológicos... e histopatológicos de los materiales biológicos extraídos del cadáver ...".- - - - -

----- A fs. 172/183 se glosa el informe del laboratorio de toxicología y química legal que tuvo "por objeto determinar en el material remitido la presencia de sustancias tóxicas y medicamentos solicitados".- - - - -

----- A fs. 188/190 se agrega el informe del laboratorio de Histo y Citopatología General

al cual se solicitó un estudio histopatológico de vísceras. Allí consta la “metodología utilizada”, el “examen macroscópico” (“La forma del corazón se encuentra dentro de los parámetros normales. El pericardio visceral no muestra alteraciones... Con respecto al corazón derecho... Las válvulas tricúspide y pulmonar no presentan alteraciones macroscópicas... Al abrir cavidades izquierdas... la válvula mitral como la aórtica son de aspecto normal... La arteria aorta es de aspecto normal en ///22.- todo el trayecto remitido...”), el “examen microscópico” (“En todos los cortes de corazón estudiados se observan fibras miocárdicas de aspecto microscópico normal, sin signos de lesión celular, como así tampoco fibras hipertróficas. El intersticio no revela signos de actividad inflamatoria aguda ni crónica, más allá de algún ocasional infiltrado linfocitario alrededor de algunos vasos pequeños, sin significación fisiopatológica...”), y el “comentario”, en el cual dice: “Consideramos al edema y hemorragia pulmonares como la causa directa del fallecimiento. No existen parámetros histopatológicos para determinar cuáles fueron las causales de dicho severo cuadro pulmonar...”.- -

----- A fs. 222/249 se observa el dictamen pericial médico legal realizado en forma conjunta entre el Médico Forense doctor Ismael Hamdan y el médico perito de parte doctor Delfín Francisco Delgado. En él se desarrollan capítulos sobre los antecedentes de autos de interés médico legal (con cuadros sobre “signos vitales”, “balance hídrico en terapia intensiva”, “medicación recibida”, “determinaciones bioquímicas”), el informe del peritaje toxicológico, el informe de la autopsia médico-legal, la anatomía patológica (peritaje histopatológico) y el examen microscópico (informe de histopatología). Luego se exponen las “consideraciones medicolegales”: “... Riesgo: es, la posibilidad de que un hecho ocurra, es similar a probabilidad. Uno de los riesgos más graves en Anestesia es el Paro Cardíaco y/o respiratorio y la muerte durante el procedimiento. El riesgo anestésico se evalúa por la Clasificación del estado físico quirúrgico de la Asociación Norteamericana de///23.- Anestesiólogos (ASA) que se usa en Argentina y gran parte del mundo. [...] Clasificación de la ASA. Esta es una clasificación del estado general del paciente, antes de iniciar un procedimiento, de cara a la anestesia y riesgos operatorios: Clase I: no hay alteraciones orgánicas, fisiológicas, bioquímicas o psiquiátricas. El proceso patológico para el cual se va a practicar la cirugía se encuentra localizado y no ocasiona alteraciones sistémicas. [...] F.N.P. fue clasificado como ASA I. [...] R]ealizamos una estimación sobre el número de Paros Cardíacos en anestesia en dicha Institución [-Sanatorio Río Negro- ...] Si algo está claro, es que el PCR en Anestesia, es una circunstancia rara; y excepcional con ASA I o II. Es

importante recordar las recomendaciones dadas por el Dr. Vázquez Ferreira en el 29º Congreso Argentino de Anestesiología de Rosario, Argentina (2000) [...] La experiencia indica que las complicaciones anestésicas que más se repiten y dan lugar a juicios por mala praxis son: ventilación inadecuada [...] El incidente inicial, que dispara y genera una serie nueva de eventos concatenados, es el Paro Cardiorrespiratorio, luego de inducción anestésica en Quirófano. Posteriormente sobreviene Edema y Hemorragia Pulmonar, y la persona tiene Choque Cardiogénico. [...] Gases en sangre arterial F. N[.] P. [...] En medicina la disminución de valores de PO<sub>2</sub> es conocida como HIPOXEMIA, el aumento de PCO<sub>2</sub> como HIPERCAPNIA y el descenso del PH como ACIDOSIS (esta última puede ser Metabólica o lenta y Respiratoria o rápida). Todas estas situaciones, son consecuencias de otras, pero a su vez por sí mismas tienen //24.- capacidad de dañar severamente al organismo. Habitualmente los gases en sangre se miden en sangre Arterial, pero en caso de insuficiencia circulatoria, la PCO<sub>2</sub> se mide mejor en sangre Venosa, ya que en sangre arterial suele ser mas baja y no representa lo que está ocurriendo, realmente en el organismo [cita bibliográfica N° 61]. La disminución o ausencia del aporte de Oxígeno a las células, el aumento de la PCO<sub>2</sub> y la Acidosis provocan daños inmediatos y tardíos, de leves a severos, todo depende del tiempo que dure la injuria [citas bibliográficas N° 89, 91, 92, 93]. De acuerdo a la foja de anestesia el PCR duró 5 minutos (11,45-11,50) 16 minutos luego (12,06 hs) tiene Acidosis Respiratoria Severa, con Hipoxemia; si la ventilación pulmonar en el PCR es normal la PCO<sub>2</sub> debe estar normal o baja, no alta [citas bibliográficas N° 60 a 63]. A las 12,12 (aún en quirófano) o sea 6 minutos después, tiene Hipercapnia con PO<sub>2</sub> casi normal y continúa en Acidosis; el Dióxido de Carbono (CO<sub>2</sub>) difunde 20 veces más rápido

que el Oxígeno (O<sub>2</sub>) en aire o en líquido, por lo tanto, debía normalizarse mucho antes que la PO<sub>2</sub>; es indudable que en Quirófano, existía un factor que provocaba Hipercapnia, podría deberse, a falla en la eliminación, de CO<sub>2</sub> en el circuito respiratorio [citas bibliográficas N° 32, 95]. A las 13,07 luego del ingreso a UTI la PCO<sub>2</sub> llegaba a valores prácticamente normales, al igual que la PO<sub>2</sub>. Hay razonable certeza médico legal, para establecer, que durante la Anestesia de FNP, se produjo un defecto Ventilatorio sin Hipoxemia que generó Acidosis Respiratoria severa, la cual a su vez, provocó paro cardiorrespiratorio de duración//25.- desconocida, y a posteriori aturdimiento cardíaco más conocido por su nombre en Inglés de '\Stunning Heart\' (Corazón atontado o aturdido) [citas bibliográficas N° 42 a 59]. Luego del PCR tiene

Edema Agudo de Pulmón (EAP) y es derivado a Terapia Intensiva. Este cuadro clínico: Insuficiencia Ventricular Izquierda por Corazón Aturdido post PCR, empeoró en UTI, debido a hidratación generosa [citas bibliográficas N° 64, 69 ...] y retiro temprano de la ARM [-asistencia respiratoria mecánica-] que generaron nuevo EAP y reinstalación de ARM...”.- - - - -

----- A fs. 611/614 los peritos de parte doctores Miguel A. Delgado y Sandra Sonia Costantini realizaron una ampliación sobre el peritaje realizado en el Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y dijeron: “El Anetesiólogo detecta el problema con los resultados de los gases en sangre de las 12,06 hs., ya que cambia drásticamente los parámetros ventilatorios (cambia el Volumen Corriente un 50% disminuyendo de 600 c.c. a 400 c.c. y la Frecuencia del Respirador un 100% pasando de 12 a 24 por minuto). Dicho cambio sólo logra en 6 minutos (nuevos gases a las 12,12 hs.) normalizar el nivel de Oxígeno, pero apenas un modesto cambio en el nivel de Anhídrido Carbónico. Esto abona aún más la demostración que la etiología inicial del problema radica en el Equipo de Ventilación y Anestesia, dado que un paciente sano como el difunto P., dichos cambios deberían haber corregido la anormalidad en forma completa, dado que el Anhídrido Carbónico es 20 veces más difusible que el Oxígeno. [...] El defecto ventilatorio y por ende la acidosis respiratoria se corrigen al pasar el ///26.- paciente a Terapia Intensiva, con el solo hecho de desconectar al paciente del sistema ventilatorio que se estaba usando en quirófano y cambiar el respirador al que estaba en uso en UTI. [...] Conclusiones finales generales [...] Falla ventilatoria aguda, seguida de acidosis respiratoria aguda sostenida, seguida de arresto circulatorio, seguido de shock post-reanimación, edema agudo de pulmón y síndrome de respuesta inflamatoria sistémica”.-

----- A fs. 616/620 (ratificado a fs. 939/940) informan “en Junta Médica los Peritos Oficiales del Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema de la Nación Dres. María Alejandra Preibisch, Dr. Felipe Bruno y Dr. Héctor Papagni, el Perito Oficial del Cuerpo Médico Forense de la IV Circunscripción Judicial Dr. Fernando Allemandi, junto con los peritos de parte propuestos Dres. Miguel Angel Delgado, Dra. Sandra Sonia Costantini y el Dr. Beute Carlos Alberto Gustavo. [...] Consideraciones médico legales [...] A las 11:45 hs. se describe paro cardíaco [...] Se deja constancia que si bien la recuperación del paro cardíaco duró 5 minutos aproximadamente no se desconectó la asistencia respiratoria mecánica para ventilar al paciente con ambú o codo bolsa (según protocolo ACLS). La primera gasometría consta a las 12:06 hs. o sea post paro cardíaco

interpretándose la misma como una acidosis respiratoria para luego convertirse en una acidosis mixta con hora 12:12. [...] Se deja constancia que no hubo seguimiento de gases hasta las 15:20 hs. [...] Conclusiones [...] existió un paro cardíaco sin descripción del mismo en cuanto a su tipo (si fue en asistolia, fibrilación ventricular o actividad eléctrica sin pulso). ///27.- [...] Del análisis de las circunstancias en torno al paro cardíaco encontramos retrospectivamente una acidosis respiratoria, no pudiéndose determinar cuándo comenzó la misma, ya que no se cuenta en el parte anestésico datos de capnografía. El tratamiento de la acidosis respiratoria aún cambiando los parámetros respiratorios fueron insuficientes”.- - - - -

----- A fs. 1421/1422 el a quo argumentó que el Médico Forense doctor Ismael Hamdan “explicó en la audiencia que \Hay dos circunstancias. Una es en el período anestésico, el paro cardiorespiratorio surge de un aumento de la concentración de dióxido de carbono en sangre. Esta hipercapnia trae aparejado la acidosis respiratoria. Además el dióxido de carbono trae trastornos: vasoparálisis periférica, la acidosis respiratoria interfiere en el metabolismo celular. Una acidosis marcada produce una injuria. [...]\\. En consonancia con lo dictaminado y declarado por el Dr. Ismael Hamdan, los peritos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ratificaron en el debate el informe de fojas 616, y concluyeron que daban validez al dictamen médico legal de nuestro Médico Forense. Cabe sí aclarar que el único que restó credibilidad a esta posición fue el perito de parte ofrecido por Kirilovsky, el Dr. Beute quien pese a firmar el informe conjuntamente con los peritos oficiales, en la audiencia de debate desarrolló de manera sorpresiva una hipótesis de muerte súbita que a mi criterio y en base a los informes valorados llega a pecar de absurdo...”.- - - - -

----- El sentenciante continúa argumentando (ver fs. 1422) ///28.- sobre este último extremo (muerte súbita), que será tratado infra en el apartado A.iv), en virtud de que aquí el recurrente plantea como agravio que habría existido un “paro cardíaco súbito”, hipótesis que carece de sustento fáctico- científico aplicable al caso, nunca se mencionó en el expediente y ningún perito siquiera la refirió.- - - - -

----- Los peritajes y testimonios de los peritos ya referidos fueron ponderados por el sentenciante, y éste advierte que son concordantes y complementarios entre sí y con respecto al material probatorio restante, a lo que agrega que también exponen un conocimiento, un método, una evaluación y un resultado científico que permiten decidir desde la ciencia. El juez resalta que tales pruebas corresponden a Médicos Forenses del Poder Judicial de la provincia de Río Negro y de la Nación y a peritos de parte, en cuyo

marco descarta fundadamente la hipótesis de muerte súbita que el perito de parte doctor Beate planteó en la audiencia de debate. Los peritos médicos expusieron los razonamientos y los fundamentos que aseguran los principios con los requerimientos del caso concreto por medio de las operaciones realizadas; asimismo, realizaron la exposición adecuada de los antecedentes, de los fundamentos y de las conclusiones. Asimismo, la jerarquía y la competencia objetiva de los peritos médicos no ha sido cuestionada. - - -

----- Entonces, quien quiera escapar a las reglas de la normalidad debe probar una causa exculpatoria o justificatoria, lo que no se observa en este caso en virtud de la precedente ponderación y las circunstancias mencionadas en el considerando 3, sumadas a que era una //29.- operación sin riesgo médico previsible (buen estado de salud del paciente y la sencilla operación menor programada con un especialista de oído) para la cual se contaba con el consentimiento informado. - - - - -

----- En síntesis, los jueces escogieron las pruebas y les asignaron un valor determinado, dándoles sentido y razón de ser en función de lo debatido en el proceso y lo alegado por las partes (vid fs. 1423/1425), mientras que el argumento recursivo sólo se sustenta en afirmaciones de la parte que—además de no haber sido expuestas oportunamente—carecen de idoneidad interna, se oponen al resto de la prueba y no exponen un conocimiento, un método, una evaluación y un resultado científico que permitan decidir desde la ciencia.-

----- Todo lo anterior permite concluir de forma certera que el agravio carece de eficacia recursiva. - - - - -

-----A.ii) En otro de los agravios, la parte señala: “Continúa el sentenciante diciendo:...\Si Kirilovsky afirma que tenía a su vista y alcance el capnógrafo, y doy por cierta su versión, puedo inferir entonces o que no efectuó el control cuando debía hacerlo y esto llevó a que no pudiera evitar la hipercapnia, o en su defecto, el aparato directamente no funcionaba o lo hacía de manera por demás defectuosa y llevó a igual resultado...””, a lo que agrega que “[r]esulta a todas luces una apreciación arbitraria que no se condice con las pruebas obrantes en la causa ya que la presencia del oxicapnógrafo en quirófano queda demostrada por las declaraciones testimoniales... Su existencia y buen funcionamiento también quedan demostradas por las facturas de compra del aparato y por el parte anestésico de la última //30.- cirugía inmediatamente anterior... El oxicapnógrafo fue dañado por el edema pulmonar que sufrió el paciente como consecuencia del paro cardíaco...” (fs. 1498 y vta.)- - - -

----- Establecido en el apartado anterior (A.i) que la hipercapnia fue la causa del paro cardíaco, queda en evidencia la insuficiencia argumental del agravio en virtud de que el a quo estableció que dicha hipercapnia sólo pudo ser posible porque el imputado no efectuó el debido y oportuno control (con o sin oxicapnógrafo), con lo cual, aun en la hipótesis de buen funcionamiento del aparato, el fundamento del sentenciante queda inalterado.- - - - -

----- “Es negligente la persona indolente y desaprensiva que obra con desidia y despreocupación, y que por esa razón no ha previsto debiendo hacerlo, las consecuencias de su conducta” (conf. Laje Anaya y Gavier, Notas al Código Penal argentino. Parte Especial, Tº II, 1995, pág. 42).- - - - -

----- Además, el fundamento del a quo también se sustenta en los argumentos que a continuación se transcriben como referidos a otro agravio (conforme lo fraccionó el recurrente).- - - - -

-----A.iii) En el siguiente cuestionamiento, la parte recurrente cita el fragmento del fallo donde dice: “Tan es así que ni siquiera pudo diagnosticar qué tipo de paro cardíaco había sufrido el paciente. Esto surge de la foja anestésica como así lo demuestra también el ingreso posterior de la víctima en Terapia Intensiva, quedó plasmado en la historia clínica y fue reconocido a su vez por el Dr. Joaquín Andrade. Ese no saber desde su posición como médico anestesista, también le es reprochable penalmente porque de ///31.- haber estado atento al visor que monitorea el corazón, hubiera conocido qué tipo de arresto circulatorio estaba sufriendo F. [N.] P. Así lo explicaron los peritos de la Corte Suprema de Justicia en la audiencia de debate. Esto les llamó la atención ya que si el paciente estaba monitoreado se hubiera apreciado qué tipo de paro cardíaco se estaba presentando en ese momento. Esto es relevante ya que consignar el tipo de paro cardíaco es básico para iniciar un protocolo u otro” (fs. 1425 y 1498 vta.)- - - - -

----- La defensa luego afirma que “la determinación de la clase de paro cardíaco que padeció la víctima en quirófano, su simple conocimiento carece de importancia práctica ya que como es de notoriedad el protocolo empleado por el Dr. Kirilovsky en la emergencia logró salvar al paciente sin interesar la nomenclatura que exige el sentenciante...” (fs. 1498 vta.)- - - - -

----- Es cierto que la víctima fue reanimada luego del paro que sufrió en el quirófano; sin embargo, no puede carecer de importancia práctica la determinación de la clase de paro cardíaco que “es el punto de partida en la secuencia cronológica, el que marcó el

impulso hacia el resultado final muerte. A esa acción o conducta, movimiento -para graficarlo de un modo- de manera individual y paralela, aportaron al curso causal Andrade, Fernández Santibañes y Aguirre Neira, entendiendo que todos ellos fueron los cocausantes de la muerte” (fs. 1423).- - - - -

----- Ello se corrobora, además, con las circunstancias que se sucedieron a las maniobras de reanimación (vid fs. ///32.- 1423/1426).- - - - -

-----A.iv) Según el siguiente agravio desarrollado, el sentenciante pone de resalto su parcialidad al desmerecer la opinión del único perito de parte, doctor Beute, quien en forma normal –y no de manera sorpresiva- planteó la hipótesis de muerte súbita, hipótesis que el juez –no docto en la materia- consideró como absurda.- - - - -

----- En primer lugar, es oportuno decir que en el Auto Interlocutorio N° 463/05 del Juzgado de Instrucción N° 21 dictado en los autos “Incidente de recusación respecto del perito Alberto Gustavo Beute...” se sostuvo: “El perito propuesto –Dr. Beute-, es cierto que resulta ser Jefe de Anestesiología del Sanatorio Río Negro SA -conforme constancia de inspección ocular realizada en el lugar por el Tribunal, ver fs. 4/7- e integrante de tal sociedad–conforme informe de fs. 15/18-, sin perjuicio de ello, al mismo no le comprenden las prescripciones del art. 47 del C.P.P. [...] Así, los peritos de parte –propuestos a su costa- seguramente se encontrarán compenetrados con el punto de vista de la misma, y por ello plantearán en el acto pericial –contradictorio- oposición, discutirán determinados métodos de exámenes, evaluaciones y/o resultados, que conllevan a la exigencia en el rigor científico y consecuentemente al beneficio innegable para la calidad técnica de sus conclusiones. Las que serán evaluadas por el Juez de acuerdo al principio de la libre convicción”.- - - -

----- En sentido concordante, la supra referida Junta de Peritos asentó: “Queremos señalar que el Dr. Beute Carlos Alberto Gustavo perito de parte propuesto por el Dr. Pablo ///33.- Esteban Kirilovsky, de acuerdo a lo que surge de autos es el jefe de anestesiología del servicio donde ocurrieron los hechos investigados así como parte accionista del Sanatorio donde falleció F. [N.] P. con lo cual a nuestro entender es parte interesada en la causa” (fs. 939/940).- - - - -

----- Sumo a ello que ningún perito –durante el curso del proceso- mencionó la posibilidad –ni siquiera remota- de la hipótesis de muerte súbita de la víctima, ni siquiera el mismo doctor Beute al realizar el informe conjunto con los peritos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.- - - -

----- Además, el juzgador manifestó que el doctor Beute “en la audiencia de debate

desarrolló de manera sorpresiva una hipótesis de muerte súbita que a mi criterio y en base a los informes valorados llega a pecar de absurdo. Ello al extremo de sostener que la víctima vivió casi 24 horas más porque sufrió un cuadro de muerte súbita, justo en el quirófano y en medio del proceso de inducción anestésica iniciado por Kirilovsky. Los argumentos que rebaten este dislate, entre otros fueron también expuestos por el Dr. Ismael Hamdan quien a la pregunta '\¿Qué entiende por muerte súbita?\' Dijo: '\Es la muerte que sobreviene en una persona, aparentemente sana, sin conocer patología anterior. Acá hay una patología conocida. Si no es muerte rápida, que no encuadraría. Súbita es cuando sorprende. La muerte súbita se produce en una persona (lactante-adulto) es la muerte que sorprende en un aparente estado de salud sin conocer si existía una patología previa. Ausencia de trastornos histopatológicos, anatomopatológicos. En la autopsia el corazón tenía un peso ///34.- adecuado al peso corporal, era un corazón normal. Luego el estudio histopatológico lo corrobora. Los hallazgos son propios de las asfixias. Petequias. Edema. El edema pulmonar es una asfixia patológica, no mecánica...\''. También el informe del perito de parte Dr. Francisco Delgado en su extensa exposición en el debate descartaron de plano la posibilidad de que hubiera existido una muerte súbita, y en sentido igual de descarte lo hizo la otra perito de parte, la Dra. Costantini al explicar de un modo gráfico que si bien la muerte puede sobrevenir de manera sorpresiva, existen pródomos que previamente anunciarían ese desenlace, y en el presente caso de haber sido así hubiera sido advertido en los monitores respectivos del quirófano” (fs. 1422).- - - - -

----- De tal forma, la alegación del perito de parte ha quedado desconectada y descalificada por el resto de la prueba, al igual que las genéricas afirmaciones recursivas de fs. 1499 y vta., con lo cual el agravio es ineficaz.- - -

-----B) Análisis del recurso de casación del doctor José Ignacio Gerez en representación de Joaquín Víctor Andrade (fs. 1455/1485):- - - - -

- -

----- La defensa sostiene que se “le reprocha–arbitrariamente- haber comenzado con una batería de medidas y medicamentos sin contar con un diagnóstico preciso; haber suministrado corticoides contraindicado para un paciente con edema agudo de pulmón; haber expandido generosamente con líquidos al paciente; haber participado en el proceso de extubación del paciente, cuando la indicación no era la adecuada; y haber determinado como sería el tratamiento a ///35.- seguir desde el ingreso del paciente a Terapia, elección de medios que fue equivocada” (sic, fs. 1466).- - -

-----B.i) Con relación a la expansión generosa de líquidos reprochada a Andrade, su defensa se agravia en tanto el sentenciante tuvo por acreditado "... el grave error en que incurriera como fue el haber dispuesto una 'expansión generosa' (tal como surge de la hoja de enfermería en la que se asienta que se pasa 3.000 cm<sup>3</sup> entre las 12:15 y las 16:00 hs) lo que juntamente con la extubación realizada con un paciente hemodinámicamente inestable resultó precoz (véase al respecto dictamen pericial de fojas 618)". Cuestiona tales afirmaciones señalando que, si uno repara en las constancias documentales incorporadas al debate (conf. planilla de enfermería), se podrá observar que el doctor Andrade, durante el tiempo que estuvo a cargo del paciente P. (12:45 a 14:00 hs.) no le realizó "expansión generosa de líquidos" (fs. 1466).- - - - -

----- Las crítica precedente es absolutamente insuficiente para controvertir la fundamentación del a quo: "Andrade al ser indagado negó [...] Se excusa diciendo que su turno había terminado a las 14:00 hs., pretendiendo trasladar la carga de la atención de la víctima a quien le seguía en el turno, el Dr. Fernández Santibañez. A ello debo decir que Andrade no era uno más en el grupo de médicos de lo que debió ser el equipo de Terapia Intensiva del Sanatorio Río Negro. Se ha probado que [...] tenía ascendencia sobre el resto del plantel (véase informe de fojas 1235/6, lo declarado por Ayala y el mismo Fernández Santibañez). Esto es clave y explica que a pesar de que Andrade sostenga que ///36.- su turno finalizó a las 14:00 hs., la realidad indica que se quedó en el sanatorio hasta pasadas las 17:00 hs. y esto guarda relación con la atención y cuadro grave que presentaba F. [N.] P. El imputado Andrade determinó cómo sería el tratamiento a seguir desde el ingreso del paciente a Terapia, y la elección de medios fue la equivocada" (fs. 1428).- - - - -

----- La defensa agrega luego que resulta arbitrario endilgarle a Andrade esta cuestión cuando es el propio Fernández Santibañez quien al momento de declarar ante el Tribunal reconoció y aseveró haber sido él el que le administró al paciente P. líquidos fuera de plan a partir de las 14:00 hs. en adelante y que lo realizó hasta las 16 hs. (fs. 1467).- - - - -

----- Al respecto, en el acta de debate de fs. 1347/1355 se dejó constancia de lo declarado por el imputado Fernández Santibañez: "... el día 07/04/04 yo trabajaba en el servicio de terapia intensiva, a las 14 hs. ingreso a la sala de médicos. [...] El Dr. Andrade me comenta sus pacientes. [...] Me comentó que F. [N.P. ...] Dentro de las posibilidades de shock, manejábamos [...] Se ingresó volumen, líquido por vena [...] Ya

llevaba una hora y media [...] Me comentó que estaba preocupado del paciente y que lo mantuviera al tanto. Todo esto desde que llegué al servicio. Habrá pasado una hora aproximadamente. Me dedico a evaluar a cada paciente. El primer box es el 11 [el de la víctima], así que me acerco a la chapa, donde están los controles médicos y de enfermería, no había nada. Me acerco al paciente [...] Reviso los controles de enfermería [...] Sigo ///37.- revisando los demás pacientes. [...] Cuando termino de ver a los pacientes [v]uelvo a constatar [...] Al cabo de esto me acerco a la sala de médicos, le digo al Dr. Andrade [...] Luego el Dr. Andrade me dice que le coloquemos el tubo en T. [...] Esto entre las 15 y las 16 hs.”. Ante la pregunta acerca de si en su turno había indicado la administración de líquidos, el declarante sostuvo: “Sí, indiqué solución fisiológica, con un goteo más rápido de lo habitual. Lo hice en dos oportunidades. [...] Antes de la extubación”. También se lo interrogó respecto del procedimiento del tubo en T, y el doctor Fernández Santibáñez explicó: “Se tiene en cuenta si se puede iniciar el tratamiento. Ver si el paciente se mantiene lúcido. Tuvimos en cuenta que estaba lúcido, que entendiera las maniobras que íbamos a hacer. [...] Se desconecta el respirador y se coloca en el mismo tubo oxígeno puro. [...] lo dejamos 45 minutos aprox. [...] Cumplido el tiempo, el Dr. Andrade me comunica que lo va a extubar. Lo hace él primero y yo lo confirmo. [Eso fue a las] 5 de la tarde aproximadamente. [...] No se pasó más líquido a partir de las 16 hs., queda con el plan de hidratación. En ese momento no llevaba un control estricto. No se indica ningún aporte líquido fuera del plan de hidratación”. Finalmente, cuando se le piden aclaraciones respecto de quién había estipulado el plan de hidratación, responde que había sido “[e]l médico anterior”.-

-----  
----- De tal forma, queda desvirtuado lo afirmado por la defensa, en virtud de que el imputado Fernández Santibáñez afirmó que su consorte de causa Andrade fue quien estipuló ///38.- el plan de hidratación, en función del cual indicó en dos oportunidades la administración de líquidos y con ello continuó aquella hidratación estipulada. Además, Fernández Santibáñez sostuvo que llegó a Terapia Intensiva a las 14:00 horas y que el comentario del doctor Andrade sobre los pacientes duró aproximadamente una hora; luego realizó un control en el box 11 y “no había nada”; el doctor Andrade comunicó que iba a extubar al paciente, para lo cual realizaron un control previo, le dejaron el tubo de oxígeno en T durante 45 minutos y luego lo extubaron aproximadamente a las 17:00 horas.-

----- Por último, sobre la expansión generosa de líquidos reprochada, agrego que los

peritos han sostenido: “Luego del PCR [-Paro Cardio Respiratorio-], tiene Edema Agudo de Pulmón (EAP) y es derivado a Terapia Intensiva. Este cuadro clínico: Insuficiencia Ventricular Izquierda por Corazón Aturdido post PCR, empeoró en UTI, debido a hidratación generosa [citas bibliográficas n° 64, 69...] y retiro temprano de la ARM [Asistencia Respiratoria Mecánica] que generaron nuevo EAP y reinstalación de ARM” (fs. 235 del dictamen médico-legal realizado en forma conjunta entre el Médico Forense y perito de parte); “... el catéter venoso central se usó sólo para '\hidratación generosa\' y no para medir Presión Venosa Central que hubiera sido un indicador grosero, pero útil para no efectuar sobrehidratación” (fs. 613, de los peritos de parte doctores Miguel A. Delgado y Sandra Sonia Costantini; la cita es sin perjuicio de la medición por catéter colocado antes de las 13:08 horas por la doctora Marisa Silvina Ayala en virtud del volumen ///39.- significativamente creciente de hidratación a partir de dicha hora, conf. fs. 38 –planilla de enfermería-, 1231/1232 –Riffo-, 1232 –Ayala-, 1275/1276 –Delfín Francisco Delgado-, 1347 –Fernández Santibáñez-). Además, se estableció: “... un paciente con edema agudo de pulmón al que se le realizó '\expansión generosa\' (en hoja de enfermería dice que se pasa 3.000 cm<sup>3</sup> entre las 12:15 y las 16) sin consignarse en la historia clínica control de presión venosa central” (fs. 618, de la Junta Médica de Peritos).- - - - -

----- Finalmente, destaco que el imputado Fernández Santibáñez -previa pregunta acerca de si, de haber sabido que el paciente tenía un edema agudo de pulmón, le habría pasado líquido- sostuvo en la audiencia de debate: “No sé si la cantidad, pero sí hubiera pasado líquido porque es parte del tratamiento del shock” (fs. 1354), lo que cobra relevancia respecto del imputado Andrade, quien sí sabía que tenía “edema pulmonar agudo” al momento de ingresar a Terapia Intensiva (véanse fs. 1288 y 1293).- - - - -

-----B.ii) También se plantea como agravio la falta de certeza de que el doctor Andrade haya participado en la decisión de extubar al paciente pues, en primer lugar, por una cuestión de turnos, no se encontraba a cargo del paciente, en tanto el turno del doctor Santibáñez era de 14 a 20 horas, por lo que él era el responsable. La defensa también plantea que la enfermera Marcela Asad aseguró que el doctor Andrade no se encontraba presente al momento de ser extubado, y agrega que es arbitrario sostener la “ascendencia que le atribuye al Dr. Andrade sobre el resto ///40.- del plantel (de médicos)” por ser el coordinador administrativo de la Unidad de Terapia Intensiva –no era jefe- y tener “una sólida preparación profesional y alguno de los galenos lo consultaba”, aun cuando era uno de los médicos más jóvenes del Sanatorio.- - - - -

- - - -

----- Las afirmaciones carecen de eficacia recursiva ante los fundamentos expuestos por el sentenciante: “Andrade al ser indagado negó haber dispuesto y/o participado en la extubación del paciente F. [N.] P. Se excusa diciendo que su turno había terminado a las 14:00 hs., pretendiendo trasladar la carga de la atención de la víctima a quien le seguía en el turno, el Dr. Fernández Santibañez. A ello debo decir que Andrade no era uno más en el grupo de médicos de lo que debió ser el equipo de Terapia Intensiva del Sanatorio Río Negro. Se ha probado que era su coordinador y... lo cierto es que tenía ascendencia sobre el resto del plantel (véase informe de fojas 1235/6, lo declarado por Ayala y el mismo Fernández Santibañez). Esto es clave y explica que a pesar de que Andrade sostenga que su turno finalizó a las 14:00 hs., la realidad indica que se quedó en el sanatorio hasta pasadas las 17:00 hs. y esto guarda relación con la atención y cuadro grave que presentaba F.[N.] P. El imputado Andrade determinó cómo sería el tratamiento a seguir desde el ingreso del paciente a Terapia, y la elección de medios fue la equivocada. Se ha probado que entre las 16:30 y 17:00 hs de ese día 07/04/04, el Dr. Joaquín Andrade juntamente con el Dr. Fernández Santibañez llevaron a cabo el procedimiento de extubación. Así lo declaró en el debate la enfermera ///41.- Vanesa Arangues quien incluso intervino colaborando siguiendo las indicaciones de Andrade y Fernández Santibañez” (fs. 1428/1429).- - - - -

----- A lo anterior agrego que en el acta de audiencia de debate de fs. 1274 se dice: “A pedido del Dr. Gerez consta: ‘¿Quiénes estaban junto al paciente cuando fue extubado? La enfermera, yo, el Dr. Fernández y no sé si estaba cerca el otro enfermero\’”.- - - - -

- - - - -

----- Es decir, esta constancia (registrada a pedido del aquí recurrente) no permite inferir que se “asegura que el Dr. Andrade no se encontraba presente”, circunstancia que a su vez se descarta ante las coincidentes afirmaciones de Fernández Santibañez y Vanesa Arangues.- - - - -

----- En cuanto a la “ascendencia sobre el resto del plantel” que se atribuye a Andrade - aun sin carácter de “Jefe”- y de su importancia en el caso concreto para disponerse la extubación, el recurrente sólo expone su disconformidad subjetiva sin sustento en prueba alguna, a lo que sumo que admite que Andrade a la fecha del hecho desempeñaba la función de coordinador administrativo y que “alguno de los galenos lo consultaba”. Es decir, no se le reprochan a Andrade conductas en el carácter de “Jefe”, sino las violaciones a los deberes de cuidado (conforme con los peritajes médicos) en

que incurrió por su participación en el rol médico.- - - - -

-----B.iii) La parte alega que, según los parámetros relatados por el propio Fernández Santibáñez, el paciente P. se encontraba en condiciones de ser extubado. Refiere dichos de Fernández Santibáñez, Marcela Asad, Vanesa///42.- Arangues y Estela P.- - - - -

----- Sin embargo, el recurrente omite relacionar los datos que aportaron estos últimos con los dictámenes periciales y cómo –fundadamente- los desacreditaría.- - - - -

----- Lo dicho es suficiente para desechar la impugnación y dar plena validez a la argumentación del sentenciante: “Este fue un error grave y así lo explicaron en el dictamen la Junta de Peritos de la C.S.J.N, de este Poder Judicial y de los peritos de parte. \Esta extubación precoz provocó que el paciente entrara en insuficiencia respiratoria documentándose la misma con una pO<sub>2</sub> de 55\ (véase fojas 619). En la audiencia de debate el perito de la Corte Suprema de Justicia, Dr. Bruno explicó sobre lo inconveniente y lo desaconsejado de este procedimiento de extubación para un paciente que pocas horas antes había sufrido un paro cardíaco y un edema agudo de pulmón. Esta medida fue grave. Hubo un error de apreciación importante, por cuanto no había urgencia para acelerar la extubación, era necesario mantener al paciente con asistencia mecánica respiratoria para darle una buena ventilación como así asegurar una mejor eliminación de secreciones, etc, lo que también fue relatado por el Dr. Bruno en la audiencia. Mantenerlo con asistencia mecánica respiratoria era el tratamiento adecuado y aquí se hizo lo contrario aumentando de manera imprudente el riesgo en el paciente F. [N.] P. Asimismo el informe del perito de parte Dr. Miguel Delgado (brindado en el juicio) indica que cuando se retira la asistencia mecánica respiratoria los valores de PaO<sub>2</sub>/FiO<sub>2</sub> era de 54, mientras que un valor normal es mayor ///43.- de 250” (vid fs. 1429).- - - - -

-----B.iv) Otro motivo de agravio se centra en el presunto error en que incurriría el sentenciante al afirmar: “Tengo en cuenta también que de acuerdo a lo declarado por el perito de la C.S.J.N, Dr. Bruno, de haber evaluado correctamente el informe de gases en sangre de la hora 12:06 y 12:12, Andrade hubiera advertido que esos porcentajes elevados de CO<sub>2</sub> como así el PH, le estaban indicando un daño cardiogénico ventricular izquierdo”. La parte sostiene que el doctor Bruno no ha hecho esa afirmación, sino que en el debate él explicó que “una de las principales complicaciones de acidosis severa es la disfunción del ventrículo izquierdo”, lo cual es totalmente distinto de la interpretación que se le quiere atribuir (fs. 1476).- - - -

----- La impugnación es, cuanto mínimo, insuficiente para considerarla como un argumento recursivo, en virtud de que las referidas afirmaciones no son contradictorias en sí mismas, es decir, es erróneo sostener que hubo una incorrecta interpretación. Ello así, salvo que la defensa entienda que esas “afirmaciones” tienen diferentes bases o presupuestos médico-legales, lo que no se menciona ni demuestra.- - - - -

----- Por último, destaco que aquellas aseveraciones son concordantes con lo sostenido por el testigo César Abel Carreño, cardiólogo, cuando dijo: “Evidentemente el edema agudo de pulmón es sinónimo de insuficiencia cardíaca ventricular izquierda. Siempre es car[d]iogénico. Pero no siempre es debido a una enfermedad cardíaca” (del acta de debate, a fs. 1221). Asimismo, son coincidentes con lo dicho ///44.- por la imputada Aguirre Neira: “El edema agudo de pulmón es una manifestación de que el corazón no funciona bien. Eyecta mal sangre hacia delante. Se produce hipertensión retrógrada, por detrás del corazón. Detrás del corazón está el pulmón y recibe éste la sobrecarga de volumen por aumento de la presión hidrostática. El edema pulmonar es una manifestación de la insuficiencia cardíaca” (fs. 1282).- - - - -

-----B.v) En otro punto, la defensa se agravia porque el estudio de ecocardiograma fue solicitado por el doctor Andrade, juntamente con otros estudios complementarios, solicitud que consta en la Hoja de Historia Clínica de Ingreso y que efectuó cuando se hizo responsable del paciente P.; agrega que si bien insistió en la realización de aquél, su turno acababa a las 14:00 hs., razón por la cual en el pase de guardia le hizo conocer al doctor Fernández Santibáñez sobre la necesidad de hacer el estudio, lo que éste ha reconocido; por tanto, no puede reprochársele al doctor Andrade la omisión en su pronta realización, pues era el doctor Fernández Santibáñez quien, durante su turno, debió continuar con el seguimiento del estudio solicitado hasta su concreción.- - - - -

----- La valoración de estos hechos aislada, descontextualizada y parcializada deja en evidencia la insuficiencia recursiva.- - - - -

----- Quedó demostrado que Andrade recibió a la víctima en Terapia Intensiva, “comenzó con una batería de medidas y medicamentos sin contar con un diagnóstico preciso que podría haber obtenido” con “la realización del///45.- ecocardiograma”, dispuso de forma errónea una “expansión generosa” de líquidos y una extubación precoz, y –aunque sostenga que su turno finalizó a las 14:00 hs.- se quedó en el

sanatorio hasta pasadas las 17:00 hs.- - - - -

----- En otras palabras, no se advierte excusa o justificación legalmente aceptable en cuanto omitió haber exigido e insistido en la realización del ecocardiograma -de acuerdo con el cuadro de urgencia-, el que le habría brindado la posibilidad de precisar el diagnóstico y el tratamiento que se debía seguir. Es decir, “el eco era fundamental. Define qué hacer después” (conf. imputada Aguirre Neira, fs. 1283).- - - - -

- - - - -

----- No son datos menores el testimonio del perito de parte Delfín Francisco Delgado (“en la radiografía de las cuatro de la tarde se ve un edema de pulmón” -fs. 1275/1276, del acta de debate-) y el testimonio de César Abel Carreño, “el único cardiólogo que hacía ecocardiogramas”, quien dijo: “Evidentemente el edema agudo de pulmón es sinónimo de insuficiencia cardíaca ventricular izquierda... A mí me llaman luego de las 12 de la noche [... y] no recuerdo [que me hablaran de urgencia... sino, yo hubiera sugerido que se llame a otro” (ver fs. 1220/1221 –acta de debate-).- - - - -

----- En otras palabras, se corrobora la existencia de un real cuadro de urgencia que requería la exigencia y la insistencia en la realización del ecocardiograma, lo que se sostiene incluso más con el dato de que entre las 20:45 y las 21:00 horas del día 07-04-04 al paciente P. se le escuchaba edema agudo de pulmón, aunque “no” significativo según la imputada Aguirre Neira (fs. 1277/1278).- - - - - ///46.--B.vi) Otra de las críticas de la parte recurrente se refiere a que, en forma infundada y arbitraria, se le recrimina a Andrade haber comenzado con una batería de medidas y medicamentos sin contar con un diagnóstico preciso, como así también haber suministrado corticoides, cuando están absolutamente contraindicados para un paciente con edema agudo de pulmón. Sostiene que la atención fue adecuada cuando el menor ingresó a la Unidad de Terapia Intensiva y que es falso el hecho de que no haya contado con un diagnóstico, sobre lo cual no puede soslayarse que el doctor Kirilovsky no le proporcionó al doctor Andrade toda la información que éste necesitaba para atender la emergencia respecto del arresto circulatorio y la descripción de tipo de paro cardíaco que padeció P., y que en la Historia Clínica se aprecian los motivos de ingreso (shock perioperatorio, antecedente de enfermedad actual, paro cardíaco y posterior edema agudo de pulmón) y las hipótesis posibles fueron consignadas al final de la Historia Clínica y suponen la causa del edema pulmonar y del shock (fs. 1477/1478).- - - - -

----- Es cierto que la primera atención fue adecuada cuando el paciente ingresó a la Unidad de Terapia Intensiva, porque mantuvo inotrópicos, solicitó los estudios que

correspondían, mantuvo la respiración mecánica, por lo menos trató de asegurar el manejo ventilatorio, mantuvo y rotó la dopamina por noradrenalina (esto es adecuado). Éstas no son medidas discutibles, pero esta expresión no debe ser sacada de contexto, ya que hubo errores graves posteriores

por parte de Andrade que incidieron en el curso causal que llevó ///47.- a la muerte de la víctima (fs. 1427).- - - - -

----- En este sentido, quedó probado que se omitió haber exigido e insistido en la realización del ecocardiograma -de acuerdo con el cuadro de urgencia-, el que le habría brindado la posibilidad de precisar el diagnóstico y el tratamiento posterior (ver apartado precedente B.v).- - - -

----- El suministro de corticoides, que en un principio se estimó inadecuada en función del quantum (fs. 226 y 235, informe pericial), fue relativizado posteriormente (fs. 1480).- - - - -

----- La afirmación de que el doctor Kirilovsky omitió informar del arresto circulatorio y el paro cardíaco que padeció F.N.P. queda descartada con la constancia que realizó Andrade en la Historia Clínica (fs. 1293 y 1288).- - - - -

----- En cuanto a la descripción de tipo de paro cardíaco, en primer lugar es dable destacar que su determinación nada tiene que ver con la muerte súbita referida supra ni con la acreditación del paro cardíaco respiratorio. Sentado ello, es claro que Kirilovsky fue quien debió informar sobre el tipo de paro cardíaco que sufrió F.N.P. en el quirófano, con cuyo dato se habría establecido ab initio el protocolo de atención médica. Ahora bien, lo cierto es que no existe –ni hubo en algún momento- certeza de cuál pudo haber sido el tipo de paro cardíaco, circunstancia que en sí misma es una disfuncionalidad del anestesista y en el caso cobra relevancia para reprocharle a Andrade la ausencia de conducta (omisión) para exigir e insistir en la realización del ecocardiograma que, ante la indeterminación ///48.- del tipo de paro mencionado, era esencial para precisar el diagnóstico y el tratamiento.- - - - -

----- La cuestión de que en la Historia Clínica se aprecian los motivos de ingreso y las hipótesis posibles de “Impresión Diagnóstica” (fs. 1294 vta.), éstos son datos acreditados que en nada afectan las argumentaciones precedentes.- - - - -

- - - - -

----- Es más, cuando la doctora Aguirre Neira se hizo cargo de la Unidad de Terapia Intensiva (a las 20:00 hs.), el paciente seguía sin diagnóstico, lo que “[n]o debería” (sic, fs. 1287).- - - - -

-----B.vii) La defensa plantea también que resulta equivocada la apreciación de que Andrade determinó cómo sería el tratamiento desde el ingreso del paciente a Terapia Intensiva; aduce que, en realidad, el doctor Andrade determinó cómo sería el tratamiento desde el ingreso a Terapia hasta que concluyera su turno, momento a partir del cual las indicaciones debería darlas el médico que asumió el turno.-----

----- El argumento es inatendible, toda vez que se basa en el fraccionamiento de la atención del paciente P. según el horario formal de trabajo, con lo cual desatiende los hechos acreditados de las injerencias médicas que Andrade realizó hasta pasadas las 17:00 hs., aun cuando su turno había terminado a las 14:00; tampoco se hace cargo de que el tratamiento fijado por Andrade –que careció de diagnóstico preciso- fue continuado por Fernández Santibáñez (fs. 1431), en virtud de la “ascendencia” y las intervenciones médicas supra referidaa (ver apartados B.i, B.ii y B.v).----- //49.-C) Análisis del recurso de casación del doctor Roberto Germán Busamia en representación del doctor Nelson Rubén Fernández Santibáñez (fs. 1509/1524 vta.):-----

-----C.i) En primer lugar, el doctor Busamia se agravia puesto que, a su criterio, no existe la mínima referencia natural o jurídica que permita relacionar la conducta de Fernández Santibáñez con el resultado fatal; es que, sostiene, focalizados en las acciones ocurridas entre las 17 y las 20 horas del día 7 de abril de 2004, no hubo ninguna conducta reprochada ni reprochable hacia el imputado. Agrega que si recreamos lo acontecido tal y como lo relató el doctor Fenández Santibáñez, que llamativamente se corresponde con la versión tenida por probada en la sentencia impugnada, veremos que entre las 14 y las 17 de la primera jornada el joven P. estuvo bajo la atención directa del doctor Andrade, que decidió el tratamiento y concentró la información médica; de tal modo, Fernández Santibáñez no pudo acceder a los informes de laboratorio más que por las noticias que le daba Andrade. En tal período, continúa, la administración de líquidos cesó a las 16 horas y no se reanudó hasta el siguiente turno; entonces, si no aplicó líquidos, no decidió extubar ni tuvo posibilidad cierta de acceder a los informes de laboratorio sobre gases en sangre, no se sabe qué se reprocha.-----

----- Debo decir que, ciertamente, causa asombro la lectura del agravio en el cual se afirma que Fernández Santibáñez no hizo médicamente nada y ninguna decisión tomó entre las 14 y 17 horas del día 07-04-04 mientras estuvo a cargo de la Unidad de Terapia Intensiva, y ello, porque el doctor //50.- Andrade estaba en su horario.-----

-----

----- En el horario referido, este último no tomó decisiones en soledad, porque Fernández Santibáñez estaba a cargo de la Unidad de Terapia Intensiva, quien no era un médico residente, no estaba comenzando su aprendizaje y –además- no había un “Jefe” ni “supervisor” en esa unidad.-----

----- Por el contrario, Fernández Santibáñez realizó indicaciones, estuvo de acuerdo y llevó a cabo injerencias médicas (v.gr., expansión de líquidos; colocación del tubo en T y posterior extubación –ver testimoniales de la doctora Marisa Silvina Ayala y de la enfermera Vanesa Arangues de fs. 1232 y 1273, respectivamente, e indagatoria prestada Por Fernández Santibáñez en la audiencia de debate, a fs. 1351-).-----

-----

----- Es por ello que la defensa plantea una simple disconformidad con lo acreditado, mas no advierto –ni ella menciona- prueba que afecte la certeza de la decisión del a quo sobre los hechos que sucintamente se mencionan en el apartado siguiente (conf. fs. 1431/1432).-----

-----C.ii) El letrado también se agravia por cuanto se omitió considerar las eximentes del posible error de tratamiento o diagnóstico no grosero.-----

----- Tal como argumentó el sentenciante, estamos ante un caso que mal puede calificarse de tratamiento o diagnóstico erróneo. Obsérvese que en los siguientes hechos no se cuestiona ni existe duda desde el punto de vista médico científico:-----

-----

----- El no contar con los estudios médicos y análisis realizados para evaluar a qué tipo de enfermo se iba a ///51.- enfrentar conllevó la ausencia de diagnóstico avalado por ellos y por la historia clínica (fs. 1431).- - -

----- “No hizo diagnóstico, simplemente se limitó a confiar en los datos que verbalmente le brindó el Dr. Joaquín Andrade, y al control clínico superficial en un caso complejo, de allí en más continuó hidratando generosamente al paciente, en contra de lo indicado por las leyes que rigen el arte de la medicina para un paciente que horas antes había sufrido un edema agudo de pulmón. Le dio más líquido al que ya había recibido a una bomba cardíaca que funcionaba mal” (fs. 1431).-----

----- “Fernández Santibáñez no supo lo del edema pulmonar, tampoco hizo nada para interiorizarse de la situación real por la que atravesaba la víctima. Confió de manera ciega en el médico coordinador sin tener los estudios a la vista” (fs. 1431).-----

-----

----- “[... C]onsintió la extubación del paciente de manera prematura cuando estaba contraindicado para un paciente como F.[N.] P. que venía de sufrir pocas horas antes un paro cardíaco y un edema agudo de pulmón” (fs. 1431).-----

----- “... Santibañez no asumió en forma personal la asistencia del paciente F. [N.] P., es como que continuó con el tratamiento -erróneo- que había iniciado Joaquín Andrade, siguiendo con el suministro generoso de líquidos” (fs. 1431). Cabe señalar aquí que el médico dedicado a trabajar en terapia intensiva no podía desconocer que la hidratación generosa y la extubación dispuestas eran prácticas contrarias a la lex artis de acuerdo con los ///52.- cánones de la función cuando el paciente viene de un PCR y tiene una manifestación probada por RX de edema agudo de pulmón.-----

----- Al actuar “sin contar con un diagnóstico de shock cardiogénico evitó que se le brindara al paciente un tratamiento adecuado. Por el contrario, esto aportó como curso causal para la muerte que sobrevino al día siguiente” (fs. 1432).-----

-----D) Análisis del recurso de casación de los doctores Eves Tejeda y Gerardo Tejeda en representación de Inés Fabiana Aguirre Neira (fs. 1493/1496):-----

-----D.i) Los letrados plantean como agravio que en ningún momento se menospreció la gravedad del paciente y prueba de ello es la cantidad de diagnósticos y acciones concretas que realizó la imputada y que constan en la historia clínica.- -

----- En rigor, las “acciones concretas” que mencionan los recurrentes (fs. 1493 vta./1494) dejan sin controvertir las numerosas violaciones al deber de cuidado que mencionó el sentenciante a fs. 1432/1434, a las cuales me remito brevitatis causa y en virtud de que serán analizadas –en la medida de los agravios- en los apartados siguientes.- - -

-----D.ii) También critica a la sentencia por cuanto sostiene que en modo alguno se puede considerar que hubo confianza excesiva, lo que se destaca del hecho de que la evolución no era la esperada y de allí los distintos diagnósticos diferenciales y acciones emprendidas, todas con un alto grado de factibilidad según extensa bibliografía (fs. 1494).-----

----- La parte parece olvidar “la situación crítica del///53.- paciente”, por lo que no contar con la historia clínica y la omisión de recabar “la información médica necesaria y documentada para poder hacer un diagnóstico correcto y en base a ello la disposición de

los medios acordes” (fs. 1433) implican, necesariamente, una confianza excesiva y de difícil comprensión (desde el punto de vista de la sana crítica racional) en la atención de una persona en la Unidad de Terapia Intensiva que, en el caso, registraba paro cardiorrespiratorio, edema agudo de pulmón, intubación y extubación de asistencia respiratoria mecánica, y demás.-----

----- El perito de parte Miguel Ángel Delgado declaró en debate: “Yo creo que era un paciente complejo. Está indicado maximizar los elementos de diagnóstico para hacer la terapéutica más apropiada. El hecho de que se recuperó del paro cardíaco. Pareció que con un poco de noradrenalina todo funcionaba. Como si hubiera una minusvaloración del estado del paciente. Si se hubiera valorado la gravedad, se hubiera dirigido a hacer un diagnóstico muy preciso” (fs. 1216).- -

----- Por otra parte, los hechos acreditados desechan la posibilidad de tratamiento o diagnóstico erróneo, con lo cual no existe duda sobre las violaciones del deber de cuidado desde el punto de vista médico científico.-----

-----D.iii) En el recurso también se señala el error del a quo cuando afirma que “la reintubación fue tardía”, puesto que se confunde actuación “tardía con mala praxis”, a lo que se agrega que los peritos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitieron que la actuación de Aguirre Neira fue correcta aunque la consideraron tardía, es decir, que lo que ///54.- ella hizo se debió haber hecho mucho antes de su ingreso, que fue a las 20:00 horas. La defensa alega además que entre las 20:00 y las 23:00 hs. el paciente mantuvo parámetros hemodinámicamente adecuados, mejoró la diuresis y mantuvo la oximetría de pulso en valores adecuados (92%); y señala que el estado del paciente que encontró la doctora Aguirre Neira requería volver a instalar la asistencia mecánica pero no sin antes hacer todo lo que hizo para asegurar que la indicación era correcta y no apresurada y para disminuir los riesgos de un procedimiento invasivo de alta probabilidad de complicaciones en pacientes con disfunción respiratoria y hemodinámica. La parte expresa asimismo que no hay evidencia en la historia clínica ni se menciona en la acusación algún elemento objetivo que permita asegurar que ese tiempo que se invirtió en otras acciones haya significado un descuido de los parámetros vitales del paciente (v. fs. 1494 y vta.).-----

----- La doctora Aguirre Neira empezó el tratamiento antes de leer la historia clínica y comenzó la injerencia médica sin saber del edema agudo que había tenido en quirófano (ver indagatoria en debate a fs. 1287/1288). También dijo que entre las 20:45 y las 21:00 hs. del día 07-04-04 observó al paciente P. y relató: “estaba con máscara de

oxígeno, bomba con noradrenalina. Habla[n ...] En ese momento ve[...] Le escucho los pulmones y el corazón. No tenía rales. No se escucha edema agudo de pulmón significativo. Hi[zo ...] una ronda rápida de 30 minutos y vuelv[e ...] entre las 21.30 hs. y 22 hs.. [...] Su impresión diagnóstica era shock distributivo con [S]irs [-síndrome de respuesta inflamatoria ///55.- sistémica, fs. 235- ...] Hice el diagnóstico: distributivo y anafiláctico. [...] consideré una hipovolencia relativa [...] Yo creí una bacteremia. [...] el chico se sienta y [l]e dice: me falta el aire. Lo escuch[a]: tenía rales. Indica edema agudo de pulmón. Escuch[ó] el corazón: galope. Insuficiencia. No pensé en un shock cardiogénico [...] Se duerme al paciente [...] La intubación por las cuerdas vocales requiere músculos relajados...” (fs. 1278/1279).- - - - -

----- En este contexto, las afirmaciones de la defensa carecen de sustento, lo que determina su ineficacia recursiva. Del mismo modo, las aseveraciones realizadas en la defensa material –indagatoria en debate- son, como lo sostuvo el sentenciante, insuficientes para contrarrestar la prueba producida.- - - - -

----- El a quo estableció que “Aguirre Neira confundió incluso el estado de shock cardiogénico por el que venía transitando el paciente con una bacteremia. Esto quedó anotado en la historia clínica como que sucedió a las 20:00 hs. Se describe un paciente en shock y en edema agudo de pulmón, con mala perfusión periférica evaluándose reintubación, lo que a criterio del dictamen pericial de la Junta de Peritos fue tardío. Según la hoja de enfermería la misma se realizó a las 23:00 hs, no consignándose horarios en las conductas terapéuticas y eventos acontecidos a partir de las 20:00 hs. (fs. 619)” (fs. 1433/1434).- - - - -

----- Ello es concordante con el dictamen de la Junta de Peritos: “El paciente después de esta extubación precoz entró en insuficiencia respiratoria, documentándose la misma ///56.- con una pO2 de 55. A las 18 hs. la hoja de enfermería consigna taquipnea y saturación de oxígeno de 90%. Siendo las 20 hs. figura en la historia clínica de terapia intensiva como diagnóstico presuntivo: bacteremia. Se describe un paciente en shock y en edema agudo de pulmón, con la perfusión periférica evaluándose reintubación a nuestro criterio tardía. Según la hoja de enfermería la misma se realizó a las 23 hs., no consignándose horarios en las conductas terapéuticas y eventos acontecidos desde las 20 hs. [...] Nos llama la atención la extubación precoz en UTI, en un paciente clínicamente inestable y la reintubación tardía que data recién de las 23 hs.” 618/620).- - - - -

----- En igual sentido se expide el informe de los peritos de parte ampliatorio del anterior: “Decide una extubación en un paciente con inestabilidad hemodinámica y sin

valorar su estado ventilatorio previo (no hay registro de gasometría previo a la extubación)... Evaluó incorrectamente el estado respiratorio del paciente luego de extubarlo pues dice: '\16 hs... Mantiene buena ventilación c/máscara de O2 al 100% Sat. 93-94%', mientras que el laboratorio a esa misma hora (las 16 hs. del día 7/04/04) informa '\Sat. O2 86% y PO2 54 mm Hg'. Estos parámetros permiten obtener el índice llamado Pa/Fi (relación entre la Presión arterial de O2 y la FIO2) que indica que debajo de 250 existe lesión pulmonar y que por debajo de 150 la lesión es severa. El Pa/Fi en este paciente en ese momento era de 54. ( $54/1=54$ ), que ya era indicación de reintubación y Ventilación Mecánica urgente. [...] Retardó la ventilación Mecánica del paciente hasta las 23 hs. del día 7/04/04, según consta en Historia Clínica en ///57.- Hoja de Enfermería, perdiendo horas vitales para la recuperación del paciente, cuando ya tenía indicación formal de Ventilación Mecánica a las 16 hs. [...] Hay discrepancia entre su manifestación con respecto a los signos vitales de acuerdo a hoja de enfermería y a lo registrado por ella ya que anota Presión Venosa Central 18 cm. de H2O, mientras que en hoja de enfermería a la misma hora anotan 25 cm. de H2O. Dice paciente compensado, y si tenía 25 cm. de H2O evidentemente no estaba compensado" (fs. 614, la negrita no está en el original).- - - - -

----- El dictamen conjunto del Médico Forense y el perito de parte de fs. 222/249 coincide con el precedente en cuanto a los valores mencionados ('\Sat. O2 86% y PO2 54 mm Hg') y señala el último (54) como "anormal" (ver cuadros de fs. 227 y 234), con lo que llega a la conclusión de "retiro temprano de la ARM" (Asistencia Respiratoria Mecánica; fs. 235).- -

----- El perito de parte doctor Miguel Ángel Delgado declaró en debate y en concordancia con lo anterior: "Poner un respirador y sacarlo, son decisiones que se toman en conjunto. Se charlan. En este caso no había mucho para charlar, no estaba indicado, porque no se había superado la patología de base" (fs. 1216, la negrita no está en el original).- - - - -

----- A la perito de parte doctora Sandra Sonia Costantini se le preguntó durante el debate si hubo un cambio de actitud terapéutica desde las 23 hs., a lo que respondió: "El cambio es que se conecta el paciente al respirador, esto es lo más significativo. Todavía están pensando en un shock cardiogénico vs. shock séptico a las 23 hs. El cambio fue ///58.- positivo, fue acertado pero tardío. Debió no ser extubado" (fs. 1218).- - - - -

- - - - -

----- En síntesis, el agravio es insostenible porque la reintubación realizada a las 23:00

hs. del 07-04-04 fue tardía, ya que a las 20:00 horas (horario en que Aguirre Neira se hizo cargo de la UTI) P. registraba cuatro horas con necesidad de reintubación y así se “perdie[ron...] horas vitales para la recuperación del paciente”. Y su intervención no fue sólo tardía, sino también contraria al arte médico de terapia intensiva y nociva (agravatoria), e incidió sin ninguna duda en el resultado fatal.- - - - -

-----D.iv) También critica la defensa la afirmación del a quo respecto de que entre el horario de recepción del turno y la constatación de la reintubación tardía no recabó la información médica necesaria y documentada para poder hacer un diagnóstico correcto y sobre esa base disponer los medios acordes. En tal sentido, señala que el primer diagnóstico es el shock, le suma datos de falla ventricular agudo y no descarta un cuadro bacteriano y eventualmente séptico. Los diagnósticos algunos fueron absolutamente correctos y actuó en consecuencia; otros no fueron corroborados pero eran válidos por la signo-sintomatología que presentó el paciente.- - -

----- Las afirmaciones de la defensa dejan sin controvertir el hecho sustancial (omisión de recabar la información médica necesaria) que tiene relación con lo sostenido en el apartado anterior (“... a las 20:00 horas... el paciente registraba cuatro horas con necesidad de reintubación...”), por lo que carecen de eficacia.- - - - -

///59.-- No obstante, considero oportuno resaltar que –en principio- la injerencia médica realizada sin sustento en los elementos científicos (estudios, análisis, placas, etc.) y legales (historia clínica, documentos y/o elementos donde consten los resultados científicos, etc.) es realizada de forma negligente. Y entiéndase que aquí no me refiero al error del médico que se basó en elementos científicos ni a la elección médica de uno de los posibles tratamientos científicos de entre los que podrían aplicarse a un determinado paciente, sino a la conducta de diagnosticar y aplicar un tratamiento con sustento en referencias y sin que la oportunidad lo exija.- - - - -

----- Además, las conductas eran contraindicadas a la *lex artis*: quien hace lo contrario a lo que debe hacer o no hace lo que debe hacer cuando está en juego la vida actúa culposamente; su error o ignorancia no son excusables y su impericia debe juzgarse con rigor científico y prudencia judicial. Recordamos que demoró aproximadamente doce horas en realizar el estudio de ecocardiograma que estaba ordenado y no lo consideró urgente pese a haber reintubado al paciente con clara evidencia de edema agudo de pulmón, según la propia terapeuta (hoy imputada).- - - - -

-----D.v) El siguiente punto de agravio refiere a lo sostenido por el a quo: “Téngase en

cuenta que la Historia Clínica del paciente F. [N.] P. estaba incompleta, al punto que ninguna anotación allí se había hecho a partir de las 16:00 hs. Faltaba la evolución y esto lo suplió temerariamente por información imprecisa que luego ella misma volcó en esta Historia Clínica. A título de ///60.- ejemplo llegó a anotar que el proceso de extubación fue sin complicaciones, lo que fue ampliamente criticado en la exposición que en el debate hicieran los peritos de la Corte Suprema de Justicia. No hizo un seguimiento de la evolución del paciente, al menos no quedó reflejado en la historia clínica” (vid fs. 1433 y 1494 vta.). Al respecto, alega que de la Historia Clínica se desprende la evolución que tuvo el paciente y su seguimiento (fs. 1494 vta./1495).-  
-----

----- Es evidente que la defensa omitió confrontar seria y concretamente el fundamento del sentenciante contra el cual sólo realizó una afirmación dogmática y carente de respaldo probatorio.- - - - -

----- En este sentido, la junta de peritos dijo que la reintubación tardía se realizó a las 23 hs. “no consignándose horarios en las conductas terapéuticas y eventos acontecidos desde las 20 hs.” (fs. 619). Asimismo, en su declaración testimonial, Miguel Ángel Delgado afirmó: “Monitoreo significa continuidad, no una sola anotación, por eso creo que no hubo monitoreo. En la Historia Clínica no existe monitoreo” (fs. 1217).- - - - -  
-----

-----D.vi) En otro de sus planteos, la parte cita al sentenciante cuando establece: “Es grave que no haya exigido la realización del ecocardiograma, no tuvo en cuenta que el cuadro crítico del paciente así lo recomendaba. Ese estudio le hubiera permitido, de haberlo hecho ni bien se hizo cargo del turno, de establecer un diagnóstico preciso que a la postre no hizo. Era urgente cumplir con la práctica de ese estudio que incluso había sido indicado ni bien el paciente ingresó a terapia intensiva”. En este punto, aduce que la ///61.- realización del ecocardiograma habría aportado a establecer la existencia o inexistencia de un componente cardiogénico en el shock, componente que ya estaba clínicamente establecido y se estaba actuando en consecuencia.- - - - -  
-----

----- Al igual que las anteriores impugnaciones, la afirmación de la parte carece de respaldo probatorio y en el contexto concordante del plexo ponderado tiene relevancia—por lo gráfico de la expresión para el caso- lo declarado por la perito de parte doctora Sandra Sonia Costantini: “Todavía están pensando en un shock cardiogénico vs. shock séptico a las 23 hs.” (fs.1218).- - - - -

----- En igual sentido, la imputada declaró: “No pensé en un shock cardiogénico, porque

era un paciente de 18 años, glasgow 15. Pensé que el corazón no sufrió, porque se despertó. Cuando hace el edema agudo de pulmón, cardiogénico, le cortamos los líquidos. Esto a las 22 hs. aprox. [...] preparamos todo para intubarlo [...] A mí me cuesta pensar que mi primera impresión de un paciente normal de 18 años, no voy a pensar shock cardiogénico”; cuando se le preguntó por la hora de intubación, contestó: “Entre las 22 hs. y las 23.30 hs. aprox.” (fs. 1279 y 1281).- - - - -

-----D.vii) Como siguiente agravio, los defensores citan al Tribunal inferior: “Aguirre Neira confundió incluso el estado de shock cardiogénico por el que venía transitando el paciente con una bacteremia. Esto quedó anotado en la historia clínica como que sucedió a las 20:00 hs.”. A continuación, expresan que no hay ninguna confusión: la descripción que consta en la Historia Clínica se registra ///62.- sobre la base de que es uno de los diagnósticos diferenciales que con claridad caben.- - - - -

----- Reitero –sintéticamente- que el argumento del a quo es que la omisión de exigir la realización del ecocardiograma tuvo como consecuencia la confusión del shock cardiogénico con una bacteremia. Del tal forma, las expresiones de la defensa no impugnan eficazmente tal fundamentación.- - - - -

-----D.viii) En otra de sus críticas, los recurrentes citan el fragmento del fallo donde se afirma: “Finalmente la imputada Aguirre Neira a las 8:00 hs en condiciones clínicas no aconsejable realizó el traslado contraindicado a la sala de imágenes para que se llevara a cabo el ecocardiograma. Esto también fue un acto imprudente, que conjuntamente con las conductas antes indicada, y sumado al resto de errores y tratamiento inadecuado en la UTI, llevaron al óbito”. El ataque contra tales aseveraciones se centra en que la doctora Aguirre Neira interpretó correctamente la necesidad de tener un estudio ecocardiográfico que permitiera precisar el diagnóstico dentro de las limitaciones conocidas de dicho procedimiento, y de la misma manera lo han hecho los diversos peritos intervinientes en la causa. A lo anterior suman que el transporte de un paciente crítico siempre significa riesgos, mayores o menores, según múltiples parámetros que permiten evaluarlos, y cabe ponderar y considerar tales riesgos en virtud de los beneficios esperables. En el caso que nos ocupa, manifiestan, los beneficios eran potencialmente importantes considerando que la evolución era poco clara así como las causas del paro cardiorrespiratorio y la evolución posterior; entonces, el///63.- traslado en absoluto estaba contraindicado, pues ninguno de los cinco puntos considerados contraindicados para traslado intrahospitalario de paciente ventilado estaba presente al momento de salir de la Terapia Intensiva (fs. 1495 vta.).- - - - -

- - -

----- En primer lugar, está sobradamente acreditado en autos que el ecocardiograma era un estudio necesario desde el momento en que el paciente/víctima ingresó a terapia intensiva y así también lo entendió en ese momento el imputado Andrade al registrarlo en la historia clínica.- - -

----- En cuanto al traslado de la víctima P. que realizó Aguirre Neira desde UTI hasta otra dependencia del Sanatorio (por ascensor y a dos pisos de distancia) para realizarle el ecocardiograma, las pruebas colectadas con la concordante declaración de la imputada establecen la certeza legal de que se realizó en condiciones clínicas no aconsejables.- - -

----- En este sentido, la Junta de peritos dictaminó: “A las 8 hs. del día 8/4/04 figura paciente compensado, con buen ritmo diurético y se efectúa el ecocardiograma que detecta asinecia del ventrículo izquierdo diagnosticándose miocarditis aguda global con severo deterioro del ventrículo izquierdo. Regresa a UTI con pulso irregistrable por probable fibrilación ventricular. [...] El día 8/4/04, siendo las 8:00 hs. podemos informar que el traslado del paciente por sus condiciones clínicas no era aconsejable, si bien el ecocardiograma estaba debidamente solicitado se debió realizar en la terapia intensiva” (fs. 619/620).- - -

----- A su vez, en el debate, el perito de parte Miguel Delgado declaró: “El traslado mismo descompensa al paciente” ///64.- (fs. 1216).- - - - -

----- Por su parte, la perito doctora Sandra Sonia Costantini sostuvo que el traslado en la camilla fue un factor determinante para el desenlace fatal (fs. 1219).- - -

----- Aguirre Neira, en la indagatoria judicial (prestada en la audiencia de debate), dijo: “a las 12 de la noche yo tenía un paciente con shock cardiogénico [...] el choque cardiogénico es un grado de insuficiencia cardíaca severa, con altísima mortalidad, se mueren entre el 70 y 80 %, se producen post infarto. [...] Pero no sé cuál es la causa del shock cardiogénico. [...] El paciente a la mañana no se cura del shock cardiogénico. Continúa con el shock. [...] El traslado está contraindicado cuando uno no le puede brindar lo que le está brindando en la terapia. [...] En este caso [...] se puede trasladar, porque la medicación sigue pasando por bomba. En ese momento el ventilador era a presión. [...] Llevábamos una válvula de PEEP. El monitor era un pulsioxímetro en el dedo. [...]

Lo trasladé con una enfermera, bolseándolo yo. Eran dos pisos, la mucama esperaba con el ascensor abierto. Entramos a hacerle el ecocardio [...] Y volvimos a terapia [...]

Estuvimos c]inco o diez minutos. [...] Teníamos que trasladarlo porque el eco era fundamental. Define qué hacer después. [...] La falla era del corazón, era gravísima. Es el grado más severo de insuficiencia cardíaca. [...] Luego, cuando subimos, llegamos a la terapia, y cuando lo pasamos perdemos la señal de pulso, tenía una fibrilación ventricular, es una arritmia prácticamente fatal, le pusimos droga, masajes y falleció” (fs. 1281/1287, la negrita no está en el original).- - - - ///65.-- En consecuencia, es evidente que la imputada dispuso y realizó el traslado en condiciones clínicas desfavorables (violación del deber de cuidado), en virtud de que sabía y conocía cuáles eran esas condiciones clínicas de la víctima como asimismo el altísimo porcentaje de mortalidad que existía, sumado a que no podía desconocer que el traslado mismo descompensaría al paciente en la crítica situación. Esto finalmente ocurrió, puesto que se rompió el precario equilibrio cardíaco, respiratorio y neurológico de la persona, lo que la llevó al óbito.- - - - -

----- No obsta a la conclusión precedente que se considere (in dubio pro reo) que “[d]urante el traslado no se redujo ni suspendió ninguna de las medidas de sostén hemodinámico o ventilatorio [... o que] tampoco ocurrieron eventos relacionados con la movilización” (conf. fs. 1496), ya que lo médicamente desaconsejado era el traslado (con lo que ello implicaba) en función de las críticas condiciones clínicas de F.N.P.; y sin perjuicio de que no es lo único que se le imputó (ver infra).- - - - -

-----5.- TEORÍA DEL DELITO: EL TIPO OBJETIVO:- - - - -

-----5.1.- Introducción:- - - - -

----- En los tipos legales culposos el legislador “... describe un obrar disfuncional que provoca un daño para la integridad de los bienes jurídicos de terceros, esto sin la existencia de un propósito para ello.- - - - -

----- “Ahora, en tales tipos, la acción prohibida aparece indefinida en su generalidad y sólo se particulariza en cada caso, en atención al resultado relevante para el derecho penal y a la forma de realización de dicha acción.- - - - ///66.-- “Así -no quiero fatigar con esto, pues es materia conocida y aceptada-, los tipos culposos son abiertos, por la imposibilidad de describir '\a priori\' la variedad de comportamientos descuidados que originen resultados lesivos no deseados por el sujeto activo.- - - - -

----- “Por lo tanto, la primera tarea del Juez es determinar el deber objetivo de cuidado que cada situación exige, para luego constatar si se verifica una infracción a tal deber; luego demostrará si el resultado es atribuible a dicha transgresión, para finalmente resolver acerca de la conexión de antijuridicidad entre la anormatividad y el resultado”

(Se. 166/03 STJRNSP).- - - - -

----- Así, “[c]on respecto a los tipos culposos, y conforme a la sintética mención efectuada respecto de su estructura, no se habrá satisfecho el tipo objetivo si no existió infracción al deber de cuidado a observar en el caso concreto, o no hubo relación de causalidad (conditio sine qua non) entre la conducta desplegada y el resultado típico - lesiones, muerte-; o bien, si no existió relación de determinación (conditio per quam) entre la infracción al deber de cuidado verificada y dicho resultado típico” (Luis Fernando Niño, “La responsabilidad penal”, en obra colectiva Responsabilidad profesional de los médicos, pág. 1015, citado en Se. 113/04 STJRNSP).- - - - -

- - - -

----- En este orden de ideas, en los considerandos anteriores se desecharon los agravios contra las conductas

que el Tribunal de grado inferior tuvo por acreditadas respecto de cada uno de los imputados. Si bien no está controvertido que la conducta desplegada por los encartados ///67.- tenga relación de causalidad (conditio sine qua non) en sentido amplio, abarcando una conducta omisiva y la relación de evitación con el resultado típico muerte de F.N.P., realizaré el juicio pertinente para cada uno de los condenados; es decir, se corrobora –respecto de cada imputado- que aquellas conductas son violaciones de los deberes de cuidado y luego su conexión de antijuricidad con el resultado muerte. Previo a ello, haré una introducción en los conceptos que servirán de marco para la decisión.- - - - -

-----5.2.- Violación del deber de cuidado: conceptos:- - - -

----- Para que la intervención médica sea legítima (además de perseguir el fin de curar, ser la indicada para ello y agotar todas las instancias posibles para que esa finalidad se concrete) debe ejecutarse de acuerdo con las reglas de la lex artis. Y debe mencionarse que la actividad médica ejercida sobre el paciente deberá dirigirse únicamente a perseguir el mejor interés del enfermo, lo que implicará, entre otras cosas, respetar sus derechos (dignidad, integridad psicofísica, autodeterminación, etc.) y sus decisiones (v.gr: consentimiento informado). Ese deber u obligación le será exigido en mayor medida o en relación con el riesgo de vida existente y los medios de que dispone. En este caso, se trata de un sanatorio privado con Sala de Terapia Intensiva adecuada y profesionales médicos afectados a ella.- - - - -

----- En consecuencia, el riesgo que genera el desarrollo de la actividad curativa sobre el bien jurídico vida, salud o integridad psicofísica se encuentra fomentado por el///68.-

derecho, que se encuentra autorizado por su propio titular, quien de esta manera lo coloca fuera del alcance de la protección del tipo penal; cuando se desarrolla la conducta dentro de los parámetros debidos, pese a darse en el caso la lesión efectiva al objeto material de tutela como resultado, no habrá afectación al bien jurídico protegido por la norma ni exceso al límite permitido en la creación de riesgo que se concrete en el resultado. - - - - -

----- La finalidad curativa que constituye la esencia del acto médico y se orienta hacia la obtención del bienestar del paciente resulta un dato de suma relevancia para la calificación legal de los hechos que hayan de juzgarse. El objetivo consistente en lograr –mediante la injerencia de la medicina- la mejoría del enfermo (en sentido amplio) determina el carácter culposo de un eventual hecho disvalioso acaecido en el marco de esa actividad. - - - - -

----- En virtud del ulterior desarrollo del tema, adelanto que los actos médicos pueden ser individuales, colectivos o en equipo e institucionales; activos (o por comisión) o pasivos (por omisión). A su vez, por su finalidad, pueden ser diagnósticos, terapéuticos, de certificación, periciales, de asesoramiento, de control, de investigación o de docencia; como también pueden poseer una finalidad curativa directa o indirecta. - - - - -

----- Si bien las cuestiones atinentes a la observancia o inobservancia de la *lex artis* en especial serán establecidas por los peritos médicos, corresponde al jurista establecer si en el caso se debe catalogar una conducta en especial como violatoria del deber de cuidado objetivo y si el *///69.-* resultado en concreto puede ser reconducido normativamente a esa conducta imprudente. Esa tarea se efectuará no sólo mediante la valoración del dictamen pericial que se efectúe, sino también mediante la valoración de las distintas normas que regulan la actividad. - - - - -

----- Por ello, habrán de tenerse en cuenta los distintos deberes impuestos al profesional de la salud en el ejercicio de sus funciones, tales como a) la obligación de actuar con ciencia y prudencia, que se extiende a lo largo del transcurso de toda la relación médico-paciente y recae sobre todas las actividades que demanden la atención del enfermo, caracterizada como “obligaciones concretas de cuidado” y originada principalmente en la función social y el especial adiestramiento que posee el profesional de la salud; y b) la obligación de cumplir con sus deberes médicos de naturaleza administrativa (tales como confeccionar en debida forma la historia clínica o extender en debida forma los certificados médicos y de defunción) y de fiscalizar al personal

auxiliar. Estas últimas obligaciones resultan relevantes asimismo en materia penal, ya que si bien no implican una injerencia directa en el cuerpo del paciente, su incumplimiento puede tener una influencia indirecta sobre éste, que finalmente se concrete en un daño, principalmente en los aspectos atinentes a la confección de la historia clínica y la supervisión del personal auxiliar (conf. Paula Inés Argnani, “Responsabilidad penal de los médicos”, en Derecho médico/6, dirigido por Ghersi y Wingarten, ed. Nova Tesis Editorial Jurídica, 2007, págs. 24, 26/29, 33, 38/40 y 51/52).- - - - - //70.-- En las figuras culposas, el autor infringe un deber de cuidado, el deber de obrar con prudencia o diligencia y -en el caso de tratarse de actividades reglamentadas- con observancia de la normativa respectiva, al realizar tareas que pongan en riesgo los bienes jurídicos de terceras personas y provocar como consecuencia de la infracción su efectiva lesión.- - - - -

----- “Para establecer su faz objetiva debe verificarse una infracción al deber de cuidado (inobservancia de la pertinente normativa si fuera una actividad reglada), la ligazón causal con el resultado y su función determinante.-

----- “En su aspecto subjetivo, las figuras delictivas culposas se dividen en cometidas con culpa con y sin representación, en la que debe advertirse la posibilidad de prever las consecuencias de determinada conducta.- - - - -

----- “Asimismo, tanto los tipos legales dolosos, culposos o preterintencionales pueden clasificarse en comisivos, donde se describe una conducta prohibida -prohíbe actuar de determinada manera, prohíbe una acción-, omisivos puros, donde se prohíbe omitir una conducta en determinado contexto descrito en el tipo, y de comisión por omisión (o de omisión impropia), cuya variante está dada por la situación del autor que está obligado a garantizar la incolumidad del bien jurídico.- - - - -

----- “\No es lo mismo, claro está, matar a otro que dejarlo morir, pero quien desde una posición especial, llamada de garante... tiene obligación de cuidar bienes jurídicos ajenos, infringe... la norma prohibitiva, si no se comporta del modo deseado... El criterio diferenciador de los tipos //71.- de omisión propia o impropia, para la doctrina dominante, está determinado por la posición de garante. En virtud de ella, se considera que el omitente tiene un deber jurídico de actuar -extrapenal- garantizando frente a la sociedad la integridad del bien jurídico lesionado. El deber jurídico de actuar, que permite sostener la posición de garante, constituye un deber nutrido de las normas ajenas al derecho penal, que ponen en cabeza de los ciudadanos la obligación de tutelar bienes jurídicos en determinadas circunstancias\ (Pablo Jantos y Patricia Quirno Costa,

\Homicidios, lesiones y abortos relacionados con el arte de curar\', pág. 1046, con cita 34 de Gimbernat Ordeig, \La omisión impropia en la dogmática penal alemana\', pág. 258 y ss.).-----

----- “Los tipos de omisión impropia y de omisión propia comparten algunos requisitos; son comunes la situación típica, la ausencia de una acción determinada y la capacidad de realizarla, y se agregan a los de omisión impropia la ya mencionada posición de garante, la producción de un resultado y la posibilidad de evitarlo.-----

----- “La posición de garante surge cuando el sujeto tiene una función de protección del bien jurídico afectado o de control de una fuente de peligro. Esta segunda función de control se da, entre otros supuestos y en lo que interesa, en a) el deber de control de fuentes de peligro que operan en el propio ámbito de dominio, por lo que quien posee fuentes de peligro (instalaciones, máquinas, animales) para bienes jurídicos, es responsable de que el peligro no se realice, y b) la responsabilidad por la conducta de otras ///72.- personas, que en determinadas condiciones alcanza a quienes tienen el deber de vigilar a otras personas.- - - -

----- “También son la ley, el contrato y la conducta precedente (injerencia) las fuentes que permitirían determinar la existencia de tal posición de garante, para los fines de preservar un principio de legalidad estricta [...].-----

----- “Asimismo debe agregarse, con Marco Antonio Terragni (\Omisión impropia y posición de garante\', LL 1997-F, Sec. Doctrina, 1120 y ss.) que \[...] La existencia de culpa en la producción de un resultado por omitir el deber de cuidado puede derivarse del incumplimiento de una norma conminatoria. Así, la protección del bien jurídico o su defensa frente a peligros, constituirá a veces el deber principal derivado de un contrato, como los servicios de una guía de montaña, de ciertos instructores deportivos o de enfermeras. Los obligados causan la muerte o lesiones (comisión) cuando dejan de realizar los actos que de ellos se esperan (omisión), sin que esos resultados lo hayan querido o ratificado (ausencia de dolo)\' [...].-----

----- “Por su parte, Zaffaroni, Alagia y Slokar, en \Derecho Penal. Parte General' ([edición del año 2000,] pág. 557), complementan lo anterior al concebir cuatro instancias

en las que puede surgir la culpa al deber de cuidado en las omisiones. Son éstas: a) la apreciación de la situación típica (el policía que oye gritar pidiendo socorro y, faltando al deber de cuidado, cree superficialmente que es una broma); b) la falta de cuidado al ejecutar el mandato (el que en la premura por apagar el fuego arroja gasolina en ///73.-

lugar de agua); c) la falta de cuidado al apreciar la posibilidad física de ejecución (el que supone que no podrá salvar al niño porque con superficialidad juzga que el agua es profunda); d) la falta de cuidado en apreciar las circunstancias que fundan su posición de garante (el médico que por error vencible cree que no se halla de guardia esa noche) [...].-----

----- “Ya había referido que en los delitos de omisión impropia sólo puede ser autor quien no debe omitir una conducta, por encontrarse en la denominada ‘posición de garante’, y que dicha posición puede tener un origen legal, contractual o derivar de una conducta precedente.-----

----- “La delimitación de la posición de garante (o sea de la calidad de autor) en estos tipos, es el más arduo problema que la omisión presenta, porque ella está a veces -unas pocas- legalmente fijada en el tipo, pero otras, son sólo tipos abiertos, para cuya definitiva conclusión debemos apelar a una norma general... lo que afecta en gran medida al principio de reserva’ (Zaffaroni, ‘Tratado... Parte General’, Tº III, pág. 461).-----

----- “Dicho doctrinario sostiene a continuación que, para determinar el autor en los delitos de omisión impropia, el deber de actuar debe fundarse no sólo jurídicamente, sino también en una particular intensidad obligante, pues identificar la posición de garante con el simple deber de actuar implica extender los límites de la punibilidad en forma que se hace preferible la impunidad patrocinada por un sector de la teoría y jurisprudencia anglosajona (ver pág. 466)” (Se. 25/06 STJRNSP).-----

- ///74.-- Por lo anterior, es relevante decir con exactitud que la fuente que establece la vinculación especial entre el sujeto y el bien jurídico afectado es la Ley 17132, que regula el ejercicio de la medicina, la odontología y las actividades de colaboración y establece a lo largo de su articulado las obligaciones a cargo de quienes, por las funciones ejercidas, queden en ellas comprendidos. Pero más allá de ello, en el art. 19, la ley mencionada claramente señala que dichas obligaciones estarán vigentes “sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes”. Con esta aclaración, las obligaciones de estos profesionales habrán de adquirir una amplitud relevante, pues no sólo estarán sometidas a lo que regulen otros cuerpos normativos específicos, sino que en materia penal, por ejemplo, dada la técnica legislativa utilizada para definir los tipos penales culposos de lesiones y homicidio, también quedarán sujetos (más allá de cuestiones éticas, administrativas o civiles) a los dictados de la *lex artis*, la pericia y la prudencia.-----

----- “Además de la legislación genérica o específica—leyes, reglamentos y convenios de trabajo- que regulará el ejercicio de cada actividad, aquí también cobra relevancia, a los fines de la definición de la acción debida, el concepto de ‘lex artis’ que se conforma con el conjunto de disposiciones de orden médico, técnico y de aquellas costumbres no escritas que funcionan como indicadores de la conducta médica.- - - - -

- - - - -

----- “Las reglas contenidas en este rótulo, que se gestan y se materializan con el desarrollo científico, la práctica y ///75.- la costumbre, no serán leyes escritas de obligatoriedad jurídica, pero tendrán suma importancia pues funcionarán como parámetro para establecer si la conducta realizada fue la debida. Por ello los criterios que nacen del contenido de la ‘lex artis’ complementarán a las normas jurídicas, para posibilitar su tránsito desde la regulación abstracta a la aplicación al caso concreto mediante la integración de la disposición legal general con las cuestiones específicas aceptadas por la comunidad médica como práctica correcta. Nótese la importancia de estos criterios principalmente en el sentido de que, caracterizándose la actividad médica como una obligación de medios, aun concurriendo al caso un resultado fatídico, si la conducta del profesional o colaborador puede ser catalogada como la debida, no habrá delito alguno” (Argnani, ob.cit., págs. 27/28).- - - - -

----- Atento a la forma en que analizo la cuestión -y según las constancias de la causa-, entiendo innecesario referirme con extremo rigor a las pautas para establecer el deber de cuidado exigible a los profesionales médicos anesthesiólogo (en cuanto a la inducción anestésica) y de guardia en una Unidad de Terapia Intensiva (que recibe a un paciente de sala de operaciones post-paro cardiorrespiratorio con edema agudo de pulmón, etc.).- - - - -

- - - - -

----- Este deber de cuidado surge de la lex artis de los profesionales y de las disposiciones reglamentarias que regulan su actividad en tales unidades de atención. En el caso, el comportamiento esperable se da en un ámbito normalizado, regulado con algún detalle mediante preceptos ///76.- extrapenales que ordenan la actuación del médico, a lo que se suman directrices técnicas idóneas para la práctica correcta de la conducta que ahora se enjuicia (conf. Se. 166/03 STJRNSP).- - - - -

----- Por último, en cuanto a la adecuación de las alternativas científicas al paciente, una vez evaluada la posibilidad objetiva en abstracto, el médico debe, en un segundo paso, producir la adecuación subjetiva de aquellos caminos científicos, no sólo en función de la patología, sino teniendo presentes además las circunstancias condicionantes de ese

paciente, su estado de salud, los aspectos económicos y culturales, etc., que influyen y limitan el accionar profesional.-----

----- “Corresponde exigir del médico la observancia de los principios y técnicas de su disciplina y el mayor celo profesional en la atención del enfermo. Se trata de la razonable diligencia que es dable requerir a todo ser humano a quien se le confían delicados intereses de terceros, tal vez los más preciados como son la salud y la vida. De ahí, que la falta de éxito en la prestación del servicio no significa, necesariamente, obligación de resarcir al damnificado” (CNCiv., Sala B, 29/3/79, ED, 83-431).-----

----- Se trata en consecuencia de la aplicación concreta de los criterios científicos al caso en particular, dado que las explicaciones de la ciencia son en su mayoría generales y corresponden al estudio de las “enfermedades”, por lo que no están referidas a un “enfermo” o hecho individual.-----

----- Dado que este proceso no involucra aspectos técnico-científicos en sentido estricto, puesto que no es la idoneidad del método la que está en discusión sino la razonabilidad de las conductas, cae dentro del control del magistrado y es posible su análisis judicial, para establecer si se ha quebrantado o no el deber de adaptación exigible en una situación de hecho concreta conforme con las circunstancias de persona, tiempo y lugar.-----

----- Dicho juicio valorativo ha de hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de la enfermedad, los condicionantes y el acto que se debe ejecutar, la evaluación de los riesgos y beneficios del tratamiento acorde con un criterio de optimización del resultado, el ámbito geográfico en que se ejerce la profesión, los recursos técnicos, la aptitud profesional de quien lo ejecuta, la urgencia del acto, etc.-

----- La jurisprudencia recoge un sinnúmero de hechos en los que surge la responsabilidad del médico con fundamento en la inobservancia de sus deberes (y no en la objetividad del método, que resulta indiscutible): v.gr., suministrar una droga sin realizar las pruebas de sensibilidad (factor condicionante en el paciente); emitir un diagnóstico prescindiendo de comprobaciones objetivas, análisis clínicos o radiológicos (recursos tecnológicos y/o económicos); no relacionar los síntomas detectados a través de la revisión con el resultado de los análisis (recursos tecnológicos disponibles o no), etc. (cf. Argnani, ob.cit., págs. 29/30).

-----5.3.- Conexión de antijuridicidad: conceptos:-----

----- En lo que hace a esta exigencia, para encontrar una relevancia típica a la violación del deber de cuidado, corresponde analizar –en virtud de los agravios- su relación de

causalidad (conditio sine qua non) (ver supra) y luego de ///78.- determinación del resultado (conditio per quam).-

----- Santiago Mir Puig (Derecho Penal. Parte General, pág. 22), en cuanto a la causación del resultado típico (la relación de causalidad entre una conducta y su resultado), dice que “... se suele resolver mediante la ayuda de una fórmula heurística de carácter hipotético: la fórmula de la conditio sine qua non. Según ella, puede considerarse que una conducta ha condicionado causalmente un resultado cuando, suprimiéndola mentalmente -es decir, imaginando la hipótesis de que no se hubiera efectuado-, desaparece también el resultado (condición sin la cual no se habría producido el resultado)”.- - - - -

----- En este sentido, suprimidas las conductas de los imputados en cuestión, el hecho no se habría producido, con lo que se verifica la conditio sine qua non.- - - - -

----- “La causalidad es un proceso ciego que se proyecta desde y hacia el infinito. [...] La noción de causa/efecto –o problema de la causalidad- es una forma, entre otras, de explicación y comprensión científica; describir la causa de un suceso es decir por qué ocurre. [...] La causalidad no puede limitarse

en el ámbito pretípico, donde rige el principio de equivalencia de las condiciones o de la conditio sine qua non: toda condición que no puede ser mentalmente suprimida sin que con ello desaparezca el resultado, es causa. Esta es la formulación original de von Buri, según la cual todas las condiciones son causas. Esta primera formulación fue corregida en base al caso de aportes que conjuntamente provocan el resultado, pero aisladamente son insuficientes: Si diversas condiciones pueden ser ///79.- mentalmente suprimidas en forma alternativa, sin que desaparezca el resultado, pero no acumulativamente, cada una de ellas es causa del resultado. [...] La causalidad no es más que un requisito del tipo sistemático que, desde el punto de vista de la función imputativa, sólo constituye el nivel de imputación más rudimentario o primario. [...] La llamada causalidad cumulativa, en que dos o más aportes causan el resultado, cuando cada uno tiene entidad para causarlo en forma independiente no ofrece un problema de causalidad, porque no cabe duda de que todos los aportes lo habrán causado. [...] Los llamados cursos causales hipotéticos y los inadecuados, constituyen problemas que deben resolverse conforme a la función imputativa del tipo objetivo, pero en los que, sin duda, hay causalidad. [...] Pero uno de los argumentos de mayor peso contra el requerimiento de causalidad es la observación de que hay cursos causales que no son conocidos en todos sus detalles [...] Se trata de dos situaciones diferentes: si la imposibilidad proviene

de limitaciones científicas al conocimiento, que impiden acceder a todos los detalles, pero que sin embargo permiten mantener la regla empírica de que eliminada la causa desaparece el efecto, poco importa conocer los detalles causales; si, por el contrario, existen dudas sobre si el hecho fue causa del resultado, se trata de un problema procesal que no tiene otra solución que el principio in dubio pro reo” (Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Derecho penal. Parte general, ed. Ediar, 2000, págs. 436/438).- - - - -

----- Los apelantes quieren refugiarse en el art. 4 del ///80.- Código Procesal Penal (in dubio pro reo), pero olvidan la enseñanza de Zaffaroni: para llegar a la otra orilla debe haber duda y es del caso la plenitud de la certeza de los actos médicos (acciones – omisiones) reprochados a cada uno de los encartados.- - - - -

----- Ahora, es cierto que la conditio sine qua non conduce a una determinación amplísima de la causalidad pues como se ha dicho, verbigracia, podría ser condenado por adulterio el carpintero que hizo la cama donde se consumó aquél, pues se vuelve típica toda acción que haya condicionado el resultado, aunque de forma remota.- - - - -

- - - - -

----- Las limitaciones a tales consecuencias fueron intentadas primero en el ámbito de la culpabilidad, mediante la exigencia de dolo o imprudencia; luego se recurrió a la elaboración de un concepto más restringido de causa -teorías individualizadoras de la causalidad, que distinguen entre causa y condición, entre las que se encuentra la teoría de la causación adecuada- (art. 906 CC). Todas son producto del “... convencimiento de que el \nexo causal no puede ser estudiado desde un punto de vista jurídico\’, de que la cuestión sobre si existe o no relación de causalidad no puede ser resuelta con criterios normativos sino científico-naturales, idea esta correcta si se limita a la relación de causalidad pero cuestionable, por razones evidentes, si se pretende hacerla extensiva a otras categorías como, por ejemplo, a la tipicidad. La insatisfacción producida por la situación descrita se acentuó aún más con el descubrimiento del tipo por BELING, pues esta categoría, concebida como ya hemos visto, no podía cumplir la misión de garantía que el///81.- propio BELING le había encomendado” (Margarita Martínez Escamilla, La imputación objetiva del resultado, pág. 10).- - - - -

- - - - -

----- Es que la “... violación a la norma nunca puede ser causa del resultado, porque la violación es un concepto abstracto y el resultado es un fenómeno que pertenece al mundo físico. Se trata de dos niveles de realidad diferentes, que nunca pueden estar

unidos por la causalidad. No se trata de una característica peculiar de la causalidad en los delitos culposos, sino de la irrelevancia típica de una conducta que es causal de un resultado, pero en que la violación normativa no es determinante del resultado lesivo” (Zaffaroni, Tratado..., Tº III, pág. 405).- - - - -

----- Por ello se recurre a una segunda restricción, en donde lo que se intenta averiguar es si el resultado está determinado por la violación normativa, esto es, “... si media una conexión o nexo de determinación entre la antinormatividad y el resultado, también llamado por la doctrina conexión de antijuridicidad...” (Zaffaroni, Alagia, Slokar, Derecho Penal. Parte General, págs. 532/533), es decir, *conditio per quam*.- - - - -

- - - - -

----- Zaffaroni (op. cit, pág. 406) dice que “[l]a averiguación de la relación de determinación del resultado por la violación normativa nos obliga a realizar un doble juicio hipotético: en concreto y en abstracto. En concreto: debemos imaginar la conducta del autor dentro del marco normativo (sin violar el deber de cuidado). No habrá determinación cuando la acción así imaginada hubiere producido igualmente el resultado (atipicidad culposa). Si ///82.- no lo hubiese producido, la conducta podrá ser culposa, a condición de que pase también el juicio hipotético en abstracto: debemos imaginarnos una acción no violatoria en abstracto (no conforme a la imagen concreta de la realizada por el autor) y si esta también hubiese podido causar el resultado, tampoco habrá en el caso tipicidad culposa” (citado en Se. 25/06 STJRNSP, antes referida).- - -

----- Por supuesto, también debe recordarse lo que dicen Zaffaroni, Alagia y Slokar (ob. cit., pág. 546): “Quizá el problema que más confusiones ha provocado ha sido el de la causalidad en la omisión. En la tipicidad omisiva no existe un nexo de causación, justamente porque debe existir un nexo de evitación. El resultado típico siempre se produce por efecto de una causa, pero ésta no es puesta por el agente. La tipicidad objetiva sistemática omisiva, a diferencia de la activa, requiere que el agente no haya puesto la acción que hubiese interrumpido la causalidad que provocó el resultado. La relevancia típica de la causalidad en el tipo omisivo, pues no se produce a través del nexo de causación sino del nexo de evitación... En consecuencia, en la estructura típica omisiva no es exigida la causación. Lo que falta en la estructura omisiva, pues, es el nexo de causación, justamente porque es reemplazado por el nexo de evitación, pero ambos se basan en la causalidad: uno se determina comprobando que con la hipotética supresión de la conducta prohibida desaparece el resultado (causación), en tanto que en el otro se determina comprobando que con la hipotética interposición de la conducta

debida, desaparece el resultado (evitación). El nexo de evitación funciona en ///83.- la tipicidad omisiva como el equivalente típico del nexo de causación, siendo ambas formas típicas de revelar la causalidad a efectos de individualizar la conducta prohibida” (Se. 166/03 STJRNSP supra citada).- - - - -

----- En este sentido participo de la idea de que “... resulta necesaria la demostración con una probabilidad rayana en la certidumbre de la evitación del resultado para el caso de observancia del deber objetivo de cuidado, y mientras aparezca como posible o probable igual obtención del resultado en caso de actuación diligente por parte del sujeto, el tribunal debe resolver favor rei...” (Sandro F. Abrales, “Lineamientos dogmáticos generales sobre la tipicidad imprudente en la moderna doctrina penal española”, en Revista de Derecho Penal, 2002-2, Delitos culposos, II, pág. 180).- - - - -

----- “La función del resultado en estos tipos es esencial: si no se lo considerare un requisito de la tipicidad, bastaría la virtual acreditación de una conducta juzgada como infractora al correspondiente deber de cuidado para reputar satisfecho el aspecto objetivo del tipo. Cabría entonces hablar de '\delitos culposos de peligro\'', y se terminaría admitiendo la tentativa culposa, con merma significativa para la seguridad jurídica de cualquiera que lleva a cabo conductas riesgosas, por el inusitado ensanchamiento del campo de proyección típica” (Luis F. Niño, “La responsabilidad penal”, en Responsabilidad profesional de los médicos, pág. 1012).- - - - -

----- Igualmente, “... no habrá tipicidad cuando la conducta debida no hubiese impedido el resultado. Son los casos en ///84.- que se excluye la imputación por falta de realización del riesgo no permitido; esta exclusión se funda en que el ordenamiento jurídico no puede disponer sanciones por el incumplimiento de deberes inútiles. [Ya dijimos que l]os autores, citan, como ejemplo, el caso del médico anestesista que inyecta cocaína en lugar de novocaína y la paciente muere, comprobándose que el resultado luctuoso igualmente se hubiera producido de haberse aplicado novocaína” (Pablo Jantus, con la colaboración de Patricia Quirna Costa, Homicidios, lesiones y abortos relacionados con el arte de curar, pág. 1067, conf. Se. 166/03 STJRNSP).-

-----5.4.- Conductas. Violación del Deber de Cuidado. Conexión de antijuridicidad:- - -

----- A continuación, comienzo con el análisis anticipado en el apartado 5.1 in fine.- - -

-----a) Conductas: Dijo el sentenciante: “En el caso de Pablo Esteban Kirilovsky [...] a

poco de comenzar con la inducción anestésica de la víctima, perdió el control de la situación. No advirtió

Kirilovsky que había una falla en el sistema ventilatorio. Y esto ocurrió porque no prestó la debida atención sea al paciente o al instrumental mismo, y no se dio cuenta de lo que le estaba pasando al paciente y cuando lo hizo fue tarde. Concretamente que había una disminución en el suministro de oxígeno y un consecuente aumento de la presión de dióxido de carbono por falla en la ventilación. Debe tenerse en cuenta que esto sucedió mientras la víctima estaba intubada con asistencia mecánica respiratoria...” en la etapa inicial o prequirúrgica, ya que el cirujano Luis Daniel Caldentey no había ejecutado ningún ///85.- acto quirúrgico ni preparatorio (no alcanzó a “pintarlo” para la operación).- - - - -

-----a.1) Violación del deber de cuidado: Es palmaria y considero que abundan mayores comentarios sobre la negligencia en el comportamiento del imputado que de acuerdo con las circunstancias del caso fue descuidado, dejado y desatento en la inducción anestésica.- - - - -

----- Al respecto, se ha dicho que se da una relación de correspondencia entre los conceptos de imprudencia y negligencia. “Señala Zaffaroni que si bien puede afirmarse que \mientras el negligente no hace algo que la prudencia aconsejaba hacer, el imprudente realiza algo que las reglas de la prudencia aconsejan no hacer\’, éste es un concepto general que en su aplicación resulta hartamente confuso. En el fondo cualquier imprudencia constituye una negligencia, porque es imprudente la realización de una acción sin hacer algo que la prudencia aconsejaba hacer (negligencia)” (Daniel F. Acosta, Tratado de la culpa en el Derecho Penal, ed. Juris, 2007, pág. 68/69).- - - - -

-----a.2) Conexión de antijuridicidad: El dictamen pericial del Médico Forense doctor Ismael Hamdan y el Médico perito de parte doctor Delfín Francisco Delgado dice: “Una pregunta formal, clásica, en Medicina Legal en estos casos, es: El resultado, muerte, se hubiera producido, si la operación (en este caso la anestesia), no se hubiera llevado a cabo? [...] La respuesta, en este caso, es que creemos, que la muerte no hubiera ocurrido. [...] De manera tal, que la relación de causalidad, está firmemente establecida, ya que se cumple: [...] Criterio de Nexo efectivo: entre el PCR y la muerte. ///86.- [...] Criterio Cuantitativo: hay una relación estrecha entre el Paro Cardiorrespiratorio, el choque Cardiogénico posterior y la muerte. [...] Criterio Cronológico: la muerte se produce, pocas horas después del incidente original. [...] Criterio Topográfico: la injuria

inicial es Cardiorrespiratoria y la causa final de muerte es Cardiorrespiratoria. [...] Criterio de Continuidad Sintomática: luego del Paro cardiorrespiratorio, la función Cardíaca y Pulmonar continúa deteriorada hasta la muerte. [...] Criterio de Exclusión: se han excluido otras causas del Choque Cardiogénico, que no fuera el PCR en inducción Anestésica. [...] CONCLUSIÓN: La causa de la muerte [...] fue violenta, no natural, producida por intoxicación con Dióxido de Carbono por defecto en la ventilación pulmonar en circuito circular; el mecanismo fue Acidosis Respiratoria [...] Como consecuencia de lo citado, se inicia una serie de eventos fisiopatológicos concatenados, de los cuales el primero fue paro cardíaco y respiratorio del que fue reanimado, producto de ésta patología queda con déficit funcional cardíaco (Corazón Aturdido) y se presenta Edema Cardiogénico que provoca nuevo EAP, Edema Cerebral, Congestión Hepática y Esplénica. Recibió tratamiento y vigilancia inadecuados en traslado a Ecocardiografía, probablemente debida a rotura, del precario equilibrio: Cardíaco, Respiratorio y Neurológico que la persona tenía en UTI” (fs. 236).- - - - -

----- Tales afirmaciones concuerdan con los informes

periciales de los peritos de parte doctores Miguel A. Delgado y Sandra Sonia Costantini (fs. 611/614) y de la///87.- Junta Médica los Peritos Oficiales (fs. 616/620).- -

----- Asimismo, son consistentes con lo declarado en debate por el doctor Luis Daniel Caldentey (quien debía operar del oído a la víctima): la oximetría “[e]staba descendiendo antes que sucediera el paro” (fs. 1228).- - - - -

----- El sentenciante dijo: “[...E]l Dr. Ismael Hamdan en el debate [...] explicó [...] que la muerte fue violenta en el sentido de ser una injuria tisular que viene de una hipercapnia, CO<sub>2</sub>, acidosis, tiene una relación de causalidad con el acto anestésico y con la internación durante la terapia intensiva. No es una muerte natural. [...] Hay dos circunstancias. Una es en el período anestésico, el paro cardiorespiratorio surge de un aumento de la concentración de dióxido de carbono en sangre. Esta hipercapnia trae aparejado la acidosis respiratoria. Además el dióxido de carbono trae trastornos: vasoparálisis periférica, la acidosis respiratoria interfiere en el metabolismo celular. Una acidosis marcada produce una injuria. Aquí es donde tiene como un fenómeno de cascada todos los procesos de inflamación sistémica y fallo multiorgánico. Los procesos de enfermedad y la muerte, desde lo médico legal es un proceso. Al principio es reversible, y luego del fallo multiorgánico es irreversible. Y de ahí al deceso es cuestión de tiempo. Ya el organismo y la injuria celular no tienen posibilidad de retorno [...] En

consonancia con lo dictaminado y declarado por el Dr. Ismael Hamdan, los peritos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ratificaron en el debate el informe de fojas 616, y concluyeron que daban validez al dictamen médico legal de nuestro Médico Forense” (fs. ///88.- 1420/1422).- - - - -

----- En consecuencia, en la averiguación de la relación de determinación del resultado por la violación normativa mediante la realización del doble juicio hipotético, puedo afirmar que, en concreto, imagino que la conducta del imputado Pablo Esteban Kirilovsky dentro del marco normativo (sin violar el deber de cuidado en la inducción anestésica) no habría producido el resultado muerte (tipicidad culposa); por su parte, en el juicio hipotético en abstracto, imagino una acción no violatoria en abstracto, esto es, una inducción anestésica con adecuado suministro de oxígeno (no conforme con la imagen concreta de la realizada por el imputado), y ésta no habría podido causar el resultado, por lo que en el caso hay tipicidad culposa en la conducta realizada por Pablo Esteban Kirilovsky (conf. argumentos del considerando 5.3).- - - - -

----- Conforme con lo anterior, las conductas antijurídicas son determinantes de la muerte de la víctima, pues si el imputado hubiera realizado la inducción anestésica de acuerdo con las reglas del buen arte, la intoxicación con dióxido de carbono por defecto en la ventilación pulmonar en circuito circular -por el mecanismo fue acidosis respiratoria-, el paro cardíaco y respiratorio, el déficit funcional cardíaco y el edema cardiogénico que provocó EAP no se habrían producido y la víctima tampoco habría quedado en el delicado estado de salud que finalmente terminó con su fallecimiento por fibrilación ventricular.- - - - -

-----b) Conductas: El sentenciante sostuvo: “Situación del imputado Joaquín Andrade [...] en la Sala de Unidad de///89.- Terapia Intensiva [...] con posterioridad a que se hubiera producido un paro cardiorrespiratorio [...] al tiempo de no haber analizado los estudios de laboratorio efectuados sobre las muestras de sangre extraídas en el quirófano, sin evaluar y considerar las causas de acidosis que presentaba el paciente, administró líquidos y efectuó tratamiento inadecuado, provocando así deterioro general de su salud, edema agudo de pulmón [...] comenzó con una batería de medidas y medicamentos sin contar con un diagnóstico preciso que podría haber obtenido de haber exigido e insistido en la realización del ecocardiograma [...] de haber evaluado correctamente el informe de gases en sangre de la hora 12:06 y 12:12, Andrade hubiera advertido que esos porcentajes elevados de CO2 como así el PH, le estaban indicando

un daño cardiogénico ventricular izquierdo [...] grave error en que incurriera como fue el haber dispuesto una “expansión generosa” [...] la extubación realizada con un paciente hemodinámicamente inestable resultó precoz...”.- - - - -

-----b.1) Violación del deber de cuidado: Las mencionadas conductas constituyen violaciones del deber de cuidado del imputado. Al respecto se ha sostenido que “incurre en imprudencia el que actúa sin informarse debidamente, porque tampoco le falta previsibilidad respecto del peligro que produce: el médico que interviene sin los análisis previos aconsejados por su arte no carece de previsibilidad sino que incurre en violación de su deber de cuidado, que le imponía informarse” (Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Derecho penal. Parte general, pág. 532).- ///90.-- También estableció: “Deberes del médico [...] Comienzo y fin de la relación médico paciente: vigencia de la posición de garantía [...] El profesional se encontrará en posición de garantía y bajo responsabilidad de cumplir sus obligaciones mientras dure la relación. Asimismo continuará en esa posición en algunos casos, aun finalizado el acto en concreto que generó la intervención de un profesional en especial (por ejemplo en el caso del cirujano ante problemas surgidos en el paciente con posterioridad a una intervención quirúrgica) respecto de los actos que sean consecuencia de esa intervención. [...] Obligación de actuar con conocimiento y prudencia – Genéricamente la relación médico-paciente comenzará con el diagnóstico que deberá emitir el profesional. Este primer paso, que deberá ser efectuado en forma integral y a conciencia, ya que debe tomar en cuenta todos los elementos de relevancia y valorarlos correctamente, constituirá el marco que encuadrará y dará rumbo al ulterior tratamiento. Luego, comenzará el tratamiento con el fin curativo. Tanto en lo que respecta al diagnóstico y pronóstico como al tratamiento mismo y en general a todos los actos médicos que sea necesario realizar, el error médico en sí mismo no será imputable al profesional como violación de la *lex artis*, si es que éste no cuenta con una entidad relevante. [...] Por la calidad de inexacta de la medicina, un error ocurrido como consecuencia de una conducta adecuada no genera responsabilidad. Lo que determinará la responsabilidad será la calidad y el quantum del error valorados ex –ante, como así también su previsibilidad, circunstancias éstas que ///91.- permiten calificar una conducta como no adecuada. [...] Para calificar errores, debe tenerse en cuenta que el médico debe poner en el ejercicio de su función todos los medios técnicos, materiales e intelectuales con los que cuente, adoptando todas las medidas necesarias para el logro del fin buscado. [...] A los profesionales de la salud también se les exige obrar con

prudencia. Esta obligación, ínsita en todo intercambio humano, cobra mayor relevancia en el marco de esta actividad por los valores en juego, ya que en última instancia se trata de proteger la vida misma de las personas. Pero este deber de prudencia se complementa en el actuar con el requisito de la pericia, que a su vez debe concretarse con la habilidad necesaria para que los conocimientos de los que se dispone resulten efectivos para los fines propuestos. [...] Se ha dicho muy gráficamente que: “La obligación del médico consiste en principio, en la aplicación de los conocimientos que el estado actual de la ciencia proporciona, con la finalidad de obtener la curación del paciente, observando el mayor cuidado y diligencia, tanto en el diagnóstico como en el tratamiento, que debe ajustarse a las reglas del arte (CNCiv., Sala F, 28/07/1981, Flores López Máximo c. Sanatorio San José y otros, Resp. LL 1983-668)” (Paula I. Argnani, ob.cit., págs. 122 y 126/127).

----- “En la realidad cotidiana aparecen frecuentemente casos en los cuales una actuación médica oportuna hubiese dado posibilidades a un accidentado o a un enfermo de seguir viviendo [recordemos que en el caso, F.N.P. era un joven de dieciocho años de edad, que fue encuadrado como ASA I, era estudiante universitario, etc., que se //92.- sometió a una sencilla intervención quirúrgica programada de oído que, en sí misma, era sin riesgos], y ello conduce a revisar las consecuencias jurídicas de la actitud del profesional, cuando le era hacedero brindarla y no lo hizo en la medida adecuada. [... N]o hay duda de que el médico estuvo en posición de garante a partir del momento en que aceptó atender al paciente. Siendo así no debió omitir ninguno de los métodos de diagnosis a su alcance para determinar la naturaleza de la dolencia. Esa obligación le estaba impuesta por la norma general, propia a cualquier actuación médica. En cuanto a los deberes específicos (relativos al caso concreto) las normas que los imponían también eran particulares, entre ellos: Combatir de inmediato la infección. Controlar qué efecto producían los antibióticos. Hacer intervenir a otros facultativos, generando interconsultas. Ante la imposibilidad en que se hallaba para esclarecer la situación, derivar a[l ...] joven con premura a un centro de mayor complejidad. [...] El médico que, luego de haber asumido la atención del enfermo, dejase de diagnosticar cuál es el problema, incurriría en una omisión imputable si de ella derivan algunos de los resultados previstos en los tipos respectivos. Pero si ése no fuese el caso, si no dejase en absoluto de diagnosticar pero no emplease los procedimientos adecuados, también podría formularse a su respecto

la imputación objetiva, pues el médico de nuestros días tiene a su disposición

innumerables métodos para el conocimiento diferencial de los signos de las enfermedades, y es su obligación ponerlos al servicio del paciente. Si no lo hiciese, reflejándose la ///93.- omisión en perjuicio del enfermo, le será atribuido ese defecto. [... D]iversos procedimiento diagnósticos, y con el uso de la tecnología adecuada, hubiesen permitido confirmar o descartar las presunciones que derivaban de la observación clínica, y confirmar o descartar las sospechas provenientes de los resultados de los análisis. Todo para descubrir finalmente el origen de la dolencia. Esto, dentro de la relatividad de lo que es factible lograr [...] Será imputable objetivamente la conducta omisiva si las faltas consistiesen en la ausencia de exámenes de laboratorios, de radiografías, o de otros estudios, al comienzo de la atención y en los distintos momentos de la evolución del enfermo (por ejemplo en el pre y en el posoperatorio); si el médico no da las indicaciones adecuadas (en lenguaje y escritura comprensibles y a la persona que esté en condiciones de seguirlos) y en el momento que corresponda, teniendo en cuenta que el tiempo es un factor esencial e irrecuperable” (Marco Antonio Terragni, El delito culposo en la praxis médica, ed. Rubinzal Culzoni, 2003, págs. 127, 140, 142/143, 148; el resaltado me pertenece).- - - - -

----- También se ha dicho “que el equívoco en el diagnóstico es imputable al facultativo en tanto haya mediado negligencia o impericia en la averiguación de las causas motivadoras de la enfermedad (\el médico que yerra rebasando tales límites –los de la negligencia e impericia en la averiguación del origen del mal- no puede invocar la impunidad debida a la libertad de diagnóstico e incurre en responsabilidad por razón de su culpa\’)” (Alberto J. Bueres, ob.cit., págs. 151/152). Agrega este autor que la casuística ///94.- es copiosísima sobre “descuidos o actitudes culposas”: “... despreocupación por el control de un tratamiento, interpretación inexacta de una radiografía, ... falta de atención al diagnóstico previo...” (pág. 162/163).-

----- “La responsabilidad del médico se ve comprometida cuando la falta de tratamiento o el error de diagnóstico obedece a la omisión de adoptar las medidas adecuadas en función del estado del enfermo..., o cuando aquél puede calificarse de superficial o inexacto en presencia de síntomas indicadores de una dolencia determinada, pues el galeno debe asegurarse de la verdad del diagnóstico, agotando los medios que la ciencia y práctica médica ponen a su alcance (CNCiv.Com.Fed., Sala III, 05/10/2004...)” (“Responsabilidad de los médicos”, en Derecho médico/4, dirigida por Gherzi y Wingarten, ed. Nova Tesis Editorial Jurídica, 2007, pág. 131).- - - - -

----- “La culpa médica consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la

naturaleza de la obligación y que corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, caracterizándose por dos elementos negativos: ausencia de mala fe o mala voluntad y omisión de las diligencias apropiadas, traducida en negligencia o imprudencia. (CNCiv., Sala A, 26/04/2000...)” (“Responsabilidad de los médicos” citada supra, págs. 123/ 124).- - - - -

----- Así, por ejemplo, “[e]l actuar del médico que asistió al paciente con un cuadro de probable descompensación por hipotensión arterial y conociendo plenamente que tenía un marcapaso definitivo sólo le prescribió seguir con la ///95.- medicación que tomaba y consultar con su médico de cabecera debe ser calificada de insuficiente, inidónea, negligente y culpable, toda vez que la pericia médica es reveladora de dicha actuación ya que pese a los antecedentes del caso omitió la realización de un estudio cardiológico que de haberse practicado al paciente le hubiera permitido afrontar debidamente el estado y proceso que finalmente desembocó en su deceso” (Cciv. y Com. Quilmes, Sala I, del 06-04-04, en LLBA 2004, 1290).- - - - -

----- Destaco que en el sub lite no se objeta la facultad del médico de elegir un tratamiento y no otro, porque la selección de lo que corresponde hacer queda librada al criterio del profesional, en forma exclusiva. Solamente se reprochan las decisiones que constituyen violaciones a los deberes de cuidado conforme a la *lex artis*.- - - - -

----- “Establecido el diagnóstico, el camino terapéutico y su pragmatización en el paciente que resulta según esa ciencia, una de las posibles alternativas adecuadas, actuales y válidas, el magistrado no puede realizar una ‘intromisión científica’, por el contrario debe respetar el abordaje realizado; incluso al no ser controvertido con las pericias o las pruebas de la contraparte, el magistrado entonces carece de judicialidad para avocarse al tema (Weingarten-Ghersi, ‘La discrecionalidad de la estrategia terapéutica...’, en JA 1997-II, 431)” (Se. 113/04 STJRNSP).-

----- Pero, como hemos reseñado, son muchas las acciones y omisiones que se reprochan en la cadena causal a los cuatro médicos intervinientes, las que contribuyeron al resultado muerte.- - - - - ///96.--b.2) Conexión de antijuridicidad: Para los fines de su demostración, es dable citar el dictamen pericial del Médico Forense doctor Ismael Hamdan y el médico perito de parte doctor Delfín Francisco Delgado, donde dice: “... hechos objetivos... - Mejora de Hipercapnia e Hipoxemia en UTI. - Las Rx de tórax, muestran Edema Pulmonar. - Recibe líquidos intravenosos ‘generosamente’. - Recibe drogas Vasoactivas permanentemente en UTI para sostener la circulación. - El balance de líquidos ingresados es positivo. ... - Se

retiró ARM, con PO2 de 54 mm Hg. (16 hs. 7/4/04). [...] El incidente inicial, que dispara y genera una serie... de eventos concatenados, es el Paro Cardiorrespiratorio, luego de inducción anestésica en quirófano. Posteriormente sobreviene Edema y Hemorragia Pulmonar, y la persona tiene choque cardiogénico. Estas patologías no pudieron ser controladas en la Unidad de Terapia Intensiva y luego de una aparente mejoría inicial, la persona se descompensa [...] Luego del PCR, tiene Edema Agudo de Pulmón (EAP) y es derivado a Terapia Intensiva. Este cuadro clínico: Insuficiencia Ventricular Izquierda por Corazón Aturdido post PCR, empeoró en UTI, debido a hidratación generosa... y retiro temprano de la ARM que generaron nuevo EAP y reinstalación de ARM. [...] CONCLUSIÓN: La causa de la muerte... fue violenta, no natural, producida por intoxicación con Dióxido de Carbono por defecto en la ventilación pulmonar en circuito circular; el mecanismo fue Acidosis Respiratoria [...] Como consecuencia de lo citado, se inicia una serie de eventos fisiopatológicos concatenados, de los cuales el primero fue ///97.- paro cardíaco y respiratorio del que fue reanimado, producto de esta patología queda con déficit funcional cardíaco (Corazón Aturdido) y se presenta Edema Cardiogénico que provoca nuevo EAP, Edema Cerebral, Congestión Hepática y Esplénica. Recibió tratamiento y vigilancia inadecuados en traslado a Ecocardiografía, probablemente debida a rotura, del precario equilibrio: Cardíaco, Respiratorio y Neurológico que la persona tenía en UTI” (fs. 233/236, los resaltados me pertenecen).- - - - -

----- “En la audiencia de debate el perito de la Corte Suprema de Justicia, Dr. Bruno explicó sobre lo inconveniente y lo desaconsejado de este procedimiento de extubación para un paciente que pocas horas antes había sufrido un paro cardíaco y un edema agudo de pulmón. Esta medida fue grave. Hubo un error de apreciación importante, por cuanto no había urgencia para acelerar la extubación, era necesario mantener al paciente con asistencia mecánica respiratoria para darle una buena ventilación como así asegurar una mejor eliminación de secreciones, etc, lo que también fue relatado por el Dr. Bruno en la audiencia. Mantenerlo con asistencia mecánica respiratoria era el tratamiento adecuado y aquí se hizo lo contrario aumentando de manera imprudente el riesgo en el paciente F.P.. Asimismo el informe del perito de parte Dr. Miguel Delgado (brindado en el juicio) indica que cuando se retira la asistencia mecánica respiratoria los valores de PaO2/FiO2 era de 54, mientras que un valor normal es mayor de 250” (fs. 1429).- - - - -

----- También declaró la imputada Fabiana Aguirre Neira –en ///98.- cuanto aquí

interesa- en los siguientes términos: “Me hacen el pase de guardia, el Dr. Santibáñez. [...] Me cuenta... que durante la tarde [...] había bajado los requerimientos del respirador y por eso lo extubaban. Pero que seguía con inestabilidad hemodinámica [...] Que necesita noradrenalina significa que está en shock [...] lo veo a F. [N.P.], estaba con máscara de oxígeno, bomba con noradrenalina [...] nunca dejó de estar en choque [...] Siempre estuvo shocado” (fs. 1277/1278 y 1285).- - - -

----- Entonces –sintéticamente-, ha quedado acreditado que la generosa hidratación fue una indicación y un tratamiento médicamente incorrecto en función del estado del paciente, lo que resultó una medida perjudicial para la salud de éste; además, a las 16 hs., la víctima presentaba –según radiografía- un edema de pulmón -que es sinónimo de insuficiencia cardíaca ventricular izquierda-, continuaba hemodinámicamente inestable y registraba irregulares valores de PO<sub>2</sub>; y ello, sumado a las conductas de omisión impropia (v.gr., “no haber analizado... sin evaluar y considerar... sin contar con un diagnóstico preciso... de haber exigido e insistido en la realización del ecocardiograma... de haber evaluado correctamente el informe de gases... hubiera advertido...”) señalaban la contraindicación de retirar la asistencia

mecánica respiratoria, no obstante lo cual se dispuso y realizó, lo que produjo en el paciente una insuficiencia respiratoria.- - - - -

----- De tal forma, tengo por acreditado que existió una relación de determinación entre las conductas del imputado (con injerencias importantes y directas en la salud de la //99.- víctima en cuanto a: edema agudo de pulmón y consecuente afectación cardíaca, insuficiencia respiratoria, expansión generosa de líquidos, ausencia de diagnóstico preciso, insuficiente e inexistente control y monitoreo) y el resultado muerte en oportunidad de atender a la víctima luego del paro cardiorrespiratorio, porque afectó (con violación del deber de cuidado) las funciones cardíacas y pulmonar –las que continuaron deterioradas hasta la muerte-, y la causa final del fallecimiento resultó ser cardiorrespiratoria y a escasas horas de aquellas conductas típicas.- - - - -

-----

----- Así, en la averiguación de la relación de determinación del resultado por la violación normativa mediante la realización del doble juicio hipotético, puedo afirmar que, en concreto, imagino que la conducta del imputado Joaquín Andrade dentro del marco normativo (sin violar el deber de cuidado en la hidratación, diagnóstico y extubación) no habría producido el resultado muerte (tipicidad culposa); y, en el juicio hipotético en abstracto, imagino una acción no violatoria en abstracto, consistente en

diagnóstico oportuno con informes y estudios médicos, hidratación adecuada y no extubación (no conforme con la imagen concreta de la realizada por el imputado), y ésta no habría podido causar el resultado, por lo que en el caso hay tipicidad culposa en la conducta realizada por Joaquín Andrade.- - - - -

----- En otras palabras, y como sostuvo el sentenciante, existe la certeza necesaria para concluir que el imputado Joaquín Andrade puso una causa determinante (conditio per //100.- quam) en el resultado muerte (fs. 1430).- - - - -

-----c) Conductas: El sentenciante estableció: “Situación del imputado Nelson Rubén Fernández Santibáñez [...] en la Sala de Unidad de Terapia Intensiva... con posterioridad a que se hubiera producido un paro cardiorrespiratorio [...] no haber analizado los estudios de laboratorio efectuados sobre las muestras de sangre extraídas en el quirófano, sin evaluar y considerar las causas de acidosis que presentaba el paciente, administró líquidos y efectuó tratamiento inadecuado, provocando así deterioro general de su salud, edema agudo de pulmón [...] recibir entre otros, al paciente F.P. en su turno sin contar con los estudios médicos y análisis realizados para poder evaluar a qué tipo de enfermo se iba a enfrentar y pese a ello actuó sin contar con un diagnóstico avalado por análisis e incluso sin tener acceso a los datos de la Historia Clínica que ni siquiera alcanzó a ver. No hizo diagnóstico, simplemente se limitó a confiar en los datos que verbalmente le brindó el Dr. Joaquín Andrade, y al control clínico superficial en un caso complejo, de allí en más continuó hidratando generosamente al paciente, en contra de lo indicado por las leyes que rigen el arte de la medicina para un paciente que horas antes había sufrido un edema agudo de pulmón [... N]o supo lo del edema pulmonar, tampoco hizo nada para interiorizarse de la situación real por la que atravesaba la víctima. [... C]onsintió la extubación del paciente de manera prematura cuando estaba contraindicado para un paciente como F.P. que venía de sufrir pocas horas antes un paro cardíaco y un edema agudo de pulmón. [...] actuaron... sin contar con //101.- un diagnóstico de shock cardiogénico [lo que] evitó que se le brindara al paciente un tratamiento adecuado...”.-

----- Recuérdese que los peritos de parte fueron quienes afirmaron que era un caso complejo y que los imputados, por sus conductas antinormativas (violaciones de los deberes de cuidado), no lo advirtieron oportunamente con el fin de brindar el posible y existente adecuado tratamiento médico.-

-----c.1) Violación del deber de cuidado: En función de las conductas referidas, valen las consideraciones realizadas precedentemente en el apartado b.1), al que me remito

brevitatis causa.- - - - -

-----c.2) Conexión de antijuridicidad: La precedente consideración de las conductas (apartado c) con las similares referidas en el apartado b) debe –por así corresponder– concluir de la misma forma, es decir, valen aquí los argumentos expuestos en el apartado b.2 para concluir que hay tipicidad culposa en la conducta desplegada por Nelson Rubén Fernández Santibáñez; ello, sin perjuicio de que éste suma las conductas típicas de recibir al paciente F.N.P. en su turno sin contar con los estudios médicos y los análisis realizados para poder evaluar a qué tipo de enfermo se iba a enfrentar y, pese a tal circunstancia, actuó sin tener un diagnóstico avalado por análisis e incluso sin tener acceso a los datos de la Historia Clínica que ni siquiera alcanzó a ver; así, no hizo diagnóstico y simplemente se limitó a confiar en los datos que verbalmente le brindó el doctor Joaquín Andrade y en el control clínico superficial en un caso complejo; no supo lo del edema pulmonar y tampoco hizo nada para interiorizarse ///102.- de la situación real por la que atravesaba la víctima.- - - - -

-----d) Conductas: El sentenciante expresó: “Situación de la imputada Inés Fabiana Aguirre Neira [...] en la Sala de Unidad de Terapia Intensiva [...] con posterioridad a que se hubiera producido un paro cardiorrespiratorio [...] no haber analizado los estudios de laboratorio efectuados sobre las muestras de sangre extraídas en el quirófano, sin evaluar y considerar las causas de acidosis que presentaba el paciente, administró líquidos y efectuó tratamiento inadecuado, provocando así deterioro general de su salud, edema agudo de pulmón [...] menospreciar la situación crítica del paciente, confiar excesivamente sin tener a su alcance la Historia Clínica, lo que le llevó a perder un tiempo valiosísimo para la suerte de la víctima [...] si bien corrigió el tratamiento al detectarse el nuevo cuadro de edema agudo de pulmón, la reintubación fue tardía [...] no recabó la información médica necesaria y documentada para poder hacer un diagnóstico correcto y en base a ello la disposición de los medios acordes [...] Es grave que no haya exigido la realización del ecocardiograma, no tuvo en cuenta que el cuadro crítico del paciente así lo recomendaba. Ese estudio le hubiera permitido, de haberlo hecho ni bien se hizo cargo del turno, de establecer un diagnóstico preciso que a la postre no hizo [...] Aguirre Neira confundió incluso el estado de shock cardiogénico por el que venía transitando el paciente con una bacteremia [...] en condiciones clínicas no aconsejable realizó el traslado contraindicado a la sala de imágenes para que se llevara a ///103.- cabo el ecocardiograma”.- - - - -

-----d.1) Violación del deber de cuidado: Valen aquí también –en lo pertinente– las

consideraciones realizadas en el apartado b.1), a las que me remito brevitatis causa.- - -

----- Además, “[l]as consideraciones acerca de la acción, la omisión y la comisión por omisión expuestas en orden a la falta de adoptar métodos de diagnosis son aplicables a las omisiones relativas a la asistencia, ya sea que el médico deje de hacer algo que debe realizar o que directamente abandone al paciente. [...] Así, por ejemplo, si no revisa o explora al enfermo en el momento oportuno: En ciertos casos las demoras pueden resultar fatales, como cuando está avanzando un proceso infeccioso... siendo que la demora en practicar una... puede salvar la vida del enfermo. [...] Son frecuentes los yerros por haberse encarado un tratamiento aparentemente exacto, pero de ejecución tardía o irregular” (Marco Antonio Terragni, ob.cit., págs. 147/148 y 153).- - -

----- La importancia de la Historia Clínica es un punto central del tema tratado, toda vez que –se ha sostenido– el médico puede incurrir en mala praxis por no haber confeccionado la historia clínica o haberla confeccionado mal. Más allá de la libre valoración que efectuará el juez de las distintas probanzas que se arrimen al expediente, la Historia Clínica (y demás constancias de atención) junto con la autopsia o examen médico que se practique a la víctima son las pruebas esenciales y de mayor importancia en estos procesos, por cuanto de dichas constancias surgen elementos decisivos tanto para acreditar el resultado lesivo requerido por la norma como para la determinación de la presencia de ///104.- la conducta descuidada y de su eventual concreción el resultado dañoso.- - - - -

----- El profesional prudente y diligente siempre tendrá presente la importancia que reviste la correcta confección de la Historia Clínica. Sobre el tema, el maestro de la clínica Aráos Alfaro decía que “no hay síntomas pequeños ni análisis inútiles”, por lo que cada detalle deberá ser consignado, ya que lo que no está en la Historia Clínica “no está en el mundo”. De allí que no conviene seguir el consejo de los legos que sostienen que escribir menos es sinónimo de errar menos, pues este documento se convertirá en una herramienta probatoria de singular importancia a la hora de determinar responsabilidades.- - - - -

----- Esto no implica trasladar del proceso civil la teoría de la carga dinámica de la prueba, sino enfatizar que es una prueba objetiva de lo actuado que en el proceso penal debe ser valorada para saber (en el contexto del plexo probatorio) qué se realizó y qué se omitió, y luego considerar la buena o mala praxis médica.- - - - -

----- Ese instrumento (la Historia Clínica),

además de ser el testimonio escrito de la actuación profesional, es de vital importancia pues, debidamente firmado por el profesional que la realizó, con el consentimiento informado pertinente, reviste el carácter de declaración jurada. El doctor Vázquez Ferreira, en relación con esto, señala que “los profesionales médicos deben acostumbrarse a pensar que la historia clínica ha dejado de ser propiedad exclusiva de ellos y absolutamente reservada. Ahora, además de la función fundamental que tiene asignada clásicamente esa//105.- documentación, también se constituye en un elemento básico para la efectivización de los derechos de los pacientes y primordial medio de prueba en un juicio por responsabilidad médica” (autor citado, “La importancia de la historia clínica en los juicios de mala praxis médica”, en LL, año LX, N° 60, marzo de 1996; ver Argnani, ob.cit., págs. 167/168).- - - - -

-----d.2) Conexión de antijuridicidad: Teniendo en cuenta la situación del paciente a la hora 20:00 del día 07-04-04 (es decir, en la continuación de la atención médica antes referida respecto de los consortes de causa), es dable destacar –y ya en lo que interesa sobre la imputada Aguirre Neira- que “la persona se descompensa, tiene nuevo Edema Pulmonar Agudo y debe recibir Asistencia Respiratoria mecánica por tercera vez. El Ecocardiograma, realizado tardíamente, mostró déficit grave de la función contráctil del ventrículo izquierdo del corazón [...] Durante la evolución, presenta características clínicas y bioquímicas de Síndrome de Respuesta Inflamatoria Sistémica [...] y Síndrome de falla de múltiples órganos [...] El evento final se produce, al romperse el precario equilibrio cardíaco, respiratorio y neurológico de la persona cuando se decide trasladarla, para estudio ecocardiográfico” (fs. 234/235).- - - - -

----- Agrego también lo que declaró la imputada Fabiana Aguirre Neira y que fue supra citado: “Me hacen el pase de guardia, el Dr. Santibáñez. [...] Me cuenta [...] que durante la tarde [... h]abía bajado los requerimientos del respirador y por eso lo extuban. Pero que seguía con inestabilidad hemodinámica [...] Que necesita noradrenalina ///106.- significa que está en shock [...] lo veo a F. [N.P.], estaba con máscara de oxígeno, bomba con noradrenalina [...] nunca dejó de estar en choque [...] Siempre estuvo shocado” (fs. 1277/1278 y 1285).- - - - -

----- Entonces, en el contexto de las circunstancias, el tiempo y el espacio antes mencionados en cuanto a la condición y situación del paciente (que ahora se tienen en cuenta para ponderar la conducta concreta y personal de la imputada Aguirre Neira), las omisiones de analizar los estudios de laboratorio, de evaluar y considerar las causas de la acidosis que presentaba el paciente, de recabar información médica necesaria y

documentada para poder hacer un diagnóstico correcto y de exigir la realización del ecocardiograma para establecer un diagnóstico preciso; sumado a la administración inadecuada de líquidos que provocó un deterioro general de su salud (edema agudo de pulmón), al menosprecio de la situación crítica del paciente, a la confusión del estado de shock cardiogénico por el que venía transitando el paciente con una bacteremia, a la reintubación tardía y al traslado contraindicado a la sala de imágenes para que se llevara a cabo el ecocardiograma en condiciones clínicas no aconsejables, son conductas violatorias del deber de cuidado con entidad jurídica suficiente para establecer una relación de determinación con el resultado muerte.- - - - -

----- Tal relación surge de las injerencias médicas que directamente afectaron la salud de la víctima en cuanto al edema agudo de pulmón y la afectación cardíaca y la insuficiencia respiratoria consecuentes, la ausencia de///107.- diagnóstico preciso, el control y monitoreo insuficientes, y el precario equilibrio cardíaco, respiratorio y neurológico de la persona (quien registraba los antecedentes de paro cardiorrespiratorio y edema agudo de pulmón –entre otros-, todo lo cual terminó en el fallecimiento, cuya causa final fue cardiorrespiratoria y a escasas horas/minutos de aquellas conductas típicas.- - - -

----- Así, en la averiguación de la relación de determinación del resultado por la violación normativa mediante la realización del doble juicio hipotético, puedo afirmar que, en concreto, imagino que la conducta de la imputada Aguirre Neira dentro del marco normativo (sin violar el deber de cuidado en el oportuno control, diagnóstico y reintubación, y en el traslado para hacer el ecocardiograma) no habría producido el resultado muerte (tipicidad culposa); y, en el juicio hipotético en abstracto, imagino una acción no violatoria en abstracto, dada por el oportuno control, el diagnóstico y la reintubación sobre la base de estudios e informes médicos, sin trasladarlo de terapia intensiva (no conforme con la imagen concreta de lo realizado por la imputada), y ésta no habría podido causar el resultado, por lo que en el caso hay tipicidad culposa en la conducta asumida por Aguirre Neira.-

----- Dicho de otra forma, existe la certeza necesaria para concluir que la imputada Aguirre Neira puso una causa determinante (conditio per quam) en el resultado muerte.-

-

-----e) Concurrente realización del riesgo no permitido:- -

----- En los considerandos y apartados anteriores desarrollé los argumentos sobre la acreditación de la causalidad, la///108.- violación del deber de cuidado y la relación de

determinación entre la violación normativa y el resultado, esto es, la existencia de una conexión de antinormatividad.-

----- Previo a continuar con el desarrollo del tema del título del apartado, destaco (sin perjuicio de lo expuesto infra en el considerando 8) que también llegaríamos a la causalidad de las omisiones impropias reprochadas a los encartados si siguiéramos la posición de Enrique Gimbernat Ordeig, en virtud de que se acreditó que, en su carácter de garantes, los imputados incumplieron sus obligaciones al sobrepasar el nivel de riesgo permitido en el foco de peligro causante del resultado típico, independientemente—según el autor citado- “de si el cumplimiento de dicha obligación hubiera podido impedir o no la producción de ese resultado” (La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”, de la colección Autores de derecho penal, dirigida por Edgardo Alberto Donna, ed. Rubinzal Culzoni, 2005, págs. 52/53).-----

----- Resta sí, ahora, analizar la interrelación de las conexiones de antijuricidad de los imputados, lo que realizo a continuación:-----

----- Ubicándonos en el tramo “en concreto” del referido doble juicio hipotético, quedó acreditado en los apartados a.2, b.2, c.2 y d.2 que los cuatro imputados introdujeron un riesgo no permitido y que el resultado muerte fue realización de esos riesgos.-----

-----

----- “Recordemos que la atribución de un hecho a la obra -negligente o imprudente- del agente no se encuentra en la causalidad natural, sino que a partir de ésta se arriba a //109.- criterios de imputación normativa. La causalidad natural es un nivel muy elemental de imputación y siempre su prueba es una prueba de probabilidad, que nunca es absoluta, por las limitaciones del conocimiento científico (Zaffaroni, Alagia, Slokar, Derecho Penal. Parte General, ed. 2005, pág. 358).-----

--

----- “[...] En este orden de ideas, dice Michele Taruffo, en La prueba de los hechos (págs. 176/177): \En realidad, podría decirse que el proceso, al no ser una empresa científica o filosófica, no necesita de verdades absolutas, pudiéndose contentar con mucho menos, es decir, con verdades relativas de distintos tipos, pero suficientes para ofrecer una base razonablemente fundada a la decisión\'. Para Taruffo, el verdadero problema es definir las condiciones de validez y de aceptabilidad de estos conocimientos, es decir, \definir criterios racionales para verdades necesariamente relativas\’” (Se. 69/08 STJRNSP).-----

----- Y es del caso que la prueba pericial médica forense y de parte, las declaraciones de los imputados, los estudios, informes y testimoniales, además de la cadena causal, reportan a un mismo resultado: en este caso, tenemos agotados todos los medios de prueba que aportaron al mismo resultado en orden a la cadena causal y a la autoría concomitante.-----

----- Entonces, se probó que los encartados crearon o aumentaron el riesgo no permitido para la actividad y que éste se proyectó en el resultado dañoso (conf. dictamen del Procurador General que la CSJN hace suyo, en autos “B. C., G. E.”, del 04-03-03, publicado en DJ 2003-3, 305 - LL 2003-///110.- E, 351).-----

----- Los imputados tuvieron –oportunamente- tiempo “para rectificar el curso terapéutico, o efectuar consultas o cambiar el tratamiento. Estuvo en sus manos salvar una vida que dependía de sus conocimientos médicos, y por negligencia dejó marchar el curso causal de la patología hasta que se tornó irreversible. El elemento objetivo del tipo está claramente demostrado, del mismo modo puesto que un oportuno cambio de tratamiento hubiese interrumpido la cadena causal del proceso...” (CNApCrim.y Corr., Sala VI, del 27-03-90, votos de los doctores Carmen M. Argibay, Carlos A. Elbert y Eugenio R. Zaffaroni, en LL 1991-D, 181).-----

----- Al respecto, “[s]e ha preguntado cuál es la solución cuando la conducta alternativa conforme al cuidado debido hubiese evitado el resultado, pero no con seguridad sino sólo probablemente. Con argumentos preventivistas se ha pretendido que sólo se excluye el nexo de determinación cuando la acción alternativa hubiese evitado con seguridad el resultado. Es un caso extraño en que el preventivismo llega al extremo de pretender cancelar el principio in dubio pro reo. En rigor, esta cancelación implicaría borrar el requisito del nexo de determinación, porque jamás se puede tener la certeza absoluta de lo que hubiese ocurrido en un curso hipotético. Como tampoco basta una mera posibilidad de evitación para afirmar que no se cumple con el nexo de determinación, resulta bastante claro que se trata de una cuestión procesal en la que sólo cuando se alcance la duda razonable habrá de jugar el in dubio pro reo” (Zaffaroni, Alagia y Slokar, ob. cit., pág. 534).----- //111.-- De tal forma, sostengo que el resultado muerte de F.N.P. es imputable a cada uno de los procesados -por ser la realización del riesgo no permitido de sus respectivas violaciones a los deberes de cuidado- con probabilidad rayana en la certeza de que ese resultado no se habría producido de haberse comportado correctamente (conforme a derecho y lex artis).-----

----- Y reitero, entiéndase que todos los imputados introdujeron un riesgo no permitido y el resultado es la realización de ese riesgo en función de las circunstancias existentes al momento de realizarse las conductas antinormativas.-----

----- En cuanto a la “causa de reemplazo” (que se constituye precisamente por reemplazar la conducta que genera un resultado por otra que causa el mismo efecto -la doctrina es conteste al considerar que carece de importancia la afirmación de que, en ausencia de la conducta típica, el resultado se habría producido de todos modos, pues ello sería como intentar justificar un homicidio al sostener que la víctima habría muerto de todas maneras ya sea por enfermedad o por vejez-), pacíficamente se ha aceptado que carece de relevancia analítica pues las hipótesis que se utilizan para el juicio de imputación se limitan a considerar solamente lo que habría sucedido si el autor se hubiera comportado correctamente (“comportamiento alternativo conforme a derecho”; ver Argnani, ob.cit., pág. 100).-----

----- “... [A]cerca de la relevancia que debe corresponder en la valoración de un hecho, concretamente, en la atribución de un resultado a una conducta, a consideraciones hipotéticas de haberse producido circunstancias al menos parcialmente distintas... se sostiene de modo prácticamente unánime que estas consideraciones carecen de relevancia cuando de lo que se trata es de valorar una causa de reemplazo (vid sólo Roxin... Jakobs... Bacigalupo...): en efecto, en lo que se refiere a la imputación de la muerte al autor de un disparo, es indiferente que su víctima fuera a morir minutos después por una enfermedad. Pues los delitos de resultado no se refieren al aseguramiento de las posibilidades de supervivencia de un bien, sino a su efectiva destrucción” (Manuel Cancio Meliá, *Líneas Básicas de la Teoría de la imputación objetiva*, Ed. Jurídicas Cuyo, 2001, págs. 134/135; queda a salvo la opinión de Marcelo A. Sancinetti, conf. obras *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, 1991; *Análisis crítico del caso “Cabezas”*. Tomo II. El juicio, ed. Ad Hoc, 2002, págs. 1133, sgtes. y ccdtes.; entre otras).-----

----- En el sub lite, para Kirilovsky, la causa puesta por las conductas típicas de Andrade, Fernández Santibáñez y Aguirre Neira que generaron el resultado muerte no son “causas de reemplazo” puesto que son causas en la realización de la concurrencia de riesgos no permitidos. Lo mismo cabe decir de las atribuibles a Fernández Santibáñez y Aguirre Neira respecto de Andrade, y de la correspondiente a Aguirre Neira para Fernández Santibáñez.-----

----- Además –reitero- supra se acreditó que el comportamiento alternativo ajustado a

derecho (respecto de ///113.- cada imputado) no habría producido con certeza rayana en la seguridad el resultado muerte, en virtud de que el riesgo inicial y el consecuente previo a la intervención de cada imputado no se vio sustituido por los correspondientes riesgos concurrentes; y porque los “riesgos concurrentes al inicial” no son distintos de este último.- -

----- Sentado lo anterior, agrego que los deberes de cuidado (que cada uno de los imputados incumplió) tenían por fin la evitación del peligro del resultado muerte, con lo que se cumple el segundo juicio hipotético en abstracto.- - - - -

----- Por último, destaco que Andrade, Fernández Santibáñez y Aguirre Neira asumieron institucionalmente (por trabajar en equipo médico con división de trabajo horizontal en el Sanatorio Río Negro S.A.) el control de una situación de riesgo (en las oportunidades en que comenzaron la atención médica de la víctima), pero ello no hace cesar la posibilidad de imputar las conductas típicas -no la situación de peligro- a quien(es) precedieron en la intervención médica, introduciendo un riesgo no permitido (vid. Zaffaroni, Alagia y Slokar, ob.cit., pág. 537).- - - -

----- “Se deduce de lo hasta ahora narrado, que el procesado ha violado el deber de cuidado que le era exigido en el ámbito de relación. Es decir, la acción del médico resulta intolerable, generalmente, al decir de Welzel (Das Deutsche Strafrecht, p. 130), al superar el riesgo permitido en el arte médico. Y esto tiene que ver con el bien jurídico protegido, cuya norma diría: \no se debe actuar de manera que se exponga la vida de la enferma a un mayor riesgo\. Y esto tiene que ver, sin lugar a dudas, con la posición del ///114.- autor, quien tiene un mayor deber por el lugar que ocupa. Y acá no puedo dejar de anotar la posición de Luzón Peña, cuando dice: \se trataría, así, pues, de la posibilidad de que en ciertos supuestos para sujetos concretos, los delitos imprudentes funcionen como delitos de infracción a un deber\ (La determinación objetiva del hecho, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, XLII, p. 900). De allí que la norma, en este caso es sólo para determinadas personas. Esto equivaldría, sin duda alguna a que la violación del deber alcanzaría a realizar el tipo. Y acá juega, como dice Welzel, que lo importante no es lo que se hace, sino lo que se debe hacer (ob. cit., p. 132). Y lo que debió hacerse fue lo que se dice en las pericias antes mencionadas, y lo que se hizo, fue lo que [... cada imputado] realizó. De esa contraposición aparece la violación al deber de cuidado que el médico tenía a su cargo. Y en este sentido, el tipo subjetivo aparece completo, en cuanto al imputado debió prever el resultado, tanto como resultado de un conocimiento general, como especial del médico que hace, pues, a que el procesado

debió actuar de otra forma, tal como se dijo (Gössel, Karl, Dos estudios sobre la teoría del delito, p. 26). [...] Acá no hay dudas de que ha existido [...] un aumento del riesgo que lleva al menoscabo del bien jurídico. En este aspecto, la teoría de la imputación objetiva ayuda a solucionar los problemas de la praxis médica, como el presente. [...] No hay duda, como ya lo hice ver, que la conducta de [...] tiene que ver con el resultado. En este aspecto, el médico ha tenido el dominio objetivo y fáctico del hecho (Maurach-///115.- Gössel, Strafrecht, AT-2, ps. 96 y ss.). Este dominio del hecho lo hace [...] autor, o en otras palabras, es quien determina objetivamente el acontecer típico, el curso causal de la producción del hecho, ya que, a la causa [...] él una nueva dirección que es la que ayuda y conduce a la muerte de la víctima. Acá [...] ha tomado sobre él el curso causal, el cual podría haber evitado. El tenía el control de los acontecimientos de manera tal que, si se hubiera adecuado su conducta a la norma, el bien jurídico no hubiera sido lesionado, o lo hubiera sido de distinta manera. [...] A esto se le suma que este dominio del autor aparece agravado ya que, como bien lo dice Roxin (Täterschaft, p. 577), el sujeto tiene una posición especial que lo obligaba como médico a cargo de la enferma a un concreto deber de diligencia que, sin lugar a dudas, lo pone como mayor señor de los acontecimientos. [...] En cuanto al tipo objetivo, aparece a mi juicio, que la muerte pudo ser evitada por el procesado. Si en los presentes se hubiese empleado el cuidado necesario, antes mencionado por parte de los peritos en la causa, con ello el bien jurídico hubiese quedado a salvo, por una parte, y por otra, se hallaría cumplido el mandato de la norma por parte del procesado. [...] Con lo expresado, es obvio que sostengo en general y para el caso, que el resultado en los delitos culposos, integra el tipo, y, por ende, el rechazo a un doble juego de normas (Maurach, Gössel AT t. 2, parág. 42<sup>o</sup>I, II, y III). Con ello aparece el principal problema de la causa, o de la imputación del resultado muerte al accionar del procesado. Acá la llamada "causalidad de evitabilidad", está presente. ///116.- Se puede sostener que el accionar del procesado no evitó el daño del bien jurídico. [...] Sentado este deber que tenía [...], determinado ex ante, la víctima podía exigir otra conducta en el médico, de modo que 'no es relevante para el caso ni la magnitud de posibilidades de salvamento ni el curso hipotético en caso de alternativas de comportamientos no realizados' (Krumpelman-Jeschek-Festschrift, 1985, ps. 313 y ss.). [...] No hay dudas pues que el procesado es autor del delito de homicidio culposo (art. 84 CPen.), tal como la sentencia de 1<sup>a</sup> instancia ha resuelto" (C.Nac.Crim. y Corr., Sala 1<sup>a</sup>, del 27-02-91, voto de los doctores Edgardo A. Donna, Carlos A. Tozzini y Guillermo F. Rivarola; Lexis N<sup>o</sup>

70034344).- - - - -

----- En verdad –en conformidad con las reglas de la experiencia y el sentido común-, es la esencia de la profesión y del médico que trabaja en terapia intensiva en una función (rol) de alto riesgo para la vida lo que exige mayor cuidado y atención que los requeridos a un médico en otro tipo de atención (en general). Están ubicados en una sala de terapia intensiva para actuar en la crisis y urgencia con el mayor cuidado posible, porque el mínimo error u omisión pueden ocasionar la muerte.- - - - - Por otra parte, respecto de los casos en los que la conducta posterior incide de algún modo sobre un riesgo creado por el autor, y sobre todo desde la perspectiva de la conducta que se anuda a la conducta y lesión iniciales (identidad entre objeto afectado por el riesgo inicial y objeto lesionado; considerando aquí el resultado como consecuencia de la conducta típica cuando ésta aparezca como ///117.- el factor causal determinante del resultado –v. Cancio Meliá, ob.cit., pág. 131-), se ha dicho que “un sector de la doctrina ha propuesto excluir la imputación cuando la conducta posterior de la víctima o del segundo sujeto actuante sea (al menos) \gravemente imprudente\'. Otros autores, en cambio, adoptan una posición que en vez de valorar la gravedad de la imprudencia del comportamiento del sujeto que actúa con posterioridad o de calificar por analogía la conducta de la víctima –ya que ésta, como es lógico, no es accesible a una calificación jurídico-penal-, parte de un inicio vinculado a las características del riesgo inicial y que resulta potencialmente más estricto respecto de la exclusión de la imputación del resultado al autor.- - - - -

----- “Respecto de estas dos tendencias –caracterizadas de este modo sólo a grandes rasgos-, puede decirse, en primer lugar, que no parece adecuado hacer depender la constatación –realizada ex post- de la materialización del riesgo creado por la conducta del autor de la \calificación\’ que pueda llevarse a cabo respecto de la conducta posterior de la víctima o de la valoración jurídico-penal que merezca el comportamiento posterior de un tercero. En efecto, la posible relevancia de las características de la conducta de la víctima en cuanto a su significado normativo ha de tenerse en cuenta –como se ha propuesto aquí- en el plano de la tipicidad de la conducta del autor –en su caso, imputando lo sucedido al ámbito de responsabilidad de la víctima y excluyendo la imputación objetiva de la conducta del autor-, cuando la existencia de una interacción convierta el suceso ///118.- en algo común de autor y víctima. Sin embargo, una vez constatada la relevancia típica de la conducta del autor, o, lo que es lo mismo, la imputación objetiva del comportamiento de éste –ya que en los casos que ahora son de

interés no existe, por definición, una '\organización conjunta\' en el sentido antes expuesto-, la posible relevancia de una conducta posterior de la víctima sólo puede derivar de que ésta afecte a la '\emanación\' de la conducta objetivamente imputable del autor, es decir, que afecte a la dimensión de riesgo de ésta. Y para verificar esa posible relevancia, como parece claro, es necesario partir del riesgo creado, es decir, de la posible influencia de la conducta posterior en el mismo, y no de la calificación - '\gravemente imprudente\' o no- que merezca la conducta de la víctima. Y mutatis mutandis rige lo mismo respecto de una conducta inadecuada posterior de un tercero; dicho brevemente: la calificación de su conducta afecta, como es lógico, a su responsabilidad penal; pero no puede influir en el juicio de atribución del resultado al primer sujeto. En este sentido, parece preferible seguir, en principio, la orientación propuesta por la segunda de las tendencias doctrinales aludidas” (Manuel Cancio Meliá, ob.cit., págs. 146/149).- - - - -

- - -

----- En este sentido, y aplicando esta línea conceptual al sub lite, ya expuse y demostré que las conductas típicas de los imputados constituyeron una concurrencia de riesgos no permitidos en la realización del resultado muerte.- - - - -

----- Ahora bien, existe un consenso generalizado en cuanto a “que tratándose de una conducta por parte de la víctima ///119.- que implica la dejación de medidas esenciales y elementales de neutralización del riesgo inicial, no puede producirse imputación del resultado a la conducta del autor. [...] Lo mismo sucede respecto de aquellos casos en los que la conducta descuidada del tercero que actúa con posterioridad cumple con esas características: cuando el error médico, por ejemplo, se aparta del estándar de tratamiento, y se trata de un resultado evitable, el resultado ya no aparece como explicación de la lesión inicial. [...] A la hora de establecer cuál es el horizonte de '\medidas corrientes\' o '\esenciales\' en el sentido aludido puede aparecer alguna dificultad. Puede apuntarse como criterio de determinación que las medidas en cuestión sean, en lo que se refiere a la víctima, de común conocimiento, con independencia de la '\facilidad\' fáctica de obtención de la medida en cuestión, o, en lo que se refiere al médico, formen parte de los conocimientos estándar conforme a la *lex artis*” (Manuel Cancio Meliá, ob.cit., págs. 149/154, el resaltado me pertenece).- - - - -

-

----- Siguiendo este orden de ideas, señalo que las conductas típicas de Andrade, Fernández Santibáñez y Aguirre Neira no implicaron la dejación de medidas esenciales

(en el sentido de ser medidas corrientes o normales que se esperan en cualquier sanatorio u hospital) de neutralización de los riesgos inicial y consecuentes anteriores respecto de cada uno de los imputados y así el resultado aparece como explicación de la lesión inicial.- - - - -

----- Las medidas curativas esenciales y elementales se cumplieron (sin perjuicio de que fueron insuficientes y de ///120.- que –como ya extensamente se desarrolló- existieron conductas típicas), en virtud de que se acreditó que Andrade realizó una atención adecuada cuando el paciente ingresó a UTI y conversó con Fernández Santibáñez sobre la extubación; Fernández Santibáñez realizó un control clínico, continuó con el tratamiento que había iniciado Andrade y realizó la mencionada conversación, y Aguirre Neira corrigió el tratamiento mediante la reintubación y llamó por teléfono al cardiólogo para realizar el ecocardiograma.- - - - -

----- Pero las constancias de autos indican que las violaciones de los deberes de cuidado no encuadran en lo que serían medidas curativas esenciales y elementales. En este sentido, para el esclarecimiento de los hechos y la atribución de responsabilidades se necesitó, entre otra, de la siguiente prueba: informe del Médico Forense doctor Ismael Hamdan (fs. 48/66), informe del Laboratorio de toxicología y química legal (fs. 172/183), informe del Laboratorio de histo y citopatología general (fs. 188/190), un “dictamen pericial, médico legal, realizado en forma conjunta entre el Médico Forense... Dr. Ismael Hamdan y el Médico perito de parte... Dr. Delfín Francisco Delgado” (fs. 222/249), informe de los peritos de parte doctores Miguel A. Delgado y Sandra Sonia Costantini -ampliación sobre el peritaje realizado en el Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fs. 611/614), informe en Junta Médica de los peritos oficiales del Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema de la Nación doctores María Alejandra Preibisch, Felipe Bruno y Héctor Papagni, el perito oficial del Cuerpo Médico Forense de la IVª///121.- Circunscripción Judicial doctor Fernando Allemandi, junto con los peritos de parte propuestos doctores Miguel Ángel Delgado, Sandra Sonia Costantini y Carlos Alberto Gustavo Beute (fs. 616/620), y la declaración en debate de todos los médicos forenses y peritos de parte que tuvieron relación con la causa; las testimoniales de las enfermeras que trabajaron en quirófano y terapia intensiva, etc. (ver providencia de prueba de fs. 1136 y vta. y acta de debate).-

----- En concordancia con ello y para resaltar que no se cuestionan las conductas sobre la base de los conocimientos estándar de acuerdo con la *lex artis*, menciono que la víctima –según los peritos- “era un paciente complejo” respecto de quien debieron

“maximizar los elementos de diagnóstico para hacer la terapéutica más apropiada” y si “se hubiera valorado la gravedad, se hubiera dirigido a hacer un diagnóstico muy preciso” (conf. declaración de Miguel Ángel Delgado en la audiencia de debate, fs. 1216). Por su parte, la imputada Fabiana Aguirre Neira reconoció que “nunca dejó de estar en choque [...] Siempre estuvo shockado” (fs. 1278 y 1285).-----

----- A todo esto, debemos recordar la falta de información a los padres y, por ende, la ausencia de consentimiento informado.-----

-----6.- AUTORÍA CONCOMITANTE O PARALELA:-----

----- Los recurrentes impugnaron el carácter de “autor” que se le atribuyó a cada imputado en función de la pluralidad de personas que intervinieron en el resultado muerte y de interpretaciones del art. 45 del Código Penal, que se refiere a “coautores” cuando utiliza la expresión plural ///122.- (ver fs. 1482/1485 y 1519/1520). También se expone que el Tribunal inferior postula un concepto unitario de autor en los delitos imprudentes sobre la base de que en los hechos imprudentes es imposible distinguir entre autor y partícipe, lo que es considerado una situación de atraso y estancamiento de la teoría del delito imprudente, y se tratan el dominio del hecho, las figuras imprudentes y la diferencia de situaciones (fs. 1500/1506).-----

----- Cuando en la realización de un hecho converge una pluralidad de sujetos y cada uno de ellos realiza por sí la totalidad de la acción típica –como en el sub lite-, se trata de autoría plural, que se conoce con el nombre de autoría concomitante o paralela, cuyo concepto emerge del autor individual, conforme con cada uno de los tipos en particular. Su característica esencial es la inexistencia de una decisión común al hecho.-----

----- En el tipo culposo, el planteamiento de la autoría es por completo diferente al doloso, en razón de que la conducta que se prohíbe viene identificada de un modo distinto. El tipo imprudente se integra con un resultado que no es perseguido por la finalidad, sino meramente causado, por lo que no es posible hablar de ningún dominio del hecho, puesto que no se condujo la causalidad finalmente hacia ese resultado, sino que sólo desembocó en él. Luego, como no hubo una conducta dirigida a ese resultado, no pudo haber ni autor ni partícipe, sino sólo causantes.-----

----- Además, no es cierto que la tipicidad culposa altere los conceptos de autor o partícipe, sino que se desentiende de ellos, individualizando a su sujeto activo partiendo de ///123.- la base de un simple causante, lo que, por cierto, se ajusta a los requerimientos limitadores del dato óptico (conf. Zaffaroni, Alagia y Slokar, ob.cit.,

págs. 752 y 757/758).- - - - -

----- Ésta es la línea de pensamiento que siguió el sentenciante –que comparto-, y la expuso al concluir que “la muerte de F. [N.] P. no encuentra explicación en una causa natural, sino como ya lo adelantara en una serie de errores graves, incorrectos e inadecuados tratamientos implementados por los médicos imputados, comenzando con el episodio en la sala de quirófano por el encartado Kirilovsky. Este es el punto de partida en la secuencia cronológica, el que marcó el impulso hacia el resultado final muerte. A esa acción o conducta, movimiento -para graficarlo de un modo- de manera individual y paralela, aportaron al curso causal Andrade, Fernández Santibañes y Aguirre Neira, entendiendo que todos ellos fueron los cocausantes de la muerte” (fs. 1422/1423).- - - -

----- “Así, Hans Welzel define lo que denomina la autoría concomitante como ‘el obrar conjunto de varios sin acuerdo recíproco en la producción de un resultado’ (‘Derecho Penal Alemán’, pág.159, Editorial Jurídica de Chile, 1987), consecuencia que debe configurar el mismo fenómeno causado (o al que contribuyeron a causar) por cada uno de ellos, según se desprende de la cita que efectúa del clásico ejemplo de quien se prevale del conocimiento que ha adquirido de la voladura de un tren por parte de terceros, para incorporar un pasajero, y así ocasionarle la muerte.- -

----- “Para Günter Stratenwerth, ‘hablamos de autoría//124.- accesoria cuando varios partícipes en un hecho causan el mismo resultado independientemente uno de otro. No se trata de una forma independiente de la autoría, sino solamente de la caracterización conceptual de un grupo de casos en los que el suceso que realiza el supuesto de hecho típico es llevado a cabo por varias personas que responden como autores sin que se cumplan los presupuestos de la coautoría’ (‘Derecho Penal, Parte General, I’, pág. 252 y sgte., Edersa, 1982).- - - - -

----- “Hans-Heinrich Jescheck, por su parte, dice que ‘cuando varias personas producen conjuntamente el resultado típico, sin estar vinculadas por una resolución común para realizar el hecho, existe autoría paralela’. Y agrega que ‘el problema de la autoría paralela radica en la cuestión de la causalidad de las distintas aportaciones al hecho respecto a un resultado producido en común’ (‘Tratado de Derecho Penal. Parte General’, página 619, Editorial Comares, 1993)” (del dictamen del Procurador Fiscal de la CSJN doctor Luis Santiago González Warcalde, autos “VARANDO”, del 11-06-03).- - - - -

-----

----- Estos

conceptos (a los que podemos agregar los de Zaffaroni supra transcriptos) nos señalan que la llamada autoría paralela, o concomitante, o accesoria, requiere la relación de causa a efecto entre la conducta y el resultado para cada uno de los autores paralelos, situación que ocurre en este caso, tal como se demostró en los considerandos anteriores.-----

----- La solución del caso –entonces- también concuerda con la doctrina extranjera: “Welzel sostiene que en estos casos, ///125.- ‘el hecho de cada uno se aprecia y juzga en sí mismo’ (obra citada). Y Günter Stratenwerth dice que ‘la expresión «independencia» de los autores accesorios no se debe entender de otra manera que como la falta de conexión que es propia de la coautoría’ (obra citada, pág. 252 y siguiente). Jescheck, en igual sentido, aclara que la autoría paralela ‘dogmáticamente carece de valor propio, puesto que sólo se trata de una coincidencia casual de diversos supuestos de autoría individual’ (obra citada). Y Santiago Mir Puig postula que ‘el principio de imputación recíproca se funda en la aceptación por parte de todos de lo que va a hacer cada uno de ellos. Por ello no tendría sentido aplicar el principio respecto de quien interviene unilateralmente. Su contribución ha de enjuiciarse de forma independiente. Se habla entonces, como siempre que falta el acuerdo mutuo, de autoría accesoria (que no es verdadera coautoría)’ (Derecho Penal, Parte General, pág. 388, 4ta. edición, 1996)” (del dictamen del Procurador Fiscal de la CSJN, in re “VARANDO”, supra citado).-----

----- Si el derecho penal no tuviera esta respuesta, bastaría alegar la culpa del otro para eludir toda responsabilidad. Así, les sería permitido a Andrade, Fernández Santibáñez y Aguirre Neira hacer cualquier cosa, por la mala praxis próxima del anestesista, y a éste ninguna, pues se diría que se trata de un supuesto imprevisible.-----

----- En síntesis, en aquellos casos en que no hubo acuerdo, es decir, en que se actuó unilateralmente, no corresponde (como en la coautoría) una imputación común del hecho y su ///126.- resultado, sino que cada autor debe responder de manera independiente. En cada caso debe verificarse cómo se relaciona la conducta del imputado, en su faz objetiva y subjetiva -fuera del contexto general, pues no hubo un plan común-, con el resultado típico. Y en este caso concreto, ya hemos visto que se acreditaron las violaciones a los deberes de cuidado de cada uno de los imputados, las que tienen nexo de antinormatividad con el resultado muerte.-----

----- Por los fundamentos precedentes, considero que deben desecharse los agravios de

los recurrentes. Además ellos, sumados a los desarrollados en los considerandos 4.C y 5.4.c, dejan en evidencia la ausencia de analogía entre el sub examine y el Fallo 324:2133 (CSJN, in re “NAVARRO”, del 09-08-01), que fue citado por el defensor particular doctor Roberto Germán Busamia a fs. 1519 vta.-----

----- No obstante, es dable destacar que el citado fallo–con remisión al dictamen fiscal–sigue el concepto extensivo de autor sobre el análisis de las conductas individuales de los médicos, por lo que las críticas sobre la cuestión carecen de eficacia.-----

---

-----7.- TRABAJO EN EQUIPO. PRINCIPIO DE CONFIANZA:-----

----- Los defensores particulares han argumentado que sus respectivos pupilos realizaban trabajos profesionales en equipo y por tal situación invocan el principio de confianza como limitante de la responsabilidad penal.-----

----- La expectativa de la víctima, en una internación programada y de menor entidad en un Sanatorio privado con servicio de Terapia Intensiva, consiste en que la atención se hará con el máximo de diligencia. Sin embargo, dicha///127.- expectativa fue defraudada por las conductas culposas de los integrantes del equipo médico que intervinieron en las distintas etapas, que coinciden con la sujeción horaria en turnos (8 a 14 hs.; 14 a 20 hs.; 20 a 8 hs.), sin perjuicio de que Andrade extendió su horario de trabajo el día 07-04-04 y de que era el médico que más tiempo pasaba en el Sanatorio.-----

----- La intervención médica que cada uno de los imputados tuvo sobre la salud de la víctima en los días 07 y 08-04-2004 encuadra en el denominado trabajo en equipo médico, el que se caracteriza por ofrecer una prestación a cargo de un grupo de sujetos, en forma conjunta o sucesiva, no elegidos por el solicitante, que actúan funcionalmente separados pero en forma coordinada para el cumplimiento. La oferta debe incluir el aspecto de la coordinación para crear una expectativa jurídica en el sentido de que hay informes, órdenes, indicaciones, consultas, que circulan entre sus miembros sin que el paciente los lleve de un lado a otro (conf. Ricardo Luis Lorenzetti, La empresa médica, Rubinzal Culzoni, 1998, págs. 272 y 274).-----

----- Ahora bien, en la órbita penal rige el principio de la imputación y de la culpabilidad individuales y por ello el Derecho Penal actual encara los problemas derivados, en parte, de la forma moderna en que está organizada la prestación médica. Ello requiere que se repare en la división de competencias y, de esa manera, delimitar la imputación que se vaya a formular a los intervinientes.---

----- Respondiendo a esta necesidad se acude al principio de división de trabajo (Das Prinzip der Arbeitsteilung) ///128.- tratando de dilucidar las cuestiones relativas a esta problemática: qué funciones desempeña cada uno de los intervinientes, cómo es su contribución en el desarrollo y cumplimiento del trabajo en común y de qué forma se deben tratar jurídicamente las relaciones personales organizadas en el régimen de trabajo en equipo, teniendo en cuenta que, además de la labor puramente médica, también existe una cantidad de actos extramédicos y paramédicos, a veces propios de la hospitalización de los pacientes (con las consiguientes exigencias de higiene y de seguridad), así como también trabajos destinados a preparar al enfermo para que reciba el acto médico. Algunas de las tareas son realizadas incluso por personas ajenas a la incumbencia profesional, como pueden ser los familiares del enfermo o personas que le son directamente extrañas, pero colaboran circunstancialmente.- - - - -

----- El principio de división del trabajo, relacionado con el principio de la confianza, permite deslindar los deberes que se originan en toda actuación colectiva, ya sea la de un team médico propiamente dicho, como cualquier otra curativa en la que tomen parte dos o más personas. En otros términos: habilita para definir, en el tipo objetivo de estos delitos imprudentes, quién ha violado (con una actuación propia, no asperjada por la conducta de otros) el deber de comportarse externamente según las exigencias de la norma. Los aportes de los demás, según el caso, pueden ser de autoría conjunta o de simple intervención, no punible, en el hecho del autor o autores.- - - - -

----- Para sistematizar el análisis de las diversas///129.- situaciones, la doctrina habla de división del trabajo horizontal, de división del trabajo vertical y de división del trabajo sucesiva.- - - - -

----- La primera comprende los casos en los cuales los actuantes se encuentran equiparados, teniendo en cuenta los estudios y grados académicos, en cuanto a su formación profesional, y ninguno prevalece sobre el otro, dicho esto en el sentido de que cada uno obra autónomamente. Esta característica está indicando, de por sí, la relación con el principio de confianza, pues un médico descansa en la tranquilidad de que el colega está haciendo bien su trabajo.

----- La segunda se da entre individuos de diversas disciplinas, algunos de los cuales se hallan en grado de subordinación respecto de los demás.- - - - -

----- La tercera aparece cuando intervienen varias personas (profesionales o no) en

diferentes momentos del proceso de curación del paciente; cada uno asume responsabilidad por los actos propios y si, por ejemplo, la intervención del anterior no merece objeciones desde el punto de vista técnico, no puede ser abarcado por la imputación que se le pueda formular a quien le sigue, y que se aparta del cuidado debido, es decir, se da la prohibición de regreso.- - - - -

----- Esto es aplicable a la actividad curativa no encarada en solitario. La efectividad y la calidad del trabajo en común dependen de que cada participante tenga suficiente tiempo para poder concentrarse en sus tareas y no lo deba dedicar a controlar que los otros hagan lo que a ellos les corresponde (conf. Marco Antonio Terragni, “Autoría e intervención de terceros en el Delito Culposo”, en Homenaje ///130.- a Claus Roxin. Nuevas Formulaciones en las ciencias penales, ed. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 2001, págs. 448 y sgtes.; en igual sentido, Marco Antonio Terragni, El delito culposo, Rubinzal Culzoni, 1998, págs. 125 y sgtes.)- - - - -

----- Entonces, cuando se trata de actividades en las que rige una división del trabajo o de la tarea, el criterio que se aplica para determinar la medida de la creación de un peligro prohibido para el bien jurídico (entendido como límite imputativo y sin perjuicio de la dominabilidad en la culpa temeraria) es el principio de confianza, según el cual no viola el deber de cuidado la acción del que confía en que el otro se comportará correctamente, mientras no tenga razón suficiente para dudar o creer lo contrario. El límite del principio de confianza se halla, en principio, en el propio deber de observación (conf. Zaffaroni, Alagia y Slokar, ob.cit., págs. 526 y 532/533; en similar sentido, ver Diethart Zielinski, Dolo e imprudencia, traducción de Marcelo A. Sancinetti, ed. Hammurabi, 2003, págs. 115/116).-

----- En este orden de ideas, de la prueba producida en autos surge que la actuación profesional de los imputados se corresponde con un trabajo en equipo médico –cuyo coordinador era el doctor Andrade-, con la consecuente división del trabajo en forma horizontal. Esto se corresponde, además, con el informe del presidente del Sanatorio Río Negro S.A. (ver fs. 1235/1236).- - - - -

----- Así, en muchas actividades de la vida moderna, la evitabilidad de un resultado disvalioso para los bienes que el derecho tutela no depende de quien acomete una actividad ///131.- prima facie riesgosa, sino que su obrar prudente deberá contar con el aporte de otros actores, cuyo libreto desconoce el agente que consideremos en concreto.- - - - -

----- Como dijera Welzel, el hombre puede predeterminar y estructurar finalmente sólo una pequeña parte del futuro, y debe dejar la prosecución causal de su intervención siempre en parte a la incertidumbre, pues solamente a través de una omisión de toda actividad podría estar absolutamente seguro de no lesionar bienes jurídicos.- - - - -

----- Al decir de Roxin, en su forma más general se afirma que quien se comporta debidamente en la circulación puede confiar en que otros también lo hagan, siempre y cuando no existan indicios concretos para suponer lo contrario.- - -

----- Con la aplicación del principio de confianza se encuentra solución a aquellas situaciones en que se encuentra el agente que acomete una acción dentro del marco del riesgo permitido y que para ello debe esperar una conducta prudente y adecuada al deber de cuidado del resto de los que interactúan en el ámbito o actividad. Todo individuo, por el solo hecho de acometer una actividad en que concurren distintas conductas peligrosas en una misma situación, debe esperar de los demás que se comporten también correctamente, mientras no resulte previsible la imprudencia ajena (conf. Daniel F. Acosta, ob.cit., págs. 212/213).- - - - -

----- “Más allá de lo anterior, muchas resoluciones parten de la base de que no puede invocar el principio de confianza quien a su vez se comporta antijurídicamente. Ello es incorrecto en los numerosos casos en los que una infracción //132.- de tráfico no ha repercutido en el accidente. [...] En cambio, quien ha puesto en peligro con su conducta incorrecta a otros intervinientes en la circulación y ha contribuido de este modo a un accidente no puede en efecto invocar el principio de confianza” (Claus Roxin, Derecho Penal. Parte general, TºI, ed. Civitas, 1997, pág. 1005).- -

----- Bajo esta línea de pensamiento, queda absolutamente en claro que ninguno de los cuatro médicos recurrentes puede invocar en su beneficio el principio de confianza, ya que los hechos por los cuales se los condenó se sustentan en sus propias conductas antijurídicas (violaciones a los deberes de cuidado realizadas por ellos mismos) con las cuales determinaron el resultado típico muerte de F.N.P.- - - - -

----- “No puede darse prevalencia al principio de confianza, si quien lo invoca se encuentra antirreglamentariamente valiéndose de él... (CPenal, Rosario, Sala II, 27/12/96...). No es cierto que quien circula en caravana lo hace bajo un principio de confianza de que nadie interceptará el paso, presunción de tal entidad que exime de prever y estar atento a las contingencias de la circulación, particularmente si se puede

acceder a la encrucijada desde un lugar con paso prioritario (CPenal, Rosario, Sala II, 27/6/83...)"

(citados por Daniel F. Acosta, ob. cit., pág. 217).-----

----- Por último, y aun cuando resulte abundante, señalo que la "inimputabilidad por error de hecho excusable, previsto en el art. 34 inciso 1° del CP" (sic, fs. 1520 vta.), planteada por el defensor de Fernández Santibáñez carece de sustento fáctico (supra se desechó el argumento de "que///133.- Andrade era el responsable del paciente" cuando Fernández Santibáñez estaba a cargo de la UTI como así también la pretendida carencia de responsabilidad de este último en las decisiones y prácticas médicas realizadas) y jurídico (es inaplicable –como se dijo- el principio de confianza), lo que deja en evidencia su improcedencia.- - -

-----8.- UNA MIRADA DESDE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA:- - - - -

-----a) Introducción:- - - - -

----- A mayor abundamiento, confrontaré las modernas concepciones de responsabilidad para llegar a los mismos resultados.- - - - -

----- La "teoría de la imputación objetiva" constituye una herramienta conformada por criterios y reglas metodológicas para delimitar el alcance de la tipicidad objetiva. Por ello, para el caso de los delitos de resultado, establecida la relación fáctica entre resultado y acción y constatada la tipicidad de la conducta (primer nivel de análisis), será necesario acceder al segundo nivel, en el que habrá que verificar (en forma normativa o valorativa) si ese resultado efectivamente producido reviste también carácter típico (es decir, si se encuentra dentro del ámbito de prohibición de la norma) y puede ser reconducido o atribuido a esa conducta (imputación objetiva de resultado o imputación objetiva en sentido estricto).- - - - -

----- Para la teoría de la imputación objetiva sólo será causa de un resultado la acción típica del autor. El juicio de imputación comenzará con un análisis empírico basado en la experiencia bajo la hipótesis de que será causa del resultado la acción que, suprimida mentalmente, con///134.- probabilidad rayana en la certeza se habría evitado la producción del resultado. Tras ello, se debe avanzar al juicio de imputación basado en criterios normativos. Este último, que analizará diferentes ítems, parte del concepto de bien jurídico protegido, que determina cuál es el ámbito de protección de la norma. Es decir que los presupuestos de este juicio de imputación son, en primer lugar –analizando el punto desde una perspectiva ex -ante y desde el saber empírico de nuestra época, esto es, lo que se puede saber de las ciencias-, que la acción realizada se muestre peligrosa

para el bien jurídico protegido, o bien la omisión aparezca apropiada para la salvación de aquél; y en segundo lugar, que esta creación de peligro esté jurídicamente prohibida.-  
----- Luego, como todo juicio sobre consumación, la imputación de resultados obliga a una perspectiva ex–post, pues da por supuesta la causación y la intervención de una pluralidad de condiciones de ella, de entre las cuales debe distinguirse, como causa determinante, un riesgo desaprobado o no permitido que deberá concretarse en el resultado producido (realización de riesgo). En este sentido, y desde la idea básica de que las normas jurídicas sólo prohíben acciones que aumenten el peligro al que está expuesto un bien jurídicamente protegido, para que pueda atribuirse objetivamente un resultado a una conducta habrá que establecer que en él se materializa el mismo peligro jurídicamente desaprobado que la acción generó. Para cada delito concreto, desde el concepto central de ámbito de protección de la norma, se definirán las nociones de creación de riesgo o peligro no autorizado, así como la ///135.- atribución de un resultado producido por la concreción de ese peligro, que podía haber sido evitado. (conf. Argnani, ob.cit., págs. 56, 58/59, 63 y 99).- - - - -

-----b) Relación de determinación. Situaciones hipotéticas:-

----- En la doctrina nacional existe una tendencia según la cual, a partir de una concepción axiológica, la teoría de la imputación objetiva apunta a la vinculación entre la violación normativa y el resultado, como eslabón sucesivo al naturalístico, y el producto de tal proceso lógico se da en llamar “relación de determinación”, por el cual se da solución sistemática a una gran cantidad de supuestos (Daniel F. Acosta, ob.cit., pág. 153).- - - - -

----- Como se habrá advertido, en los considerandos anteriores he seguido las reglas metodológicas de la valoración de las “situaciones hipotéticas” en la imputación del resultado a la conducta –comparación mental e hipotética entre lo realmente ocurrido y lo que habría sucedido si el agente se hubiera comportado conforme a derecho- (conf. Argnani, ob.cit., págs. 100 y sgtes.), lo que no obsta a que el caso de autos también se analice bajo otra postura doctrinaria.- - - - -

-----c) Incremento del riesgo. Principio del riesgo:- - - - -

----- Según esta teoría, comprobada la causalidad natural, la imputación del resultado requiere además verificar: 1) si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, y 2) si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro –jurídicamente desaprobado- creado por la acción.- - - - - ///136.-- Ambos juicios son deducidos de

la función del derecho penal. Éste sólo tiene por objeto acciones que crean para el bien jurídico un riesgo mayor que el autorizado y la producción de un resultado que se habría podido evitar. De ello se pueden deducir criterios que permiten eliminar, ya en el nivel de la tipicidad, comportamientos que son irrelevantes para el derecho penal (conf. Enrique Bacigalupo, Derecho penal. Parte general, 2ª. edición, ed. Hammurabi, 1999, págs. 271/272).- - - - -

----- Sobre la “teoría del incremento del riesgo”, Roxin dice que “no es lícito dividir un riesgo en una parte permitida y otra no permitida y averiguar separadamente para cada una la realización del peligro. Si el autor rebasa el riesgo permitido y con ello sigue incrementando el riesgo que precisamente aún era tolerable, crea un riesgo en conjunto sencillamente prohibido. Y ese riesgo prohibido en su totalidad también se realiza si se produce el resultado; de ello no cabe la menor duda, por lo que no hay campo de aplicación para el principio *in dubio pro reo*” (autor citado, Derecho Penal. Parte general, pág. 380). Luego desecha las objeciones de que la teoría transforme los delitos de resultado en delitos de peligro y agrega: “La cuestión de si concurre un incremento del riesgo debe juzgarse, como también en general la realización del peligro, *ex post*. Es decir, que ha de considerarse todas las circunstancias que posteriormente resulten conocidas [...] Sobre la base de ese supuesto de hecho, a continuación hay que examinar si la observancia del riesgo permitido habría disminuido el peligro para el ciclista, o sea si habría ///137.- incrementado sus posibilidades de salvar la vida. Para ello hay que enjuiciar el incremento del riesgo conforme a criterios normativos, es decir que hay que examinar si la norma formulada *ex ante*, operando también sobre la base del conocimiento *ex post*, puede seguir siendo reconocida como una prohibición con sentido y que reduce el riesgo del resultado (y en ese caso, imputación del resultado), o si, partiendo del nuevo estado de los conocimientos, la misma parece *in concreto* inidónea o al menos impracticable (y en tal caso no habrá imputación del resultado). Sin embargo, en ese enfoque normativo ciertamente se tomará en consideración el resultado de una comparación ‘naturalístico-estadística’ entre la conducta real y la hipotética” (ob.cit., págs. 381/382).- - - - -

----- El autor citado sostiene que la teoría de la imputación objetiva se ha desarrollado, sobre todo, bajo el paradigma de los delitos imprudentes. Uno de sus principales enunciados reza: para un castigo por imprudencia es necesario que el autor, en primer lugar, haya creado un riesgo no permitido, y que, en segundo lugar, ese riesgo se haya realizado en una forma contradictoria al fin de protección de la norma infringida. Junto

a la realización de un riesgo no permitido hay todavía otros presupuestos para la imputación del resultado, de los cuales menciono aquí un tercer requisito, importante para el tema específico: la realización del tipo debe circunscribirse al ámbito de responsabilidad del autor.- - - - -

----- Sobre la posición de garante por injerencia, agrega que en la dogmática es ampliamente reconocida la tesis de ///138.- que la provocación de una situación de peligro (mayormente señalada como comportamiento precedente o injerencia) fundamenta el deber de evitar un resultado típico posiblemente originado en aquella situación. A diferencia de la postura dominante en Argentina, la opinión predominante en Alemania tomó partido por dos grandes grupos de posiciones de garantes: la asunción de una función de protección y el deber de vigilancia de fuentes de peligro. El primer caso se da, por ejemplo, con relación a los padres respecto de sus hijos o a los médicos respecto de sus pacientes.- - - - -

----- Respecto de la base de esa bipartición –asunción de funciones de protección y vigilancia de fuentes de peligro-, puede explicarse de una manera plausible también el caso de la injerencia, y ciertamente como forma de manifestación de la posición de garante por vigilancia. Si se ha lesionado a una persona con su comportamiento precedente, se sigue también de su deber de vigilancia que debe prevenir ulteriores perjuicios o la muerte del lesionado, pues si responde como autor por el peligro originario (el accidente), tanto más deberá responder

por el impedimento de ese resultado ante una consecuencia ulterior y un aumento del peligro que ocurre en razón del accidente. No tiene ningún sentido hacer responsable penalmente a alguien sólo por la colisión y no por el desarrollo ulterior evitable de un curso causal que conduce a la realización del tipo. Con una frase: si se es responsable por la evitación de un curso causal que lesiona un bien jurídico, ello ha de tener validez para cada fase de ese desarrollo.- - - - - ///139.-- Así, sostiene que la condición decisiva para la fundamentación de una posición de garante es la posibilidad de imputación objetiva del comportamiento precedente causante del peligro, pues sólo aquél a quien se puede imputar conforme a parámetros jurídicos el peligro creado tiene la responsabilidad de ello y, llegado el caso, debe prevenir la transformación de la

puesta en peligro en una lesión diferente o en otra más grave (Claus Roxin, “Injerencia e imputación objetiva”, publicado en Homenaje a Claus Roxin. Nuevas Formulaciones en las ciencias penales, págs. 139/145).- - - - -

----- Siguiendo esta línea de pensamiento, con respecto al sub lite, está claro que los

médicos imputados estaban en una posición de garante, que cada uno –con las violaciones a los deberes de cuidado acreditadas de acuerdo con la *lex artis*- creó un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado muerte, y que el resultado producido por dichas acciones es la realización del mismo peligro –jurídicamente desaprobado- creado por las acciones.- - - - -

- -

----- Asimismo, se ha establecido que la realización del resultado muerte por los respectivos incrementos del riesgo (de cada encartado en función de las circunstancias existentes al momento de realizarse los incumplimientos normativos –conf. *lex artis*-) no puede “explicarse” sin la información que resulta de cada uno de esos riesgos.- - -

----- En cuanto a las alegaciones de los recurrentes en el sentido de de que el resultado muerte no tiene nexo de antijuricidad (o relación de determinación –diferente de la///140.- causalidad natural-) con las acciones de cada imputado, siguiendo la teoría del riesgo se desechan por las siguientes razones: 1) En los riesgos concurrentes los incumplimientos de los imputados no configuran medidas corrientes o esenciales –ver *supra* considerando 5.4.e-, destacando que Roxin es de la opinión que lo decisivo es que el riesgo se encuentre ínsito en la conducta inicial, y distinguiendo –también- entre conductas posteriores gravemente inadecuadas (exclusión) y otras que no lo son (Cancio Meliá, *ob.cit.*, págs. 146/147 y notas 301 y 302). 2) La creación de los riesgos prohibidos tienen conexión suficiente con el resultado final muerte de la víctima como realización de esos riesgos ya que, probable y posiblemente –siguiendo los términos de Roxin-, la observancia de la *lex artis* habría disminuido considerablemente el riesgo de muerte para el paciente.- - - - -

----- Al respecto, se ha dicho que “existen supuestos en los que concurre, sin duda alguna, una conexión suficiente entre el riesgo inicial creado por el autor y el resultado final, y en los que esa conexión no se ve desvirtuada por una conducta de la víctima o una conducta de otro sujeto. En los supuestos en los que se trata de una conducta concurrente de otro sujeto, cuando son los dos riesgos los que explican el resultado –cadena de imprudencias-, la solución es sencilla: se tratará de un supuesto de autoría accesoria, ambos sujetos responderán” (Manuel Cancio Meliá, *ob.cit.*, pág. 170).- - - - -

- - - - -

----- En “... la teoría del incremento del riesgo [...] la cuestión de cuál debe ser la decisión cuando no se pueda ///141.- comprobar si la conducta prohibida ha creado un peligro mayor que el que hubiera supuesto la observancia del riesgo permitido [...] hay

que insistir en que el ordenamiento jurídico no tiene ningún motivo para tolerar siquiera una conducta que posiblemente rebase los riesgos dados en caso de observar las normas de cuidado. ¡Piénsese en el caso de que un médico, despreciando la *lex artis*, aplique un procedimiento curativo no ortodoxo que provoca la muerte del paciente! ¿Por qué no se le va a imputar el resultado si posteriormente resulta que la observancia de la *lex artis* probablemente habría disminuido considerablemente el riesgo para el paciente, pero que la disminución del riesgo en caso de cumplimiento de la *lex artis* no se puede comprobar con seguridad? ¡Las reglas de cuidado exigen su observancia incluso cuando su incumplimiento, no con seguridad, pero sí probable o posiblemente aumenta los peligros para la víctima! No obstante, hay que ser consciente de que esta polémica no afecta a la corrección de la teoría del incremento del riesgo en sí misma, sino sólo a la cuestión de si su aplicación a un determinado y reducido grupo de casos conduce o no a la imputación del resultado” (Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte general*, pág. 382).- - -

----- Agrego que también se sostiene que si bien “[n]o basta con la creación de un riesgo prohibido, cuando el resultado no es realización del mismo [... Roxin] sostiene que es realización del riesgo si el paciente muere por un error del médico, pues siempre existe la posibilidad de una negligencia en una situación de urgencia” (Zaffaroni, *Alagia y Slokar, ob.cit.*, pág. 448).- - - - - //142.--d) Riesgo planificable:- - - - -

----- Günter Jakobs sostiene que el objetivo en la imputación objetiva del comportamiento es imputar las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol (autor citado, *La imputación objetiva en derecho penal*, traducción de Manuel Cancio Meliá –Universidad Autónoma de Madrid-, ed. Ad-Hoc, 2005, pág. 21).- - - - -

----- Luego y con referencia al riesgo permitido, Jakobs resume: “1) La vida social no puede organizarse sin una permisión de riesgo. 2) Lo permitido se rige, principalmente, por la configuración social generada a lo largo del tiempo, y no por un cálculo de costes y beneficios que se pueda aislar de lo anterior. 3) El riesgo permitido excluye el tipo. 4) El carácter contrario a la norma de una puesta en peligro abstracta excluye, en todo caso, una permisión de riesgo; las permisiones positivas sólo rigen bajo condiciones ideales. 5) El riesgo permitido sólo puede determinarse de modo relativo de conformidad con el rol de quienes en cada caso pueden lícitamente organizar un ámbito vital. 6) Los conocimientos especiales no han de tomarse en cuenta, pero existen supuestos de organización e instituciones que privan de su carácter especial a

conocimientos que son especiales en los demás casos” (ob.cit., págs. 67/68).- - - - -

-----  
----- Más adelante y en la misma obra, el autor argumenta que “sólo cabe determinar la conexión entre un comportamiento no permitido y un resultado si previamente se ha averiguado cómo puede producirse la orientación en una //143.- sociedad. [... C]ualquier comportamiento conlleva una modificación planificable del mundo y a la vez una modificación que puede tener lugar en cuanto suerte o desgracia. [...] A causa de la imprevisible contingencia del mundo, siempre sucede que los cambios planificables producen también otros cambios no planificables; dicho de otro modo, todo cambio en el mundo varía el riesgo que comporta la vida social que habitualmente se lleva a cabo, es decir el riesgo general de la vida. [...] Por tanto, a través del comportamiento no permitido, el autor establece una doble relación con la víctima: en primer lugar, la obliga a soportar un riesgo que planificadamente puede convertirse en daño. [...] Por otro lado, el autor, a través del comportamiento no permitido, varía el riesgo general de la vida que la víctima soporta, esto es, el ámbito no planificable de acontecimientos buenos y malos [...] A la hora de realizar [...] la separación entre una relación sustancialmente no permitida y una relación socialmente irrelevante, no son determinantes las expectativas individuales de la víctima, determinantes son las expectativas que tiene y que gozan de apoyo social. [...] Cabe formular la siguiente conclusión: los daños que de modo planificable son evitables y que aparecen como consecuencia de un comportamiento no permitido son debidos a ese comportamiento no permitido y pueden por tanto, ser explicados a través de éste. Los daños que no son evitables de modo planificable y que aparecen como consecuencia de un comportamiento no permitido, se deben a una variación socialmente irrelevante del riesgo que entraña la vida y no //144.- pueden ser explicados a través de ese comportamiento no permitido; puede deberse a otro comportamiento no permitido, o a una infracción de los deberes de autoprotección de la víctima o, finalmente, simplemente a una situación desafortunada” (págs. 107/114).-

----- Además, continúa, el tratamiento de los “llamados daños derivados o daños secundarios se rige por estos principios. Se trata de que la lesión coloca a la víctima en una situación en la que se produce un ulterior daño a causa de un comportamiento posterior propio o ajeno [...] Por consiguiente, el hecho de que un segundo interviniente se comporte de modo defectuoso no es per se suficiente para exonerar al primero, pues este, sin razón alguna, ha impuesto, al menos, a quien interviene en segundo lugar la

necesidad de solucionar el conflicto. Sin embargo, para que la imputación al primero no se vea interrumpida, el error del segundo interviniente ha de ser de naturaleza incidental; si el segundo se sale de su rol, es decir, se comporta de modo gravemente irracional, ello sucederá con ocasión del daño causado en primer término, pero no se deberá al mismo. A modo de ejemplo: quien lesiona a otro, crea de modo planificable el riesgo que inevitablemente comporta un tratamiento médico, y también forma parte de ese riesgo el que cualquier persona pueda incurrir en un error más o menos grave. Normalmente, sin embargo, nadie incluye en su planificación el que se vayan a realizar diagnósticos totalmente disparatados; de lo contrario, sólo cabría ir al médico tras adoptar medidas de precaución. Resumiéndolo en una fórmula: un comportamiento desaprobado que de lugar a ///145.- una situación en la que ya un mero error produce daños derivados, constituye ya –a diferencia de lo que sucedería de concurrir ceguera ante los hechos o incluso dolo- una organización planificada de esos daños derivados, y de ahí que dicho comportamiento sea imprescindible para explicar esos daños. Quien causa lesiones en segundo lugar, dicho sea de paso, no se ve exonerado por el hecho de que responda quien lesionó en primer término; a ambos les compete conjuntamente el riesgo” (págs. 114, 116/117).- - -

----- Siguiendo este orden de ideas y aplicándolas ya al sub examine, quedó demostrado que Kirilovsky, Andrade y Fernández Santibáñez realizaron conductas no permitidas (antinormativas) que dieron lugar a las respectivas violaciones de los deberes de cuidado de Andrade, Fernández Santibáñez y Aguirre Neira, y cada una de aquellas conductas no permitidas constituye una organización planificada de los daños derivados en virtud de que no hubo interrupción de la imputación, ya que la segunda y las siguientes injerencias médicas (que correspondieron a Andrade, Fernández Santibáñez y Aguirre Neira) no encuadran ni se pueden calificar como conductas realizadas irracionalmente, es decir, “con ceguera ante los hechos o incluso dolosamente” (Jakobs, ob.cit., pág. 126).- - - - -

----- Dicho sea de paso, Aguirre Neira, que también realizó conductas no permitidas con las que causó daños en último lugar (en sentido cronológico), no se ve exonerada por el hecho de que respondan quienes lesionaron antes que ella; a todos les compete conjuntamente el riesgo.- - - - -

----- Por supuesto, todos los riesgos y los daños///146.- consecuentes causaron el planificable resultado muerte de la víctima, que era evitable tal como surge de las “cuestiones de hecho” fijadas (injerencias médicas que directamente afectaron la salud

del paciente) mencionadas en los considerandos 5.4.a.2, 5.4.b.2, 5.4.c.2 y 5.4.d.2).- - -  
----- “La mera causalidad de un comportamiento desaprobado no basta como explicación, pues un comportamiento no permitido puede tener efectos causales respecto de un resultado, tanto de modo planificable como no planificable, y en este último caso, a través de la mera variación de riesgos generales de la vida. El comportamiento no permitido sólo constituye una explicación respecto de los resultados evitable de manera planificable. El comportamiento alternativo conforme a Derecho no resulta aquí determinante” (ver Jakobs, ob.cit., pág. 126).- - - - -

-----e) La imputación comunicativa:- - - - -

----- Siguiendo el pensamiento de Miguel Ángel Arce Aggeo (La imputación construida, ed. Universidad, 2008, págs. 220 y sgtes.), el fundamento del ilícito en materia penal se basa en la determinación de la denominada imputación comunicativa. “Se verifica que se está ante dicha modalidad cuando un hecho resulta expresión de un sentido que es individualizada por la norma penal. Por lo tanto, para imputar un hecho a un autor se debe poder atribuir comunicativamente el mismo hecho como expresión de sentido a ese autor. La principal incidencia de este planteo recaerá sobre la determinación causal mecánica como fundamento principal de la producción de un hecho, el que pasa

a constituirse sobre otros parámetros que permiten una mejor ///147.- determinación de la imputación que ya no solo debe elaborarse exclusivamente sobre pautas naturalistas sino también sobre la comunicación. El hecho no se percibe como un mero acontecimiento natural sino que se interpreta a través del lenguaje, como expresión de sentido de quien lo produjo. Por ello, establecer esta relación no solo implica un acuerdo técnico de carácter excluyente sino que debe admitirse la valoración del observador judicial que construye a partir de esta operación la causalidad específica. [...] Para efectuar dicho juicio lingüístico el magistrado debe partir de las premisas básicas de la comunicación a efectos de poder determinar si el hecho puede ser atribuido a un autor como su obra. Aquí se ha resumido este procedimiento mediante un análisis que se basa en la determinación de la causalidad natural que incluye la causalidad genérica (probabilidad técnica suficiente) + la causalidad específica (construcción del observador judicial). Luego este resultado debe sumarse a la determinación de las denominadas fallas comunicativas que se vinculan al ejercicio del rol como fallas (defraudación de la expectativa) de esta función, en tanto que estas fallas en el ejercicio del rol estén comunicativamente vinculadas al resultado. [...] Si bien la

causalidad natural en un sentido estricto no puede eliminarse como distinción en la mayoría de los casos, cabe aclarar que sí debe dejar de ser un concepto, como se afirmó en el apartado anterior, de la validez absoluta a efectos de determinar la causalidad; pues es la interpretación del significado del hecho en el lenguaje el elemento que puede fundar la imputación, ///148.- situación esta que puede observarse acabadamente en los casos conocidos como de responsabilidad por el producto y todos aquellos en donde los elementos explicados a partir de las ciencias naturales no pueden acreditar fehaciente y excluyentemente la imputación natural, pero es explicable por su evidente capacidad comunicativa en el lenguaje. [...] Debe distinguirse, entonces, la denominada causalidad natural en tanto se construya sobre comportamientos que según las reglas generales de la naturaleza puedan explicar el hecho (no causar el resultado en un sentido estricto, pues éste puede no materializarse como en la tentativa). Esta afirmación solo debe contar con los elementos mínimos de posibilidad mecánico-causal, siendo admisibles para la explicación de la mecánica del hecho métodos de carácter comunicativo de aproximación más o menos certera, como los brindados por las ciencias estadísticas, correspondiendo en estos casos el cierre de la imputación natural al magistrado mediante un acto de valoración lingüístico declarativo (generador de realidad acerca de la ponderación de estos elementos brindados por las citadas ciencias”.- - - - -

----- Agrega el autor citado que lo “dicho podría sintetizarse en la siguiente fórmula de imputación: [Causalidad natural (causalidad genérica + causalidad específica) + determinación de las fallas en el ejercicio del rol vinculadas al resultado o comportamiento tendiente a éste]= imputación objetiva comunicativa” (sic).- - - - -

----- Luego añade que los “elementos de la fórmula pueden describirse sintéticamente:-  
-----

----- “Causalidad genérica: valoración técnica causal que se ///149.- distingue en el lenguaje científico pero admite explicaciones brindadas desde las ciencias estadísticas y de probabilidad suficiente.- - - - -

----- “Causalidad específica o construcción de la causalidad por parte del observador judicial en el lenguaje: valoración (como distinción del observador) que se efectúa de la anterior (causalidad genérica) por medio del lenguaje declarativo, emanada de un magistrado (que como portador de rol se le otorgó dicha potestad), que permite acreditar la causalidad genérica como explicativa comunicativa del hecho que se pretende imputar al autor. Es en el sentido más estricto del lenguaje un acto valorativo que permite generar una nueva realidad y por lo tanto otorgarle a la causalidad genérica la

entidad de causalidad natural, que más apropiadamente podemos también llamar imputación primaria, en virtud de que en realidad ha perdido, a través del método de interpretación utilizado para determinarla, su verdadero carácter natural, que si bien se halla presente, solo es indiciario y no determinante, dado que la causalidad deja lugar a la interpretación en el lenguaje. [...] Con respecto al análisis del rol en la fórmula citada, como puede observarse, se excluye la incidencia del denominado riesgo o peligro y de sus cualidades de ser tolerados o no tolerados, aumentados o disminuidos. Ello, toda vez que las expectativas de carácter social se fundan en roles y en el compromiso de ser respetados por sus portadores. Por esta vía puede determinarse con mejor precisión la imputación de una obra a su autor, dado que el análisis del rol resulta ser una vía más directa por sí misma a efectos de determinar ///150.- la imputación, que no implica entonces el proceso de análisis del observador judicial con relación a la elevación o no del riesgo, pero sí la determinación de un comportamiento no tolerado en un sistema social organizado. [...] La determinación de los alcances del rol que debe individualizarse previamente y la comprobación efectiva de la denominada defraudación de aquél por parte del portador cierran la imputación [...] No obstante lo afirmado, el concepto de causalidad natural está requiriendo, como elemento del sistema del delito, información de su entorno para resolver complejidades que se presentan principalmente en los comportamientos típicos comunicativos cuya causalidad directa se halla cuestionada significativamente por planteos técnicos periciales encontrados. Es por ello que estas situaciones donde la antigua causalidad mecánica natural resulta insuficiente para la resolución de estos conflictos requieren un concepto de imputación que contenga una distinción de la causalidad más amplia, mejor entendida como probabilidad estadística. [...] Por último, la defraudación del rol debe concretarse en el resultado, pues es obvio que puede haberse configurado su producción por otras causas ajenas a la del autor”.-----

----- Ya en el análisis de la incidencia del alcance del rol de Kirilovsky, Andrade, Fernández Santibáñez y Aguirre Neira en la praxis médica en función de las fijadas “cuestiones de hecho” (injerencias médicas que directamente afectaron la salud de la víctima) mencionadas en los considerandos 5.4.a.2, 5.4.b.2, 5.4.c.2 y 5.4.d.2, entiendo que en el caso de autos puede verificarse una hipótesis de defraudaciones ///151.- de roles que tienen como antecedentes una sólida conformación mecánico-causal porque las intervenciones del ámbito continente del rol defraudado claramente se establece sobre una determinación indiscutible de la denominada causalidad genérica y específica

(conf. Arce Aggeo, ob.cit., pág. 365).- - - - -

----- No obstante, si se pensara el caso desde la hipótesis de que la causalidad natural no resuelve el problema, el autor mencionado sostiene que “se necesita recurrir a otros elementos que puedan construir el aval que le dé contenido a una declaración en el lenguaje que permita al juez establecer no ya la causalidad sino la probabilidad suficiente. Esta probabilidad suficiente no solo se establece a partir del lenguaje técnico de los peritos, siendo importante establecer criterios diferenciales entre probabilidad y posibilidad. [... L]a posibilidad no admite grados, algo es posible o no. Mientras que la probabilidad admite gradaciones, pudiendo predicar de ella que existe mayor o menor probabilidad de producción del resultado. [...] La guía del observador judicial debe ser la determinación de la probabilidad como suficiente para la construcción de la realidad en el lenguaje por medio de un acto declarativo. Puede construir la realidad reconstruyendo lo acontecido a partir de esta probabilidad, y en mérito a ello valerse de la posibilidad de graduación de la probabilidad: cuanto más alta sea ella, más posibilidad de cimentar la imputación se verificaría; contrariamente nos alejaríamos de este supuesto. La construcción del observador judicial para declarar en el lenguaje un nuevo estado de //152.- cosas puede valerse de este acto de valoración criteriosa de los grados de probabilidad. [... Finalmente, es] recomendable atender a las siguientes situaciones: a) la verificación por parte de la ciencia de la existencia de una probabilidad de que este producto cause este resultado, aunque no pudiera verificárselo de manera excluyente en el caso concreto, creando así un concepto de imputación diferencial de la causalidad mecánica, y respetuoso de la ontología del lenguaje como criterio rector de las valoraciones humanas; b) la verificación de que –dadas las circunstancias del caso- la probabilidad anterior se verificara, en los hechos que en el lenguaje se analizan, ahora por parte del juzgador (valoración de los elementos de prueba como confluente en un punto). [...] Entonces, estas probabilidades en conjunto permiten excluir la posibilidad que plantea la duda [...] pues la citada suma de probabilidades constituye el contenido de una declaración en el lenguaje de la existencia de una probabilidad como contenido de la imputación” (ob.cit., págs. 367/368 y 373).-

----- Bajo este método de imputación, como observador judicial de las cuestiones de hecho fijadas en autos, puedo determinar la construcción de la realidad en el lenguaje por medio de un acto declarativo; así, puedo construir la realidad reconstruyendo lo acontecido a partir de la verificación de la probabilidad científica y la probabilidad valorativo-probatoria,

con lo cual se verifican fallas en el ejercicio de los roles en el contexto de los hechos y probabilidades de circunstancias que determinan la autoría en el resultado de Kirilovsky, Andrade, Fernández Santibáñez ///153.- y Aguirre Neira (ver autor y obra citados, págs. 371 y sgtes.).- - - - -

----- “Arce Aggeo dice con acierto que Jakobs, siguiendo a Luhmann y este siguiendo a Maturana y Varela, hace referencia a la acción como termino equívoco y da jerarquía a los roles de los individuos a efectos de determinar los problemas de la imputación, situación que a medida que se siga desarrollando llegará a constituirse como el escenario primordial para el tratamiento de la imputación objetiva. [...] A partir del análisis del caso que nos ocupa es dable destacar que han surgido distintas fallas produciéndose así un riesgo jurídicamente relevante y desaprobado para la producción del resultado muerte..., ya que como surge del resolutorio se violaron distintos roles, de lo que se desprende distintas fallas que sin duda han vulnerado el sistema social (fallas comunicativas que incidieron en el resultado), produciéndose entonces efectos importantes para el Derecho Penal, tratándose de precisar mediante el presente trabajo las posibles responsabilidades de quienes debieron verificar el buen funcionamiento..., y no lo hicieron, lo cual sin dudas implicó la violación de un rol determinado. [...] Cabe destacar que en casos como el que nos ocupa de muerte... (omisión impropia) en la determinación del ámbito de protección, será necesario prestar atención a la finalidad de protección del deber de garante que engendra la posición de garante, esto es una estrecha vinculación entre el deber de cuidado y el deber de garante. [...] Si el fin de protección de la norma se obtiene, principalmente, a través de las circunstancias que ///154.- dieron origen al deber de cuidado y éste, en los delitos omisivos, depende del deber de garante la conclusión es evidente. En consecuencia, es necesario determinar las fuentes jurídicas que dieron origen a la posición de garante y sus intenciones jurídicas, con lo que podremos obtener la extensión del deber de garante y su ámbito de protección. La posibilidad del sujeto de imputar el resultado a una omisión se fundamenta en la ‘identidad estructural’ con la comisión y para que se dé ésta identidad es necesario que exista una específica posición de responsabilidad del sujeto -posición de garante-. [...] Esta específica posición de responsabilidad del sujeto debe ser concretada, ya que sólo la ‘... la configuración concreta hará posible hablar de identidad estructural y valorativa de las omisiones con las comisiones activas...’. La concreción se logra por la determinación de las situaciones específicas que comprende esa posición de responsabilidad. Este aspecto de la posición de garante será determinante en la

delimitación del ámbito de protección que sólo abarcará esas situaciones específicas y no otras [...]. Por su parte Jakobs dice que el fundamento de la existencia de una obligación de evitar una configuración de la propia organización que exceda del riesgo permitido es el siguiente: todo titular de un círculo de organización es garante de la evitación de un contacto social que exceda del riesgo permitido... Ahora bien, adentrándonos nuevamente en el tema del rol, puede considerarse a este como la unidad mínima que estructura el sistema social, unidad esta que nos permite elaborar los criterios guía a efectos de determinar la imputación///155.- conjuntamente con la causalidad física; ello por cuanto el rol o función que se genera por medio de la comunicación en el sistema social va generando y constituyendo los criterios de comportamiento a los que debe amoldarse el comportamiento de quienes los portan. Toda relación humana se basa en la confianza y por lo tanto la generación de expectativas de comportamiento y éstos derivan de las necesidades del sistema. Las necesidades se institucionalizan mediante los roles o funciones [...] Así las cosas, se puede recurrir para determinar el buen cumplimiento de los roles al baremo del hombre medio, lo cual nos lleva a la figura de un hombre ideal que sirva como baremo para la determinación del deber objetivo de cuidado. Es decir, que se entiende al hombre medio como el hombre consciente y cuidadoso del sector del tráfico a que pertenece el autor. [...] En definitiva para nosotros el baremo de dicho comportamiento a efectos de superar el riesgo permitido, viene establecido a través del rol. [...] El rol es el baremo del riesgo, y solo puede definirse a este a partir de la efectiva comprobación de la defraudación de aquel; por otro lado la incidencia en el resultado es una generación de un nuevo estado de cosas a través del lenguaje por parte del observador judicial (quien construye un nuevo hecho) [...] En este sentido, el riesgo se puede incrementar dentro de los márgenes establecidos por el ámbito continente del rol, de manera tal que sumado a la vinculación causal conforman las dos primeras etapas de la imputación. El concepto de incremento del riesgo, al quedar comprendido dentro de un baremo de estandarización más certero a partir ///156.- del ámbito continente del rol, queda abarcado por este; debiendo entonces proceder al reemplazo del referido concepto de riesgo no tolerado por el de defraudación del rol. [...] Por otro lado, la posición de garante existe con independencia de que éste infrinja o no el deber objetivo de cuidado en el caso concreto cuando la situación de garante se le atribuye por el rol social que desempeña, a no ser que la persona se haya liberado expresamente de los deberes jurídicos que lo constituyen en posición de garante” (Miguel A. Asturias, “La posición de garante en los

delitos de comisión por omisión y la teoría del rol como esencia de la imputación objetiva”, publicado en La Ley Patagonia; fallo comentado: “TREJO, Vicente A. y Otros”, STJRNSP, del 05-04-06).-----

-----9.- RESPONSABILIDAD PENAL:-----

----- Ha quedado absolutamente probado que los actos de los imputados (por comisión y por omisión) se originaron en un análisis subjetivo que ha previsto un desarrollo causal determinado para la obtención de una finalidad específica, que en el caso concreto fueron la realización de los actos médicos como ejercicio del arte de curar dirigidos a mejorar la salud del paciente; todo ello, previa constatación de que los profesionales actuantes realizaron las conductas como actos voluntarios manifiestos en el mundo exterior que implicaron la puesta en marcha de la causalidad.-----

----- Luego se acreditó el deber objetivo de cuidado (posición de garantía) y el hecho de que las conductas de los encartados constituyeron infracciones a tal deber en las concretas situaciones y oportunidades en que realizaron los //157.- actos médicos (comisión y/u omisión), que encuadran en el tipo penal del art. 84 del Código Penal. Ninguna duda se planteó en cuanto a que las conductas tienen relación de causalidad (conditio sine qua non) con el resultado.-----

----- En cuanto a la imputación del resultado, ésta se demostró siguiendo cuatro metodologías: primero con el doble juicio hipotético (en concreto y en abstracto) se probó la conexión de antijuridicidad entre la anormalidad y el resultado; en segundo lugar, mediante el principio del riesgo, se acreditó que la acción de los imputados creó un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado y que el resultado producido por esas acciones fue la realización del mismo peligro –jurídicamente desaprobado- que creó cada acción; y finalmente mediante el riesgo planificable y la imputación comunicativa. Es decir entonces que, analizada la causa desde el finalismo o desde la imputación objetiva, la conclusión es idéntica; la imputación del resultado recae siempre en los encartados siguiendo las escuelas del finalismo y del posfinalismo. Y la diferencia en cuanto al “in dubio pro reo” entre una y otra escuela ninguna relevancia tiene en esta causa donde quedaron certeramente acreditadas las violaciones al deber de cuidado por varios autores, que deberán responder por actos médicos mal ejecutados o por la omisión culpable que elevó el riesgo comprendido en el marco de previsibilidad violando además normativamente la *lex artis*. Nada de opinable hay en esta cuestión. Salvo que jóvenes médicos, pese a la función cumplida en su trabajo profesional, demostraron su impericia y le dieron a la

culpa médica penal ///158.- una vigencia y actualidad que ni Roxin ni Jakobs pudieron imaginar. Tampoco la familia P., principalmente los padres de F., quienes pocos minutos después del fallecimiento (ocurrido a las 9,15 del día 08-04-04) fueron anoticiados de que su hijo había dejado de existir (aquí cabe destacar que oportunamente se omitió el debido “consentimiento informado” sobre los actos médicos realizados).- - - - -

----- Se determinó que las características de las conductas realizadas por los imputados encuadran en el tipo penal objetivo de homicidio culposo, y se comprobó que el resultado conectado causalmente con esas conductas reconducen normativamente al resultado típico muerte, con lo cual se da cumplimiento a las distintas raíces de toda la teoría de la imputación objetiva.- - - - -

----- “[T]oda la teoría de la imputación objetiva responde a dos raíces distintas: por un lado, se trata de determinar si las características de la conducta llevada a cabo por el autor se corresponden con la previsión del tipo. Por otro lado, en los delitos de resultado, se trata de comprobar—una vez verificado el carácter típico de la conducta- si el resultado conectado causalmente a esa conducta puede reconducirse normativamente a ésta,

es decir, si también el resultado es típico. A estas dos raíces responden los dos niveles de análisis...: imputación objetiva del comportamiento... e imputación objetiva del resultado” (Manuel Cancio Meliá, ob.cit., págs. 97/98; en igual sentido, Enrique Díaz-Aranda y Manuel Cancio Meliá, La imputación normativa del resultado a la conducta, en Edgardo ///159.- Alberto Donna (dir.), Colección Autores de derecho penal, Rubinzal Culzoni, 2007, págs. 20 y sgtes.)- - - - -

----- Se descartaron causales o criterios de interrupción del nexo de imputación al probar que los “riesgos concurrentes” y la “confluencia de riesgos por conductas concurrentes” corroboran la imputación objetiva del resultado en cabeza de los cuatro enjuiciados. Así, la realización del resultado muerte por los respectivos incrementos del riesgo no puede explicarse sin la información que resulta de cada uno de esos riesgos. También se descartó la pretendida aplicación del “principio de confianza”.- - - - -

----- Con ello, y —además- habiéndose probado el tipo subjetivo, la antijuricidad de los hechos y la culpabilidad de los imputados recurrentes como autores concomitantes o paralelos del delito de homicidio culposo, queda como única conclusión posible la confirmación de la sentencia íntegramente revisada sobre las cuestiones que tienen

relación con la decisión, lo que también demuestra la ineficacia de los recursos interpuestos.-----

-----10.- INHABILITACIÓN ESPECIAL:----- El doctor Roberto Germán Busamia, en representación de Nelson Rubén Fernández Santibáñez, planteó la inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva en relación con la interpretación del art. 20 del Código Penal en cuanto al alcance de la inhabilitación especial.-----

----- En concreto, la defensa afirma que la querrela apuntó a acreditar que los defectos de capacitación o formación profesional de los terapeutas estarían evidenciados por la ///160.- ausencia improbadamente de certificación provincial de especialistas. Agrega que la evidencia de especialidad exacerbada y profundizada diariamente en todos los aspectos del trabajo profesional lo llevan a argumentar y pedir que la aplicación de la pena de inhabilitación especial del art. 20 del código de fondo se aplique al ejercicio específico de la profesión ejercida al momento del hecho investigado: esto es, de especialista en terapia intensiva (fs. 1523). Finalmente, refiere que si lo cuestionado a los terapeutas ha sido carecer de la idoneidad para actuar en situaciones de emergencia en un servicio de terapia intensiva, es de toda lógica, contiene razón suficiente y proporcionalidad, que la pena de inhabilitación –por estas especiales circunstancias- se refiera al ejercicio de la especialidad de médico terapeuta, que es lo único para lo que a la fecha está habilitado su defendido.-----

----- El agravio es inatendible en virtud de que se aparta de las expresas constancias de la causa. En este sentido, en el informe de fs. 1003/1012 del Ministerio de Salud de la provincia de Río Negro se observa que Pablo Esteban Kirilovsky, Joaquín Víctor Andrade, Nelson Rubén Fernández Santibáñez e Inés Fabiana Aguirre Neira están matriculados en Río Negro para el ejercicio de la profesión de “médico”.-

----- A su turno, el informe de fs. 937 (también del Ministerio de Salud provincial) dice: “de acuerdo a lo informado por la Dirección de Fiscalización y por el Comité de Especialidades Médicas, los Dres. Kirilovsky, Aguirre Neira, Andrade, Fernández Santibáñez... no poseen matrícula de especialista ni han obtenido certificado de especialistas ///161.- en el marco de la ley 2447”.-----

----- En otras palabras, ninguno de los condenados estaba habilitado para ejercer alguna profesión y/o especialidad distinta de la de “médico”, por lo que la pena de inhabilitación del art. 20 del Código Penal impuesta por el a quo se ajusta a derecho, ya que no se acreditó la condición legal para la inhabilitación especial pedida por la

defensa.- - - - -

----- Para abundar, destaco que en las facturas por honorarios médicos que el imputado Fernández Santibáñez le extendió al Sanatorio Río Negro sólo consta su matrícula provincial de “médico” y –como adelanté- el cobro por servicios “médicos” (ver facturas de fs. 1253, 1255 y 1257, de fechas 07-04-04, 11-05-04 y 10-06-04, respectivamente).-

----- En el comentario al art. 20 del Código Penal, Marco A. Terragni (Baigún y Zaffaroni, dirs., Código Penal, Tº 1, pág. 236) dice que los alcances de la pena “[e]stán definidos en el artículo: producen la privación del empleo, cargo, profesión o derecho, con lo que el condenado se ve despojado de la posibilidad de seguir ejerciendo la actividad de que se tratare... Al individuo condenado se le quita el empleo, cargo, profesión o derecho que estaba ejerciendo en el momento de cometer el hecho ilícito...”.- -

----- En este sentido, la pena de inhabilitación especial se caracteriza “como específica prevención en ciertos ámbitos de conducta vinculados con el delito cometido. [... E]l art. 20 habla de ‘profesión’ [... que] es el oficio que presupone una carrera y autorización estatal (médicos, abogados, etc.). [...] El delito sancionado con la inhabilitación///162.- especial, por lo menos, debe constituir una violación de los deberes generales de conducta que impone la profesión (Núñez...) y cuanto más cuando deriva de dicho ejercicio (Soler...)” (Jorge D. López Bolado, “Cuestiones penales”, publicado en Yungano, López Bolado, Poggi y Bruno, Responsabilidad profesional de los médicos, ed. Universidad, 1982, págs. 214/215).- - - - -

-----11.- HONORARIOS:- - - - -

----- Los doctores Oscar Pandolfi y Carla Pandolfi (apoderados de la parte querellante) interpusieron recurso de casación por propio derecho con el fin de impugnar la regulación de sus honorarios profesionales, en tanto alegan una violación de la doctrina legal de las normas de los arts. 200 de la Constitución Provincial y arts. 1, 6 ap. a, b, c, d y f, 6 bis, 7, 8, 9 y 45 de la Ley 2212. Afirman en tal sentido que lo resuelto deviene arbitrario en términos técnicos por falta de fundamentación normativa o por tenerla sólo aparente. Por último, afirman que la sentencia debe ser anulada y solicitan que se resuelva el fondo del asunto y se regulen sus honorarios profesionales dentro de los parámetros estimados.- - - - -

----- En rigor, los recurrentes basan su petición en que: a) se les regularon honorarios en forma idéntica al resto de los profesionales intervinientes en la causa; b) nada se dice

sobre que la estimación habría de ajustarse al derecho vigente y a las constancias de la causa ni se ajustan a ellos; c) no se tomó en cuenta el monto del asunto o proceso; d) cabe atender a la naturaleza o complejidad del asunto o proceso; e) también hay que considerar el resultado ///163.- obtenido, f) deben tomarse las escalas y el monto del honorario mínimo; g) debe evaluarse la trascendencia jurídica, moral y económica que tuviera el asunto o proceso; h) se ha violado el art. 9 de la Ley de Aranceles, que implica un adicional del 40% por la actuación en el doble carácter de letrados y apoderados, e i) debe regularse por su intervención en las dos etapas del proceso de acuerdo con el art. 45 de la Ley Arancelaria.- - - - -

----- Ahora bien, los argumentos del recurso (que seguirían la doctrina legal para la regulación de honorarios que ha fijado este Superior Tribunal de Justicia -ver Se. 244/07, entre otras-) carecen de andamio sustancial, toda vez que no se afectó el derecho de los impugnantes a obtener una regulación de honorarios adecuada a derecho, en virtud de que el quantum fijado (en función de las constancias del expediente y -en particular- de la sentencia) es suficientemente elocuente de que se ponderaron los extremos requeridos por este Cuerpo, lo que deja sin sustento los agravios mencionados.- - - - -

----- En este sentido, obsérvese que es incorrecta la afirmación de que se regularon honorarios en forma idéntica a todos los profesionales intervinientes en la causa. El punto sexto de la parte resolutive de la sentencia dice expresamente que se regula la suma de cuarenta (40) Jus para cada uno de los profesionales intervinientes por su actuación. Por lo tanto, los letrados recurrentes, que realizaron una actuación conjunta (art. 11 Ley G 2212–texto según Ley 4270-), obtuvieron una regulación equivalente al doble de los restantes abogados, ya que se ///164.- les regularon ochenta (80) Jus (en conjunto) por la representación de una parte (querellante), mientras que los doctores Gerardo Tejeda y Eves Tejeda tuvieron igual monto (en conjunto) pero representando a dos imputados, y a los doctores José Gerez y Roberto Busamia se les reguló la mitad representando a un encartado cada uno.- - - - -

----- El monto del proceso es indeterminado, como lo reconoce el recurso en análisis, de modo que no existe posibilidad legal de ponderar expedientes y/o constancias que no se encuentran agregadas a la causa, como pretenden los impugnantes –ver fs. 1450.- - - - -  
- - - - -

----- Por último, son erróneas también las afirmaciones de que se omitió considerar las restantes pautas que mencionan, en función de que los recurrentes, por su actuación

conjunta en representación de una parte procesal -como ya dije-, obtuvieron una regulación equivalente al doble de la del resto de los letrados, guarismo que –además- supera en forma sensible el mínimo legal, aun considerando incluido allí el porcentaje del art. 10 de la Ley G 2212 –según Ley 4270- (ver fs. 1451), todo lo cual demuestra la ausencia de sustento

de la pretensión de nulidad, pues ésta sólo sería en beneficio de la ley.- - - - -  
- - - - -

----- Así, “debo recordar que ante todo planteo de nulidad procesal impera el principio de trascendencia, regulatorio de las nulidades, según el cual no puede acogerse un planteo en el solo beneficio de la ley, pues sería consagrar una nulidad por la nulidad misma (ver, entre otras, Se. 18/04, Se. 21/04, Se. 82/04, 206/06; Se. 166/06 y 181/06 STJRNSP), por lo cual aquélla no debe ser declarada \... si no media///165.- interés jurídico en reparar pues el remedio alegado por la parte «no tiene por finalidad satisfacer pruritos formales sino subsanar los perjuicios efectivos que pudieren surgir de la desviación [de las formas procesales]... cada vez que esta desviación suponga restricción a las garantías debidas a las partes»\” (Se. 8/08 STJRNSP).- - - - -

----- De tal modo, atento al principio señalado, la nulidad solicitada debe ser descartada puesto que la omisión de expresar las pautas de ponderación para la regulación de honorarios por las cuales se agravan no les trajo perjuicio alguno a los recurrentes, dado que el quantum regulatorio responde a la valoración de las pautas fijadas por este cuerpo según la Ley G 2212. Entonces, no hay nulidad sin perjuicio, lo que incluye tanto las nulidades absolutas como las de tipo relativo.- - - - -

----- Sin perjuicio de lo dicho, cabe realizar un llamado de atención al Tribunal de grado inferior para que se dé acabado cumplimiento a la jurisprudencia obligatoria de este Superior Tribunal de Justicia tal como lo prescribe el art. 43 segundo párrafo de la Ley K 2430 (texto según ley 4270).-

-----12.- CONCLUSIÓN:- - - - -

----- En conformidad con todo lo expuesto, propongo al Acuerdo declarar la inadmisibilidad formal de los recursos de casación interpuestos por los doctores Oscar Pandolfi y Carla Pandolfi –por propio derecho-, el doctor José Ignacio Gerez en representación de Joaquín Víctor Andrade, los doctores Eves Omar Tejeda y Gerardo José Tejeda en representación de Pablo Esteban Kirilovsky e Inés Fabiana Aguirre Neira, y el doctor Roberto Germán Busamia en ///166.- representación de Nelson Rubén Fernández Santibáñez (fs. 1447/1452, 1455/1485, 1486/1508 vta. y 1509/1524 vta.,

respectivamente), con costas, y habiéndose realizado una revisión integral de la sentencia N° 15 de fecha 2 de agosto de 2007 dictada por la Cámara Segunda en lo Criminal de Cipolletti, confirmarla en todas sus partes. MI VOTO.- - - El señor Juez doctor Luis Lutz dijo:- - - - -

-----1.- ANTECEDENTES:- - - - -

----- Llegan a mi segundo voto los presentes autos que tramitan en el presente expediente con los recursos de casación que se certifican a fs. 1549, de igual modo que, en relación con la misma causa, han venido también a mi segundo voto las quejas tramitadas en los Exptes.N° 22416/07 STJ y 22397/07 STJ. La integración del Tribunal que conoce surge de fs. 1582/1588, con notificaciones a las partes y sus letrados de fecha 13-12-07 (fs. 1589/1592).- - - - -

-----2.- ADMISIBILIDAD FORMAL:- - - - -

----- Adelanto que -en disidencia con el distinguido colega que me precede en orden de votación, doctor Víctor Hugo Soderó Nievas-, soy de la opinión de que debe declararse la admisibilidad formal de todos los recursos de casación interpuestos en la presente causa, ya que voté por hacer lugar al recurso de queja interpuesto por el defensor particular doctor Eves Omar Tejeda en representación de Pablo Esteban Kirilovsky e Inés Fabiana Aguirre Neira, declarando admisible

el recurso de casación en cuanto fue denegado por el a quo (Expte.N° 22416/07 STJ), y en igual sentido opiné respecto del que interpuso el doctor José Ignacio Gerez en su calidad de defensor de Joaquín Víctor ///167.- Andrade (Expte.N° 22397/07 STJ).- - - - -

- - - - -

----- Entre las argumentaciones que tuve en cuenta al pronunciarme en la primera de las causas mencionadas, sostuve que los motivos de los recurrentes eran suficientes para que este Tribunal de Casación ejerza el control de derecho sobre la denunciada inobservancia de la normativa que regula la competencia del “juez natural”, en virtud de que, ante una eventual incompetencia, se puede haber incurrido en una nulidad de orden general (conf. art. 148 inc. 1° C.P.P. Ley P 2107), en la medida en que no se cumplan las disposiciones concernientes a su capacidad. Tal cuestión es susceptible de ser abordada a partir de la admisibilidad del recurso de casación y la nulidad eventualmente podría ser declarada de oficio en conformidad con el segundo párrafo del art. 149 de la ley procesal y atento a la manda de su art. 1° -“juez natural”-, según la cual no se puede juzgar a nadie por otros jueces distintos de los designados de acuerdo con la Constitución y que asumen la condición de competentes según las leyes reglamentarias.

Por ello, también se encuentran involucrados los arts. 22 de la Constitución Provincial y 18 de la Constitución Nacional.- - - - -

----- De tal modo, y siendo coherente con la opinión vertida en la citada queja, que también se encuentra al acuerdo de este Superior Tribunal de Justicia, sostengo que debe declararse la admisibilidad formal de los recursos interpuestos, dado que la resolución que este Cuerpo dicte sobre la garantía del “juez natural” eventualmente puede tener efectos directos y nulificatorios sobre la sentencia ///168.- condenatoria.- - -

-----3.- REQUISITOS. FUNDAMENTOS:- - - - -

----- Por otra parte, y para abundar, agrego que encuentro reunidos prima facie los requisitos legales para declarar la admisibilidad formal de los recursos de casación en función de lo resuelto en la Se. N° 15/07 de la Cámara Segunda en lo Criminal de Cipolletti y los argumentos de los escritos impugnativos de los doctores Oscar Pandolfi y Carla Pandolfi –por propio derecho-, el doctor José Ignacio Gerez en representación de Joaquín Víctor Andrade, los doctores Eves Omar Tejeda y Gerardo José Tejeda en representación de Pablo Esteban Kirilovsky e Inés Fabiana Aguirre Neira, y el doctor Roberto Germán Busamia en representación de Nelson Rubén Fernández Santibáñez (fs. 1447/1452, 1455/1485, 1486/1508 y vta. y 1509/1524 y vta., respectivamente), todo lo que fue reseñado por el preopinante en los considerandos 1 y 2 de su voto, a los que me remito brevitatis causae.- - - - -

----- Una atenta lectura de los escritos referidos deja en evidencia que las partes han cuestionado tanto los aspectos de hecho como de derecho del fallo impugnado.- - - - -

----- Los defensores sostienen que la sentencia incurre en arbitraria y absurda valoración de la prueba y exponen desarrollos argumentales que –en conjunto- controvierten íntegramente las cuestiones de hecho fijadas por el juzgador para condenar a los cuatro médicos.- - - - -

----- También impugnaron la ponderación del “a quo” por la cual concluyó que las conductas reprochadas fueron violaciones del deber de cuidado, en virtud de que no se habrían valorado, o se lo habría hecho ilegalmente, las ///169.- concretas circunstancias de tiempo y lugar, el estado del paciente-víctima y las injerencias médicas realizadas en el marco de sus facultades.- - - - -

----- Este último contexto pone en evidencia la importancia de la relación de causalidad (del tipo objetivo) que resaltan los casacionistas, como asimismo las diferentes posturas

por las que se puede llegar a igual o diferente resolución del caso (v.gr.: situaciones hipotéticas, incremento del riesgo, riesgo planificable, etc.).- - - -

----- Indudable es la conexión que los temas mencionados tienen con la eventual posibilidad de autoría concomitante o paralela que los defensores sostienen como inexistente en el caso, además de la impugnación que desarrollan sobre la inaplicabilidad de esa teoría en el marco de la legislación nacional (arts. 45 y ccdtes. C.P.).- - - - -

----- Similar conexión advierto sobre el argumento de afectación del principio de confianza, recogido este por la doctrina y la jurisprudencia del país y del extranjero, cuya pretendida aplicación desearía la responsabilidad penal de uno o más de los condenados recurrentes.- - - - -

----- Por otra parte, la concreta impugnación del doctor Roberto Germán Busamia en representación de Nelson Rubén Fernández Santibáñez sobre la inobservancia y errónea aplicación del art. 20 del Código Penal en cuanto pretende que la inhabilitación especial se circunscriba al ejercicio específico de la profesión ejercida al momento del hecho investigado (especialista en terapia intensiva) es una cuestión que se relaciona con el Derecho Constitucional a trabajar (arts. 14 y 14 bis C.Nac.) y con la pena aplicable //170.- en función de la culpabilidad penal (conf. art. 18 C.Nac.).- - - - -

- - - - -

----- Finalmente, los doctores Oscar Pandolfi y Carla Pandolfi (apoderados de la parte querellante) interpusieron recurso de casación por propio derecho con el fin de impugnar la regulación de sus honorarios profesionales, en tanto alegan una violación de la doctrina legal de las normas de los arts. 200 de la Constitución Provincial y arts. 1, 6 aps. a, b, c, d y f, 6 bis, 7, 8, 9 y 45 de la Ley 2212, y afirman que lo resuelto es arbitrario por falta de fundamentación o por ser ésta sólo aparente.- - - - -

----- A mi entender, los motivos precedentes son suficientes para que este Superior Tribunal de Justicia declare la admisibilidad formal de los recursos de casación y oportunamente proceda a realizar la revisión integral de las cuestiones de hecho y de derecho planteadas, procurando una más plena vigencia de las garantías de la doble instancia, el juez natural, el debido proceso legal y el derecho de defensa en juicio. La revisión integral de la sentencia de condena (conf. CSJN, in re “CASAL”, entre otros) responde a la exigencia del adecuado tratamiento de todas y cada una de las cuestiones esgrimidas, con lo que se cumpliría lo previsto en los arts. 8.2.h de la Convención Americana de los Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos

Civiles y Políticos (art. 75.22 C.Nac.)- - - - -

-----4.- CONCLUSION:- - - - -

----- Por todo lo expuesto, entiendo que de las constancias de la causa surge que se encuentran cumplimentados prima facie los requisitos formales que el rito impone para abrir ///171.- esta vía extraordinaria, por lo que propongo al Acuerdo declarar admisibles los recursos de casación deducidos por los doctores Oscar Pandolfi y Carla Pandolfi -por propio derecho-, el doctor José Ignacio Gerez en representación de Joaquín Víctor Andrade, los doctores Eves Omar Tejeda y Gerardo José Tejeda en representación de Pablo Esteban Kirilovsky e Inés Fabiana Aguirre Neira, y el doctor Roberto Germán Busamia en representación de Nelson Rubén Fernández Santibáñez (fs. 1447/1452, 1455/1485, 1486/1508 y vta. y 1509/1524 y vta., respectivamente). MI VOTO.- - - - El señor Juez subrogante doctor Francisco Antonio Cerdera dijo:- - - - -

-----1.- Tal como sucedió en los recursos de queja (Exptes. N° 22416/07 STJ y 22397/07 STJ), observo que en el sub lite el doctor Víctor Hugo Soderó Nievas desechó todos los agravios de los recurrentes, realizando una revisión integral de la sentencia definitiva, mientras que el doctor Luis A. Lutz entiende que las impugnaciones exponen un mérito suficiente como para declarar la admisibilidad formal de los recursos de casación y continuar con el trámite.- - -

-----2.- Luego de un detenido análisis de las constancias del proceso, manifiesto mi adhesión al criterio sustentado y a la solución propuesta por doctor Víctor Hugo Soderó Nievas y VOTO EN IGUAL SENTIDO, en virtud de que los agravios carecen de eficacia recursiva ya que exhiben meras discrepancias subjetivas que no pueden considerarse impugnaciones serias, concretas y razonadas basadas en la sana crítica racional, y llego a similar conclusión sobre las impugnaciones a las cuestiones de derecho. Doy razones.- ///172.--3.- En primer lugar, ya me he pronunciado en los expedientes que tramitaron los recursos de queja sobre la carencia de sustento fáctico normativo del agravio referido al “juez natural”, por lo que considero improcedente una consecuencia nulificatoria como la mencionada por el señor Juez que me precede en la votación.- - - - -

-----4.- Los agravios que tachan a la sentencia de arbitrariedad y absurdidad en la valoración de la prueba han sido prolija, detallada y exhaustivamente abordados por el voto al que adhiero, en el cual se realizó una ponderación armónica y coherente del plexo probatorio con sustento en la sana crítica racional, lo que permitió dejar al

descubierto –luego del análisis integral de las constancias del proceso- que las impugnaciones carecen de chances de prosperar.- - -

-----5.- Las conductas concretas reprochadas a los imputados, acreditadas por el Tribunal inferior cuya sentencia se revisa en esta instancia, son violaciones al deber de cuidado porque se ejecutaron apartándose de las reglas de la *lex artis* y en contradicción del mejor interés del enfermo. Así lo avalan la doctrina y la jurisprudencia que citó el votante al que adhiero.- - - - -

-----6.- También está perfectamente demostrada la conexión de antijuricidad, en tanto los hechos reprochados superan el doble juicio hipotético y queda fijada la relación de determinación del resultado por la violación normativa respecto de los cuatro médicos.- - - - -

-----7.- La teoría de la autoría concomitante o paralela es aceptada por un amplio sector doctrinario jurisprudencial, y no encuentro reparos legales atendibles para su aplicación.- ///173.-- El encuadramiento en esa teoría es una cuestión de derecho que se advierte palmaria en el sub lite, ya que en la realización del hecho delictivo converge una pluralidad de sujetos y cada uno de ellos (los médicos) realizaron por sí la totalidad de la acción típica.- - - - -

-----8.- El argumento de afectación del principio de confianza debe descartarse de plano en función de que a los cuatro médicos imputados se los condenó por hechos que se sustentan en sus propias conductas antijurídicas (violaciones a los deberes de cuidado realizadas por ellos mismos) con las cuales determinaron el resultado típico muerte de F.N.P..- - - - -

-----9.- Las penas de inhabilitación especial para ejercer la profesión de médico que se impusieron a los condenados no afectan ningún derecho constitucional, puesto que su aplicación está prevista en la ley y respeta la culpabilidad penal acreditada en la causa.- - - - -

----- A ello agrego que los médicos actuaron contraviniendo deberes generales de conducta que impone la profesión, además de los particulares hechos sólo ejecutables en el quirófano o terapia intensiva.- - - - -

----- Por otra parte, y para abundar, la inhabilitación impuesta responde a la oportuna habilitación que otorgó el Ministerio de Salud de la provincia de Río Negro para el ejercicio de la profesión de médico, por lo que carece de andamio fáctico legal la pretendida inhabilitación sólo para ejercer la especialidad de terapia intensiva.- - - - -

-----10.- Por último, los agravios de los doctores Oscar Pandolfi y Carla Pandolfi

respecto de la regulación de sus ///174.- honorarios profesionales no pueden tener recepción favorable ya que el monto fijado –por su actuación conjunta- es el doble de lo que se fijó a los demás letrados y es mayor al mínimo legal (aun considerando el porcentaje del art. 10 de la Ley G 2212 -texto consolidado-).- - - - -

----- Con ello debe descartarse la pretendida nulidad por la nulidad misma, pues la omisión de expresar las pautas de ponderación para la regulación de honorarios por las cuales se agravian no les trajo perjuicio alguno a los recurrentes, dado que el quantum regulatorio responde a la valoración de las pautas fijadas por el Superior Tribunal de Justicia.- -

-----11.- En conclusión, la concreta disidencia que me corresponde dirimir está limitada a la controversia de realizar el análisis integral de la sentencia condenatoria en función de los agravios (voto del doctor Soderó Nievas) o de declarar la admisibilidad formal de los recursos de casación sin ingresar al análisis de sus argumentos (voto del doctor Lutz).- - - - -

----- Como supra adelanté, adhiero al voto del juez de primer voto en tanto no se advierten ni se expusieron argumentos que puedan conmover los fundamentos y las conclusiones de la sentencia N° 15 de fecha 2 de agosto de 2007 dictada por la Cámara Segunda en lo Criminal de Cipolletti, por lo que, habiéndose cumplido con la revisión integral de la resolución condenatoria (conf. CSJN, in re “CASAL”, entre otros) corresponde confirmarla en todas sus partes y declarando la inadmisibilidad formal de los recursos de casación interpuestos, con costas. MI VOTO.- - -

----- Por ello,

///175.-

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

POR MAYORÍA R E S U E L V E :

Primero: Declarar formalmente inadmisibles los recursos de

----- casación deducidos por los doctores Oscar Pandolfi y Carla Pandolfi –por propio derecho-, el doctor José Ignacio Gerez en representación de Joaquín Víctor Andrade, los doctores Eves Omar Tejeda y Gerardo José Tejeda en representación de Pablo Esteban Kirilovsky e Inés Fabiana Aguirre Neira, y el doctor Roberto Germán Busamia en representación de Nelson Rubén Fernández Santibáñez (fs. 1447/1452, 1455/1485, 1486/1508 vta. y 1509/1524 vta., respectivamente), con costas, y, atento a que ha sido revisada en forma integral, confirmar en todas sus partes la sentencia N° 15 dictada el fecha 2 de agosto de 2007 por la Cámara Segunda en lo Criminal de Cipolletti.- - - - -

- Segundo: Registrar, notificar y oportunamente devolver los  
----- autos.

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 6

SENTENCIA: 94

FOLIOS: 1117/1291

SECRETARÍA: 2