

Recurso de particular damnificado. Prescripción. Secuela de juicio. Nulidad de notificación. Valor del domicilio constituido. Pericia - posibilidad de reiteración . Art. 247 C.P.P.

IPP 8836/I

Número de Orden:241

Libro de Interlocutorias nº13

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los veinticuatro días del mes de Agosto del año dos mil once, 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 Gustavo Angel Barbieri y Pablo Hernán Soumoulou (por excusación del Sr. Presidente de la Sala Dr. Guillermo Giambelluca), para dictar resolución en la causa Nro. **8836/I** caratulada: "**G., O. D. y Otro s/ homicidio culposo en Bahía Blanca**"; y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5.827 reformada por la nº 12.060), resultó que la votación debía tener lugar en el orden siguiente: doctores Soumoulou y Barbieri.

ANTECEDENTES

Llegan los obrados a consideración de éste Cuerpo, como consecuencia de los recursos de apelación interpuestos por el Dr. Matías Bertoncello a fs. 657/661 y vta. en representación del Particular Damnificado, y por los Sres. Defensores Particulares del encausado O. D. G., Dres. Luis María Esandi y Andrés Bouzat a fs. 662/670 y vta., contra la resolución dictada por el Sr. Juez de Garantías nro. 2 Departamental -Dr. Guillermo Gastón Mercuri- que dispusiera: I) no hacer lugar al pedido de nulidad de la diligencia de notificación obrante a fs. 504/505, rechazando en consecuencia el planteo invalidante y la

exclusión probatoria del informe pericial de fs. 508/519 y la nulidad de la requisitoria de elevación a juicio obrante a fs. 522/541 vta., todo lo que fuera peticionado en favor del coprocesado G.; II) no hacer lugar al sobreseimiento -peticionado por extinción de la acción penal por prescripción- del recientemente nombrado; III) hacer lugar a la petición de sobreseimiento por haberse extinguido la acción a su respecto por prescripción en lo tocante al cojusticiable E. D.; y IV) no hacer lugar a la oposición efectuada a la requisitoria de citación a juicio y sobreseimiento solicitada en favor de O. D. G. , y elevar las actuaciones a la etapa de juicio por la presunta comisión del ilícito de homicidio culposo.

I-) Los agravios del representante legal del particular damnificado están dirigidos a cuestionar el sobreseimiento del coprocesado E. D.. Señala como cuestión previa que -en la presente causa- resulta de aplicación el régimen previsto por la ley 25.188 (con respecto al art. 67 del C.P.), y en tal sentido refiere que en la resolución recurrida se ha omitido considerar actos con aptitud interruptiva del curso de la prescripción de la acción; a tal conclusión arribaría conforme lo resuelto en el Acuerdo Plenario del Tribunal de Casación de fecha 18/09/03, donde se otorgara un amplio criterio en lo que debe interpretarse por "secuela de juicio".

Expresa -en forma subsidiaria- que sería aplicable en el presente, y teniendo particularmente en cuenta la reforma del Rito Provincial por ley 13.943, la dispensa de la prescripción prevista en el art. 3980 del Código Civil, atento haberse encontrado imposibilitado su representado hasta el 30 de abril del año dos mil diez -fecha en que el Sr. Fiscal General Adjunto presta acuerdo al sobreseimiento del imputado D.- de ejercer el derecho a formular la acusación, y así practicar ese acto con aptitud interruptiva, peticionando la revocación del sobreseimiento dictado.

II-) A fs. 657/661 y vta. se presentan los Codefensores Particulares de ambos encausados, Dres. Luis María Esandi y Andrés Bouzat,

interponiendo y fundando recurso de apelación; todas sus peticiones respectan sólo al cojusticiable G. pues su otro defendido quedó sobreseído tal como se refiriera ut-supra.

En su presentación insisten en la declaración de nulidad de la notificación de fs. 505, por entender que la misma no abastece los recaudos formales que establecen los artículos 128 y 131 del C.P.P. y en los términos del inc. 3ro. del citado en último término, invocando como perjuicio que así se impidió el control de las diligencias que culminaran en el informe pericial médico.

Se agravian también del rechazo por el A-Quo de la nulidad de la pericia médica de fs. 508/519, y de que tampoco se hiciera lugar al planteo de extender dichos efectos a la acusación fiscal (por falta de fundamentos suficiente).

Por otra parte, se agravian también del rechazo del sobreseimiento de G. por extinción de la acción penal por prescripción, entendiendo que no ha existido acto interruptivo entre la fecha en que ocurrió el óbito (04/10/01) y la de la requisitoria de elevación a juicio (12/03/10), siendo que resultaría aplicable la normativa de la ley 25.188. Afirman que tanto la legislación vigente al momento del hecho, como la doctrina legal de la Suprema Corte Provincial, disponían que sólo los actos de juicio (el primero resultaría la requisitoria de elevación) poseían esa capacidad interruptiva, siendo que por el contrario los actos de la instrucción - como el llamado a indagatoria- carecían de tal efecto.

En razón de lo expuesto, sostienen que la doctrina emergente de los fallos invocados por el "A-Quo" en la resolución en crisis, no pueden aplicarse retroactivamente, pues resultan desfavorables para el coprocesado.

Para finalizar -y a todo evento- solicitan el sobreseimiento por inexistencia de delito, argumentando que la muerte de la Sra. Leiva no tuvo

como causa la hemorragia ocasionada por la lesión vascular, sino en la hipoxia cerebral fruto de un paro cardíaco originado en una falla del respirador.

Analizado todo lo anterior, los Sres. Jueces, resolvieron plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿Es justa la resolución apelada en lo que impugna el Particular Damnificado?

2da.) ¿Es justa la misma en lo que es materia de agravio por los Sres. Defensores Particulares?

3ra.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar ?

V O T A C I O N

A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO:

Tal como vienen formuladas las preguntas en este Acuerdo, me referiré en primer término a los agravios esgrimidos por el Dr. Matías Bertoncello, conforme su presentación de fs. 657/661 vta.

Así y teniendo en cuenta la reforma legislativa operada en el art. 67 del Código Penal mediante la ley 25.990, se impone en primer término (y conforme lo peticionado y lo establecido por el art. 2 del C.P.) establecer cuál es la norma que resulta aplicable para resolver las peticiones de extinción de la acción penal, cuáles son los actos con entidad interruptiva, etc.

Cabe recordar que cuando el código de fondo determina en su artículo 2do. que se debe aplicar la ley más favorable al imputado (si existe diferencia entre la vigente a la época de comisión del delito y aquella que rige al momento de dictar resolución), se refiere no sólo a lo atinente a la calidad y cantidad de la pena, sino a todas las circunstancias que puedan influir en la imputabilidad y sanción, por lo que no cabe duda de que una de estas circunstancias es la prescripción de la acción penal, en tanto se trata de una

causa de extinción del derecho de persecución.

Siendo ello así, debe tenerse en cuenta que el artículo 67 del Código Penal, según la ley 25.188, establecía dos causales de interrupción de la prescripción de la acción penal: la comisión de un nuevo delito y la secuela de juicio. El primero de esos términos no ha traído dificultades interpretativas; por el contrario "secuela de juicio" sí, y en particular por lo que ha debido catalogarse como "juicio". En dicho sentido existieron posiciones doctrinarias y jurisprudenciales divergentes, entre la denominada tesis amplia y la restringida o limitativa.

Reconociendo tales dificultades, el Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Buenos Aires, sometió la cuestión a Acuerdo Plenario, el que se dictara en causa 9496 de fecha 18/09/03 y fijó interpretación sobre los alcances del término "secuela de juicio", reconociendo -como tales- a todos aquellos actos jurisdiccionales o del Ministerio Público que impulsan el ejercicio de la pretensión punitiva contra una persona determinada, otorgando a la expresión "juicio" contenida en el artículo 67 del Código Penal, un alcance amplio que incluye tanto la etapa de investigación penal preparatoria como lo que hoy se denomina "juicio" en un sentido técnico estricto (dicho de otra manera fijó postura en favor de la denominada tesis amplia).

En el mismo sentido lo ha efectuado nuestro Tribunal cimero en el orden provincial, en causa P. 71.896 caratulada "G, F.A. s/ lesiones" de fecha 22 de Agosto de 2002, donde restableció esa tesis amplia (y que había sido restringida en el año 1993 en el precedente "Balchumas" lo que iniciara un camino de fallos en divergentes sentido, siendo zanjada definitivamente la cuestión por el sentido amplio en el fallo individualizado al iniciar éste párrafo).

Que a la luz de dicha doctrina, cabe concluir que la nueva previsión legal introducida al Código Penal -en su artículo 67- a través de la ley 25.990, resulta más benigna, ya que determina con mayor restrictividad cuáles

son las causales que producen la interrupción del curso de la prescripción de la acción penal, limitándolas -amén de la comisión de otro delito- a: el primer llamado efectuado a una persona, en el marco de un proceso judicial, con el objeto de recibirle declaración indagatoria por el delito investigado; el requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio, efectuado en la forma que lo establezca la legislación procesal correspondiente; el auto de citación a juicio o acto procesal equivalente y el dictado de sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentre firme.

Por lo tanto corresponde aplicar las previsiones de la ley 25.990 en tanto resulta más benigna en el caso concreto que la vigente al momento de acaecer el hecho, y como consecuencia de la operatividad "de pleno derecho" impuesta en el artículo 2do. del ordenamiento sustantivo.

Sentado lo anterior, el agravio esgrimido por el Doctor Bertoncello resulta inatendible, toda vez que la decisión adoptada por el Juez "A Quo", en tanto atribuyó aptitud interruptiva de la prescripción al llamado a prestar declaración en los términos del artículo 308 del Código Procesal Penal, de fecha 16 de Marzo del año 2005 (ver fs. 207), y a la requisitoria de elevación a juicio llevada a acabo el 21 de Mayo del año 2010 (ver fs.570/576 vta.) se ajusta a la norma de referencia, no obstante haber resuelto el Magistrado de grado con distinta fundamentación legal.

En razón de lo expuesto y conforme las previsiones de los artículos 59 inc. 3ero., 62 inciso 2do. y 67 -según ley 25.990- del Código Penal, entiendo que entre las fechas descriptas operó la extinción de la acción penal por prescripción (transcurrieron cinco años, relación con el art. 84 del Código Penal) y ello respecto del coprocesado E. D..

Ahora bien, en lo atinente al restante argumento invocado por el recurrente, en cuanto propone la aplicación al presente de la dispensa de la prescripción, prevista por el art. 3980 del Código Civil, entiendo que la misma

deviene

improcedente.

Que conforme lo expresa claramente el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni en obra Derecho Penal, Parte General, "...El art. 16 del código civil prescribe que el juez debe integrar por analogía la ley civil cuando ésta no resuelva expresamente el caso, y el art. 15 del mismo cuerpo legal le prohíbe dejar de juzgar con ese pretexto; el art. 273 del C.P. pena al juez que viole la norma del art. 15 del código civil. Dado que el derecho civil se ocupa de una legislación que pretende regular la totalidad de la vida humana, desde antes del nacimiento hasta después de la muerte, y que debe tener capacidad para resolver todos los conflictos, siendo ésta su manera de proveer seguridad jurídica, no puede tolerar que ningún conflicto quede librado a la fuerza de las partes. Pero el derecho penal se ocupa de una legislación que es eminentemente fragmentaria y por ende debe ser interpretada estrictamente. De allí que su forma de proveer seguridad jurídica sea, precisamente, absteniéndose de integrar analógicamente la ley penal...". (obra citada págs. 107 y siguientes).

Que en función de lo expuesto, lo solicitado por el Dr. Matías Bertoncello, no posee encuadre legal y promueve una aplicación analógica de la ley civil en sentido contrario a los intereses del sujeto pasivo de imputación penal, lo que resulta absolutamente impracticable en esta sede.

Asimismo y atento el resultado adverso a las pretensiones del Particular Damnificado deberán tenerse presentes las cuestiones federales planteadas.

A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI,

DIJO: Sufrago en el mismo sentido que lo hiciera el colega preopinante, compartiendo en un todo los fundamentos vertidos.

Sólo he de agregar al novedoso planteo de dispensa de la prescripción según la ley civil, que aún haciendo lugar a la petición del Representante del Particular Damnificado, no se llegaría a una solución distinta.

Me explico. La ley 13.943 citada por el recurrente, y que en lo que aquí interesa le ha otorgado nuevas facultades al Particular Damnificado (en particular para continuar con el ejercicio de la acción penal en caso de que la misma fuera abandonada por el Ministerio Público Fiscal) ha sido promulgada el 15 de Enero del año 2009.

En esa normativa existe la posibilidad de continuación -por parte del particular ofendido- con el ejercicio de la acción penal a partir de la oportunidad prevista en el art. 334 del Rito y una vez que el Ministerio Público Fiscal hubiera hecho saber (por el Fiscal de la instancia y por su Superior Jerárquico) la voluntad de no proseguir con esa persecución. Ello fue tal lo que ocurriera en autos y la requisitoria del Dr. Bertoncello se presentó el día 21 de Mayo de 2010 cuando ya había operado la extinción de la acción penal por prescripción. De allí que concluyo que no podría dispensársele un plazo, cuando durante ese lapso temporal anterior no tiene facultades que ejercitar reconocidas legalmente, ni con la ley anterior ni con la nueva (distinto hubiera sido si el legislador provincial le hubiera otorgado mayores facultades en instancias más prematuras de la investigación y aún con la Agencia Fiscal actuando).

Resumiendo -y reiterando las palabras y el razonamiento- el derecho legalmente previsto lo ejerció y la extinción se produjo igualmente, y en lapso anterior (el que quiere que se le dispense) no tuvo otras facultades que ejercitar, ni aún con la nueva normativa pues (la ley 13.943) no las prevé. Por lo que entiendo que de cualquier manera se hubiera arribado al resultado al que arriba el Dr. Soumoulou en el final de su sufragio.

Voto por la afirmativa.

A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO:

La Defensa del Sr. G. solicitó la nulidad de la notificación instrumentada a través de la cédula de fs. 505 y de la pericia médica agregada a fs. 508/519, en virtud de lo previsto en los artículos 202 inc. 3ero., 203 y 247 del C.P.P. y 18 de la

Constitución Nacional, ya que a su entender no se han observado en el caso, las disposiciones expresamente prescriptas bajo esa sanción fulminante, violándose así la defensa en juicio. Entiende incumplida la manda del art. 247 del C.P.P., el cual prescribe que se deberá notificar al imputado, a los defensores y al particular damnificado, antes que se inicien las operaciones periciales, bajo sanción de nulidad que -por violar un principio constitucional (art. 18 de la C.N.)- resulta ser absoluta. Requieren en consecuencia el posterior dictado de la invalidez de la requisitoria de citación a juicio por estar basada fundamentalmente en la pericia cuya pervivencia resisten.

Por último solicita el sobreseimiento del coprocesado por entender que la conducta imputada no configura delito, siendo que el óbito acaeció por causas ajenas al obrar de G..

Adelanto que no voy a acompañar a la defensa en su pretensión.

En primer lugar debo decir, y como lo vengo sosteniendo en reiteradas oportunidades al tratar similares cuestiones como la que aquí nos ocupa, que la sanción de nulidad resulta ser un remedio extremo que no tiene por finalidad satisfacer requisitos formales, sino enmendar los perjuicios efectivamente sufridos por las partes, siendo además de interpretación restrictiva (art. 3 del C.P.P.).

Descendiendo al caso en concreto, de la notificación cuya nulidad se pretende, se desprende que la cédula fue diligenciada en el domicilio procesal constituido por los abogados defensores, sito en calle Belgrano nro. 261 of. 2 de esta ciudad de Bahía Blanca (ver fs. 504/505). En la misma se transcribió en forma íntegra la resolución por la cual se comunicaba el día, la hora y el lugar donde iba a practicarse la pericia dispuesta en autos a fs. 490/493 vta., como así los puntos sobre los que debería expedirse el perito médico interviniente, consignándose en el diligenciamiento la fecha en que la notificación se practicó,

firmando el funcionario público designado a esos efectos.

Se agravia la defensa al entender que la citada notificación resultó inválida por no cumplirse con los recaudos legales estipulados en los artículos 128 y 131 del C.P.P., lo que le ocasionó a su defendido un claro perjuicio: *"...le impidió controlar la prueba pericial médica, en cuyas conclusiones se funda en modo exclusivo la acusación del Agente Fiscal..."* (textual).

Entiendo que se pretende producir una confusión en la forma de notificación, mezclándose en forma promiscua los fines de los anoticiamientos y los alcances de las diligencias dirigidas a domicilios procesales, pretendiendo asimilarlos a los reales.

Me explico. La diligencia atacada ha sido practicada a un domicilio procesal constituido por los recurrentes y no negado (en la calle y en su numeración) por los mismos. A su vez la diligencia la practicó un Funcionario Público que es personal policial en actividad que cumple funciones dentro de la estructura del Ministerio Público Fiscal.

Pues bien ese "domicilio legal" debe ser constituido por el representante del imputado (o del particular damnificado) y ha sido previsto por el legislador provincial con el fin de que allí se practiquen todas las notificaciones (salvo las personales, lo que aquí no está discutido pues resultaba suficiente con el anoticiamiento a los letrados defensores de una diligencia naturalmente repetible). Inclusive a los fines recursivos debe constituirse tal domicilio en la sede que tiene el Tribunal Ad-Quem (verbi gracia en este Dpto. Judicial una I.P.P. tramitada en Tres Arroyos se lo debe hacer en este medio; en un recurso extraordinario Federal se hará en la Ciudad de Buenos Aires, etc.).

Se reitera que la voluntad del legislador es otorgar mayor celeridad a los anoticiamientos (ver inclusive en el mismo sentido la actual previsión del art. 121 del C.P.P. según ley 13.943), siendo que sin dudas -lo contrario- conllevaría a una lenta y dificultosa practica, si se pretendiera notificar

"todas" las resoluciones con el cumplimiento del art. 128 del Rito, máxime cuando ello es en estudios jurídicos que tienen sus propios horarios laborales, con días inhábiles a esos efectos laborales, etc.

Si el criterio fuera como lo proponen los recurrentes resultarían nulas todas las resoluciones que notifican (por nombrar algunos órganos de naturaleza recursiva lejanos a los departamentos judiciales originarios) el Tribunal de Casación Provincial, la Suprema Corte de la Provincia y el Máximo Tribunal Nacional dirigidos a casillas postales, casilleros de letrados en sedes de Colegios de Abogados, etc.

Y también me lleva a esa conclusión el hecho de que la falta de constitución de domicilio procesal, conlleve a que las resoluciones sean notificadas en la Sede del Órgano que la emite, de lo contrario ningún sentido tendría la letra del art. 123 del Rito (ver lo expuesto en "Código de Procedimiento Penal", Comentado y Anotado, Herbel y Granillo Fernández, 1era. ed. La Ley, pág. 291).

Reitero que lo expuesto es teniendo en cuenta el carácter repetible de la diligencia de pericia efectivizada, pues si se hubiera dispuesto con respecto a elementos o sustancias que se agotarían en la diligencia, pues no podrían ser repetidos en ninguna forma, conllevaría la afectación de garantías constitucionales y sí hubiera requerido un anoticiamiento personal al coprocesado G. (ver pág. 124 de la obra recientemente citada).

Siendo entonces que la notificación la practicó un funcionario público en el domicilio constituido y ello se efectuó con las formalidades legales, la entiendo válida y ese primer planteo debe ser rechazado.

El segundo y tercer planteo conllevan la suerte del anterior. Válida la notificación a los letrados y no resultando (por el carácter de la pericia) necesaria la notificación de G., se entiende que el estudio de la especialidad (como medio de convicción para valorar en el presente estadio)

resulta válido y por ende la requisitoria que se apoya en sus conclusiones.

A todo evento agrego a ello que cuando la norma del art. 247 del Rito establece, bajo sanción expresa de nulidad la obligación de notificar al imputado y sus defensores de la realización de la pericia antes de que se inicien las operaciones, lo hace a los efectos de proteger los derechos de control del desarrollo de los estudios y de la posibilidad de nombrar experto a su costa, pero no puede derivarse de su sólo incumplimiento, un perjuicio, sino que debe existir -además- una real y efectiva imposibilidad de ejercer en la causa, los mencionados derechos.

Por ello, considero que dicha sanción resulta aplicable únicamente a los actos irrepetibles (como antes lo dije por ejemplo por agotamiento de la sustancia secuestrada que sirva para el estudio), pues sólo en dichos casos existiría una imposibilidad material de realizar un nuevo exámen pericial, frustrando -para siempre- de esa forma los derechos del imputado.

En tal sentido se ha resuelto: "*...Si bien el art. 258 del Cód. Procesal Penal castiga con nulidad la inobservancia de la notificación al Ministerio Fiscal y a las partes, la sanción prevista sólo resulta justificable y comprensible en el caso de un estudio pericial de imposible reproducción ulterior. Ello pues, de ser repetible el exámen, el perjuicio para la parte será inexistente y por lo tanto inviable aquella declaración...*" (Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala IV, sent. 14/04/97, LL-1997-F, pg.339).

De ahí que el derecho de defensa queda resguardado en autos, pues G. y la defensa técnica, tendrán en la oportunidad del art. 338 del C.P.P. la posibilidad de proponer y practicar aquellas diligencias que consideren útiles a su estrategia, mediante la realización de una instrucción suplementaria.

Rechazada la nulidad de la diligencia de notificación y la de la pericia consecuente, resulta abstracta la nulidad de la requisitoria por basarse tal petición nulificante en la inexistencia de ese medio de convicción

(cuya validez por el contrario se mantiene), lo que así propongo se declare.

Y descartados los planteos nulificantes, me abocaré a los restantes agravios formulados.

Con relación a la petición de sobreseimiento por prescripción de la acción penal respecto del encausado O. D. G. , diré en cuanto a la normativa a aplicar, que la cuestión ya ha sido resuelta ut supra (al dar debida respuesta a los planteos formulados por el Representante del Particular Damnificado), por lo que resulta de aplicación la normativa del art. 67 del Digesto de las Penas según ley 25.990, remitiéndome a los fundamentos ya expuestos.

Sostienen los Señores Codefensores que desde la fecha en que se produjo el hecho investigado -04/10/01- y la fecha de la requisitoria de elevación a juicio -12/03/10- ha transcurrido en exceso el plazo de prescripción de la acción penal correspondiente al tipo penal previsto en el art. 84 del Código Penal.

Diré al respecto que el primer acto con aptitud interruptiva del curso de la prescripción lo constituye el llamado a prestar declaración en los términos del art. 308 del C.P.P. de fecha 16 de marzo de 2.005, según consta a fs. 207. A partir de allí, el segundo acto con aptitud interruptiva lo constituye la requisitoria de elevación a juicio presentada con fecha 12 de marzo de 2.010 (ver fs. 522/541 vta.).

En razón de ello y atento lo previsto en los artículos 59 inc. 3 ero., 62 inciso 2do. y 67 del C.P. (según ley 25.990), entiendo -tal como el Juez de Garantías aunque aplicando una normativa diferente- que no se extinguió la acción penal por prescripción al no haber transcurrido cinco años sin actos interruptivos, conforme lo establecido en el art. 84 del Código Penal.

En el último motivo de agravio, la defensa cuestiona la conclusión a la que arriba el Magistrado de Grado al desestimar el sobreseimiento reclamado por inexistencia del delito, ya que (según los impugnantes) la muerte

de la paciente L. no había tenido como causa la hemorragia ocasionada por la lesión vascular, sino la hipoxia cerebral fruto del paro cardíaco originado en la falla del respirador al que se encontraba conectada (la nombrada) en la sala de terapia intensiva. Dicen así, que el riesgo de muerte por hemorragia generado por la lesión producida durante la cirugía a cargo del Dr. Gutiérrez, fue oportunamente conjurado por la intervención del cirujano vascular, produciéndose el deceso por otra causa, distinta e independiente a ella, lo que implica un quiebre del curso causal que impide imputarle dicho resultado al procesado. Sostienen los recurrentes que, el "A Quo" ha arribado a una conclusión errónea, pues descartó -sin fundamentación alguna- elementos de prueba directos que avalan la falta de responsabilidad de G. y ha ponderado otros en perjuicio de su asistido, a partir de una inferencia lógicamente inválida.

Afirmo que no debe olvidarse que es facultad privativa de los Jueces, la determinación del valor convictivo de los diversos elementos de prueba que sustentan su convicción sincera sobre los hechos sometidos a decisión, de modo que el vicio del absurdo no se consuma porque el Juzgador haya preferido o atribuído trascendencia a un medio probatorio respecto de otro o se incline por la verosimilitud de alguna prueba en particular en desmedro de otra, sino que debe evidenciar el error grave, grosero, manifiesto y fundamental que conduzca a conclusiones inconciliables con las constancias objetivas de la causa, lo que en la especie no ha ocurrido.

En ese sentido se ha resuelto: *"...Es de exclusiva incumbencia del juez de la causa, salvo absurdo invocado y demostrado, la selección de las pruebas que serían suficientes y pertinentes para resolver la causa..."* (T.C.P.B.A., Sala III, RSD 57-00 S, de fecha 24-08-2000).

Que analizada la resolución ahora atacada, se aprecia que el Sr. Juez interviniente desarrolló un camino lógico y razonado para acreditar los extremos materia de imputación y descartar la versión sostenida por la defensa,

fundando las conclusiones a las que arriba en las constancias obrantes en autos.

Así las cosas el Magistrado de Grado descartó que la causa de la muerte de la Sra. L. haya sido la falla del respirador utilizado en la ocasión, y ello en virtud de las pericias de fs. 51/51 vta. y de fs. 151/151 vta., que dan cuenta que el equipo de anestesia marca Draguer, modelo sulla 800 E, número de serie, FABABR 8180, "*...funciona con normalidad...*" y que: "*...se encuentra en buenas condiciones de funcionamiento y uso...*", compartiendo por mi parte ese razonamiento.

Que la conclusión del Dr. Gerardo Chiodetti al realizar la pericia de fs. 508/519, sosteniendo que "*...si el respirador no hubiese dejado de funcionar, es posible que la paciente hubiera evolucionado favorablemente, llegando a su recuperación total. Por lo tanto, la gravitación que tuvo en este caso que el respirador dejara de funcionar es trascendente...*", parte de una premisa errónea, por cuanto los informes técnicos antes señalados demuestran que el equipo utilizado en la emergencia se encontraba en perfecto estado.

En ese entendimiento, el "A Quo" consideró que se encuentra "prima facie" acreditado que, con fecha 4 de octubre de 2.001, en el servicio de Terapia intensiva del Hospital Interzonal Dr. José Penna, de esta ciudad de Bahía Blanca, fue causada la muerte de la Sra. F. L., por impericia en el accionar de -al menos- el procesado G..

Así ponderó, entre otros elementos obrantes en la causa:

a) la copia autenticada del certificado de defunción agregada a fs. 163, de la que se desprende que la Sra. L. falleció de anemia aguda, shock hipovolémico, hemorragia masiva intraperitoneal.

b) informe autopsial de fs. 86/90 vta. en el que se concluye que "*...de los hallazgos consignados, se puede inferir que el origen de la falla hemodinámica se encuentra en la lesión de los vasos arteriales y venosos (ilíaca primitiva derecha y vena cava). La reparación de los mismos no produjo la*

supresión de la hemorragia, objetivada por la gran colección de sangre intra y retroperitoneal, que impide recuperar el shock hipovolemico que determina el óbito. Causa de muerte: anemia aguda, hemorragia masiva interna..."

c) informe pericial practicado por el perito médico forense, Dr. Carlos Eduardo Bachellerie, obrante a fs. 197/198. Al respecto el experto dice: *"...que la víctima fue sometida a una disectomía discal, con abordaje por el lado izquierdo. Se realiza hemilaminectomía y foramectomía, con apertura del ligamento vertebral común posterior y disectomía. Suturas por planos... que no se hallan en la Historia Clínica obrante en autos problemas previos que hicieran previsibles las consecuencias post-operatorias sufridas por la paciente... que la arteria ilíaca se puede romper por una lesión en las capas interna y/o media endógena, la que puede ser una aneurisma, (dilación de la misma) que estadísticamente no es común en este segmento. La vena, al no tener capa media muscular, no es factible el aneurisma. En ambos casos la ruptura, también puede producirse por lesión directa sobre ambas ... Si bien el mal funcionamiento del respirador no ayuda a la recuperación del paciente, la causa final fue la hemorragia masiva... Por más que el respirador haya funcionado bien, si no se detiene la hemorragia, el óbito se hubiera producido igual ..."*

e) el informe pericial practicado por el Dr. Gerardo Omar Chiodetti, de fs. 508/519, que en lo pertinente refiere: *"...Indudablemente la lesión vascular sufrida ha ocurrido en el acto quirúrgico y como consecuencia del mismo... A juicio de este Perito, la lesión de la arteria ilíaca primitiva derecha y de la cara anterior de la vena cava, se han producido por la llegada vulnerante, hasta ese plano anatómico, de alguno de los instrumentos utilizados durante la cirugía... que la actuación médica en la cirugía por la hernia de disco, lesionando los grandes vasos, fue el evento o causa remota o primaria que desencadenó una serie de eventos que concluyó en el óbito de F. L. ... "*

Agrego a ellos el testimonio brindado a fs. 121/122 por el

Dr. Francisco Leonel Franco, cuando afirma: *"...Que por la altura a la que se hallaban los cortes de la arteria ilíaca primitiva y de la vena cava inferior, pueden haberse producido como producto de las maniobras propias de la intervención quirúrgica de hernia de disco..."*

Así, resulta llamativa la afirmación efectuada posteriormente por el citado galeno a fs. 379/380 cuando expresa que: *"...en la cirugía, además de cuábulos, extraje elementos duros...eran restos osteoporóticos, desprendidos de la vecindad (sic) columna o vertebra de la columna lumbar..."*. Preguntado acerca de la presencia de astillas óseas, manifestó que: *"...encontré elementos duros compatibles con una astilla ósea. Que en el caso es compatible la lesión de la arteria y vena por la rotura de una vertebra osteoporótica..."*.

Ahora bien. Lo sostenido por el Dr. Franco se encuentra en cierta medida controvertido con los dichos del Dr. Pedrueza, quien a fs. 361/363 expresa que: *"...la existencia de una astilla ósea es producida siempre traumáticamente, quiero aclarar que dicha producción no es espontánea, no existe dolencia que provoque dicho desprendimiento... que dicha mecánica debe tener relación con la intervención, vale decir en la presente tiene que haber acontecido en el marco de la cirugía..."*.

Por su parte, el Dr. Chiodetti en su dictamen de fs. 508/519, sostiene que: *"...la lesión de la arteria ilíaca primitiva derecha y de la cara anterior de la vena cava, se han producido por la llegada vulnerante, hasta ese plano anatómico, de alguno de los instrumentos utilizados durante la cirugía, probablemente la pinza de Kerrison, "instrumento cortante o punzante" propiamente dicho..."*.

Agrega el Dr. Chiodetti (y confirmando la conclusión a la que arriba el A-Quo y la que acompaña) que, de haber existido la mentada astilla, la misma hubiera sido descrita en el informe autopsial de fs. 86/90 (tampoco

tenía osteoporosis previa.). Expone su disenso acerca de la osteoporosis que padecía la víctima, según los dichos del Dr. Franco, afirmando a fs. 508/519 que: *"...nuevamente el estudio sobre la TAC realizado por la Dra. Analía Ramos, médica especialista en Diagnóstico por Imágenes y médica legista, con 8 años de experiencia como médica de policía en Mar del Plata, y consultada por mi con la intención de mejor proveer, no halló ningún signo radiológico de osteoporosis. A la fecha de intervención, F. L. tenía 36 años, y de acuerdo a lo manifestado por los médicos tratantes, sin otras patologías, más allá de la que motivó la intervención..."*.

Todo lo analizado, en conjunción con los otros medios probatorios reseñados, hacen que pueda concluirse sobre la existencia del hecho tal como lo describiera el A-Quo.

A mi juicio, los elementos de prueba valorados para acreditar la exteriorización material del hecho, resultan aptos y suficientes para demostrar, con el grado de probabilidad positiva, la intervención responsable de O. D. G.. (artículos 209, 210 del Código Procesal Penal y 337 y 157 del mismo Cuerpo Legal).

La participación (en sentido amplio) del coprocesado G. ha sido reconocida por el nombrado al momento de prestar declaración en el presente proceso en los términos del art. 308 del C.P.P., en donde describiera el rol de principal responsable que le cupo en los hechos investigados (ver fs. 219/224 vta.): *"... que el día 1 de octubre del año 2.001, practiqué una cirugía de disectomía a una paciente que sufría esta dolencia desde larga data... Quiero aclarar que el Dr. D'Annuncio no era mi jefe inmediato y que actuaba en conjunto como ayudante de la cirugía, siendo éste rol de ayudante de mínima participación dada las características técnicas propias de éste tipo de intervención, pudiendo decirse que la totalidad de la operación fue realizada por mi persona..."*.

Que los informes obrantes a fs. 86/90 vta.; fs. 197/198 y fs. 508/519, permiten a esta altura del trámite del proceso, desvirtuar los dichos del imputado G. (y que recibieran apoyatura del testigo F.), en cuanto manifiesta que la lesión de la vena cava inferior y la arteria ilíaca primitiva derecha, se produjo por el desprendimiento de una astilla ósea o una esquirla.

Finalmente he de destacar que, del escrito presentado por la Defensa a fs. 662/670 vta., se desprenden a mi juicio, reclamos encontrados respecto del valor convictivo que debería otorgársele a la pericia de fs. 508/519 practicada por el Dr. Chiodetti, puesto que por un lado se peticiona su nulidad y posteriormente se solicita en base a la misma, el sobreseimiento del encartado.

El grado de convicción -probabilidad positiva- al que he arribado en torno al cuestionado extremo de la imputación penal, determina la existencia de motivo suficiente para remitir la causa a juicio, e impide -por ende- aplicar al caso el art. 323 del Código Procesal Penal (s/ley 13.260), y en particular lo previsto en el inciso 6to. en relación al art. 1º tercer párrafo del citado cuerpo legal.

Voto pues por la afirmativa, y teniendo en cuenta ello deberá tenerse presente la reserva federal formulada.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL DR. BARBIERI, DIJO: Adhiero por sus fundamentos al voto del colega preopinante, sufragando en idéntico sentido.

A LA TERCER PREGUNTA FORMULADA EL DR. SOUMOULOU DIJO: Atento el resultado de las cuestiones que preceden, correspondería confirmar en todas sus partes la resolución apelada de fs. 605/627 y en tal sentido: I-) rechazar el remedio interpuesto por el Dr. Matías Bertoncello en su carácter de Representante Legal del Particular Damnificado y en tal sentido mantener el sobreseimiento del Dr. Eugenio D'Annuncio, teniendo presente la reserva federal planteada ; II.a-) rechazar el recurso de apelación en cuanto ha insistido en la nulidad de la

diligencia de notificación de fs. 504/505, del planteo invalidante y de exclusión probatoria del informe pericial de fs. 508/519 y (por tales motivos) declarando abstracta la fulminación de la requisitoria de citación a juicio, todo ello según lo recurrido por la defensa del coimputado G.; II.b-) no hacer lugar al pedido de sobreseimiento del coimputado G. por no haberse extinguido la acción penal por prescripción; II.c-) no hacer lugar al pedido de sobreseimiento solicitada por los Sres. codefensores Particulares, y en consecuencia mantener la elevación a juicio de las presentes actuaciones en lo tocante al Sr. G. por la presunta comisión del ilícito de homicidio culposo, debiéndose tener presente la cuestión federal formulada por los recurrentes.

Voto en ese sentido.

A LA TERCER PREGUNTA EL SR. JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO: Adhiero al contenido del sufragio del Dr. Soumoulou y voto en el mismo sentido.

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

RESOLUCIÓN

Bahía Blanca, Agosto 24 de 2011.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto que es justa -en todas sus partes- la resolución apelada de fs.605/627 (artículos 59, 62, 67 y 84 del Código Penal; 337, 442 y ccmts. del Código Procesal Penal).

Por lo expuesto y los fundamentos del acuerdo que precede se RESUELVE CONFIRMAR la resolución apelada de fs. 605/627 y en CONSECUENCIA: I) rechazar el remedio interpuesto por el Dr. Matías

Bertoncello en su carácter de Representante Legal del Particular Damnificado, manteniendo el sobreseimiento del Dr. Eugenio D'Annuncio y teniendo presente la reserva federal formulada; II.a-) rechazar el recurso de apelación y por ende la nulidad de la diligencia de notificación de fs. 504/505, del planteo invalidante y de exclusión probatoria del informe pericial de fs. 508/519 y declarar abstracta la fulminación de la requisitoria de citación a juicio, todo ello según lo peticionado por la defensa del coimputado G.; II.b-) no hacer lugar al pedido de sobreseimiento del coimputado G. por no haberse extinguido la acción penal por prescripción; II.c-) no hacer lugar al pedido de sobreseimiento peticionada por los Sres. codefensores Particulares, y en consecuencia mantener la elevación a juicio de las presentes actuaciones en lo tocante al nombrado por la presunta comisión del ilícito de homicidio culposo y teniendo presente la cuestión federal impetrada.

Notifíquese.

Fecho remítase al Juzgado de Garantías interviniente a los fines antes aludidos.