**STJSL-S.J. – S.D. Nº 017/17.-**

---En la Ciudad de San Luis, **a nueve días del mes de febrero de dos mil diecisiete**,se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros Dres. OMAR ESTEBAN URÍA, HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y LILIA ANA NOVILLO - Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos*:* ***“RECURSO DE CASACIÓN EN AUTOS: “DAMNIF. ESCOBAR GUILLERMO HECTOR-NA”******DR. ROBLEDO” -*** IURIX INC Nº. 36623/4.-

Conforme al sorteo practicado oportunamente, con arreglo a lo que dispone el artículo 268 del Código Procesal Civil y Comercial, se procede a la votación en el siguiente orden: Dres. OSCAR EDUARDO GATICA (quien emitiera su voto el día 31/08/16), y ante su renuncia por haberse acogido al régimen jubilatorio a partir del 31/08/2016, toma el lugar de primer votante el Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ, continuando con el orden de votación los Dres. OMAR ESTEBAN URÍA y LILIA ANA NOVILLO.-

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión del Tribunal son:

I) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación interpuesto por la defensa de María del Carmen Zalazar?

II) ¿Existe en la sentencia recurrida alguna de las causales enumeradas en el art. 428 del C.P.Crim.?

III) En caso afirmativo de la cuestión anterior, ¿Cuál es la ley a aplicarse o la interpretación que debe hacerse de la ley en el caso en estudio?

IV) ¿Qué resolución corresponde dar al caso en estudio?

V) ¿Cuál sobre las costas?

**A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ, dijo:** 1)Que a foja sub 1, el abogado defensor de María del Carmen Zalazar, interpuso recurso de casación en contra de la sentencia definitiva dictada por la Cámara del Crimen Nº 2 de la Primera Circunscripción Judicial, de fecha 02 de diciembre de 2014, obrante a fs. 1036/1056vta., que declaró culpable a María del Carmen Zalazar del delito de “homicidio culposo” –art. 84 del Código Penal- en calidad de autora, art. 45 del Código Penal, y, en consecuencia, la condenó a sufrir la pena de dos años y seis meses de prisión en suspenso –art. 26 del Código Penal- e inhabilitación especial por el término de cinco años, accesorias legales y costas.

Los fundamentos recursivos lucen agregados a fs. sub 3/28vta.

2) Que de acuerdo al orden de los cuestionamientos del epígrafe, corresponde tratar en primer lugar la procedencia formal del recurso intentado, con el objeto de determinar si se ha dado cumplimiento a los requisitos exigidos por la ley procesal vigente en punto a la admisibilidad del recurso.

En relación a ello, y del estudio de las constancias de la causa, surge que el medio recursivo intentado ha sido interpuesto y fundado en término (art. 430 del C.P.Crim), encontrándose exenta la recurrente del depósito conforme lo prescripto por el art. 431 del C.P.Crim.

Asimismo, se observa que se ataca una sentencia definitiva, dictada por la Cámara en una causa penal, lo que me lleva a concluir en la admisibilidad formal del recurso incoado.

Por ello, VOTO a esta PRIMERA CUESTIÓN por la AFIRMATIVA.

Los Señores Ministros, Dres. OMAR ESTEBAN URÍA y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y votan en igual sentido a esta **PRIMERA CUESTIÓN.-**

**A LAS SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN, el Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ, dijo:** 1) Que en los aludidos fundamentos, el recurrente dijo que la impugnación del fallo se debe a que la Cámara de Apelaciones ha aplicado erróneamente la ley sustantiva y ha omitido tratar cuestiones planteadas oportunamente por su parte, además de haber efectuado una errónea valoración de la prueba y haberse extralimitado en sus facultades jurisdiccionales al resolver cuestiones que no forman parte de la acusación.

Más en detalle, elaboró la crítica en torno de los siguientes seis puntos: 1) Que al tratar la primera cuestión no se hayan descripto los hechos, limitándose a considerar que estaba probada la muerte de Franco Emiliano Escobar, cuestión no contradicha. 2) Que haya considerado que la muerte del menor fue producto de una actuación individual, olvidándose que se está ante una actuación plural, sucesiva y consecutiva –lo que fue puesto de resalto por el Fiscal al momento de acusar y cuyo acto no fue descripto por el Tribunal- desconociendo la actuación de quien fuera traído a juicio como coacusado, -a la postre sobreseído-, luego testigo, Dr. Demo, y de los testigos que el Tribunal llamó como medida para mejor proveer. 3) Que sólo atribuyó la violación de un deber de cuidado que configuró ilegítimamente a tenor de declaraciones testimoniales que el Tribunal convirtió en afirmaciones periciales en contradicción con el planteo de su parte, que tampoco describió el Tribunal. 4) Que haya atribuido la autoría del delito a su defendida, sin determinar la relación de evitación, equivalente a la relación de causalidad en los delitos de omisión impropia, configuración dada por el Tribunal, según dijo. 5) Que para ello se haya desnaturalizado el tipo penal (art. 84) convirtiéndolo en un delito de violación de deber o de responsabilidad objetiva por producción de resultado para lo cual recurrió a una interpretación de la responsabilidad de una fuente normativa extraña al caso, por aplicación del art. 512 del Código Civil de diversa naturaleza a la responsabilidad penal. 6) Que con una ininteligible redacción haya intentado eludir el planteo de la defensa a modo de síntesis y epílogo de la fundamentación.

Las críticas enumeradas precedentemente habrían producido los siguientes agravios: que se haya considerado descripto el hecho, cuando esto no fue realizado; que se haya dado valor pericial a testimoniales; que no se haya considerado la opinión de expertos; que no se haya justificado la elección de criterios jurisprudenciales disímiles; que se haya considerado que el pre-quirúrgico son aquellos estudios que se solicitan 24 hs. antes de la operación; que se haya considerado que era deber de la cirujana pedir el pre-quirúrgico; que se haya considerado el hecho como producto de una actuación individual y no conjunta en forma secuencial y paralela; que no se hayan discriminado las funciones de los integrantes del equipo quirúrgico; que no se haya considerado el aporte causal del anestesista ni del terapista; que se haya presupuesto (la producción) de un shock hipovolémico irreversible al ingreso en terapia; que se haya tratado al delito del art. 84 del CP como un delito de infracción de deber, como un delito de omisión, como un delito de causación de resultado, y que se haya tratado la responsabilidad penal como objetiva.

Los argumentos críticos contra la pieza judicial pueden sintetizarse de la siguiente manera:

a) Inexistencia de plataforma fáctica. No descripción de la acusación y defensa.

Se quejó de la inexistencia de la descripción de los hechos a tenor de lo dispuesto en el art. 8, inc. 2, apartado h) del Pacto de San José de Costa Rica, defensa que fue articulada al tratar las cuestiones preliminares en la primera audiencia de debate y mantenida en oportunidad de alegar.

Dijo, que afirmar que Franco Emiliano Escobar murió el 13 de julio de 2007, no es describir el hecho, sino sólo mencionar el resultado. Tal circunstancia no constituye “el hecho” sino que es producto del hecho, su efecto, su consecuencia, el que debió ser explicado en relación a su antecedente o causa; es decir lo que debió ocurrir en el Complejo Sanitario para que el menor falleciera, lo que no ocurrió.

Finalizó el punto afirmando la casi unanimidad doctrinaria sobre que el delito reglado en el art. 84 del C. Penal es de “tipo penal abierto”, es decir que la conducta prohibida se encuentra incompleta, pues menciona solo el resultado. Por tal motivo, al momento de valorar el hecho se debe describir la acción prohibida, completando así la descripción típica incompleta, según dijo.

b) Considerar que el resultado (muerte del menor) fue producto de una actuación individual, desconociendo la actuación de otros profesionales intervinientes.

Dijo que el conjunto de actos que forman la cadena causal que condujo hasta la producción de la muerte del menor, fue desarrollada por diferentes sujetos, alguno de los cuales habían sido traídos a juicio (Demo y Quinteros), como así también Rocca, Sparanza, el Director del Hospital, a quienes el Fiscal de Cámara, al acusar, atribuyó cierto grado de responsabilidad.

Afirmó que todos contribuyeron causalmente a la producción del resultado, aunque solo a algunos podría imputársele el reproche jurídico. Ahora bien, sin conocerse el curso causal en su totalidad, mal podría establecerse si se trataba de una responsabilidad individual o plural, agregó.

Después de citar parte de la exposición en audiencia del Dr. Torres, concluyó que tanto la conducta del anestesista como la del terapista, la primera actuación paralela y la segunda sucesiva a la realizada por su defendida –según aclaró- deberían haber sido consideradas como aportes causales, sin perjuicio de que se evaluara que no eran imputables. Nada de esto ocurrió, sino que el votante trató el desempeño como si se tratara de una actuación individual.

Concluyó esta crítica valorando que la falta de descripción de los hechos y el tratamiento del resultado como consecuencia de una actuación individual, impiden apreciar objetivamente el aporte causal concreto de su defendida, la influencia de las demás actuaciones sobre el aumento del riesgo, y si el resultado es producto exclusivo del riesgo generado por la Dra. Zalazar.

c) Construcción ilegítima de un deber de cuidado.

Después de una exposición doctrinaria sobre la cuestión a tratar, dijo que la única referencia concreta que se realizó en la sentencia sobre el supuesto deber de cuidado fue “la necesidad de realizar los estudios de riesgo y coagulación actualizados 24 o 48 horas antes de la intervención”.

Al respecto, trajo a colación que al momento de alegar indicó al Tribunal que una publicación especializada estableció como plazo para la realización de dichos estudios 10 o 15 días. Valoró que tal fuente –que citó- es la autorizada para erigir el deber de cuidado al caso concreto y no el parecer personal de los forenses y de un ex imputado en la causa.

Agregó que “…sin perjuicio que la afirmación de todos es incorrecta, el Perito Torres, Peralta, Vicco, el testigo Sbais, Sparanza y Rocca, dijeron que dependía del caso, que podía tener semanas…”. Y puntualizó que “…El Anestesiólogo Sparanza, que conforme a su especialidad recaía el deber principal manifestó que podía hacerse hasta 20 días antes…”

De ello coligió que existen contradicciones fundadas y prueba no legítima para avalar lo afirmado por los Jueces, pues no existe un deber objetivo de cuidado de poseer o pedir pre-quirúrgico 24 horas antes, esto no conforma una *lex artis,* según afirmó.

d) Indeterminación de la relación de evitación.

El casacionista, se quejó de que los Camaristas, además de no hacer mención del supuesto deber de cuidado, no establecieron cuál es el acto material que viola dicho deber, y tampoco indicaron cuál había sido el efecto de esa omisión en la cadena causal que se desencadenara a partir de que la Dra. Zalazar comenzó la operación, indicando específicamente en qué consistió el aumento de riesgo.

Agregó, que sin conocer qué acto viola qué deber y qué riesgo incrementa, resulta imposible analizar el elemento subjetivo del tipo “previsibilidad” y a su término la “evitabilidad”.

Y continuó “…No describir los hechos (cadena causal íntegra), hacer referencia a deberes (categorías jurídicas ontológicas [*sic*], no hechos), no identificar los aportes causales de quienes participaron, tratar aisladamente y elípticamente –no la conducta sino la norma supuestamente violada- las acciones de mi defendida, no permite establecer un vínculo entre las acciones y el resultado, sino suponer acciones mediante la mención de una omisión de un supuesto deber de cuidado y el resultado…” Las aclaraciones entre paréntesis y guiones pertenecen al texto transcripto, con excepción del término en corchete.

Después de una cita doctrinaria, dijo que a tenor de ellas, hizo la siguiente aplicación al caso bajo examen “…si yo suprimo mentalmente la supuesta omisión de pedir un pre-quirúrgico 24 horas antes, *(no)* puedo afirmar con certeza que el resultado no se hubiera producido. Tampoco podemos afirmar que la operación se habría realizado, pero realizada (¿)se habría producido el Shock Hipovolémico (?) No lo sabemos, salvo que ilegítimamente, como lo hace el votante, establezcamos una relación directa e inmediata entre violación formal y resultado material, violando todas las normas de la lógica…” El “no” entre paréntesis me pertenece, como así también los signos de interrogación. Ambos fueron interpolados para dar sentido al texto.

Luego de referir a la defensa que hizo en oportunidad de alegar, dijo que “…en definitiva, mediante la construcción artificiosa de una regla de deber objetivo de cuidado, basada en prueba auto contradictoria y contradictoria con otras (Perito Torres, testigo Demo, Sbais, Rocca, Sparanza, etc) y considerando la existencia de un factor que modificaría los valores hematológicos, parte de un valor inicial de hematocrito y hemoglobina irreal (25% y 8,5) para dar por sentado que tal circunstancia de por sí sola explica el resultado, sin considerar el aporte causal de otros partícipes a quienes los mismos peritos que refiere como garantía indican como esenciales en la operación y post-operatorio. No sabemos concretamente qué acto comienza la cadena causal, qué riesgo aumenta, cómo este se realiza en el resultado y qué grado de posibilidad de previsibilidad y evitabilidad tenía el mismo…”

e) Se desnaturalizó el tipo culposo del art. 84.

Afirmó que el votante que se pronunció en primer término desnaturalizó el *tipo penal* del art. 84 del C. Penal, convirtiéndolo en un delito de violación de deber o de responsabilidad objetiva por producción de resultado.

Agregó, que presiente encontrar tal equívoco en la confusión conceptual manifestada al tratar la segunda cuestión y en la tercera cuestión, cuyas partes transliteró.

f) Extralimitación de las facultades del Tribunal.

Cuestionó que en el fallo se haga inclusión de la violación del deber de información y consentimiento informado, lo que no fue materia de acusación. Agregó que la inclusión en el fundamento del votante expropia oficiosamente la titularidad de la acción y pasa a construir materialmente la *res judicanda.*

g) La Prueba considerada.

La recurrente critica la ponderación de la prueba expresada en la sentencia puesta en lid. Después de transcribir las partes de la sentencia en la que se expresa la valoración de la Cámara sobre el material probatorio. En esencia se quejó de que no se haya expresado el criterio de selección de las pruebas, en particular el parámetro que se usó para desechar la que los Camaristas creyeron no conducente.

Así dijo que además de no resaltar las citas concretas referidas a los extremos específicos de la prueba que consideró apta para acreditar el resultado (testimoniales de Torres, Demo y Giboín) “…deja de lado las restantes testimoniales, basado en la parcialidad y poca memoria de los mismos, sin especificar en qué punto se producen tales déficits…”

Con respecto al Dr. Demo, dijo que el Tribunal parece haber olvidado que el testigo durante la instrucción fue indagado y sobreseído; y que en la deposición del mismo los Jueces parecen haber olvidado el carácter de testigo para considerarlo perito.

En relación a prueba pericial dijo: “…Algo similar ocurre con los peritos de la defensa, que fueron autores, conjuntamente con los Dres. Torres y Giboín del informe de la junta médica. Fácil resulta dejar de lado prueba legalmente rendida en el proceso sin dar ninguna explicación plausible, por la sola sospecha de parcialidad…”

También contestó la valoración expresada respecto de la documental fotográfica, en los siguientes términos: “…Llama poderosamente la atención la inclusión de las vistas fotográficas de fs. 59/66 (…) porque no pueden dejarse de lado, qué extremo concreto acredita (el) hecho y la responsabilidad penal…”; y al respecto finalizó “…No me cabe duda el impacto emocional que produjeron en el votante, lo que no lo habilita a considerarla prueba esencial y menos sin explicar por qué…”

De otra parte, criticó en particular la intervención del Dr. Torres, de quien precisó que incurrió en una serie de contradicciones, las que cree encontrar en los textos que transcribió.

Las contradicciones puntualizadas se habrían producido en torno a los siguientes cuestionamientos: ¿Era una anemia crónica o por fractura? En el estado en el que se encontraba el paciente ¿Era factible o no la cirugía? ¿Fue correcta la actuación en Pediatría? Contradicción en lo que respecta a la exigencia de la valoración de laboratorio continuo, por un lado, y la conveniencia de asirse a la clínica fundamental trascendental para determinar el estado de paciente, por otro. ¿Cuál fue la causa del shock?

También criticó que: 1) el Dr. Torres haya escuchado a los deponentes anteriores, lo que afirmó que no está permitido; 2) El desconocimiento por parte de Torres del protocolo de traumatología y del de anestesiología, para valorar el desempeño de un especialista y determinar si actuó correcta o incorrectamente; 3) Lo abstruso de la expresión “medio interno”, sin que se hayan hecho las debidas aclaraciones y precisiones en lo conceptual y en el sentido del que fue usado durante la exposición en la audiencia de debate; 4) Otras expresiones inconsistentes que hicieron dudar al casacionista de que Torres haya tenido a la vista la Historia Clínica en oportunidad de dictaminar.

Finalmente, opuso a la jurisprudencia citada por el tribunal en el fallo traído en casación, otro pronunciamiento del mismo tribunal citado, con igual composición, en el que con posterioridad al primer pronunciamiento habría emitido otro con sentido contrario al contenido en el fallo utilizado por la Cámara como elemento para fundamentar la responsabilidad penal.

Hizo reserva de caso federal.

2) Corrido el traslado a los particulares damnificados, comparecieron a contestarlo a fs. sub 30/36vta.: escrito en el que hicieron un contrapunto de los agravios argüidos por la condenada.

a) Acerca de la inexistencia de plataforma fáctica.

Dijeron que la defensa ha descontextualizado los puntos de la sentencia, pues ha tomado en cuenta un corto fragmento de los fundamentos de la primera cuestión, forzando su letra, para concluir que el tribunal solamente hace referencia a que se encuentra el deceso de la víctima y no la causa del mismo, es decir el homicidio culposo.

Agregaron que la probanza del hecho se encuentra acabadamente detallada, circunstanciada y comprobada en la tercera cuestión donde se demarca la existencia del accionar criminoso por parte de la Dra. Zalazar.

Afirmaron que la sentencia atacada tiene válidamente por probado el hecho de la autoría por parte de la Dra. Zalazar en el deceso del menor víctima, que concatena criteriosamente la Cuestión Primera con la Cuestión Tercera, esto es, el Hecho de la Muerte-Resultado, con el Hecho de la Causa-Producto.

b) Consideración sobre que el resultado era producto de una actuación individual desconociendo la actuación de los otros llevados a juicio.

En primer término, puntualizaron que la causa fue elevada a juicio con dos procesados y no con el resto de los facultativos que enuncia la defensa.

En relación a la intervención del resto de médicos intervinientes, dijeron que cada uno de ellos tiene su ámbito de ejercicio que delimita su responsabilidad, y que en este sentido el tribunal, teniendo en cuenta todas las pruebas que fueron reunidas en el debate, adquirió certeza de que el deceso fue consecuencia de la actividad ejercida por la Dra. Zalazar dentro de su ámbito de actuación, y dentro de su ámbito de responsabilidad como jefa de cirugía, y no por la actividad desplegada por el Dr. Quinteros, quien terminó absuelto, como tampoco del Dr. Demo, quien fue sobreseído en primera instancia.

Apuntaron, que el defensor reconoció con la expresión de este agravio que la responsabilidad de la condenada deriva de su actuación, sin perjuicio de la que pudiera haber recaído en otro galeno (anestesista), razón por la cual se está confirmando que el hecho de la muerte fue producto de la actividad criminosa de su defendida, lo que, además, contraría la materia del primer agravio, respecto de si el Hecho está probado.

c) Sobre la construcción ilegítima de un deber de cuidado.

Dijeron que la construcción del deber de cuidado relativo a la necesidad de la realización de los estudios de riesgo y coagulación actualizados 24 o 48 horas antes de la intervención, en franco señalamiento a los prequirúrgicos, no es más que la conclusión lógica conformada por el cúmulo probatorio existente en la causa, el que se logró determinar que fue violado por la Dra. Zalazar, y que fue esa violación la que aumentó el riesgo que pasó a ser causa determinante del resultado, que es la consecuencia imputable y reprochable a la galena.

Sobre el deber de cuidado, aseguró que el tribunal lo configuró teniendo en cuenta normas técnicas de cierto grado de regularidad que surgen de colectivos científicos, técnicos o máximas de experiencia, que señalaron que en el caso en particular dicho deber de cuidado específico fue violado por la Dra. Zalazar.

Al abordar el tratamiento que sobre las declaraciones de los Dres. Giboín, Demo y Torres hizo la defensa, dijo que no reprodujo ni atacó los fragmentos de las declaraciones de tales galenos que hacen referencia al caso específico en cuestión.

En relación al agravio de la defensa sobre la inconstitucionalidad que implicaría la desnaturalización de la testimonial en pericial, teniendo en cuenta que algunos galenos fueron interrogados sobre cuestiones que no cayeron dentro de sus sentidos, sino que conforman conocimientos especiales de su profesión, dijo que es el mismo agraviado quien se ha servido de las mismas herramientas que critica cuando son invocadas por la otra parte y el tribunal, con la finalidad de llegar a la verdad real del hecho acaecido.

Finalizaron este punto, afirmando que en la causa, del cúmulo de medidas probatorias, se debieron realizar los exámenes pre-quirúrgicos con una antelación de 24 a 48 horas antes de la cirugía, los que estaban a cargo de la Dra. Zalazar, y que fue ese el deber de cuidado violado que finalmente provocó el resultado reprochable.

Adunaron, que si la Dra. Zalazar hubiera realizado los exámenes pre-quirúrgicos con la antelación que el caso requería, ella misma se hubiera abstenido de realizar la operación quirúrgica, toda vez que el estado de salud de menor no era apto para soportar el tipo de cirugía al que iba a ser sometido. Y de ese modo se hubiera evitado el resultado muerte.

d) Sobre la indeterminación de la relación de evitación.

Expresaron que en este apartado quien se agravió no hizo más que exponer su excesivo rigor formal, puesto que el tribunal claramente ha expuesto el deber de cuidado violado. Que ha quedado de manifiesto la omisión que provocó el resultado muerte, y aquella consiste en la falta de pre-quirúrgicos con la antelación adecuada, es decir 24 a 48 horas antes de la intervención.

Añadieron que el deber en el caso concreto indicaba realizar los estudios previos; que la muerte del menor podría haberse evitado y que se hubieran evitado con la realización de los estudio médicos referenciados, puesto que practicados hubieran revelado el estado delicado de salud del paciente, y jamás se hubiese operado en esas condiciones, y por lo tanto Franco estaría con vida. Especificó que la sentencia atacada ciertamente lo manifestó en los últimos párrafos de la tercera cuestión. Reprodujo textos de la sentencia.

e) Sobre la acusada desnaturalización del tipo culposo del art. 84.

Dijeron que no encontraron motivo alguno que merezca contestación ya que el planteo se ha concentrado en señalar lo que, en teoría, mal habría fundamentado el tribunal, pero no ha indicado lo que debiera haberse hecho para ajustarse a derecho, resultando tal acusación desierta, por no contener crítica precisa y detallada y a su vez fundamentar su posición, no siendo suficiente la mera reproducción de doctrina o jurisprudencia.

f) Sobre la extralimitación de las facultades del Tribunal.

La extralimitación aludida por el casacionista no forma parte de la columna vertebral de la condena, ni del nexo causal. Por ello, mediando o no consentimiento informado el resultado se hubiese igualmente producido, por lo que este agravio no tiene entidad para desvirtuar la sentencia.

g) Sobre la prueba considerada.

Acusaron de generales lo planteamientos del agravio, y dijeron que las pruebas a la luz de las consideraciones particulares fueron perfectamente evacuadas por los peritos, por una parte, como por la totalidad de los galenos que desfilaron durante el debate oral al confirmar los deberes de cuidado que debía atender la Dra. Zalazar.

Hizo reserva de caso federal.

3) Que a fs. sub 42/46vta. el Procurador General, emitió dictamen en el que manifestó que el recurso debe ser rechazado en todas sus partes, pues, a pesar de adolecer la sentencia de cierta orfandad en lo que respecta a las expresiones de la acusación y defensa, no alcanza para conmoverla en su validez.

En relación a la condena que pesa sobre la recurrente, dijo que la Dra. Zalazar fue llevada al debate oral en su condición de médico Jefe de Cirugía y como tal participó en la operación a la que fue sometido el menor Escobar.

En esa calidad debió extremar todos los cuidados antes, durante y después de la operación. Que la anemia del menor se pondría de manifiesto con la práctica del laboratorio de escasa complejidad, con lo cual queda de resalto la negligencia de la Dra. Zalazar y del anestesista.

Dijo que la hoy recurrente, en el caso concreto debía articular la intervención de todos los profesionales, el cumplimiento de todos los protocolos, la correcta evaluación del estado del paciente Escobar, el riesgo quirúrgico, en fin, extremar todos los deberes de cuidado a fin de llegar a buen puerto. No resulta excusa que el menor Escobar fuera atendido e intervenido por un equipo médico, ya que tal argumentación sería consagrar la irresponsabilidad penal de los médicos, la construcción de un *bill* de indemnidad inaceptable.

Es por ello, que todo equipo médico cuenta con un profesional que coordina y articula la labor del resto de los profesionales. En el caso concreto era la Dra. Zalazar quien, según los dichos del Dr. Quinteros, era la médica encargada de este paciente y la que decide si se hace una cirugía o no según los valores de laboratorio.

Por todo ello, y por el resto de argumentos que vertió en su dictamen, a los que remito en razón de brevedad, el Procurador entendió que *“…se está en presencia de una mala práctica por parte de la Dra. Zalazar, ya que no prestó la debida diligencia en la ocasión y que esa falta de diligencia terminó con la vida del menor. Es claro que de haber actuado con la debida diligencia, la anemia del mismo habría sido advertida y con ello el resultado muy probablemente hubiese sido otro…”*

Y en igual sentido concluyó: *“…en definitiva, la Dra. Zalazar –como Jefa de Cirugía-, advertida sobre la mentada disminución de los valores citados, mal podría afrontar la realización de la cirugía, máxime que la misma había sido aplazada por 21 días. Es decir que contó con un lapso prolongado de tiempo para reflexionar sobre el cuadro clínico de su paciente y así solicitar y ordenar todos los estudios necesarios al menor y reducir los riesgos de toda intervención. Está claro entonces que su conducta en la especie es por demás negligente…”*

4) A foja sub 50 (18/02/16) se corrió traslado al Fiscal de Cámara, quien lo contestó a foja sub 52 y vta., escrito en el que ratificó las cuestiones que expuso en los alegatos en el debate oral en fecha 20/11/2014, y compartió en un todo lo expresado en el dictamen de Procurador General de fs. sub 42/sub 46vta., por lo que solicitó el rechazo del recurso de casación.

5) Para abordar la cuestión fondal planteada, creo conveniente, previamente, hacer algunas precisiones conceptuales relativas al medio de impugnación articulado.

El recurso de casación ha sido definido como el medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos en la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia y una nueva decisión, con o sin reenvío a un nuevo juicio. (*Tratado de los Recursos*, Tomo III, Recurso de Casación Penal, por Jimena Jatip, págs. 39/82. Ed. Rubinzal Culzoni).

Calamandrei, en su obra *Estudio sobre el Proceso Civil*, Ed. Bibliográfica Argentina, B.A. 1961, afirma que: *"el recurso de casación es una acción de impugnación que se propone ante el órgano jurisdiccional supremo para obtener la anulación de una sentencia de un juez inferior que contenga un error de derecho en la decisión de mérito"*.

Las antedichas precisiones conceptuales, ahora deben complementarse con las pautas jurisprudenciales emanadas de los fallos de la CSJN, que redefinen el alcance del recurso a partir concretamente del fallo “Casal, Matías Eugenio”, del 29/9/2005, según el cual, después de la reforma constitucional de 1994 (Cfr. art. 75 inc. 22) y teniendo en cuenta la jurisprudencia internacional (en particular “HERRERA ULLOA”, 1994, de La Corte Interamericana de Derechos Humanos), todo condenado tiene derecho a recurrir la sentencia para que un tribunal superior revise íntegramente los fundamentos del fallo, incluidos los que hacen a la prueba del hecho con el único límite de los que están íntimamente ligados a la inmediación real.

La Corte remarcó que la norma procesal que regula el recurso en cuestión (art. 456 en la Nación, correlativo de los arts. 428/429 de la ley adjetiva penal provincial), había sido interpretada restrictivamente –lo que traía aparejada inconstitucionalidad-, pero, no la declaró tal en sí misma, sino que estableció cual era el criterio correcto con el que debe ser interpretada.

5.1) De la lectura de la sentencia traída a casación, a la luz de los agravios expuestos por la recurrente, en contraste con la respuesta de los particulares damnificados, y con la intervención del Fiscal de Cámara y del Procurador General, más el examen de la prueba revisable, debo decir que advierto que, si bien la pieza que conformó el fallo dista de contener la perfección técnica deseable, se sostiene en su juridicidad, y por lo tanto en su validez, lo que desde ya –adelanto- implica el rechazo del remedio procesal intentado.

En la referida pieza, se declaró culpable a la Dra. María del Carmen Zalazar de homicidio culposo en los términos del art. 84 del Código Penal, por la muerte del menor Franco Emiliano Escobar.

En la sentencia puede apreciarse que se encontró culpable a la Dra. Zalazar, por violar el deber de cuidado que pesaba sobre la profesional respecto de la salud y vida del menor, por la actuación deficitaria de la galeno, que sin haber ordenado la actualización de los estudios pre-quirúrgicos, 24 o 48 horas antes de la intervención, se aventuró a realizar la cirugía, después de 21 días de internación, sin la certidumbre del estado del paciente que otorgan los análisis pre-operatorios.

Tales estudios hubiesen advertido de la anemia padecida por el menor, circunstancia que hubiese desaconsejado la intervención que implicaba o podía implicar (siendo previsores) un importante sangrado durante la cirugía. En los hechos, el estado deficitario del paciente, más el abundante sangrado, produjeron la coagulación intravascular diseminada que devino en shock hipovolémico que desencadenó el fallecimiento.

Como en la presente instancia extraordinaria, lo que se ha puesto en cuestión es la juridicidad de la sentencia, comenzaré describiendo la misma.

Así, se puede observar que en el segundo párrafo de foja 1045 (de la sentencia del día 2/12/14 – IURIX PEX Nº 36623/7) el Dr. Miranda Folch, -al votar en primer término, pronunciamiento que suscitó la adhesión de los otros integrantes del tribunal- puso de resalto la importancia de la Historia Clínica y destacó la convicción probatoria que le produjo tal documental junto a la concordancia que encuentra en lo asentado en la HC y las testimoniales de Quinteros y Torres.

Si bien a continuación de ello, afirmó la ruptura del nexo causal respecto de la atribuida responsabilidad al Dr. Quinteros, tales consideraciones acerca de la HC en relación de concordancia con las testimoniales referidas son aplicables a todo el fallo. De modo que la valoración de la HC y testimoniales también deber ser reputadas hechas respecto de la responsabilidad de la Dra. Zalazar.

En relación al accionar del Juez dijo que “…éste sólo interviene para considerar: *…si la falta cometida deriva de la inobservancia de las reglas de prudencia y atención o es producto de un grueso error científico. Es decir que la sanción sólo podrá aplicarse cuando media una notoria negligencia o imperdonable imprudencia o exista un abandono de los más elementales deberes profesionales. (Fallo de la Cámara Civil, sala I, La Plata, del 21/01/69, E. D. 31, pág 744.”*

Al abordar la respuesta de la Tercera Cuestión, relacionó la prueba que consideró, a saber: acta de defunción de foja 7, vistas fotográficas de fs. 59/66, y autopsia de fs. 89/91, especialmente las consideraciones médico-legales de los Dres. Giboín y Torres.

En párrafo aparte se refirió a “(l)a pericia de fs. 364/368, del 3° cuerpo de los obrados principales, documental reconocida y firmas ratificadas por los Profesionales que actuaron y declararon en la audiencia oral dando amplias explicaciones sobre su contenido”

Al respecto, explicitó la fuerza convictiva que le atribuyó al decir que “…(t)al prueba, producida por personas ajenas a las partes, con conocimientos especiales en medicina y que han sido previamente designadas en el proceso de instrucción judicial de la presente causa, por decreto de integración de fs. 348, han percibido, verificado hechos y los han puesto en conocimiento del Sr. Juez de Grado, dando sus opiniones fundadas sobre la interpretación y apreciación de las causas que produjeron el deceso del preadolescente Franco E. Escobar…” y agregó que dichos “…(p)rofesionales (…) con sus explicaciones formaron convicciones para éste primer votante…”

Los camaristas destacaron que el Dr. Giboín, específicamente sobre el punto 19 de informe pericial, dijo “…Creemos que el acto médico y en especial el acto quirúrgico, presentan riesgos de distintos grados para el paciente, los mismos pueden ser minimizados con los controles previos a la intervención, (aunque) las complicaciones, a pesar de los controles realizados, pueden suceder lo mismo…”

El votante en primer término también expresó la convicción del resultado del careo entre Demo y Emparanza, dijo “…debo resaltar la seguridad que mostrara el Dr. Néstor Osvaldo Demo, al sostener sus dichos testimoniales, con motivo del careo mantenido con el Dr. Néstor Fabián Emparanza, como anestesista del preadolescente Franco Escobar (…) Por lo que tomo como cierto lo expresado por el Dr. Demo en su declaración testimonial y durante la realización de semejante acto de prueba…”

También valoró las argumentaciones de la defensa técnica de la Dra. María del Carmen Zalazar, a las que calificó de “…querer llevar el lenguaje convencional usado en la producción de cada prueba durante el debate oral (…) al término límite…” lo que hace que devenga en un lenguaje teórico “…que por falta de correspondencia con lo vivido, visto y oído en el juicio oral, se convierte en un reto a la significación objetiva, material, de la culpa en la actuación de la Dra. María del Carmen Zalazar, (como traumatóloga) de evitar el resultado de la muerte por su actuación deficitaria, que sugiere un menosprecio por aquellos bienes que el ordenamiento jurídico ampara, como la vida y la salud…”, y evaluó la responsabilidad considerando las circunstancias de las personas, tiempo, lugar y naturaleza de la obligación médica en el caso concreto, e invocó para ello el anterior art. 512 del Código Civil, para enfatizar que la conducta analizada “…ha de ser violatoria de un deber de cuidado…”. Citó jurisprudencia.

Finalizó exponiendo que “…(d)e toda la prueba producida durante el desarrollo del debate oral, su cotejo y correspondencia, centralmente entre las referidas en esta cuestión, con las citadas en la primera cuestión y documental referidas y obrantes en la causa, existiendo indicios suficientes, que por su número, precisión, concordancia y coherencia objetiva-material, resulta (…) absolutamente probado que el día trece de julio de dos mil siete, a la hora 5:30 aproximadamente, se produjo la muerte del niño Franco Emiliano Escobar con la convicción que la Dra. María del Carmen Zalazar, fue culpable del delito de HOMICIDIO CULPOSO, art. 84, en calidad de autora, y en los términos del art. 45, ambos del Código Penal…”

Ahora bien, de las actuaciones habidas en la causa, el cuestionamiento que hay que esclarecer, es si existen elementos suficientes para sostener el fallo emitido por el Tribunal, en el cual se encontró culpable a la Dra. María del Carmen Zalazar del homicidio culposo del menor Franco Escobar, por haber aquella intervenido quirúrgicamente a éste, sin requerir previamente – es decir al menos 48 horas antes los exámenes pre-quirúrgicos – lo que habría constituido según la Cámara la omisión de un deber de cuidado exigible, cuya desatención se realizó en el resultado muerte, con el efecto causal propio de los delitos “causados” por omisiones.

De la evaluación probatoria la respuesta afirmativa se impone, tal como puede corroborarse de las deposiciones de los expertos. Así el perito, Dr. Giboín, después de decir, en la última parte de la pericia a foja 368 del PEX Nº 36623/7 que “…Las complicaciones quirúrgicas y no quirúrgicas en los pacientes operados, cuando no son previsibles y evitables, en la mayor parte de los casos son pasibles de tratamiento con buena respuesta del paciente…” dijo que (en el presente caso) “…**Era previsible y evitable**…”

En relación a ello, el Dr. Salomón preguntó si la evitabilidad y previsibilidad aludidas en la pericia, es un concepto jurídico o es concepto médico. Giboín respondió: “En todos los actos quirúrgicos se debe prever cualquier complicación y para ello se deben de tomar las medidas adecuadas. En el caso de una cirugía traumatológica, que siempre es sangrante, debe preverse la posibilidad de una pérdida de sangre, para ello de ir el paciente, ingresar con sangre pasando al organismo y tener por supuest(a) complicación sangre en el quirófano para seguir administrándosela, si es necesaria. ¿Entonces la evitabilidad y la previsibilidad se refiere al acto de la cirugía? En este acto específicamente, sí…”

Por su parte el otro perito, Dr. Torres al ser preguntado por la fecha de los exámenes pre-quirúrgicos en relación con la cirugía que debía realizarse, dijo **“…se tenía que haber repetido el examen más cerca de la cirugía, sabiendo que las fracturas de fémur son sangrantes…”**

Al examinar la Historia Clínica, el Dr. Torres da cuenta que el día 22 de junio de 2007, detecta anemia en el paciente “…Acá también dice, glóbulos blancos 8100, glóbulos rojos 3millos (sic), acá hay una pérdida…”; y después de explicar la clasificación de las anemias dijo “…si tenemos un paciente fracturado en la diáfisis femoral, tenemos que estar pensando que es una anemia por pérdida, es(t)a perdiendo, no digo que pierda abundante, pero hay una pérdida que se llama microscópica, que con el tiempo llega al paciente a tener estas características de laboratorio”.

Y continuó “…Estas anemias de glóbulos de 3 millones, nos tiene que llamar la atención, porque algo está pasando (…) La hemoglobina está cayendo a 8,8 (…) estamos perdiendo glóbulos rojos y el contenido del glóbulos rojos que es la hemoglobina, por la fractura del paciente. El hematocrito está en 25,6 de 30 y pico que teníamos, (¿) qué pasa con el hematocrito (?)…”

Al respecto aclaró “…El hematocrito en las anemias no desciende abruptamente en esta forma, a lo mejor se va perdiendo paulatinamente o, a veces, ni siquiera nos damos cuenta de la pérdida del hematocrito; sí nos vamos a dar cuenta que se pierde la hemoglobina, glóbulos rojos, porque no hay posibilidades de que el organismo los forme y estaría con una plaquetopenia de 329 mil, esto es en fecha 23-06…”

En relación a lo asentado en la HC el 24/06/2007, destaca que el “…hematocrito (está en) 25, acá estamos de nuevo muy bajos, hemoglobina 8,7, pero paciente estable…” A la pregunta “¿Para compensar al paciente (en su) hematocrito, (y en su) hemoglobina? Responde “Primero tenemos que estudiar qué tipo de anemia tiene; es simple, se hacen unos estudios, -es determinante el tipo de anemia- si es ferropénica, se le da hierro, inyectable o vía oral, y si no es ferropénica, se le debe reponer sangre; ahora si es una anemia tipo medular, anemia hereditaria, o un trastorno de la formación del gen, entonces vamos a hablar con un hematólogo y que nos oriente. (Sin embargo) Con el antecedente de una fractura de fémur sangrante, tenemos que pensar que es una anemia por pérdida, **con este antecedente los riesgos de la cirugía son mayores**…”

A la pregunta “¿Para la incisión estaba medianamente en condiciones el paciente, para la operación de 40 cms., estaba en condiciones, con respecto a la anemia?” Responde “**No estaba en condiciones**…”

Más adelante dijo “…El 27-06 **hay un hematocrito con 24.1, bajo**, hay bibliografía que hablan que el hematocrito por debajo de 20 es incompatible con la vida, **hay que tener mucho cuidado**. Microcitosis 78,7 con rangos normales de 80 a 99, está en límites altos. Ac(á) tiene una microcitosis positiva pero no ponen rango, ponen la cruz. El 22-06 estaba con glóbulos rojos de 3 millones 87, con una hemoglobina de 8,5, uremia de 44, un poco elevada, **hay factores que están indicando que hay alteraciones, el organismo está ocupado en otras cosas**, está manejando los mecanismos de acción de la fractura, hay una alteración, esto es lo que tendría que haber conocido para colocar la anestesia el anestesista. Lo que corresponde es hacer una visita pre anestésica. ¿El examen pre quirúrgico lo ordena el anestesista? **No, lo ordena el cirujano**…”

Con los antecedentes asentados en la HC, el Dr. Torres dijo “…Yo cirujano hubiera leído todo esto que decía y me hubiera llamado la atención y sobre todo los análisis pre quirúrgico(s). **El pre quirúrgico se debería haber realizado 24 horas antes de la cirugía**, yo tengo que saber con qué paciente me voy a encontrar, por más que sea un paciente estable, pero no era un paciente estable (como se anotó en la HC), fíjese como venían cayendo los valores del 27 para abajo, y si hubiera caído más el día 12, no hay nada del día 12…” (El prequirúrgico) se tendría que haber realizado 5 días antes, en todo caso…”

Después de que Torres enfatizara a través de la reiteración del concepto que el pre-quirúrgico debió realizarse al menos 48 horas antes de la cirugía, el Dr. Salomón leyó en la audiencia oral tres renglones de la pericia de fojas 364/368. En concreto, los 3 primeros renglones de la respuesta al punto 4 que dice: “*El paciente ingresa a Quirófano, con un cuadro hemodinámico estable, con un cuadro hematológico anormal. Sin embargo era adecuado para la técnica quirúrgica…”*

Ello parece aventar la responsabilidad de no haber pedido los pre-quirúrgicos, pero no es así. En primer lugar porque si leemos completo el punto advertiremos que lo ya transcripto se completa con la frase “*…propuesta inicialmente”.* Y continúan los peritos diciendo que *…Debido a la dificultad de alinear la fractura y realizar dicha técnica se debe* (debió) *cambiar la conducta quirúrgica para obtener una correcta alineación, con el fin de enhebrar el clavo, mediante la apertura de foco fracturario, con el consiguiente aumento del sangrado…”*

Ello revela que los peritos refieren que el cuadro anormal era, sin embargo, hemodinámicamente estable y adecuado para la técnica quirúrgica propuesta inicialmente, lo que deja a la vista que tal estado no era adecuado para la contingencia que finalmente se produjo, y que pudiendo preverse, en razón del tiempo en que se había producido la fractura, no se previó.

El Dr. Torres, a la pregunta ¿Cuándo se fija la fecha para la cirugía? Responde “El 06-07, dice para la semana que viene…” Vuelto a preguntar ¿Me puede explicar cuál es la diferencia entre cirugía programada y (de) urgencia? “En el caso específico del que estamos hablando, una cirugía programada es en este caso, de Franco que tenía una fractura diaficiaria, sin complicaciones mayores…”

Más adelante, preguntado qué distingue al concepto de cirugía programada de cirugía de urgencia dijo: “Una cirugía de urgencia es que no se conoce el estado clínico del paciente (…) acabadamente…”

Cuando fue preguntado ¿Conforme a los valores que ha leído en los análisis, estaban dadas las condiciones para iniciar la operación? Después de describir lo que el cirujano tendría que haber hecho y ejemplificar en diálogo coloquial la conversación que pudo haber tenido cualquier equipo quirúrgico en una situación pre-operatoria dijo: “…Yo concretamente no lo hubiera operado. Según historia clínica N° 73, de Franco Escobar, (desde) el 29-06 al 11-07 no se le realizó ningún análisis de sangre u otro que pudiera determinar la alteración de su cuadro hematológico (¿) a su criterio, por qué no se realizó? Nosotros contestamos que ignoramos la causa (de) porqué no se realizó, **siendo esta incorrecta**…”

Frente a la pregunta ¿Para afirmar que el pre-quirúrgico debe realizarse 24 (o) 48 horas antes, de dónde surge(?) (¿) es una afirmación personal o es un dato científico? Respondió “…personal no es, es lo que se hace generalmente en todas las cirugías…” Y ante la pregunta ¿Conoce el vencimiento, cuánto tiempo útil tiene un laboratorio? Contestó “Sí conozco el vencimiento, el sentido común me llama a pensar lo siguiente, **si yo de un día a otro tengo un laboratorio diferente y que hay valores que se me están disminuyendo, yo tengo que pedirlo todo(s) los días, y mucho más si voy a hacer una cirugía, tengo que pedirlo el mismo día, mire lo que le digo, el mismo día**. ¿Si las condiciones son estables, porque motivo tiene que pedir diariamente? No eran estables doctor. Ahora el paciente puede demostrarme que está bien, que está lúcido, pero el medio interno (…) me está diciendo que no está estable (…) Lo que tenía el paciente era que el medio interno estaba descompensado, porque no tenía hemoglobina, no tenía la cantidad suficiente de glóbulos rojos…”

El renegrido me pertenece.

De lo transcripto, surge claro que la médico tenía una posición de garante respecto del paciente y que la acción omitida, junto a una ponderación prudente del estado del organismo del menor, habría evitado el resultado, pues se habría disuadido de afrontar la intervención sin antes mejorar las condiciones orgánicas.

Los cuestionamientos de la parte recurrente vinculados con la relación de causalidad entre la conducta de la Dra. Zalazar y la muerte del menor, deben aventarse si se tiene en cuenta la particular estructura de los delitos omisivos.

Esta particularidad, plantea la dificultad de cómo unir dos extremos que están en mundos diversos: el del deber ser (causa; es decir la conducta que se debió seguir y que no se hizo) y el resultado (muerte). La censura del derecho penal recae sobre la conducta no desarrollada, en cuanto esta habría conducido a la evitación del resultado, tal como se lo especificó en párrafos anteriores.

Esto lleva a que la relación causal que interesa en el ámbito de los delitos de omisión no sea la que conecta la conducta esperada y no desarrollada con el resultado realmente ocurrido, sino el comportamiento debido pero no desplegado, con la hipotética no producción del resultado.

Mientras en las acciones se suele utilizar un criterio ontológico en el que se otorga toda la importancia a una acción natural y se la considera como una condición susceptible de conectarse causalmente a un resultado entendido también como modificación del mundo exterior, en el delito omisivo el acento recae en lo valorativo; ya que no es la acción efectivamente realizada la que interesa sino aquella que el autor dejó de realizar estando obligado a hacerlo y tampoco es el resultado ontológico de la conducta desarrollada lo que importa, sino la consecuencia que se habría podido derivar del comportamiento que el sujeto no desplegó pese a estar obligado a ello.

*“…En el tipo omisivo no se requiere un nexo de causación entre la conducta prohibida (distinta de la debida) y el resultado, sino uno de evitación, es decir, la muy alta probabilidad de que la acción mandada hubiese interrumpido el proceso causal que desembocó en el resultado. En consecuencia, la conducta omisiva llevada a cabo por la profesional en presunta violación a sus obligaciones como médica –al no disponer la realización de estudios que hubieran detectado la enfermedad en la niña-, aumentó el riesgo en la salud del paciente, pues no brindó la pertinente atención en tiempo oportuno y de tal manera es posible afirmar, con probabilidad, que ese riesgo indebido fue determinante para que la dolencia avance y culmine con la vida de la pequeña…”* (Cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, 19/06/2014, RC J 6284/14).

En el caso, el reproche sobre la conducta omisiva de no requerir la actualización de los exámenes de laboratorio –lo que podemos conceptualizar como negligencia- se completa con la acción de iniciar la acción quirúrgica sin aquellos resultados –lo que podemos caracterizar como imprudencia-, ambas modalidades previstas en el art. 84 del Código Penal, y tenidas en cuenta en el fallo al establecer el deber de cuidado que pesaba sobre la Dra. Zalazar. (Ver foja 1054vta y 1055 del PEX Nº 36623/7).

De otra parte, se entiende que la descripción del hecho abordado en la primera cuestión se le de preponderancia a la prueba que acredita la muerte del menor, pues en este tipo de delito, la ley no castiga el acto imprudente en sí mismo, sino cuando se ha realizado en un daño, en el caso el fallecimiento del menor.

En consecuencia, debo concluir que el fallo no adolece de vicios de fundamentación y de incorrecta valoración de la prueba relevante, y que se han consignado suficiente las razones que llevan a determinar las conclusiones expresadas, por lo que el Recurso articulado deviene improcedente, y debe ser rechazado.

Por todo ello VOTO a estas SEGUNDA y TERCERA CUESTIONES por la NEGATIVA.-

El Sr. Ministro, Dr. OMAR ESTEBAN URÍA comparte lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y vota en igual sentido a estas **SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN.-**

**A ESTAS SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN, la Dra. LILIA ANA NOVILLO, dijo:** 1) Que adhiero y comparto el relato de los hechos, el desarrollo de los agravios, contestación a los mismos, dictamen del Procurador General y en general a la cuestión fondal analizada por los ministros preopinantes, votando a estas cuestiones en igual sentido.

Sin embargo, considero que debo agregar fundamentos propios a los ya expresados en el voto traído a estudio.

a) En primer lugar, de la lectura de la sentencia traída a casación, se observa que, con referencia a la primera cuestión (si está probado el hecho que presuntamente damnificara a Franco Emiliano Escobar), luego de transcribir la denuncia formulada por los padres del menor por ante la Fiscalía Penal Nº 1, y de citar algunas otras piezas procesales, a fs. 1037vta. el vocal preopinante considera que:

*“El Tribunal, al dar por terminado el juicio oral y dictar el veredicto por unanimidad, ha tenido por probado, atendiendo a las claras y numerosas documentales incorporadas al debate y testimoniales producidas, que el día 13 de julio del año 2007, aproximadamente a la hora 5:30 de la mañana, se produjo la muerte del niño Franco Emiliano Escobar, de 13 años de edad, en el Complejo Sanitario San Luis, por shock hipovolémico, según las pruebas referidas y su contundencia, lo que nos pone frente a la certeza sobre la ocurrencia del hecho que damnificara a las víctimas indirectas y padres del referido niño, Sra. Gladis Ángela Calderón y Sr. Héctor Guillermo Escobar, deceso que también fuera tenido por cierto, por las defensas materiales de los imputados en la causa, por lo que sobre esta primera cuestión, VOTO POR LA AFIRMATIVA.”*

Que si bien, se observa que el fallo no realiza una descripción de los hechos que acaecieron desde la internación del menor Franco Emiliano Escobar el día 21 de junio de 2007 en la Guardia Pediátrica del Complejo Sanitario San Luis, por una fractura de fémur derecho, hasta el día 13 de julio del mismo año, en que falleció por shock hipovolémico; más allá de esta falencia en la que incurre el fallo, considero que, en el presente caso, se encuentra acreditado, por las probanzas rendidas en autos, que ha existido una mala praxis médica por parte de la Dra. María del Carmen Zalazar, como Jefa de Cirugía traumatológica, y que la conducta desplegada por la médica tuvo relación de causalidad, abarcando una conducta omisiva y la relación de evitación con el resultado típico muerte.

Ello ha sido merituado en la sentencia puesta en crisis, que bajo las reglas de la sana crítica, tuvo en consideración la importancia de la Historia Clínica, destacando la convicción probatoria que le produjo tal documental, junto a la concordancia que encuentra en lo asentado en la misma y las testimoniales de los Dres. Quinteros y Torres.

La sentencia también consideró la prueba pericial del Dr. Giboin quien, después de decir, en la última parte de la pericia a foja 368 que: *“…Las complicaciones quirúrgicas y no quirúrgicas en los pacientes operados, cuando no son previsibles y evitables, en la mayor parte de los casos son pasibles de tratamiento con buena respuesta del paciente…” dijo que (en el presente caso) “…Era previsible y evitable…”*

Si bien las cuestiones atinentes a la observancia o inobservancia de la *lex artis* en especial, son establecidas por peritos médicos, corresponde al juez establecer si en el caso se debe catalogar una conducta en especial como violatoria del deber de cuidado objetivo y si el resultado en concreto puede ser reconducido normativamente a esa conducta imprudente. Esa tarea se efectuará no solo mediante la valoración del dictamen pericial que se efectúe, sino también mediante la valoración de distintas normas que regulan la actividad. Por ello, deberán 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, caracterizadas como “obligaciones concretas de cuidado”, y originadas 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. (Cfr. Paula Inés Argnagni, *Responsabilidad penal de los médicos,* en Derecho medico/6, dirigido por Ghersi y Weingarten, Nova Tesis, 2007, Pags. 24, 26/29, 33, 38/40 y 51/52, citado en en Revista de Derecho Penal, 2011-1, *Imputación, causalidad y ciencia-III*, Director Edgardo Alberto Donna, Págs. 601 y s.s. Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni año 2011.)

En los delitos culposos, 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. La fuente que establece la vinculación especial entre el sujeto y el bien jurídico afectado es la ley 17.132, que regula el ejercicio de la medicina, la odontología y las actividades de colaboración. En el art. 19 de la mencionada ley, se señala que las obligaciones estarán vigentes *“sin perjuicio de los que establezcan las demás disposiciones legales vigentes”,* por lo que las mismas no solo estarán sometidas a lo que regulen los cuerpos normativos específicos, sino que en materia penal, por ejemplo, dada la técnica legislativa utilizada para definir los tipos penales culposos de homicidio y lesiones, también quedarán sujetos a los dictados de la *lex artis*, la pericia y la prudencia. El concepto de *lex artis* se conforma con el conjunto de disposiciones de orden médico, técnico y aquellas costumbres no escritas que funcionan como indicadores de la conducta médica.

Sentado lo anterior, en la sentencia puede apreciarse que se encontró culpable a la Dra. Zalazar, por violar el deber de cuidado que pesaba sobre la profesional respecto de la salud y vida del menor, por la actuación deficitaria de la médica, que sin haber ordenado la actualización de los estudios pre-quirúrgicos, 24 o 48 horas antes de la intervención, dispuso realizar la cirugía, después de 21 días de internación, sin la certidumbre del estado del paciente que otorgan los análisis pre-operatorios.

Con los resultados de los estudios pre-quirúrgicos, se hubiere advertido que el menor Franco Escobar continuaba con una anemia significativa, y que no era conveniente en ese estado realizar la cirugía, en virtud de la importante pérdida de sangre que se produciría. Todo ello generó la coagulación intravascular diseminada que devino en shock hipovolémico que desencadenó el fallecimiento.

La mencionada conducta constituye una violación al deber de cuidado de la imputada Zalazar. De tal forma, tengo por acreditado que existió una relación de determinación entre la conducta de la Dra. Zalazar y el resultado muerte.

b) Ahora bien **¿LA ÚNICA RESPONSABLE DEL HECHO ES LA DRA. MARÍA DEL CARMEN ZALAZAR?**

Debe destacarse que no fue posible realizar el juicio pertinente para cada uno de los imputados en el caso: los Dres. Néstor Fabián Emparanza (anestesista), Raúl Eduardo Bardales Zevallos y Aquiles Ibar Roca, atento que a su respecto se declaró prescripta la acción penal (punto 3 del resolutorio del fallo que aquí se impugna). De hecho, su actuación no pudo debatirse ni evaluarse en el debate oral atento que la acción penal fue declarada prescripta.

Sin perjuicio de ello, considero importante destacar lo que en la actualidad sostiene la doctrina, respecto a que la actividad médica requiere la intervención simultánea o sucesiva de varios profesionales, éstos actúan de forma conjunta y coordinada, dando cada uno de ellos cumplimiento a una función específica, en aras de arribar al fin primero que es la cura del paciente. Para representarlo, solo basta imaginar una intervención quirúrgica, donde son varios los médicos especialistas que intervienen (cirujano, anestesista, cardiólogo, etc.) como así también el personal auxiliar (enfermeros, instrumentistas quirúrgicos, etc.). No obstante, el trabajo de un equipo médico presenta dificultades, de forma que, cuando nos encontramos en presencia de delitos imprudentes, la cuestión se vuelve cada vez más compleja. Sobre todo en rigor a determinar la responsabilidad en la que incurren cada uno de los profesionales intervinientes del equipo médico, cuando de su intervención deriva el resultado típico.

Esther Hava García explica que: *“la división horizontal del trabajo se caracteriza precisamente, por que no existe una relación jerárquica de subordinación entre los diferentes miembros del equipo que, con un nivel de formación similar, realiza la actividad conjuntamente. A éste esquema responde, por ejemplo, el modelo de relaciones entre el cirujano y el anestesista, que con sus conocimientos especiales, cometidos específicos e independientes, se complementan y dividen el trabajo en la intervención quirúrgica, así como las relaciones que existen entre el médico y el farmacéutico, o entre facultativos de distintas especialidades (cirujano pediatra y neurocirujano); de este modo la división horizontal del trabajo médico permite que cada profesional se pueda ocupar de su ámbito especializado sin perder energías controlando si la otra persona se comporta correctamente”.* (García Esther Hava, *Responsabilidad por Mala Praxis Médica. La* *determinación del cuidado exigible al personal sanitario.* (Revista de Derecho Penal. Delitos Culposos tomo I. Editorial Rubinzal-Culzoni. Santa Fe 2002. Pág. 107, citado en *“La actuación plural médica: autoría y participación”,* por Rocío Guiñazu Alaniz, [http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina, acceso 278/12/16](http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina%2C%20%20acceso%20278/12/16)).

Consecuentemente adquirirá importancia, a la hora de determinar el grado de cuidado exigible a cada uno de los profesionales del equipo médico, el principio de confianza. Así, quien actúa con la confianza de que sus compañeros de equipo desempeñarán sus tareas conforme al deber de cuidado dentro de los márgenes del riesgo permitido, se encuentra alcanzado por el principio de confianza. Vale aclarar que, en principio, cada profesional del arte del curar responde por sus propios actos y no por las imprudencias (en sentido amplio) de sus colegas, ya que no solo resultaría injusto que toda la responsabilidad recaiga sobre una sola persona sino que iría en contra de toda lógica y practicidad humana.

Así que, cuando concurre la acción de varios sujetos que acaba con la producción de un resultado dañoso, nos encontramos frente a una autoría paralela, en este supuesto, todos los sujetos cooperan de manera imprudente en la configuración del delito culposo, por lo que recaerá en cada uno de ellos individualmente el castigo, es decir, si bien todos aportaron a la configuración del injusto, no todos hicieron aportes de igual magnitud, es esto lo que el interprete tendrá que dilucidar a la hora de merituar la pena que se corresponda con el aporte dado por cada uno para la configuración del ilícito. (García, Ester Hava, ob. cit en *“La actuación plural médica: autoría y participación”,* por Rocío Guiñazu Alaniz, [http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina, acceso 278/12/16](http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina%2C%20%20acceso%20278/12/16)).

En consecuencia, considero que no es posible apreciar el grado de responsabilidad de todos los profesionales que actuaron en el caso, y determinar en qué medida su actuación fue causal del resultado, porque no fueron llevados a juicio los Dres. Néstor Fabián Emparanza (anestesista), Raúl Eduardo Bardales Zevallos y Aquiles Ibar Roca, en razón de que la acción penal fue declarada prescripta.

c) Pero entonces, como magistrada y Ministro del Cimero Tribunal Provincial me pregunto: **¿QUIÉNES SON RESPONSABLES DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL?**

De las constancias de la causa penal, se observa que, ya sea desde la ausencia de interés en impulsar la acción en pos de dilucidar los sucesos investigados por parte de la Agente Fiscal, o bien por parte de la instrucción, que no ordenó el llamado a indagatoria del médico anestesista actuante, y los Dres. Bardales Zeballos y Roca, es por esa razón que la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Penal N° 2 hace comparecer al Dr. Emparanza al Debate a prestar “declaración informativa”, y posteriormente, teniendo en cuenta que se había producido la prescripción de la acción penal correspondiente a los hechos investigados, se declara la misma en la sentencia.

Este Cuerpo ha sostenido en numerosos pronunciamientos la preocupación de instar la continuidad del trámite y realización de los juicios, efectuando recomendaciones para la pronta realización del juicio en función del interés público y de todas las partes en el proceso, lo que fue desoído en este caso.

Por su parte, es obligación del Estado ejercer la acción pública en tiempo y forma para que los hechos que puedan ser susceptibles de condena por constituir delito, sean sancionados y no queden impunes. Esa es la principal obligación de los Fiscales de la causa, y al respecto la Ley Orgánica de Administración de Justicia Nº IV-0086-2004 (5651) dice en su art. 77 que los agentes fiscales deben:

***“Promover y ejercer la acción penal en la forma establecida por la Ley Procesal y en los casos en ella previstos; y en las causas de la competencia de los Jueces de Primera Instancia de Instrucción en lo Penal, Correccional y Contravencional y de los Jueces de Primera Instancia de Sentencia en lo Penal, Correccional y Contravencional.”***(inc. 2)

***“Velar, en las causas en que intervengan, por el cumplimiento de los términos procesales, denunciando obligatoriamente la pérdida automática de la competencia y vigilar la sustanciación de las causas procurando que ellas no se dilaten ni prescriban. La prescripción penal por su negligencia o cumplimiento irregular de sus funciones, se reputará falta grave en el desempeño del cargo.”*** (inc. 4)

En la causa de marras, surge evidente que se ha incurrido en demora en la instrucción y ausencia de actividad fiscal respectivamente, lo que afecta el servicio de administración de justicia, y en lo que respecta al Ministerio Público Fiscal, ha incumplido con los arts. 77 de la Ley Orgánica de Administración de Justicia, y los arts. 90, 107 inc. 3, 115 del Cód. Procesal Criminal. Con relación a los procesados Néstor Fabián Emparanza, Raúl Eduardo Bardales Zeballos y Aquiles Ibar Roca no se advierte impulso procesal alguno en la Investigación Penal Preparatoria, y dicha inactividad procesal lo fue en la investigación de un hecho de características gravísimas, como lo fue la muerte del menor Franco Escobar.

Las normas citadas evidencian claramente que existe en cabeza de los Agentes Fiscales el deber jurídico de ejercer la acción pública penal -en defensa de los intereses de la sociedad-, dirigiendo y practicando la Investigación Penal Preparatoria, mediante diligencias que conduzcan efectivamente a comprobar sí existe un hecho delictuoso, de lo cual surge que la inactividad procesal en la investigación que conduce a la prescripción de la acción, constituye claramente una infracción a las normas legales referenciadas.

Señala el Cimero Tribunal Federal que la dilación en dilucidar los hechos investigados en una causa penal, provoca un dispendio jurisdiccional y distorsiona los fines de la pena, que para su eficacia requiere la menor distancia temporal entre el hecho y la condena y, mientras más tiempo transcurre, las pruebas que apoyan a la prosecución también se debilitan, pues ***“en la investigación criminal el tiempo que pasa es la verdad que huye”*** (Locard, E. La Criminalistique, pág. 62, Lyon, 1987). Así, enfatiza el Tribunal que un proceso de duración irrazonable *“tiene efectos deletéreos no sólo respecto de los derechos del acusado sino también en el de la sociedad para protegerse eficazmente”* (407 U.S. 514 –1972) (Fallos: 322:360, “Kipperband”, votos de los doctores Fayt y Bossert).

**A LA CUARTA CUESTIÓN, el Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ, dijo:** Que en consecuencia, de conformidad a lo resuelto en la primera cuestión, corresponde el rechazo del Recurso de Casación interpuesto.

Los Señores Ministros, Dres. OMAR ESTEBAN URÍA y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y votan en igual sentido a esta **CUARTA CUESTIÓN.-**

**A LA QUINTA CUESTIÓN, el Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ, dijo:** Costas al recurrente vencido.

Los Señores Ministros, Dres. OMAR ESTEBAN URÍA y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y votan en igual sentido a esta **QUINTA CUESTIÓN.-**

Con lo que se da por finalizado el acto, disponiendo los Sres. Ministros la Sentencia que va a continuación:

**San Luis, nueve de febrero de dos mil diecisiete.-**

**Y VISTOS:** En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) Rechazar el recurso de casación interpuesto.-

II) Costas al recurrente vencido.-

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.-

*La presente Resolución se encuentra firmada digitalmente por los Dres. OMAR ESTEBAN URÍA, HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y LILIA ANA NOVILLO, en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis, no siendo necesaria la firma ológrafa, conforme Reglamento Expediente Electrónico.-*