

En la ciudad de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, a los 10 días del mes de abril de dos mil catorce, se reúnen en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Segunda de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Isidro - integrada en los términos del art. 36 de la ley 5827-, doctores **CARLOS ENRIQUE RIBERA y MARIA FERNANDA NUEVO**, para dictar sentencia en el juicio: "**G., A. F. c/Ministerio de Seguridad y/o s/daños y perjuicios**", causa SI2523/2008; y habiéndose oportunamente practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal Civil y Comercial), resulta que debe observarse el siguiente orden: Dres. Nuevo y Ribera, resolviéndose plantear y votar la siguiente:

C U E S T I O N

¿Es justa la sentencia apelada?

V O T A C I O N

A la cuestión planteada la señora Juez doctora Nuevo, dijo:

I) La sentencia de fs. 235/246 hizo lugar a la demanda promovida por A. F. G. contra la Provincia de Buenos Aires y los Dres. Carlos Alejandro Flores, Claudia Marion Delgiorgio y Jorge Eduardo Cordero (médicos dependientes de la Dirección General de la Policía Científica -Delegación Departamental San Isidro- y del Departamento de Patología Forense con sede en la ciudad de La Plata), a quienes condenó a pagar la suma de \$74.400 en concepto de indemnización por daños y perjuicios, más intereses y costas.

Para así decidir, el Sr. Juez de Primera Instancia consideró que la actora articuló la presente demanda alegando mala praxis médica, puesto que por la muerte del Sr. J. M. B. -ocurrida en su

domicilio el día 6.10.2005-, y a causa de la autopsia practicada (que reveló un deceso por asfixia mecánica secundaria a compresión del cuello), su parte fue imputada y hostigada penalmente con orden detención, la cual pudo neutralizar merced a las impugnaciones y nulidades que esgrimió hacia dicha autopsia. Y tras la intervención que tuvo el Cuerpo de Peritos Médicos Oficiales del Departamento Judicial San Isidro, se concluyó en que la muerte del Sr. B. había sido por una anoxia a causa de un infarto. Con lo cual, la causa penal fue archivada.

Al respecto el juzgador ponderó los informes médicos y periciales recabados en dicha causa, apuntando en definitiva que el fallecimiento del Sr. B. se debió a un infarto de miocardio; por lo que concluyó en que los médicos que efectuaron la autopsia equivocaron injustificadamente el diagnóstico -sin haber obrado con prudencia ni diligencia-, agravando así la situación de la actora. Y tras responsabilizar a los demandados, el Juez fijó indemnización de \$14.400 por daño psíquico (en rigor, tratamiento) y de \$60.000 por daño moral.

Tal pronunciamiento ha sido apelado por la actora (fs. 247), por Claudia M. Delgiorgio (fs. 249), Carlos A. Flores (fs. 251) y la Provincia de Buenos Aires (fs. 267). Habiéndose expresado agravios a fs. 284/288, 289/292, 293/295, 296/299 (contestados a fs. 302/303 y fs. 304/311).

II) Se agravia el codemandado Flores porque considera que la sentencia no analizó las particularidades del caso, en el sentido que no se trató de una causa en que un paciente haya resultado dañado por mala práctica médica. El apelante señala que no hubo error de diagnóstico que provocara daño a la salud; y que en todo

caso, los médicos forenses -el Dr. Cordero realizando la autopsia sobre el cadáver y él como jefe de obductores- carecían en ese momento de los antecedentes cardíacos de la víctima.

Por otro lado, el apelante apunta que el occiso presentaba fractura del hueso hioides y un hematoma retrofaríngeo de Browardel; por lo que no era descabellado afirmar que la muerte se había producido por una asfixia mecánica. De hecho, el recurrente añade que se envió muestra al laboratorio y que allí la Dra. Delgiorgio arribó a idénticas conclusiones que la autopsia. Y así, la fractura del hueso hioides constituyó un indicio de estrangulación y/o ahorcadura. De modo que desde la óptica forense no había error de diagnóstico, al menos de cómo probablemente había ocurrido el fallecimiento, pues la persona sin vida presentaba características de haber sido asfixiada, independientemente de la situación procesal en que se halló la actora a causa del hecho, lo que en definitiva dependía de la Fiscal y del Juez de Garantías. Y en este orden de ideas, el apelante agrega que la actora nunca estuvo detenida; y que la opinión de los médicos forenses, en el marco en que se dio -sin contar con los antecedentes médicos de la víctima y al día siguiente de iniciado el sumario y de producido el deceso-, no implicó falta de diligencia ni prudencia; ni puede tomarse como mala praxis desde la esfera de la responsabilidad civil, ya que los médicos carecían de la historia clínica y de otros antecedentes. Mientras que la Asesoría Pericial se expidió un año después contando con la totalidad de dichos elementos.

En subsidio, el codemandado postula que son elevadas las indemnizaciones otorgadas.

III) La codemandada Delgiorgio se agravia porque considera que

no hubo de su parte mala praxis médica, ya que su diagnóstico no era una hipótesis desechable sino posible, puesto que dentro de las opiniones médicas vertidas oportunamente, no había un único diagnóstico. Afirma que el que ella elaboró fue amplio y detallado y que por ende no es posible que se le atribuya falta de colaboración probatoria ni ausencia de diligencia profesional, pues ello quedó en evidencia con su análisis aportado a la causa penal.

IV) La Provincia de Buenos Aires se agravia porque de acuerdo a los antecedentes relatados en la demanda, la atribución de responsabilidad no pudo ser la mala praxis médica, sino en todo caso la actividad de Estado por su servicio de justicia. Señala que la naturaleza jurídica de la responsabilidad a tratar fue omitida en el fallo, por cuanto no se trata -dice la apelante- de un supuesto de mala praxis médica sino de la actividad jurisdiccional del Estado prestada mediante la intervención de peritos médicos oficiales al realizar la autopsia y otros estudios (es decir, como auxiliares de la justicia); siendo que la muerte de la persona que se hallaba con la actora determinó el curso de una causa penal por homicidio, con orden de detención planteada por la Fiscal pero desestimada por el Juez de Garantías. Así la Provincia de Buenos Aires alega que no hubo antijuridicidad ni servicio de justicia deficiente, sino que el mismo fue coherente -al igual que sus contingencias- con las características del caso investigado. Esto es que la autopsia realizada en primer término manejaba una posibilidad de muerte que no fue descartada por un segundo examen, para cuya elaboración se contaron con más amplios elementos probatorios.

Añade la apelante que la actora no fue detenida, y que en su momento las medidas fueron adoptadas en el marco del art. 266 del

Código de Procedimientos Penal, atendiendo a la finalidad de la investigación criminal, lo que ha tornado incorrecto evaluar este caso a partir, sin más, de lo normado en los arts. 512 y 902 del C.Civil, pues la cuestión debió analizarse desde lo previsto en el art. 1112 del mismo ordenamiento legal.

Asimismo la apelante aduce que no pudo mediar error de diagnóstico inicial si una segunda autopsia reveló que aquél era factible; así como el proceso penal permite la revisión de sus actos, tal como efectivamente sucedió, lográndose que la Fiscal pidiera archivar la causa y que la actora resultara sobreseída al aportarse al expediente otros elementos probatorios. De manera que no existió irregular prestación del servicio de justicia por el solo hecho de la primera autopsia, toda vez que todos los miembros de la sociedad se someten potencialmente a la labor jurisdiccional. De modo que la demanda debiera rechazarse.

Por lo demás (en subsidio), la apelante postula que el resarcimiento por daño psíquico implica confusión con el menoscabo moral y por lo tanto duplicación indemnizatoria. Sostiene que la indemnización del daño psicológico carece de fundamentos y de elementos que lo hagan procedente, más aún si se recomendó tratamiento, el que, por otra parte, fue fijado a un costo elevado.

En cuanto al daño moral, la recurrente aduce que la indemnización acordada es excesiva porque no se condice con las circunstancias de la víctima ni del caso planteado, desde que la actora nunca estuvo detenida y la investigación penal preparatoria se condujo normalmente.

V) La actora se agravia porque considera exigua la

indemnización establecida de \$14.400 para resarcir el daño psicológico, sobre todo teniendo en cuenta las conclusiones del dictamen pericial. Mientras que también interpreta como bajo el resarcimiento por daño moral (\$60.000) dados los graves padecimientos que atravesó a sus 43 años, como lo revelaron los testimonios reunidos.

Además cuestiona la tasa de interés fijada, en el sentido que la llamada "pasiva" debe correr desde la fecha del hecho y hasta que quede firme el fallo, para luego aplicarse la denominada tasa "activa".

VI) A criterio de la actora, el recurso de los demandados no cumple con los requisitos previstos por el art. 260 del CPCC. Al respecto es necesario tener presente que expresar agravios consiste en el ejercicio del control de juridicidad mediante la crítica de los eventuales errores del Juez y al ponerlos en evidencia, obtener una modificación parcial o íntegra del fallo en la medida del gravamen que ocasiona. Bajo ese concepto, el Tribunal de Alzada no puede examinar consideraciones de tipo genérico que denotan una mera disconformidad subjetiva con la sentencia y que por lo tanto son insuficientes como fundamento del recurso (doc. arts. 246 y 260 del C.P.C.C.).

Mas la facultad de declarar desierto un recurso ante la insuficiencia de la expresión de agravios, debe ejercerse por la Alzada con un criterio restrictivo, ya que lo contrario puede llevar a que, arbitrariamente, se afecte el derecho de defensa del recurrente (arts. 18, 28 Constitución Nacional, 15 Constitución de la Provincia).

La expresión de agravios de los accionados, pues, se refiere en forma concreta a la sentencia y a las constancias de autos para apoyar su reclamo. En razón de lo expuesto y siguiendo el criterio adoptado en casos precedentes (causas 99.866, 100.375, 100.470, 100.883, 101.100, 102.592, 102.722; entre muchos otros de la Sala I^a), propongo se le tenga por cumplido a los apelantes la carga impuesta por el art. 260 del C.P.C.C.

Por ello, de compartirse este criterio, corresponde proceder al análisis de los agravios vertidos. Y desde este vértice debe adelantarse que no es obligación de los jueces ponderar todas las pruebas, bastando que lo haga con las conducentes a la solución del litigio, pudiendo escoger las decisivas (art. 384 del CPCC; S.C.B.A., "Ac. y Sent.", 1863-II, 176; causa n° 107.177 rsd. 69/09 del 12.5.09 de esta Sala II^a). Tampoco la Cámara está constreñida a considerar todos y cada uno de los argumentos recursivos sino sólo los esenciales, quedando marginados los aspectos inconducentes de la litis (doctr. art. 266 del CPCC; conf. Morello..., "Códigos...", T° III, pág. 384).

VII) Conviene anticipar que en la demanda se reclamaron daños y perjuicios porque, según se explicó, a partir de la mala praxis médica en que incurrieron los profesionales dependientes de la Dirección General de la Policía Científica de la Provincia de Buenos Aires -quienes llevaron a cabo la autopsia y estudios anatomopatológicos sobre el cuerpo del Sr. J. M. B.-, la Unidad de Instrucción Fiscal n° 1 del Distrito Vicente López Oeste, decidió perseguir penalmente a la actora imputándole el delito de homicidio (mediante la IPP n° 869, con intervención del Juzgado de Garantías n° 2), siendo que la Fiscal pidió su orden de detención. Situación

ésta -la de la causa penal promovida que se prolongó durante 2 años- que la perjudicó enormemente. Ello hasta que, por la defensa que esgrimió, basada en la nulidad e impugnación de aquella autopsia, la Oficina Pericial del Departamento Judicial San Isidro (Cuerpo de Peritos Médicos Oficiales) dió a su turno un dictamen en el sentido de desvirtuar los elementos de aquella inicial autopsia y establecer que el deceso del Sr. B. había sido, no por un estrangulamiento o ahorcamiento (como antes se había sugerido pericialmente), sino por una anoxia producida por un infarto masivo; lográndose entonces que la Fiscalía archivara la causa y que su parte fuera sobreseída totalmente (fs. 6/9, 13/15).

O sea que la actora ha planteado que por una incorrecta práctica médica (hecha en el marco de un peritaje), su parte quedó sometida a investigación y criminalmente expuesta; y esta sería la relación de causalidad invocada como presupuesto de la responsabilidad atribuida (arts. 499, 512, 520, 521, 902 y cc. del C.Civil).

VIII) Según acta de procedimiento obrante a fs. 4 de la causa penal nº 869 (que se tiene a la vista), el día 6.10.2005 aproximadamente a la hora 20:30, personal policial fue alertado para constituirse en el domicilio de la actora, quien indicó que adentro de su hogar, un amigo suyo llamado J., con quien se disponía a tomar un café con leche, de repente se había descompuesto (que él estaba de pie, cayó y sufrió convulsiones), verificándose que efectivamente aquél estaba en la cocina y yacía sobre el piso boca abajo (ver fotografías de fs. 22). Se comprobó el fallecimiento de la persona una vez que compareció el médico requerido a bordo de una ambulancia; y tras ello, por orden de la Fiscalía interviniente, se

hicieron presentes los peritos de la Policía Científica y el médico de Policía. En tanto que a fs. 16/17, la ahora demandante declaró el 7.10.2005 que había conocido hacía un año al Sr. J. B. a través de la modalidad del *chat* informático, y que hacía 2 meses lo había hecho de modo personal, siendo que ante su segundo encuentro, ambos se dirigieron a la casa de la actora a tomar un café, no obstante haber mantenido antes un juego y una práctica sexuales, en el cual él -según la actora- se encontraba muy “acelerado”; y que después, cuando se aprestaban a beber el café, B. cayó al piso, se tomaba el abdomen, emitía sonidos (guturales o gemidos) al tiempo que su cabeza chocaba contra el piso, como si tuviera convulsiones. Por lo que la actora decidió comunicarse con su hermana para que la auxilie. Además, uno de los policías que intervino inicialmente, Ricardo O. Ibañez, declaró a fs. 39/40, que la actora no sabía mucho acerca del fallecido (por ejemplo, su apellido).

IX) La actividad pericial constituye una forma de ejercicio de la medicina (art. 2 inc. “a” de la ley 17.132), siendo entonces un hecho de naturaleza médica protagonizado por un médico legitimado y que encuadra en la categoría de acto médico (conf. Garay, “Tratado de la Responsabilidad Civil en las Especialidades Médicas”, Tº II, págs. 1191/1192, Errepar). Pero la necropsia fue dispuesta por la investigación penal preparatoria para averiguar la causa de la muerte (fs. 18).

En efecto; la autopsia o necropsia es el examen del cadáver para la investigación de la causas de la muerte. Si bien en la práctica de una autopsia -como acto médico- deben respetarse las normas ético legales de la buena praxis, correspondiéndole al médico forense iguales responsabilidades que al asistencial, lo cierto es

que no puede obviarse que la necropsia -en el caso- es un medio de obtención de datos que son aportados a la causa, y que el informe de autopsia queda a la consideración del juez, no constituyéndose en un elemento decisivo, sino que debe integrarse con otras pruebas. Y si bien existen casos en que el dictamen pericial asume una importancia trascendente, lo concreto es que queda sujeto a la valoración del magistrado conforme a las reglas de la sana crítica. Así como que tampoco puede prescindirse que existen la autopsia asistencial o clínica y la forense o médico legal, según se priorice el examen interno o el externo; y la médico legal se realiza en los casos de muerte violenta, dudosa o por pedido de la autoridad competente (conf. Ratto Nielsen, en "Responsabilidad Profesional Médica", Ed. La Ley, "La Autopsia Médico Legal", coordinado por Garay, págs. 129/133).

En este orden de ideas, y en materia de peritos, el experto citado a discernir por el Juez (o la Fiscal, en el caso), no es parte en el proceso; es sólo un auxiliar con características determinadas según su especialización (quien obviamente no debe incurrir en dolosas falsedades o mendacidades -arg. art. 275 del Cód. Penal-). De ahí que en lo que aquí interesa, los resortes pertinentes corresponden al juez o a quien tenga la potestad de ordenar o instruir el peritaje. Nótese que el magistrado no está ligado categóricamente a las conclusiones del peritaje, que sólo es un elemento informativo sujeto a su apreciación (SCBA Ac. y Sent. 1957-IV-54; 1961-V-490; causa 48584-8 del 6/3/2014 rsd. 29/2014 Sala II^a). La condena no la determina el perito sino el juez, porque los peritos son auxiliares de la justicia cuya misión consiste en contribuir a formar convicción en el magistrado, quien no está

ligado categóricamente a las conclusiones del peritaje (SCBA Ac. y Sent. 1957-IV-54; 1961-V-490; causa n° 111.092 rsd. 92/11 del 11.8.11 Sala II^a). Y los jueces pueden apartarse de ellas suministrando los fundamentos de su convicción contraria, dado que resultaría inaceptable que el juez deba declarar que un dictamen es plena prueba de un hecho cualquiera si parece absurdo o dudoso, carente de razones técnicas o científicas o desprovisto de firmeza y claridad (causa 100.294 del 4.12.08. RSD 6/08 Sala II^a).

En consecuencia, en el cuadro en que la mala praxis se habría dado, cabe destacar que hay dos supuestos básicos generadores de responsabilidad estatal por actividad judicial: error judicial y funcionamiento irregular o anormal de la administración de justicia. En este último caso, se trata de la concepción de la falta de servicio, que va de la mano de la utilización de un factor de atribución objetivo que se encuentra en el art. 1112 del C.Civil. La falta de servicio se configura cuando el órgano estatal cumple de manera irregular los deberes y obligaciones impuestos por la Constitución, la ley o el reglamento, o por el funcionamiento defectuoso del servicio, sea el incumplimiento derivado de acción u omisión. Por lo tanto, en el supuesto de irregular o anormal funcionamiento de la administración de justicia, se está en presencia de casos que dan origen a responsabilidad por las omisiones o irregularidades cometidas en el procedimiento (conf. Alfonso Santiago y colaboradores, "La Responsabilidad Judicial y sus Dimensiones", T° 2, págs. 268, 302, 322/324, Universidad Austral).

Así, la responsabilidad judicial se da en el incumplimiento de funciones propias o en la falta de prestación adecuada del servicio de justicia -por acción u omisión- de magistrados, funcionarios,

empleados y auxiliares en el escenario del proceso (arts. 43, 1112 del C.Civil; conf. Gherzi, "Responsabilidad de los Jueces y Juzgamiento de Funcionarios", pág. 78, Astrea, con cita de fallos 307:821, Corte Suprema del 4.6.85, "Hotelera Río de la Plata SACI c/Buenos Aires, Provincia de s/restitución de dólares"). La responsabilidad estatal, pues, surge como consecuencia del daño generado por hechos, actos, dilaciones u omisiones acaecidos durante el proceso, debido al funcionamiento anormal o defectuoso del servicio de justicia; y este tipo de responsabilidad, identificada como *in procedendo*, se diferencia del supuesto de errores judiciales, ya que comprende la gama de supuestos que, sin ser específicamente sentencias definitivas o resoluciones provisionales o cautelares, se vinculan al proceso y posibilitan el avance del mismo (conf. Aberasturi y colaboradores, "Responsabilidad del Estado", LexisNexis, Abeledo Perrot, págs. 195//197; causa n° 109.146 rsd. 70/11 del 19.5.11 Sala IIª). Y son funcionarios públicos en los términos del art. 1112 del C.Civil, no sólo los magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial, sino además los auxiliares, como los peritos oficiales (conf. Calderón-Márquez, "Responsabilidad Civil del Funcionario Público", en Revista de Derecho de Daños, 2010-3, págs. 334, 352, Ed. Rubinzal Culzoni).

X) Se desprende del dictamen fs. 20/21 de la causa penal, que J. M. B. murió por causa inmediata o final de paro cardiorrespiratorio traumático, mientras que la causa mediata o básica fue asfixia mecánica, *ad referendum* de pericias (sic); siendo el médico informante Jorge E. Cordero (del Cuerpo Médico de la Policía Científica, Departamental San Isidro), quien llevó a cabo la

autopsia el 7.10.2005, o sea, al día siguiente de la muerte, en la Morgue del Hospital de San Fernando. Y el protocolo de autopsia (fs. 117/123) suscripto por Carlos A. Flores y Jorge E. Cordero concluyó en que la causa de muerte fue asfixia mecánica secundaria a compresión externa del cuello; que el mecanismo de la muerte fue depresión cardiorrespiratoria secundaria a estímulo vagal; y que la manera de la muerte era materia de investigación. Al respecto los galenos mencionados, en su condición de peritos, explicaron que el cadáver presentaba lesiones contusas en rostro, un hematoma retrofaríngeo y otro a nivel de la base de la lengua, así como fractura de ambas astas del hueso hioides, por lo que era verosímil pensar -teniendo en cuenta los signos del síndrome general de asfixia-, que la misma se habría producido como consecuencia de una acción compresiva a nivel del cuello (sujeto ello, a confirmación de pericias toxicológicas y anatomopatológicas).

Por su parte, el estudio pericial anejo a fs. 99/103, de fecha 27.10.2005 (elaborado por la Dra. Claudia Delgiorgio), consideró la presencia de un cuadro histológico compatible con asfixia mecánica determinado por un pulmón de lucha y congestión visceral generalizada; signos de lesión de carácter vital a nivel cervical determinados por fractura de asta derecha del hueso hioides y hematoma en laringo-faringe de 1 cm de diámetro (observándose hemorragia); y cardiopatía isquémica severa con secuela de infarto cicatrizal (miocardioesclerosis y ateromatosis coronaria severa).

XI) Estableció el Supremo Tribunal Federal, que sólo cabe considerar como error judicial, determinante de la responsabilidad del Estado, a aquel que ha sido provocado de modo irreparable por una decisión de los órganos de la administración de justicia y

cuyas consecuencias perjudiciales no han logrado hacerse cesar por efecto de los medios procesales ordinariamente previstos a ese fin en el ordenamiento (CSJN., 13-10-1994, "Román c/Estado Nacional"; diario LA LEY del 5-5-1995). Es decir que los errores que se cometan antes de un pronunciamiento, merecen reparación cuando son definitivos, insalvables o insuperables, no haciendo falta aguardar a una decisión definitiva para que el error resulte reparable; siendo que pudo obedecer a un auxiliar de la justicia, como el caso de un perito (conf. Mosset Iturraspe, "Responsabilidad por Daños", Error Judicial, Tº VII, págs. 72, 202; Fenochietto, "Código Procesal...", pág. 530, 7ª ed. Astrea).

El error en el juzgar, por sí mismo, el error de criterio en la apreciación de los hechos no configura una falta del servicio de justicia ni una prestación irregular del mismo. Es que a sabiendas de los límites de la condición humana y, por ende, de la falibilidad de los jueces, ese servicio está estructurado en una serie de sucesivas instancias que permiten -recursos o medios de impugnación mediante- revisar o enmendar en las instancias superiores los "errores" (muchas de las veces, diferencias de interpretación del derecho, en la valoración de los hechos o en la apreciación de la prueba) cometidos en las inferiores (SCBA, Ac. 87857 S 19-9-2007).

Si bien la Fiscal interviniente sospechó que la actora había participado en la comisión de un delito de homicidio en el interior de su casa, y por eso solicitó su detención (fs. 137/138), basándose fundamentalmente en los estudios periciales de la Policía Científica -que incluso fueron ratificados por sus autores (fs. 134/136, 172)-, lo cierto es que por un lado, no fueron únicamente los peritajes los

que condujeron a ese pedido, sino todos los elementos oportunamente recabados; y por otro lado, merece destacarse que el Juez de Garantías rechazó ese pedido de detención cautelar, por prematuro (fs. 139/141).

El art. 15 de la Constitución de la Provincia garantiza la tutela judicial continua y efectiva y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos. En tanto que el art. 18 de la Constitución Nacional consagra la integridad de la defensa en juicio, lo que supone la amplia posibilidad de ofrecer y producir pruebas conducentes, conforme al paradigma del debido proceso. El art. 209 del Código Procesal Penal estatuye la libertad probatoria. Por excepción autoriza a limitar los medios de prueba cuando ellos resulten manifiestamente superabundantes. En la duda, debe prevalecer un criterio amplio (conf. Bertolino, "Código Procesal Penal...", 8ª ed., pág. 310).

En el caso, la actora no ha puesto de relieve cómo es que en el marco de la investigación penal, en su cauce o procedimiento, no pudo contar con adecuada defensa ni con peritos de parte, ni con amplitud probatoria (arts. 209, 232, 247, 249, 251, 280 y cc. del CPP). De hecho, tras su pedido de detención -que no se materializó, aunque sí quedó imputada- la actora se presentó con sus abogados, solicitando la nulidad de la autopsia (fs. 231/234) y reuniendo una serie de testimonios (v. fs. 242/256), inclusive de un médico que labró un dictamen pericial de parte glosado a fs. 218/223. Y fue con esos nuevos elementos y los ya colectados, que la propia Fiscal ordenó a fs. 268 la realización de un amplio peritaje médico legal a realizar por la Oficina Pericial Departamental -mas a confeccionar a partir de la autopsia, el informe anatomopatológico, los

toxicológicos, lo manifestado por los médicos tanatólogos, el dictamen pericial de parte (y su declaración testimonial)-, permitiéndose incluso la intervención de peritos de parte (fs. 272/273, 275, 283). Y consta que con posterioridad, los profesionales de la Asesoría Pericial, a fs. 291, señalaron contradicciones en la comparación que efectuaron entre la autopsia y el informe anatomopatológico (hechos por diferentes médicos), para lo cual requirieron el envío de la totalidad de las muestras del material peritado.

Pues bien; dicho informe pericial fue anexado a fs. 345/353, contestándose los puntos periciales efectuados por la Fiscal. En este aspecto interesa apuntar que a partir de los elementos aportados a la causa, el informe anotó dos posibilidades de causa de muerte: la obstrucción mecánica de las vías respiratorias superiores y el infarto de miocardio. Y los peritos afirmaron que esta última era la causa del fallecimiento, toda vez que el infarto de miocardio puede ser causa de una forma clínica de asfixia, por lo que descartaron la restante posibilidad, no coincidiendo con los peritos de la Policía Científica. Pero para ello, los peritos de la Asesoría Pericial partieron del análisis de la historia clínica proveniente del instituto FLENI -respecto de la cual resaltaron la importancia de datos emergentes en los meses de mayo y septiembre de 2005, y sobre todo, el grave cuadro cardíaco que de reciente data padecía la persona luego muerta, quien podía fallecer tras efectuar algún esfuerzo-; en tanto que el informe anatomopatológico expresaba lesiones cardíacas que justificaban por tal razón una muerte súbita. Continuaron los peritos analizando el dictamen pericial de parte e inclusive ponderaron las convulsiones que la propia imputada en su

declaración testimonial dijo presenciar; y hasta a ella misma le tomaron sus dimensiones corporales, evaluaron su peso, fuerza, determinaron su miembro hábil y la medicación que tomaba por padecer hipotiroidismo. Además los facultativos de la Asesoría Pericial valoraron que no se contó con material adecuado para sospechar una causa de muerte por estrangulamiento, desde que el antebrazo y la mano supuestamente agresoras deberían haber tenido rastros de la presión ejercida sobre el cuello de la víctima, y que sin embargo, la imputada no había sido examinada.

En este sentido, se ha valorado que algunos autores distinguen un nuevo concepto de autopsia, en relación a los casos en que se juzga una probable mala praxis; pero que estas necropsias no encuadran de manera absoluta en los conceptos antes definidos (asistencial o clínica y forense o médico legal), ya que comparte características de ambos procedimientos. En tal caso, el perito realiza la autopsia, considerando a su vez la historia clínica y todos los datos médicos *pre mortem*, generalmente, transcurrido un determinado tiempo desde la muerte, asemejándose más a una autopsia clínica que a una forense, puesto que se trata de correlacionar los hallazgos anatómicos con la causa, naturaleza, extensión y complicaciones de la enfermedad -correlación anatomoclínica- (conf. Ratto Nielsen, ob. cit. pág. 129).

En consecuencia, a los fines de la responsabilidad civil médica, es menester comprobar la existencia de una conducta profesional capaz de producir un daño. Pero en el caso debe atenderse, por la situación del médico -interviniendo como auxiliar de la justicia-, al sistema de causalidad adecuado; en cuyo caso debe tenerse particularmente en cuenta que los peritos médicos

expresan su opinión en base a una causa médica, mientras que el juez (o la Fiscal) aprecian los hechos considerando la causa jurídica. Y por todo lo enunciado, no se advierte, al menos en este caso, que, exclusiva y excluyentemente, por las conclusiones a las que arribaran los peritos de la Policía Científica, la actora sufriera un daño resarcible a partir de la continuación de la investigación penal, que estrictamente no dependía de los peritos sino de la Fiscal y del Juez, respecto de quienes la demandante no ha vertido ningún reproche en cuanto a su desempeño, pese a ostentar los poderes de dirección y control del procedimiento (arts. 267, 268, 283, 284 y cc. del CPCC).

No es plausible determinar con absoluta certeza que la prueba pericial a cargo de la Policía Científica -acto procesal de prueba, cuyo resultado no deja de ser una contingencia o alternativa subsanable dentro del mismo proceso-, inexorablemente hubiera conducido, de haber arribado a otras conclusiones, y de acuerdo a las circunstancias del caso, a un archivo de la causa o a un sobreseimiento en tiempo previo al que efectivamente ocurrió, ni a un supuesto de responsabilidad estatal por irregular servicio de justicia; puesto que el sobreseimiento de la actora no evidenció deficiente servicio de justicia en sus actuaciones previas, sino que por las vicisitudes propias del procedimiento, aquél derivó de un análisis de su imputabilidad a raíz de nuevos elementos probatorios sobre la base de materiales que no se encontraban reunidos en etapas anteriores, lo cual no puede interpretarse sin más como una dilación grosera e injusta por encima de la tolerable a los avatares de un proceso. Que el archivo de la causa penal y el consiguiente sobreseimiento de la imputada hubieran ocurrido antes -de no haber

mediado peritajes que se dicen deficientes-, no deja de ser sino una conjetura o hipótesis que no alcanza a comprometer causalmente la responsabilidad que se analiza en el escenario en que los acontecimientos tuvieron lugar; considerando que se afirma, como objeto de este juicio, que hubo mala práctica médica (pericial).

Por ello, no es posible sostener que cualquier irregularidad verificada a lo largo de un proceso judicial otorgue sin más el derecho a una reparación pecuniaria a cargo del Estado. La indemnización por el error judicial requiere el traspaso de un umbral de tolerancia que dista de enclavarse en la mera anomalía procedimental (SCBA C 103663 S 22-5-2013).

Así, el eventual derecho a obtener reparación por daños derivados de la actividad judicial lícita, se supedita, lógicamente, a que se demuestre que se ha ocasionado un daño injusto en razón de la ausencia del deber jurídico de soportarlo, y/o la existencia de un sacrificio especial, excesivo, desproporcionado o anormal en el afectado (conf. causa 96.855 del 21-5-2009 RSD 41/09 Sala III^a). Y en el caso, la actora ni siquiera estuvo detenida; habiendo resuelto la Suprema Corte que no media irregular prestación del servicio de justicia aún en aquellos casos en que la persona se vio sometida a prisión preventiva -y luego dejada sin efecto- cuando ésta no fue dictada arbitrariamente sino en base a elementos objetivos respecto de la comisión de un delito y de la posibilidad del imputado de ser su autor (SCBA Ac. 79.211 del 16.7.2003; Ac. 93.104 del 5.4.2006; C. 10.637 del 10.12.2008; C. 102.594 del 22.12.2010).

Mas los daños que puedan resultar del procedimiento empleado para dirimir una contienda, si no son producto del ejercicio

irregular del servicio, deben ser soportados por los particulares, pues son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia (Corte Suprema de la Nación, 26/10/1999, *in re* "Mallman, Arturo J. y otro v. Estado Nacional", 2002-IV, síntesis). En análogo sentido, la Suprema Corte de la Provincia ha resuelto que los actos judiciales no generan la responsabilidad del Estado por su actividad lícita. Los daños que puedan resultar del procedimiento empleado para resolver la contienda, si no son producto del ejercicio irregular del servicio, deben ser soportados por los particulares, pues son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia (Ac. 93.104 del 5.4.2006).

XII) En todo juicio sobre responsabilidad médica, las cuestiones involucradas son de carácter científico o técnico, de allí la necesidad de ocurrir al dictamen de peritos. Es que cuando la demanda está dirigida a demostrar la mala praxis médica, el peritaje es el único medio probatorio para poder determinar si ella se produjo por una actividad negligente o imprudente o por falta de pericia necesaria en los médicos intervinientes (arts. 457, 462, 474 del CPCC).

La prestación profesional a cargo de los médicos no es de resultados, sino por el contrario, solamente de medios (LLAMBIAS, "Tratado...Obligaciones", IV-B, págs. 137 y sigs.; BUSTAMANTE ALSINA, "Responsabilidad Civil de los médicos" en L.L. 1976-C, 65). Y la culpa del profesional deberá ser examinada en función del cumplimiento de las reglas del arte en la línea del trabajo médico escogido. De este modo, la valoración en cuanto a si ha existido error no puede hacerse a *posteriori*, sino que tanto el juez como los peritos deben ubicarse en la misma situación en que se encontraba el

médico al momento de realizarlo (CC0002 SM 49764 RSD-9-10 S 11-2-2010; causa n° D-5177-0 rsd. 97/2012 Sala IIª). Para analizar la conducta médica debe apreciarse el estado de cosas en el momento en que se realizó el acto médico. Y para poder considerar al error como imputable al médico, el mismo debe obedecer a una apreciación grosera o negligente, o de impericia en la averiguación de las causas expuestas (causa D323/05, sent. del 23/8/2012 Sala IIª).

En este contexto, la prueba pericial médica es trascendente en esta clase de juicios (CC0002 SI 88207 RSD-61-2 S 26-3-2002 ex Sala IIª; causa n° D-5177-0 rsd. 97/2012 Sala IIª). Pero en el caso no se la hizo porque la actora, quien tenía por regla la carga respectiva, ni siquiera la ofreció pudiendo hacerlo (arts. 375, 376 del CPCC). Y no es excusa para ello, que en la causa penal el peritaje a cargo de la Asesoría Pericial desvirtuara los informes realizados por la Policía Científica; habida cuenta que para su confección, aquella dependencia contó con una serie de elementos que no tuvieron los dictámenes anteriores, a saber, la historia clínica de la persona fallecida -que aparece como un dato más que relevante en la elaboración de la experticia a cargo de la Asesoría Pericial (fs. 66/95 de la causa penal)-, y aparte, testimonios, análisis, dictamen de parte, etc. E incluso los médicos de la Asesoría Pericial efectuaron un trabajo de cotejo entre la autopsia inicial y el estudio de anatomopatología, el cual no había sido requerido con anterioridad en la instrucción penal (como tampoco se había ordenado peritar a la actora). No pudiendo considerarse labor pericial a la declaración testimonial en la que el forense dice haber visto dicho estudio de anatomopatología, pues de ello no se extrae un trabajo comparativo a manera de presentación pericial y que traduzca un

elemento de rigor informativo (arts. 250 del CPP y 472 del CPCC). Además, el propósito del dictamen de la Asesoría Pericial -dado también el objeto de la investigación penal- no fue evaluar una eventual mala praxis médica de los profesionales de la Policía Científica desde el punto de vista forense (a partir de los hallazgos realizados y desde el material examinado en ese momento), sino determinar con otros y diversos elementos reunidos, un reexamen de cuál había sido la causa de la muerte del Sr. B.. Por lo que de allí no puede extraerse necesariamente que los peritos anteriores hubieran incurrido en mala praxis (o en errores o en falacias inexcusables), ya que para ello era menester analizar cuestiones que no fueron abordadas por la Asesoría Pericial conforme se puntualizó (esto es, de acuerdo al cometido que tenía dicho cuerpo médico). Y tampoco ése constituiría el peritaje -como dice la actora al contestar agravios- respecto del cual los demandados debieran, en este juicio, observar o pedir explicaciones; ello estimando el objeto de una y otra causa judicial. En la causa penal, a diferencia de lo que aquí ocurre, los peritos de la Policía Científica no eran parte sino justamente auxiliares de la justicia. De ahí también la importancia de un peritaje tendiente, en efecto, a demostrar en el presente pleito, si hubo mala praxis.

En este sentido, la teoría de las "cargas probatorias dinámicas" no puede aplicarse con carácter general e indiscriminado; es residual, porque constituye un apartamiento excepcional de las normas legales que establecen la distribución del *onus probandi* (art. 375 CPCC). Solo es aceptable cuando la aplicación mecánica o rígida de la ley conduzca a resultados disvaliosos o inicuos (CNCiv., sala D, 28-2-96, "G. c/Centro Médico"; EL DERECHO, 172,

487; causa nº D-3474-0, 30/8/2012 Sala IIª), lo que en el caso no se advierte, sobre todo si la actora -se reitera- no ofreció la prueba idónea.

Por todo lo expuesto, considero que, no estando comprendidos en el caso los presupuestos de responsabilidad atinentes a la naturaleza de la acción entablada, ni acreditada la mala praxis denunciada (arts. 43, 499, 520, 521, 902, 1112 y cc. del C.Civil, 375, 376, 384, 474 y cc. del CPCC), deben admitirse los recursos interpuestos y desestimarse la demanda.

No siendo necesario tratar más cuestiones que las conducentes a la adecuada solución del pleito (art. 266 del CPCC), voto por la **negativa**.

A la misma cuestión, el señor Juez doctor Ribera por las mismas consideraciones, votó también por la **negativa**.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Por ello, en virtud de las conclusiones obtenidas en el Acuerdo que antecede y de los fundamentos expuestos en el mismo, se revoca la sentencia apelada, rechazándose la demanda interpuesta. Las costas en ambas instancias se imponen a la actora en su carácter de vencida (art. 68 del CPCC). Se posterga la regulación de honorarios para una vez fijados los de la instancia de origen (art. 31 D.L. 8904).

Reg., not. y dev.

María Fernanda Nuevo
Juez

Carlos Enrique Ribera
Juez

Guillermo D. Ottaviano
Secretario