

IPP10728/I

Orden Interno Número:21

Libro de Sentencias n°07

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los diez días del mes de **julio del año dos mil trece**, reunidos en su Sala de Acuerdos, los señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, doctores **Pablo Hernán Soumoulou y Gustavo Angel Barbieri, por excusación del señor Juez doctor Guillermo Alberto Giambelluca (artículo 47 inciso 1° del CPP)**; , para dictar sentencia en la **Causa IPP 10.728/I: "E. V. POR HOMICIDIO CULPOSO"**; y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5827), resultó que la votación debía tener lugar en el orden siguiente: doctores **Soumoulou y Barbieri**, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿Es justo el veredicto dictado a fs. 693/704?

2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I O N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ, DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: El veredicto dictado por el señor juez en lo Correccional, Dr. Gabriel Luis Rojas, absolvió de culpa y cargo al procesado E. V. respecto de la imputación cursada por el ministerio público fiscal en orden al delito de homicidio culposo (art. 84 del C.P.).

El citado decisorio, resultó impugnado por los representantes del ministerio público fiscal, Dres. Olga Herro y Eduardo Quirós como así también por el particular damnificado, P. I. C., con el patrocinio letrado del Dr. Hugo Sierra, mediante los recursos de apelación que lucen agregados a fs. 721/733 y 747/757, respectivamente. Los mismos fueron interpuestos en debido tiempo y forma, conteniendo la indicación de los motivos de agravio y sus fundamentos, siendo el pronunciamiento pasible de ser atacado

por el medio elegido; de manera que resulta admisible (arts. 422, 423, 439, 2º párrafo, 441 3º párrafo –según ley 13.812- y 442 del CPP.

Inician su escrito recursivo los representantes de la acusación pública señalando que, en autos no existió ni duda ni falta de fiabilidad, sino que existieron hechos concretos de eliminación y/o destrucción de pruebas por parte del imputado, sus colaboradores y la institución asistencial en la que se realizó la cirugía.

Expresan que las carencias hospitalarias reseñadas por el "a quo", obligaban en todo caso al imputado a extremar los cuidados y controles sobre su paciente.

Los agravios puestos de manifiesto por parte de la fiscalía se centran en los diferentes tramos de la conducta imputada a E. V., esto es, la elección de la intervención laparoscópica por sobre la cirugía tradicional; la perforación de la pared del colon sigmoide producida al practicarse el acto quirúrgico y la falta de exploración en dicha región, como paso previo a dar por finalizada la cirugía; y por último no haber realizado adecuadamente el examen físico o semiológico de la paciente intervenida en oportunidad de efectuar el contralor de la misma el día 30 de diciembre de 2.008, a las 17.00 hs., circunstancia en la que no se palpó el abdomen de la víctima ni se le practicó la correspondiente auscultación, suministrándole únicamente morfina, demorando de esa manera el diagnóstico y tratamiento que se requería en la emergencia.

En prieta síntesis y respecto a la cirugía elegida por el imputado para el tratamiento de la dolencia que venía sufriendo G. E., señala la fiscalía interviniente que ella no resultó acorde a los antecedentes de la paciente.

Expresa que si bien es cierto que la víctima prefería una intervención laparoscópica frente a una cirugía a "cielo abierto", el imputado nunca le explicó los riesgos de la misma, conforme lo testimoniado por el cónyuge de aquella.

Las pericias médicas obrantes a fs. 137/156 y 192/213 realizadas por los Dres. M. y V., respectivamente, indicaban la conveniencia de llevar adelante una cirugía tradicional, vistos los antecedentes médicos de la intervenida.

En ese sentido, se duele la fiscalía que dichas conclusiones periciales hayan

sido descartadas sin más fundamentos que las versiones de los involucrados en el acto quirúrgico.

En cuanto al segundo tramo de la imputación, insisten los recurrentes en que el magistrado de grado ha privilegiado la versión del procesado y de su hermano, quien colaborara con aquel en dicha oportunidad, por sobre el resto del plexo probatorio arrimado al juicio.

Manifiestan que el "a quo" ha desinterpretado lo afirmado por la Dra. Malabud (en su informe de fs.. 137/156), por cuanto que la misma expresara que todas las maniobras practicadas fueron adecuadas, no significa que hayan sido suficientes.

Que dada la hora en que comenzaron a evidenciarse los síntomas en G. E. (tarde-noche), según lo volcado por el perito oficial en su dictamen escrito, y los testimonios recogidos en el debate, es evidente que la perforación del colon se produjo durante el acto quirúrgico.

En ese sentido, señalan los señores fiscales que el propio Dr. C., galeno que realizara la cirugía exploratoria junto con el imputado el día 31 de diciembre del 2.008 a la víctima, manifestó haber hallado el orificio en el colón, razón por la cual se convirtió aquella cirugía en laparotómica.

Que casualmente, el tramo de colon sigmoide resecionado en esa oportunidad desapareció, ya que el Dr. M. en su informe de fs. 112 no halló la filtración señalada por el Dr. C..

Por último y en lo referente al control postoperatorio dispensado a la paciente, se agravia también aquí la fiscalía de que el Dr. Rojas nuevamente privilegia los dichos del imputado por sobre los demás testimonios brindados en la audiencia, en especial de lo relatado por P. C. y A. C., quienes negaron que en la tarde del día que se realizó la cirugía, el procesado haya revisado a G. E., afirmando tanto el cónyuge como su progenitora que V. "solo levantó las sábanas, miró y no la tocó".

Sostienen los Dres. Quirós y Herro que resulta sumamente grave que el "a quo" haya dejado de lado ambos testimonios para dar por cierta la versión del incuso,

puesto que lo que se cuestiona en este tramo de la imputación, es precisamente sí la palpó debidamente, ya que la omisión incurrida, ha sido determinante de la mala praxis que se le atribuye.

Que más allá de la circunstancia apuntada, los recurrentes manifiestan que dada la profusa sintomatología que evidenciaba aquella tarde la paciente (dolor abdominal, náuseas y vómitos), y sin considerar sus anteriores cirugías, se omitió la realización de los estudios complementarios que demandaba la emergencia, los que recién se efectuaron en la mañana del día siguiente, omitiéndose valorar en la ocasión la posibilidad de que existiera una perforación colónica, ya que la misma suele ser una consecuencia negativa y factible en las intervenciones laparoscópicas.

Por ello, concluyen los representantes del ministerio público fiscal que resulta absurdo exculpar al imputado, fundando tal proceder en la ineficiente actividad del personal de enfermería que se encontraba trabajando en el centro asistencial.

Por su lado, el particular damnificado se duele de la absolución dispuesta por el juez "a quo", exponiendo los agravios que contiene el fallo impugnado, en idéntica plataforma expositiva que la utilizada por el ministerio público fiscal al dividir la imputación en tres tramos fácticos y adhiriendo esencialmente en lo relativo a la cirugía utilizada por el procesado y al acto quirúrgico en sí mismo, a los argumentos volcados en el recurso de fs. 721/733, omitiendo transcribir en la presente, por elementales razones de economía y celeridad procesal, las críticas formuladas por el Dr. Sierra, ya que se fundamentan en idénticas observaciones a las que dan sustento al libelo recursivo de la fiscalía, con la salvedad de no cuestionar la producción de la lesión en el colon, pues está en su opinión, dentro del riesgo permitido, analizando sí en forma circunstanciada y pormenorizada el último tramo de la conducta omisiva que se le reprocha al encartado y cuyos agravios, sucintamente resultan ser los siguientes: Una deficitaria atención en el primer postoperatorio, al concurrir a las 17.00 hs. del día 30 de diciembre de 2.008 a "visitar" en la habitación del Hospital Privado del Sur a su paciente, sin efectuar ninguna revisión médica a la misma, pese a habersele comunicado en esa oportunidad al Dr. V.

los intensos dolores y vómitos que tenía G., manifestándole únicamente que al día siguiente le daría el "alta".

En ese aspecto, expresa que resulta desacertado privilegiar por sobre los dichos de los familiares que estaban presentes en la ocasión, la versión del encartado, la que solo encuentra respaldo en una historia clínica plagada de omisiones y falencias.

Señala que dos enfermeras declararon en el debate haber llamado telefónicamente al imputado para anoticiarlo del estado de la paciente, circunstancia negada por el galeno.

Coincide el particular damnificado con el "a quo" cuando afirma que hubo negligencia del personal de enfermería durante la atención brindada el día 30 de diciembre; pero de ninguna manera ello releva la responsabilidad del procesado, quien ocupaba frente a la víctima una posición de garante de la salud de aquélla. Tal vez si se hubiera tratado de una paciente común, sin los antecedentes médicos de G., el resultado fatal no se hubiera producido. Ese plus en la atención postoperatoria requerida no fue cumplido por V..

Sin perjuicio de descartar la posibilidad de que la lesión en el colon se haya producido como consecuencia de una diverticulitis, sostiene que sólo frente a la posibilidad de que la perforación se produzca en el postoperatorio quirúrgico, el cirujano debe extremar los controles y efectuar un celoso seguimiento de la paciente.

En cuanto a la existencia de duda a que hace referencia el magistrado de grado, expresa que la misma para ser procesalmente válida no debe reposar en el mero arbitrio del juzgador ni tampoco ser resultante de una errónea valoración de la prueba.

En definitiva, citas jurisprudenciales y doctrinarias mediante, sostiene el particular damnificado que V. no previó la posible contingencia de la lesión intestinal cuando tenía un inexcusable deber de preverla y adoptar en consecuencia las medidas preventivas oportunas. Claramente el comportamiento desidioso del encartado introdujo un riesgo significativo de muerte en virtud del cuadro séptico padecido por G., riesgo que concurrió directamente a causar el resultado.

Por todo ello, solicita la revocación del fallo impugnado.

Expuestos en ajustada síntesis los agravios de las partes recurrentes, me abocaré a su análisis en el orden que vienen desarrollados en los respectivos líbelos recursivos.

Así las cosas, tengo para mí que las dos primeras impugnaciones formuladas y referidas a la vía quirúrgica elegida por el imputado para el tratamiento de la afección que padecía la víctima como así también al desarrollo del acto médico en sí mismo, no son de recibo en esta sede.

Y en ese sentido, no es cierto como lo señalan los representantes del ministerio público fiscal que, la Dra. C. M. en su pericia agregada a fs. 137/156, afirmara que frente a los antecedentes médicos de G. E., la realización de la cirugía laparoscópica resultara desaconsejable.

Textualmente, a fs. 151, se sostuvo por parte de la perito oficial que: "El antecedente de dos cirugías previas a cielo abierto, por quiste anexial, en una paciente con diagnóstico presuntivo de blastoma anexial, implica como opciones terapéuticas quirúrgicas, la laparotomía a cielo abierto o la laparoscopia; dada la posibilidad de existencia de adherencias, estas pueden dificultar la laparoscopia o que incluso determinen la necesidad de conversión de la misma a una cirugía laparotómica." (respuesta nº 2), agregando a fs. 153 vta. que, "La conveniencia de una forma de abordaje respecto de otra, en base a resultados de los estudios complementarios de diagnóstico del caso de autos, depende no sólo del profesional actuante, sino también de la decisión de la paciente, la que previamente informada de los detalles de cada una de las vías de abordaje y de las posibles complicaciones de las mismas, es quien decide aceptar o no el tratamiento quirúrgico y en caso de aceptarlo, en forma conjunta con el médico tratante definir la vía de acceso." (respuesta nº 5).

En cuanto a la afirmación del perito V. respecto a que la laparoscopia indicada por el Dr. V. resultó una "imprudencia", la misma se erige como la formulación de una mera opinión personal, al encontrarse totalmente huérfana de respaldo científico,

pues no se ha indicado una sola cita de la profusa literatura médica que avale su conclusión.

Durante el juicio, tanto el imputado como el Dr. C. (cirujano especialista en laparoscopia de avanzada), fundamentaron las "bondades" de la cirugía laparoscópica frente a la cirugía tradicional en el caso de la víctima de autos y a cuyos argumentos me remito en homenaje a la brevedad (ver fs. 696).

De otro lado, la decisión de G. en ese sentido ya había sido tomada con anterioridad, pues a la negativa de someterse a nuevas laparotomías y el consejo de su cónyuge, terminó apuntalando la elección de la cirugía laparoscópica.

Lo que vengo afirmando se corrobora con el testimonio de la Dra. O., médica ginecóloga que había intervenido quirúrgicamente con anterioridad a G., quien refiriera que en oportunidad de concurrir en el mes de noviembre de 2.008 al Hospital Privado del Sur, a pedido de la madre de aquella, se encontró con la joven a la que le indicó que, conforme los estudios ecográficos practicados, debía realizarse una nueva intervención, manifestándole la misma que no quería una cirugía a cielo abierto sino una "videolaparoscopia".

Finalmente, a fs. 404 luce agregado el consentimiento informado de la paciente con la práctica quirúrgica que hoy viene cuestionada.

Ni la acusación pública ni el particular damnificado han logrado siquiera mínimamente probar que la cirugía laparoscópica practicada a la víctima haya resultado una decisión incorrecta frente a la patología que presentaba aquella, pues sus conclusiones en el sentido indicado, se revelan como meras afirmaciones dogmáticas desprovistas del más elemental respaldo científico que fundamenten sus críticas.

Téngase presente de otro lado que, la paciente no presentaba ninguna de las contraindicaciones para el procedimiento elegido (shock, obesidad mórbida, hemoperitoneo masivo o pelvis bloqueada), conforme lo expone la Dra. V. T en su dictamen pericial de fs. 266/280). Nada más para decir al respecto.

En cuanto al segundo tramo de la conducta reprochada al encartado, esto

es, no haber explorado adecuadamente la región antes de dar por finalizada la cirugía frente a la perforación de la pared del colon sigmoide, tal como lo adelantara precedentemente, la queja de los recurrentes ha de correr igual suerte que la tratada al inicio.

Y en ese sentido, entiendo que no se ha podido probar por parte de la acusación que, la perforación del colon haya ocurrido durante la realización del acto quirúrgico llevado adelante por el imputado.

Para ello resulta de notable interés lo señalado por la Dra. M. en su dictamen pericial de fs. 137/156 cuando afirma que: "la perforación colónica luego de un postoperatorio por videolaparoscopia de un blastoma anexial, es una complicación dable de ocurrir, su frecuencia es variable entre los distintos establecimientos asistenciales.

Respecto de los síntomas clínicos pueden no ocurrir, si la perforación es advertida y tratada en el mismo acto operatorio, de no ser advertida en ese momento o si se produjera o completara en el postoperatorio, la misma puede manifestarse con dolor abdominal intenso, íleo (detención de los movimientos intestinales) con ausencia de ruidos hidroaéreos a la auscultación, distensión y defensa abdominal, acompañado por fiebre" (respuesta nº 7).

De otro lado y tal como lo señala la Dra. M. en su informe pericial, tampoco se ha podido acreditar si la perforación colónica reconoce una etiología traumática (ver respuesta nº 16).

Frente a la imputación cursada, consistente en no haber explorado debidamente la región antes de dar por finalizada la cirugía ante la perforación del colon sucedida en el acto quirúrgico, el Dr. V. negó tal posibilidad, sosteniendo que concluída la extirpación, lavaron con abundante solución fisiológica y aspiraron la región abdominal, efectuando al mismo tiempo la hemostasia (control visual con el endoscopio para detectar posibles salidas de sangre).

La sola posibilidad de que la perforación colónica se pueda producir en el postoperatorio, a lo que cabe adunar la imposibilidad de afirmar que la misma haya sido

traumática y frente a la versión del imputado en cuanto negara su producción durante el desarrollo del acto quirúrgico, conforme la exploración que realizara de la zona afectada antes de dar por finalizada la cirugía, instalan en mi sentir una duda razonable que, por aplicación del art. 1º, tercer párrafo del C.P.P. beneficia al procesado.

Ahora bien. En función de la solución que he de proponer al acuerdo respecto al restante tramo de la conducta que se le reprocha al imputado, no quiero dejar pasar la ocasión para repasar algunos conceptos esenciales sobre el injusto que nos ocupa.

En primer lugar cabe tener en cuenta que "*...la característica esencial del tipo culposo finca en su peculiar forma de individualización de la acción prohibida: a diferencia del tipo doloso activo, en que ésta se individualiza mediante su descripción, en el tipo culposo permanece prima facie indefinida y sólo es posible particularizar en cada caso, luego de determinar la conducta que origina el resultado relevado penalmente*" (Zaffaroni, E.R.- Alagia, A- Slokar, A. "*Derecho Penal. Parte General*". Ediar. 2000, pg. 523). "*...el tipo culposo no individualiza la conducta por la finalidad, sino porque en la forma en que se ha querido obtener esa finalidad se ha violado un deber de cuidado*" (Zaffaroni, E.R. "*Tratado de Derecho Penal. Parte General*", Ediar. 1981, t. III, pg. 384).

En esta línea de pensamiento y siguiendo las enseñanzas de Zaffaroni, para que una conducta se presente como típica de un delito culposo exige: en el tipo objetivo: que la acción cause el resultado típico; que la causalidad haya sido defectuosamente programada, esto es, que la selección de medios haya sido descuidada en forma violatoria de un deber de cuidado cuya determinación hace la ley o, en su defecto remite a las pautas sociales de conducta; que entre la violación del deber de cuidado y el resultado medie una *relación de determinación* (conexión y antinormatividad) o sea que, suponiendo una programación que no viole el deber de cuidado conforme a una figura de acción imaginada (en concreto y en abstracto) el resultado desaparezca. En el tipo subjetivo: que el resultado típico no quede abarcado en la voluntad realizadora de la acción (en el fin) o, abarcándolo, lo haga con una causalidad del tipo diferente de la

programada; que el resultado típico y la causalidad sean previsibles, o sea, que el sujeto conozca o pueda conocer la peligrosidad de su conducta respecto del bien jurídico afectado.

La inobservancia del cuidado objetivamente debido:

Para que concurra el tipo de injusto de los delitos de acción culposos es preciso, en primer lugar, que el resultado o la cualidad de la acción no querida se hayan producido por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo (arts. 84, 94 y 196 del C.P.). El derecho exige para realizar las diversas acciones en la vida social una determinada diligencia o cuidado. Se trata de una medida objetiva, que está en función de la necesidad de protección de bienes jurídicos y de las exigencias de la vida social (Welzel, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, trad. de Cerezo Mir, ed. B de F 2001, p. 113 y ss.).

Así las cosas, sostienen Tozzini y Bustos, citados por Edgardo A. Donna: "que el deber de cuidado es objetivo porque no es otra cosa que una conducta modelo o rectora sustentada sobre la imagen generalizada del hombre prudente, inteligente, previsor, diligente y nutre su contenido del ámbito de relación en que se injerta el obrar" ("derecho penal, parte especial", t. I, pág. 109).

"Por ello, la medida de cuidado debido es independiente de la capacidad de cada individuo. El juicio de previsibilidad es objetivo, esto es, la conducta debe ser analizada colocándose el juez en la posición del autor antes del hecho, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto que pueden ser conocidas por un hombre inteligente más el saber experimental de la época, sumado al conocimiento propio del autor" (ob. cit. p. 110)

Ninguna duda tengo que la conducta desarrollada por el encartado en la atención del postoperatorio de G. E. resultó violatoria del deber de cuidado que le demandaba la situación, incumpliendo su rol profesional, al que estaba obligado como cirujano actuante y cuya función resulta indelegable.

Siendo las lesiones intestinales dables de ocurrir en las cirugías como la

realizada en el caso por el Dr. V., corresponde aceptar a las mismas como inherentes al acto quirúrgico y por ende dentro de los parámetros del riesgo permitido, de lo que cabe inferir que, como peligro científicamente conocido por el profesional actuante, sus consecuencias eran objetivamente previsibles y como garante del cuidado de la paciente en el postoperatorio inmediato, debía realizar en tiempo oportuno todas aquellas medidas de diagnóstico, tendientes a evitar un agravamiento del posible cuadro clínico que presentaba la víctima y dirigidas a descartar la posibilidad de que durante la práctica quirúrgica o luego de ella, desde que existe también esta última posibilidad, hubiere ocurrido una perforación intestinal.

En ese sentido, y conforme fuera señalado supra, la Dra. M. en su dictamen pericial de fs. 137/156 expresa que, la perforación colónica luego de un postoperatorio por videolaparoscopia de un blastoma anexial es una complicación dable de ocurrir.

Así las cosas y siendo una circunstancia conocida las posibles complicaciones intestinales como riesgo inherente a la cirugía laparoscópica dentro del ámbito en que se desempeña el imputado, a lo que cabe agregar lo difícil de su detección en virtud de que algunos síntomas resultan ser comunes a toda intervención quirúrgica, es razonable exigirle al médico que extreme el uso de los distintos medios que proporciona la medicina como pueden ser, la realización de estudios de laboratorio, radiográficos o ecográficos y que le permitan efectuar un adecuado juicio clínico.

Nada de ello se hizo en el caso de marras, a pesar del dolor intenso de abdomen y las náuseas y vómitos que presentaba la paciente.

Es cierto que las medidas terapéuticas habituales que deben adoptarse luego de una cirugía como la que llevó adelante el Dr. V. se cumplimentaron y así lo señala la Dra. M. a fs. 151 en su respuesta a la pregunta nº 5, pero las mismas resultaron insuficientes frente al cuadro clínico que revestía G. E. la tarde-noche del día 30 de diciembre de 2.008.

En la declaración de fs. 241/245 brindada por el encartado a tenor del art. 308 del C.P.P., el Dr. V. manifiesta que a las 17.00 hs. del día de la intervención

quirúrgica, concurre al Hospital Privado del Sur donde se encontraba internada la paciente, a la que encontró lúcida, afebril, con dolor en el hipogastrio y que al palpado del abdomen, el mismo se encontraba blando y depresible. Que la paciente presentó náuseas y vómitos en el postoperatorio inmediato, atribuyendo los mismos a la medicación anestésica y a la condición de fumadora de la víctima. Que dado los dolores que refería la paciente, le suministra morfina y reliverán, éste último para contrarrestar los efectos adversos de aquella, ya que puede producir vómitos.

Es decir que, luego de haber efectuado una cirugía laparoscópica en la que, como lo he señalado antes de ahora, las lesiones intestinales suelen suceder, siendo por ende previsible su ocurrencia y cuyos síntomas iniciales son intensos dolores abdominales, náuseas y vómitos, a lo que suele sumarse con el transcurso del tiempo fiebre, el Dr. V. limitó su examen a los efectos de descartar la posible perforación intestinal y en su única "visita" a la paciente, a un palpado de abdomen, sin ordenar como la situación lo exigía y para el caso que la internada presentara fiebre, (ya que el cuadro febril junto a los dolores abdominales, náuseas y vómitos, resultan ser claros reveladores de una posible complicación intestinal), alguna de las medidas referidas por la Dra. M. a fs. 151 vta., como pueden ser estudios complementarios de diagnóstico de laboratorio como recuento leucocitario, sedimento urinario, eventualmente hemocultivo y estudio de imágenes como radiografía simple de abdomen de pie y en decúbito y/o ecografía abdominal (respuesta nº 6), alguna de las cuales se practicaron en la mañana del día siguiente y que resultaron ser tardías.

En ese sentido, la Dra. M. a fs. 152 vta. y en referencia a la atención médica recibida por la paciente correspondiente al postoperatorio inmediato, señala en lo que resulta de interés que: "...De haber tomado conocimiento el profesional actuante en forma inmediata de la existencia de fiebre, con persistencia del dolor, náuseas y vómitos, podría haberse brindado a la paciente mayores chances de un diagnóstico y tratamientos tempranos de la complicación sufrida".

Tengo para mi que, la actuación del imputado en el postoperatorio de

G. E. resultó negligente y violatorio del deber de cuidado que demandada la situación, pues no sólo la posible ocurrencia de una perforación intestinal o colónica era previsible, la Dra. V. T. señala que varían del 0,26 al 20%, dependiendo del motivo de la cirugía (ver fs. 271 vta.), sino que también resultaba un dato a tener en cuenta para extremar los recaudos, la elevada tasa de mortalidad que revisten las peritonitis fecales (si no son tratadas en forme inmediata y como lamentablemente quedó evidenciado en el presente).

El procesado en su declaración manifestó que indicó morfina para paliar los intensos dolores abdominales que presentaba G., siendo que la misma en el postoperatorio puede enmascarar un cuadro de peritonitis fecal, conforme lo señala la Dra. M. en su pericia (fs. 152, respuesta nº 8), aunque tal posibilidad fue relativizada por la perito propuesta por la defensa (Dra. T.), dado que la dosis indicada resulta insuficiente aún como calmante del dolor.

También expresó el Dr. V. que para contrarrestar los efectos adversos (náuseas y vómitos) de aquélla, se le suministró reliverán, el que obviamente por su acción terapéutica, puede ocultar aquéllos como sintomatología propia de una peritonitis.

No se me escapa que, el examen semiológico del abdomen practicado por el encartado en la tarde del día 30 de diciembre de 2.008, pudo resultar en cierta manera incompleto, pues sólo se limitó a efectuar el palpado del mismo (ver declaración del imputado de fs. 241/245), dejando de lado otras prácticas de estudio como son la percusión, la que ayuda a detectar la posible cantidad y distribución de gas en el abdomen, como así también la posible existencia de masas sólidas o llenas con líquidos, no habiendo auscultado tampoco el mismo a los efectos de escuchar los ruidos hidroaéreos y cuyo silencio es síntoma de parálisis intestinal.

Sostuvo la defensa técnica del incuso en oportunidad de efectuar el alegato final (art. 368 del C.P.P.) que, la conducta postoperatoria de su defendido fue la adecuada, para una cirugía no compleja y que se delega el cuidado del paciente en enfermeras capacitadas. Que cuando el Dr. V. arriba al Hospital a las 10.00 hs. del día 31

de diciembre de 2.008 nadie esperaba este desenlace, por lo que su asistido adecuó la conducta a todo lo que es jurídicamente exigible a alguien que obre con diligencia, prudencia y pericia.

Disiento rotundamente con la defensa. Un criterio fundamental para determinar la atribución de responsabilidad en los delitos imprudentes, y específicamente la inobservancia o violación del deber de cuidado, es el denominado *principio de confianza*, desarrollado en Alemania, en un primer momento en relación con el tráfico motorizado y luego extendido por su conveniencia y utilidad a otros ámbitos y de aplicación a toda aquella actividad social en la cual participen pluralidad de personas, sobre todo en las labores realizadas en equipo, de acuerdo con el principio de división del trabajo (Sandro Abraldes, "El Principio de Confianza", Rev, de Derecho Penal, 2010- I, Imputación, Causalidad y Ciencia, pág. 351, edit. Rubinzal-Culzoni).

Dicho principio puede resumirse en que la conducta de una persona puede ser organizada y ejecutada sobre el supuesto de que sus semejantes se comportarán de modo precavido, es decir, sin descuidar las reglas de atención que les asisten, en tanto que *por las circunstancias del caso concreto no tenga motivos para pensar lo contrario*.

La doctrina mayoritaria reconoce en el mentado principio una limitación del deber de cuidado.

El principio de confianza importa una derivación de las exigencias cognitivas de la imprudencia, por cuanto el dato de la confianza que se tenga en el correcto comportamiento de otros repercute en la relación existente entre lo que el autor conoce o debe conocer y el cuidado que haya o no observado. La idea de confianza depositada en la conducta de terceros remite a una situación de normalidad en la que la frecuencia estadística condiciona doblemente: por un lado, al conocimiento del agente; por otro, a la valoración jurídica sobre la consideración de lo que es o no cuidadoso en el ámbito de relación (Sandro Abraldes, ob. cit. pág. 381).

Ninguna duda existe respecto al trabajo en equipo en la medicina

actual y en ello va la dificultad en determinar las normas de cuidado que le corresponde observar, conforme las funciones que cumple, a cada integrante del grupo, para de esa manera, poder constatar si aquellas fueron infringidas.

Para ello la doctrina ha efectuado una distinción previa en función del grado de jerarquía y conocimiento que impera en la actuación conjunta, reconociendo la existencia de dos ámbitos de actuación: división horizontal y división vertical.

"La primera se caracteriza porque no existe una relación jerárquica de subordinación entre los diferentes miembros del equipo que, con un nivel de formación similar, realizan la actividad conjuntamente. A este esquema responde, por ejemplo, el modelo de relaciones entre el cirujano y el anestesista que, con sus conocimientos especiales, cometidos específicos e independencia, se complementan y dividen el trabajo en la intervención quirúrgica...

Por lo tanto, dentro de la división horizontal del trabajo médico será punto de partida el de la responsabilidad propia e individual de cada especialista...

En este contexto adquiere cierta virtualidad, como criterio complementario a la hora de determinar el cuidado exigible a cada miembro del grupo, el principio de confianza. De este modo, en las actividades compartidas que reflejan la posibilidad de riesgos para bienes jurídicos de terceros, el principio de confianza otorga la posibilidad de considerar que cada uno de los intervinientes en aquéllas actividades está autorizado a presumir que los demás cumplen sus respectivos deberes de cuidado, excepción hecha de que las circunstancias impongan considerar lo contrario..." (Esther Hava García, "Responsabilidad penal por mala praxis médica. La determinación del cuidado exigible al personal sanitario", Revista de Derecho Penal, 2002-I, delitos culposos, págs. 107/108).

Por el contrario, en la división vertical del trabajo sí existe una estructura jerarquizada en el equipo, lo que hace que el principio de confianza pierda parte de su eficacia, cuando se trata de analizar la actuación de los responsables superiores jerárquicos. De este modo, cuando existen grandes desniveles en cuanto a la

respectiva formación y preparación de los intervinientes en la actuación médica (médico-auxiliar de clínica), la vigencia del principio de confianza, especialmente evidente en el caso del que recibe órdenes, posee un alcance mucho menor cuando se trata de analizar la conducta del sujeto que las da. En este contexto, una vez que el responsable ha dado las instrucciones precisas para realizar una determinada tarea, aún le restan por cumplir otros deberes de cuidado: la obligación de supervisar y vigilar el cumplimiento de lo ordenado.

Conforme a los denominados deberes de diligencia secundarios, el sujeto que da las instrucciones o delega funciones, no sólo debe vigilar y controlar la aplicación de las mismas, también deberá asegurarse de que han sido bien entendidas cuando su no seguimiento estricto pueda conllevar riesgos añadidos, e incluso intervenir ante la sospecha de una defectuosa actuación del subordinado. En ese sentido, el médico se comportará negligentemente (por infringir los deberes de diligencia secundarios) por ejemplo, si confía ciegamente y de forma excesiva el cuidado de un paciente con un postoperatorio delicado a un personal con formación médica insuficiente, en la medida en que tales funciones no son delegables (Esther Hava García, ob. cit., pág. 112).

En base a lo que vengo señalando, la excusa del imputado y relativa a que las enfermeras no le dieron aviso del cuadro febril que presentaba la paciente entrada la noche del día en que fuera practicada la cirugía, no es de recibo en mi opinión.

Es que el Dr. V. debió extremar los recaudos para con las enfermeras que iban a atender el postoperatorio de G. E. y no delegar simplemente en las mismas aquél en la forma como se hizo. Me explico. La víctima venía de una cirugía laparoscópica (con antecedentes operatorios en la misma zona), con los riesgos de perforación intestinal comentados precedentemente, con intensos dolores abdominales, náuseas y vómitos, por lo que la aparición de fiebre en la paciente constituía una seria alarma de un proceso infeccioso que podía ser revelador de una peritonitis fecal, la que debe ser atendida inmediatamente, pues su falta de diagnóstico temprano eleva considerablemente su tasa de mortalidad.

No hay constancia documental ni tampoco fue alegado por el encartado que, las enfermeras o el médico de guardia, fueran advertidos de la importancia de atender a dicho indicador por las razones antes apuntadas. De la hoja de enfermería (turno 22hs.-06 hs.) se desprende que la aparición del cuadro febril fue subestimado, lo que resulta elocuente que el personal de enfermería no se encontraba capacitado para advertir las implicancias del nuevo síntoma, en el particular caso de G. E..

La propia Dra. T., en su dictamen pericial a fs, 271 vta. refiere que: "... Es prácticamente imposible que las enfermeras profesionales entrenadas que controlaban a la paciente, hubieran objetivado más signos patológicos sin solicitar la evaluación por parte del ginecólogo que la operara o por parte del médico de guardia activa del hospital".

Pero como lo informa la citada perito a renglón seguido, es el imputado quien al hacer la evaluación postoperatoria en la mañana del día 31 de enero del 2.008, quien le "da jerarquía necesaria a los registros de hipertermia, dolor abdominal y el relato de los vómitos, solicitando el estudio de las imágenes más adecuado que es la ecografía..."

Así las cosas, me pregunto: qué diferencia pudo existir entre los síntomas que presentaba la paciente la medianoche del día 30 de diciembre y el constatado por el encausado en la mañana posterior. Me atrevo a responder sin temor a equivocarme que ninguna, solamente que el abdomen de G. no fue palpado por las enfermeras, por cuanto las mismas no se hallan capacitadas profesionalmente para efectuar su semiología ni fueron advertidas de la importancia en reparar ante la aparición de un cuadro febril.

Si ese diagnóstico tardío realizado por el procesado, se hubiese efectuado diez o doce horas antes, que se corresponde con la aparición de la hipertermia, tal como lo menciona la Dra. M. en su dictamen, hubiera aumentado las chances de vida de la paciente.

La doctrina en ese sentido ha sostenido que "será imputable objetivamente

la conducta omisiva si las faltas consistiesen en la ausencia de exámenes de laboratorio, 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 postoperatorio), sí el médico no da las indicaciones adecuadas a la persona que esté en condiciones de seguirla y en el momento que corresponda, teniendo en cuenta que el tiempo es un factor esencial e irrecuperable" (Terragni, Marcos Antonio, El delito culposo en la praxis médica, Rubinzal Culzoni, 2003, p. 148).

Por lo expuesto y teniendo en cuenta que, para el cirujano laparoscópico las lesiones intestinales son una complicación previsible, por lo que debe estar alerta siempre a las mismas a fin de evitar un diagnóstico tardío, teniendo presente la elevada tasa de mortalidad de una perforación no detectada oportunamente, es mi conclusión que, la actuación del Dr. V. en el postoperatorio de G. E. se encuentra alejado de los parámetros aceptables por la *lex artis*, habiendo concurrido la negligencia apuntada a causar el resultado producido.

Como dije antes de ahora, la idea de confianza depositada en la conducta de terceros remite a una situación de normalidad. El caso de marras, no lo era por las razones ya explicitadas. El imputado debió ser diligente y al delegar la atención del postoperatorio de su paciente en un personal que no se encontraba lo suficientemente preparado (enfermeras) para advertir en tiempo oportuno los síntomas de un abdomen agudo como consecuencia de la cirugía antes practicada, debió extremar los recaudos y advertir al menos a aquellas de su posible contingencia para que, ante la aparición de un cuadro febril, sumado a los dolores abdominales, náuseas y vómitos que presentaba ya la paciente, fuera avisado inmediatamente y se comunicara tal situación al médico de guardia.

El Dr. V. no sólo no volvió esa tarde/noche a ver a su paciente, cuando las circunstancias del caso lo ameritaba por las razones ya apuntadas, habiendo transcurrido entre las dos visitas efectuadas por el procesado, aproximadamente unas 17 horas, sino que delegó en el personal de enfermería el control absoluto del postoperatorio sin que el

mismo fuera advertido de las consideraciones a tener en cuenta, conforme lo expresado en el párrafo precedente.

Con este alcance, voto por la negativa, proponiendo al acuerdo el reenvío de las actuaciones a la instancia de grado a fin de que, con la intervención de juez hábil, se renueven los actos necesarios para el tratamiento de las demás cuestiones pendientes en el veredicto (atenuantes y agravantes) y lo referente a la pena a imponer (arts. 209, 210, 371, 373, 530, 531 y concs. del CPP y art. 84 del Código Penal), costas en ambas instancias al perdidoso, regulándose la suma de 14 jus por la labor profesional del doctor Sierra en esta Sede (arts. 9, punto 17 y 33 3er. párrafo de la ley 8904).

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ, DOCTOR BARBIERI, DIJO: Adhiero al voto del doctor Soumoulou, sufragando en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ, DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde **revocar** el veredicto dictado a fs. 693/704 y, en consecuencia **reenviar** las actuaciones a la instancia de grado, a fin de que, con la intervención de juez hábil, se renueven los actos necesarios para el tratamiento de las demás cuestiones pendientes en el veredicto (atenuantes y agravantes) y lo referente a la pena a imponer (arts. 209, 210, 371, 373, 530, 531 y concs. del CPP y art. 84 del Código Penal), costas en ambas instancias al perdidoso.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ, DOCTOR BARBIERI, DIJO: Adhiero al voto del doctor Soumoulou, sufragando en el mismo sentido.

Con lo que terminó este acuerdo que firman los señores Jueces nombrados.

RESOLUCION

Bahía Blanca, julio 10 de 2013.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, este **TRIBUNAL RESUELVE**: **REVOCAR** el veredicto dictado a fs. 693/704 y, en consecuencia **reenviar** las actuaciones a la instancia de grado, a fin de que, con la intervención de juez hábil, se renueven los actos necesarios para el tratamiento de las demás cuestiones pendientes en el veredicto (atenuantes y agravantes) y lo referente a la pena a imponer (arts. 209, 210, 371, 373, 530, 531 y concs. del CPP y art. 84 del Código Penal), costas en ambas instancias al perdidoso. Regúlense en la suma de 14 jus por la labor profesional del doctor Hugo Mario Sierra en esta sede (arts. 9, punto 17 y 33 3er. párrafo de la ley 8904).

Expídase testimonio conforme a lo ordenado en la Acordada dos mil ciento cincuenta y tres de la Suprema Corte de Justicia.

Notifíquese. Fecho, devuélvase al Juzgado interviniente.