

SOBRESEIMIENTO: *Causales: Orden de examen de las causales previstas en el art. 350 CPP. TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS: Noción. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCION PENAL: Suspensión. Cuestiones previas. Caracterización.* Alcance: solicitud de suspensión del juicio a prueba. **RECURSO DE CASACIÓN. Motivo formal. Agravio relativo a la vulneración de las reglas de la sana crítica racional (art. 413 inc. 4º del C.P.P.): fundamentación. Facultades discrecionales del tribunal de juicio: Valoración de la prueba. TENTATIVA: Comienzo de ejecución: Concepto. Pautas para su valoración.**

I. Habida cuenta de la naturaleza sustancial de las distintas causales de sobreseimiento, las extintivas de la acción deben ser de previa consideración. Por ello, la sola presencia de una causal extintiva de la acción debe ser estimada independientemente cualquiera sea la oportunidad de su producción y de su conocimiento por el Tribunal, toda vez que -en términos procesales- significa un impedimento para continuar ejerciendo los poderes de acción y de jurisdicción en procura de un pronunciamiento sobre el fondo.

II. Conforme a la "teoría de los actos propios", nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con una anterior conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz.

III. El art. 67 del CP, prevé como causales de suspensión de la prescripción, las cuestiones prejudiciales o previas, sin brindar un catálogo de cuáles pueden ser consideradas tales. La generalidad de la doctrina consideró como cuestiones previas, sólo el divorcio por causa de adulterio, el desafuero y antejuicio, pues se estimaba que no existían otras variantes que pudieran ser aceptadas irrestrictamente.

IV. En la actualidad el sistema penal muestra una importante modificación a partir de la incorporación del instituto de la suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis CP). Del artículo 67 ib., surge que el pedido de suspensión del juicio a prueba, debe ser interpretado por su propia naturaleza, como una cuestión previa, pues de la resolución que recaiga depende la prosecución del juicio criminal, en tanto la solicitud del mentado beneficio coloca al juez interviniente en la necesidad de paralizarlo y pronunciarse previo el trámite de ley sobre tal petición.

V. El juicio que decide sobre la concesión o no de la suspensión del juicio a prueba, versa sobre un objeto diferente que no constituye un elemento del delito a juzgar, ya que su estudio ha de limitarse a la comprobación de las circunstancias previstas por la ley para su procedencia, entre otras, la posibilidad de obtener una condena condicional, el ofrecimiento del imputado a la reparación del daño, su razonabilidad, y el consentimiento del fiscal.

VI. En lo que respecta a la fundamentación probatoria, compete a esta Sala verificar la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto, con el único límite de lo que no resulte revisable, esto es, lo que surja directa y únicamente de la inmediación. Ahora bien, si la obligación constitucional y legal de motivar la sentencia impone al Tribunal de mérito -entre otros recaudos- tomar en

consideración todas las pruebas fundamentales legalmente incorporadas en el juicio y efectuar dicha ponderación conforme la sana crítica racional (art. 193 del C.P.P.), resulta claro que el recurso que invoca la infracción a las reglas que la integran -lógica, psicología, experiencia- debe también contraponer un análisis de todo el cuadro convictivo meritado, y en función de éste, a su vez, evidenciar la decisividad del vicio que se denuncia (art. 413 inc. 4° del C.P.P.).

VII. La atribución de determinado valor convictivo a la prueba es una facultad discrecional del juez de mérito que es motivo de casación, en casos de arbitrariedad.

VIII. Configura una variante de la arbitrariedad, la asignación de crédito o demérito irrazonable de la prueba por parte del tribunal de juicio. En tales supuestos, el tribunal de juicio utiliza arbitrariamente sus facultades discrecionales y ese vicio se presenta con tal evidencia o palmariedad, que es apreciable por el tribunal de casación, aún cuando éste a diferencia de aquél no ha receptado la prueba (inmediación), límite que por supuesto se refiere a los testimonios y demás pruebas recepcionadas en la audiencia (vgr. declaraciones de peritos, inspecciones judiciales, reconstrucciones del hecho).

IX. Cuando la ley habla de comienzo de ejecución comprende aquellos actos que aunque no sean directa e inmediatamente consumativos de la acción punible, impliquen que el autor ha comenzado las acciones idóneas que en el caso concreto significan el comienzo de la realización directa de sus miras, puesto que los mismos presentan para el bien penalmente protegido el peligro objetivo y presente de una ofensa, lo que constituye el fundamento jurídico de la tentativa. Se afirma que los comportamientos que careciendo en sí mismos, de esa capacidad, por su inmediata conexión con la conducta típica y su sentido demuestran que el autor ha puesto en obra su finalidad de cometer el delito. Es más, la distinción entre actos preparatorios y el comienzo de ejecución, es relativa, y no sólo se debe analizar en relación a cada delito, sino también, a las circunstancias que rodean al caso.

TSJ, SALA PENAL, S. n° 327, del 27/11/2012, "**MALDONADO, Angel Eduardo p.s.a. aborto en grado de tentativa -Recurso de Casación-**". Vocales: Dras. Cafure de Battistelli, Tarditti y Blanc G. de Arabel.

SENTENCIA NUMERO: TRESCIENTOS VEINTISIETE

En la Ciudad de Córdoba, a los veintisiete días del mes de noviembre de dos mil doce, siendo las trece horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora Aída Tarditti, con asistencia de las señoras Vocales doctoras María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, a los fines de dictar sentencia en los autos *“MALDONADO, Angel Eduardo p.s.a. aborto en grado de tentativa - Recurso de Casación-”* (Expte. "M", 32/11), con motivo del recurso de casación interpuesto por los Dres. José Antonio Buteler y Julio Antonio Loza, como codefensores del imputado Angel Eduardo Maldonado, en contra de la Sentencia número diez, del catorce de marzo de dos mil once, dictada por la Cámara en lo Criminal y Correccional de Villa Dolores.

Abierto el acto por la Sra. Presidente se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

PRIMERA CUESTION: ¿Resulta procedente el planteo de prescripción?

SEGUNDA CUESTION: ¿Se ha aplicado erróneamente el art. 42 del CP?

TERCERA CUESTION: ¿Es nula la sentencia por carecer de la debida fundamentación en orden a la responsabilidad del imputado?

CUARTA CUESTION: ¿Qué solución corresponde dictar?

Las señoras Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dras. María Esther Cafure de Battistelli, Aída Tarditti y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel.

A LA PRIMERA CUESTION:

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

I. Por sentencia N° 10, del 14 de marzo de 2011, la Cámara en lo Criminal y Correccional de Villa Dolores, resolvió: “I) Declarar a Angel Eduardo Maldonado, de condiciones personales ya relacionadas, autor penalmente responsable del delito de aborto agravado en grado de tentativa (arts. 45, 42, 86 primer párrafo en función del 85 inc. 2° -primer supuesto- del CP) que le atribuye en el hecho fijado en la requisitoria fiscal de citación a juicio de fs. 222/233 y en consecuencia imponerle la pena de un año de prisión, en forma de ejecución condicional e inhabilitación especial de dos años para el ejercicio profesional de la medicina, con costas (arts. 5, 26, 40 y 41 CP y 412, 550 y 551 y concordantes del CPP)...” (fs. 565).

II.1. Los Dres. José A. Buteler y Julio A. Loza, interponen el presente recurso de casación en contra de la sentencia mencionada y a favor del imputado Angel Eduardo Maldonado (fs. 573/586).

Afirman que la acción pena, se encuentra prescripta, solicitando el tratamiento previo de esta cuestión. Citan jurisprudencia de esta Sala casatoria, sobre el tratamiento de oficio de las cuestiones de subsistencia de la acción penal (fs. 575).

Con respecto a la doctrina derivada de la causa “Pace” sostenida por este Tribunal Superior de Justicia, en cuanto dispone que “si el procedimiento para la concesión del beneficio no se considerara una ‘cuestión previa’ podría ser utilizado para impedir la prosecución del juicio, y provocar con ello la prescripción de la acción penal”, a luz de las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso, demuestra su arbitrariedad e inaplicabilidad (fs. 575 vta./576).

Citan jurisprudencia que a su entender avalaría su postura.

A su juicio, la doctrina del precedente citado, ha creado por la vía judicial una causal de suspensión de la prescripción, que no está prevista en la ley (fs. 577).

El Legislador al sancionar la ley 24.316 (B.O. 19/5/04), no ha dispuesto que el trámite de este instituto constituya una casual de suspensión de la prescripción (fs. 577). Tampoco, lo dispuso con las modificaciones introducidas a las causas de suspensión de la prescripción (L. 25.188, del año 1999), y a cinco años de vigencia de la “probation”. Posteriormente la ley 25.990 (B.O. 11/01/05), al detallarse las causales de interrupción de prescripción.

Reiteran lo expresado en la audiencia del debate, cuando plantearon la prescripción de la acción penal a favor de su defendido, respecto a interpretación extensiva analógica y in malam parte que resulta de la causa “Pace”, que contrariando el principio de legalidad y consecuentemente el de máxima taxatividad interpretativa, y la vulneración del derecho de defensa en juicio. Hacen reserva del caso federal (fs. 577 vta.).

No operando la suspensión de la prescripción, la acción se encuentra extinguida por el transcurso del plazo que resulta de la aplicación de los arts. 62 inc. 2º y 85 inc. 2º del CP, en función de los arts. 42, 44 ib., por haber transcurrido más de dos años, que es el máximo de la pena señalada para el delito (fs. 577 vta.).

III. La defensa de Maldonado, plantea en forma previa al recurso de casación, la prescripción de la acción penal, solicitando consecuentemente su sobreseimiento (fs. 573/578).

Si bien es cierto, que las causales extintivas de la acción –como la prescripción– deben ser de previa consideración (T.S.J., Sala Penal, A. n° 26, 19/2/99, "Rivarola";

"Pérez", S. n° 7, 16/3/2004). Y que, la sola presencia de una causal extintiva de la acción debe ser estimada independientemente cualquiera sea la oportunidad de su producción y de su conocimiento por el Tribunal, toda vez que -en términos procesales- significa un impedimento para continuar ejerciendo los poderes de acción y de jurisdicción en procura de un pronunciamiento sobre el fondo. Es decir, no queda librada a la voluntad del juzgador la posibilidad de optar por realizar un análisis objetivo o subjetivo de las causales, sino que la ley impone un camino a recorrer ("Pérez", cit.).

Sin embargo, no es menos cierto, que uno de los letrados ahora recurrente (Dr. Buteler), en el debate solicitó el sobreseimiento de su defendido, atento a que ya se había extinguido la acción penal por el transcurso del tiempo y advirtió la aplicación de la doctrina sustentada por esta Sala Penal del TSJ, en autos "Pace", la que consideró vulneratoria del principio de legalidad. Ante dicho planteo, la Cámara del Crimen de Villa Dolores, resolvió no hacer lugar a dicho requerimiento, apuntalándose en las razones expuestas en el precedente citado, que fueron debidamente desarrolladas.

La reseña efectuada, evidencia que la defensa no puede articular en esta oportunidad un pedido de extinción de la acción ante esta Sala, cuando su parte ya había planteado la misma y había provocado una decisión del a quo en sentido negativo a su pretensión. Ello torna plenamente aplicable el principio derivado de la denominada "teoría de los actos propios" conforme el cual nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con una anterior conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (CSJN,

Fallos 7:139; 275:235, 256 y 459; 294:220; TSJ, Sala Penal, "Angeloz", S. n° 148, 29/12/99; "Barrera", S. n° 233, 17/09/07; y otros). Entonces, los recurrentes debieron rebatir las razones brindadas por el a quo en la denegatoria (A. n° 11, del 18/2/11, a fs. 473/476), procurando demostrar que resultaban indebidas, exigencia que se evidenció no lo complementaron, tornando su planteo formalmente inadmisibile.

Sin perjuicio de ello, con el propósito de satisfacer el interés de los recurrentes, aún cuando este planteo fuera tratado como un agravio que integra la casación, tampoco hubiera prosperado desde que cuestionan la aplicación de una jurisprudencia ya consolidada por esta Sala a partir del precedente ("Pace"), citado tanto por el a quo, como por el recurrente (TSJ, Sala Penal, S. n° 7, 10/2/06, "Becerra", S. n° 97, 4/9/06, "Minoggio"; S. n° 205, 27/12/06, "Romanutti"; S. n° 287, 5/11/2010, "Querella Gañan c/ Canosa"), sin aportar nuevos argumentos eficaces a fin de revertirla.

Es más, las razones desarrolladas para sustentar la vulneración al principio de máxima taxatividad interpretativa -derivado del principio constitucional de legalidad-, se asientan en que el pedido de aplicación de este instituto no se encuentra previsto como causal de suspensión de la prescripción. Empero, desconocen que el art. 67 del CP, que prevé la suspensión de la prescripción, determina como causales las prejudiciales o previas, sin brindar un catálogo de cuáles pueden ser consideradas tales. En los precedentes citados se explicó, que fue la generalidad de la doctrina la que se encargó de considerar como cuestiones previas, sólo el divorcio por causa de adulterio, el desafuero y antejuicio, pues se estimaba que no existían otras variantes que pudieran ser aceptadas irrestrictamente. Se advirtió, sin embargo, que en la actualidad el sistema penal muestra una importante modificación a partir de la

incorporación del instituto de la **suspensión del juicio a prueba** (art. 76 bis C.P., B.O. 19/5/94). Del propio artículo 67 ib., surge que **el pedido de suspensión del juicio a prueba, debe ser interpretado por su propia naturaleza, como una cuestión previa, pues de la resolución que recaiga depende la prosecución del juicio criminal**, en tanto la solicitud del mentado beneficio coloca al juez interviniente en la necesidad de paralizarlo y pronunciarse previo el trámite de ley sobre tal petición. **El juicio que decide sobre la concesión o no del beneficio, versa sobre un objeto diferente que no constituye un elemento del delito a juzgar**, ya que su estudio ha de limitarse a la comprobación de las circunstancias previstas por la ley para su procedencia, entre otras, la posibilidad de obtener una condena condicional, el ofrecimiento del imputado a la reparación del daño, su razonabilidad, y el consentimiento del fiscal.

Voto pues por la negativa.

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel , dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA SEGUNDA Y TERCERA CUESTION:

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

I.a. Asimismo y en forma subsidiaria al planteo de prescripción, la defensa del imputado denuncia, en primer lugar, la errónea interpretación de la ley sustantiva (art. 468 inc. 1° del CPP) (fs. 578).

A su ver, el a quo ha aplicado erróneamente los art. 45, 42, y 86 primer párrafo en función del art. 85 inc. 2° -primer supuesto- del CP, cuando conforme al hecho fijado en la sentencia no ha existido ningún acto de comienzo de ejecución (fs. 578).

Transcribe la plataforma fáctica fijada en el decisorio cuestionado. El único comportamiento objetivo, consiste en "...la introducción intravenosa del anestésico general "Ketamina" que se utiliza como único anestésico en cirugías ginecológicas y del ansiolítico "Diazepan" que tiene propiedades sedantes y miorelajantes del músculo estriado y uterino, en el organismo de María Isabel Salgado...". Según los recurrentes, ese hecho no constituye, ni puede de ninguna manera constituir maniobras que configuren el comienzo de ejecución del delito de aborto (fs. 580).

Sostienen que la afirmación de que el imputado, puso con su accionar "...en peligro la vida del feto vivo, de seis semanas de gestación..." no constituye una circunstancia fáctica a la cual se arriba por la valoración de la prueba receptada, sino por una valoración normativa, y de interpretación del derecho penal sustantivo, vinculado, con la exigencia del principio constitucional de lesividad (fs. 580 vta.).

Aunque se tenga por probada la intención o finalidad abortiva, con relación a todas las interpretaciones elaboradas por la doctrina jurídico penal, de todos modos no se ha configurado en el caso, el tipo penal de tentativa de aborto (fs. 580 vta.).

Si se recurriere a la teoría formal objetiva, es evidente que la conducta atribuida, no constituye ningún tipo de maniobra abortiva (fs. 580 vta.). Tampoco

aplicando el criterio objetivo-subjetivo de Núñez, podría sostenerse que se ha configurado una tentativa. Citan doctrina.

Para que se configure la tentativa, se requiere que el autor haya puesto en obra su finalidad, y eso es lo que no ha sucedido en autos, con relación a su defendido.

Manifiestan, que no ha sido objeto de imputación ningún otro comportamiento que no sea la sedación a través de la ketamina y diapezan. El instrumento quirúrgico secuestrado en el consultorio donde estaba María Isabel Salgado, como tampoco el armazón de caño, que se debía usar para cualquier actividad de exploración sobre el útero gestante (fs. 581 vta.).

No se atribuye otra cosa más que haber colocado esas dos sustancias con duración efímera, las cuales de ninguna forma tienen características de haber puesto en obra, la pretendida finalidad subjetiva de realizar un aborto (fs. 581 vta.).

Cuestionan, los fundamentos esgrimidos para sostener una inmediata conexión con la conducta típica. En primer lugar frente al señalamiento respecto al escaso tiempo de duración de los efectos de los fármacos administrados a la paciente, el a quo sostuvo la posibilidad de repetición de su administración, señalan que no fue lo imputado, y además resulta contrario a las elementales garantías, fundar una condena, en “pronósticos”, suposiciones o conjeturas, respecto a la posibilidad de repetición de una conducta (fs. 582).

Luego de citar Núñez, sostienen que en el aborto, el comienzo de ejecución que se pune, son sólo las maniobras que en sí mismas, y por su especial conexión constituyan actos tendientes a provocar la muerte (fs. 583).

b. Inobservancia de las normas procesales: violación al principio de razón suficiente: inobservancia del principio indubio pro reo- inexistencia de certeza.

Aducen, que la condena a su defendido se basa en cinco indicios, que de ningún modo acreditan con certeza la intencionalidad abortiva del imputado Maldonado. Ellos son: 1) embarazo de Salgado; 2) el rumor que Maldonado practicaba abortos; 3) ¿tenía motivos la mujer para hacerse practicar un aborto?; 4) el motivo para practicarse un aborto, fue la causa por la que Salgado y Franget estaban en el consultorio del imputado esa mañana; y 5) la idoneidad del material farmacológico utilizado en la paciente a los fines de la práctica del aborto (fs. 584 vta.).

En primer término, sostienen que resulta inadmisibles que a esta altura de la evolución del derecho procesal penal, se pretenda comprobar un hecho por medio de rumores, que han sido ponderados de manera arbitraria –citan fragmentos del testimonio del comisionado Sosa y de Luján- (fs. 584 vta.).

También, refieren al testimonio de Romero, que se le ha otorgado un valor convictivo que no tiene, pues en el debate se evidenciaron irregularidades a la forma y oportunidad en que se proporcionó la noticia criminis.

María Isabel Salgado, en el debate negó haber hablado con Romero, frente a tal contradicción resultaba imprescindible y obligatoria para quien tiene a su cargo la responsabilidad probatoria (art. 362 CPP) solicitar un careo, lo que no sucedió, lo que impide su valoración de forma en que se realiza en la sentencia (fs. 585).

También denuncian la arbitrariedad de la argumentación, en cuanto al motivo de Salgado para hacerse practicar un aborto, el temor a que una vez enterada su empleadora la despidiera, pero ello no se ha podido comprobar desde que no se ha

solicitado el comparendo y la declaración como testigo de la referida empleadora. Con lo cual, el único sustento del motivo del comparendo de Salgado y Franget al consultorio, se sustenta en los dichos de Romero, que como se dijo no pueden ser valorados (fs. 585 vta.).

En relación a la idoneidad del material farmacológico, no se ha analizado lo esgrimido por la defensa del imputado, en cuanto se dijo que tanto la Ketamina y Diapezan son sustancias que “hacen lo contrario de las contracciones produciendo relaciones del útero” (fs. 585 vta.).

En cuanto a la posibilidad de su repetición, se basa solo en conjeturas, así también respecto de la “preparación del campo quirúrgico, como el traslado y adecuada ubicación de tales elementos, bien podía ocurrir momentos después de la irrupción del policía Sosa, de no haberse hecho éste presente...”. Para los recurrentes este es un razonamiento a futuro, que resulta inadmisibile en nuestro orden jurídico, y mucho menos para fundar la condena de una persona (fs. 586)

II. El análisis del embate, revela que los recurrentes cuestionan en primer lugar la errónea aplicación del art. 42, en cuanto a que la “sedación de la paciente con la introducción intravenosa del anestésico general ‘Ketamina’ y ‘Diazepan’”, en el organismo de María Isabel Salgado no pueden constituir maniobras que configuren el comienzo de ejecución del delito de aborto. Empero, se ha sostenido, que con relación a los **delitos tentados**, tanto el *fin de cometer un delito*, como su comienzo de ejecución, constituyen circunstancias *fácticas*, definitivamente fijadas en la sentencia de mérito (T.S.J., Sala Penal, "Gasparini c/ Matheu Cámara", A. n° 138, 19/4/99;

“Torres”, A. n° 50, 13/3/00; “Milano”, A. n° 308, 24/8/99). Por tanto, este gravamen se analizará desde el aspecto formal.

Entonces, tanto el segundo como el tercer gravamen de los recurrentes fincan en la fundamentación probatoria de la condena a Maldonado.

Esta Sala ha afirmado, en lo que respecta a la fundamentación probatoria de la sentencia, tratándose de un planteo formulado por la defensa técnica del imputado, compete a esta Sala verificar “*la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto*”, con el único límite de lo que no resulte revisable, esto es, “*lo que surja directa y únicamente de la inmediación*” (C.S.J.N., 20/09/05, “Casal”). Ahora bien; si la obligación constitucional y legal de motivar la sentencia impone al Tribunal de mérito -entre otros recaudos- *tomar en consideración todas las pruebas fundamentales legalmente incorporadas en el juicio* (DE LA RÚA, Fernando, *La casación penal*, Depalma, 1994, p. 140; T.S.J., Sala Penal, S. n° 44, 8/06/00, “Terreno”, entre muchos otros), y efectuar dicha ponderación *conforme la sana crítica racional* (art. 193 C.P.P.), resulta claro que el recurso que invoca la infracción a las reglas que la integran -lógica, psicología, experiencia- debe también contraponer un análisis de **todo el cuadro convictivo meritado**, y en función de éste, a su vez, evidenciar la **decisividad** del vicio que se denuncia (art. 413 inc. 4°, C.P.P.) (T.S.J., Sala Penal, “Calderón”, s. n° 289, 26/10/07).

Los recurrentes dirigen su crítica solo al suministro de las dos sustancias (Ketamina y Diazepan), lo que no resulta suficiente para determinar que haya maniobras abortivas que impliquen un trabajo sobre el cuerpo de la mujer embarazada. Empero, esta crítica ha soslayado que en el caso, existió un contexto demostrativo de

que el comportamiento puesto de manifiesto por Maldonado se encaminaba a un fin delictivo, y que fue interrumpido por la intervención de la autoridad policial y judicial.

Adviértase que la noticia criminis llega a través de un llamado anónimo que informaba que el día 16 de marzo, a las 8:30 hs. se produciría un aborto en un consultorio ubicado sobre la “ex panadería de Rodríguez”, y la mujer contaba con unos 29 a 30 años. El policía Salgado, estableció el nombre del profesional -Dr. Maldonado- y la ubicación exacta de su consultorio, y por comentarios de vecinos que era anestesista y practicaba abortos. En ese horario se presentó junto al Fiscal y Secretario, en las inmediaciones del consultorio, allí observaron ingresar a un hombre y una mujer, por un portón contiguo al lugar que iba ser allanado, que a su vez se comunicaba con la parte trasera de este lugar. Al ingresar a dicho domicilio, observó a Salgado que se encontraba en una camilla con la parte inferior de su cuerpo sin ropas, al parecer sedada o anestesiada, a su criterio se encontraba inconsciente, y en la sala de espera estaba Franget. El mismo Dr. Maldonado, manifestó que su consultorio se ubicaba frente al lugar donde se encontraban allanando. Además, en el domicilio de la mujer se encontraron pedidos de informes, recetas de medicamentos con la firma y sello correspondiente al médico cirujano, A. Eduardo Maldonado. Como también los informes de análisis efectuados a la paciente, de fecha 03 de marzo de 2006 (testimonio del policía Sosa, a fs. 525/528 vta.).

Este llamado anónimo, fue efectuado por Juan Ramón Romero quien relató cómo pudo acceder a los datos proporcionados –María Isabel Salgado se lo había contado-. Este testigo brindó detalles precisos, como la fecha y hora en que se produciría el aborto, las características de la pareja y en qué auto llegarían, cómo

operaba el pago (la mitad antes del día del aborto y ese día la otra mitad). La mujer le contó que era el novio quien le insistía que abortara, ella no quería, pero estaba muy enamorada. La defensa cuestionó el testimonio de Romero, pues a su ver resultaba indebidamente ponderado, desde que hubo contradicciones con lo declarado por Salgado, con lo cual resultaba obligatorio para quien tenía a su cargo la responsabilidad probatoria solicitar un careo.

Debe repararse que la valoración de la prueba, más precisamente, la atribución de determinado valor convictivo es una **facultad discrecional** del juez de mérito (T.S.J., Sala Penal, A. n° 9, 6/3/87, “Fernández”; A. n° 11, 22/3/88, “Beltrán”; A. n° 6, 27/2/89, “Ramos”; A. n° 72, 18/9/90, “Peiretti”; A. n° 63, 21/6/91, “Ibáñez”; A. n° 126, 6/10/92, “Ramírez”; A. n° 24, 18/3/93, “Barrionuevo”; *vid.* Núñez, Ricardo C., “*Código Procesal Penal*”; Lerner, 1986, nota 7 al artículo 417, pág. 395; Barberá de Riso, María Cristina, “*Manual de Casación Penal*”, Advocatus, 1997, pág. 101), **que es motivo de casación, en casos de arbitrariedad** (T.S.J., Sala Penal, “Carnero”, A. n° 181, del 18/5/1999, entre otros).

Configura una variante de la arbitrariedad, la asignación de crédito o demérito **irrazonable** de la prueba por parte del tribunal de juicio (T.S.J., Sala Penal, S. n° 3, 11/2/00, "Villacorta"; A. n° 285, 12/9/00, "Montenegro"; A. n° 286, 14/9/00, "Rivero; A. n° 319, 5/10/00, "Ciarcelutti", entre otros). En tales supuestos, el tribunal de juicio utiliza arbitrariamente sus facultades discrecionales y ese vicio se presenta con tal evidencia o palmariedad, que es apreciable por el tribunal de casación, aún cuando éste a diferencia de aquél no ha receptado la prueba (inmediación), límite que por supuesto

se refiere a los testimonios y demás pruebas recepcionadas en la audiencia (vgr. declaraciones de peritos, inspecciones judiciales, reconstrucciones del hecho).

En el caso, el a quo ha dado sobrados y razonados argumentos por los que le otorgó pleno valor convictivo a los dichos de Romero, y no así a los de Salgado. Repárese que con los datos aportados por este testigo, se pudo librar la orden de allanamiento, posibilitando la irrupción de la autoridad policial, y así interrumpir la consumación del aborto. La precisión temporo-espacial del encuentro entre la mujer, el novio y el imputado; la identidad de éstos; los motivos por los que acudiría al consultorio de Maldonado; sólo pudieron ser obtenidos de alguien que tuviera contacto con la embarazada. El Tribunal explicó cómo llegaron estos datos a Romero: porque conocía a la mujer desde hacía dos años; la encontró de casualidad en la calle, le comentó que ella estaba muy mal y preocupada porque estaba embarazada, no quería abortar y el novio le insistía; le pedía consejo; él sabía que Franget tenía otra novia; en un segundo encuentro le informó la fecha y hora del aborto y el dinero que le había cobrado; estaba vinculado a la defensa de los Derechos Humanos; el testigo le volvió a insistir en que no aborte y como faltaban dos o tres días, decidió contarle todo al Dr. Andruet (fs. 554 y vta.). Por otra parte, también se cuestionó que el Tribunal tuvo por acreditado el motivo por el que la pareja (Salgado/Franget) concurrió al consultorio (para abortar), sólo con el testimonio de Romero, empero, desconoce que fue el propio imputado quien refirió a una simulación y que “ella le dijo que le iban a decir a su pareja de que no se podía hacer absolutamente nada en relación al aborto” (fs. 523), con lo cual se deduce que la pareja concurrió a ese lugar con el propósito de abortar.

Ahora bien, cuando la ley habla de *comienzo de ejecución* comprende aquellos actos que aunque no sean directa e inmediatamente consumativos de la acción punible, impliquen que el autor ha comenzado las acciones idóneas que en el caso concreto significan el comienzo de la realización directa de sus miras, puesto que los mismos presentan para el bien penalmente protegido el peligro objetivo y presente de una ofensa, lo que constituye el fundamento jurídico de la tentativa (TSJ, Sala Penal, S. n° 269, 5/10/07, “Medrano”; S. n° 96, 29/4/08, “Rodríguez”). Núñez, afirma que “los comportamientos que careciendo en sí mismos, de esa capacidad, por su inmediata conexión con la conducta típica y **su sentido** demuestran que el autor ha puesto en obra su finalidad de cometer el delito” (NUÑEZ, Ricardo C., “Manual de Derecho Penal”, Parte General, Ed. Lerner, Cba. 2009, pág. 240). Es más, la distinción entre actos preparatorios y el comienzo de ejecución, es relativa, y no sólo se debe analizar en relación a cada delito, sino, también, porque se encuentra supeditada a las circunstancias que rodean al caso (Cfrm. NUÑEZ, Ricardo C. “Derecho Penal Argentino”, Parte General, T. II, Ed. Bibliográfica Argentina SRL, Bs. As, 1965) .

Entonces, la inoculación del sedante y miorelajante, por sí sola parecería no ser suficiente para determinar que hubo comienzo de ejecución del aborto, empero acotar a esa sola acción sin tener en cuenta todo el contexto en que estas drogas fueron inyectadas es quedarse con un estudio fragmentado de los comportamientos que revelan el verdadero designio del imputado.

Ha quedado indubitadamente probado y no cuestionado por la defensa que María Isabel Salgado, al tiempo en que se realizó el procedimiento policial judicial, llevaba un embarazo de aproximadamente seis semanas y media (fs. 547 y vta.).

Maldonado, le había inoculado dos sustancias que funcionaban como sedantes y tranquilizantes (Ketamina y Diazepan) (fs. 558). La mujer se encontraba en un **alto nivel de sedación**, recostada en una camilla, sin la ropa interior inferior puesta. La existencia en el consultorio de instrumental que era idóneo para realizar un aborto (fs. 557 vta.). Como también, que en ese momento estaban presentes en el consultorio, además de la mujer y el médico –imputado- el novio de ésta, Franget (fs. 551 y vta.), quien ejercía presión para que María Isabel Salgado no continuara con el embarazo (fs. 550/551). El propósito de la concurrencia de la pareja, no era otro sino de abortar (según la declaración del propio imputado, aun cuando éste manifieste que era un acto simulado para convencer a Franget que se habían desprendido del feto).

A ello, se debe agregar **el suministro de “Ocitocina”**, indicio gravitante para reforzar la afirmación de que ya se había puesto en marcha la acción abortiva. En el consultorio se hallaron dos ampollas de dicha sustancia, que se encontraban vacías (del testimonio del Dr. Civeratti, fs. 532), la que estaba presente en la muestra de orina de la paciente, según el informe químico (fs. 177). Según el Dr. Civeriati –médico que acompañó el allanamiento- afirmó, que **es una medicación que ayuda a contraer el útero, pudiendo esta última ser utilizada para inhibir una hemorragia uterina, como la que comúnmente se produce posterior a un parto o un aborto** (fs. 532 vta.).

Además, se debe tener en cuenta que la “Ketamina” es una droga de uso exclusivo de los anesthesiólogos y según conocimientos científicos, se encuentra **contraindicada en casos de embarazos** (del testimonio de la Dra. María Cristina, médica a cargo del servicio de tocoginecología del Hospital Regional, fs. 533). Con lo

cual, siendo la especialidad del imputado anestesiología y ginecología, no podía desconocer esta contraindicación.

El suministro de estas tres sustancias, son altamente indicativas de que ya se había comenzado las maniobras abortivas sobre el cuerpo de la mujer.

Si a ello sumamos, los estudios peticionados por el imputado a la mujer, tales como una ecografía en la que se constató el tiempo de gestación (de 6 semanas y media). Repárese que una de las testigos María Antonia Luján, refirió que cuando ella consultó al Dr. Maldonado, con el propósito de interrumpir el embarazo de su hija, sin más pregunta que cuánto llevaba de embarazo, le solicitó una ecografía. Todo ello, además de demostrar la mecánica del médico para efectuar los abortos, también era para asegurarse el tiempo de gestación.

Adviértase, que el consultorio se encontraba cerrado al público en general, la pareja según el policía había ingresado por detrás, se encontraban solo los tres. Es más cuando el profesional se vio sorprendido por la presencia policial, ensayó que el consultorio médico se encontraba enfrente.

La inoculación de estas tres sustancias (ketamina, diazepam, ocitocina), una sedante, otra miorelajante y otra para contraer el útero -y en su caso para inhibir hemorragias uterinas-, el pedido de estudios previos, la clandestinidad del lugar, no deja margen de duda alguna de que el propósito del médico se encontraba dirigido a eliminar el feto dentro del cuerpo de la mujer, que fue interrumpido por el accionar de la autoridad judicial.

Por todas estas razones, considero que la condena a Maldonado por el delito de tentativa de aborto se encuentra suficientemente acreditada.

Voto pues por la negativa.

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal que me precede, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

A LA CUARTA CUESTIÓN

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

Como resultado del acuerdo precedente, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por los Dres. José Antonio Buteler y Julio Antonio Loza, a favor del imputado Angel Eduardo Maldonado. Con costas (arts. 550/551 del C.P.P.).

Así, voto.

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

La señora Vocal preopinante, da a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal;

RESUELVE: Rechazar el recurso de casación interpuesto por los Dres. José Antonio Buteler y Julio Antonio Loza, a favor del imputado Angel Eduardo Maldonado. Con costas (arts. 550/551 del C.P.P.) .

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y las señoras Vocales de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí de lo que doy fe.

Dra. Aída TARDITTI
Presidenta de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia

Dra. María Esther CAFURE DE BATTISTELLI
Vocal del Tribunal Superior de Justicia

Dra. María de las Mercedes BLANC G. de ARABEL
Vocal del Tribunal Superior de Justicia

Dr. Luis María SOSA LANZA CASTELLI
Secretario Penal del Tribunal Superior de Justicia