

PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN

La Plata, 15 de noviembre de 2011.-R.S. 2 T f^

VISTO: Este expediente 5299, caratulado "C. S. E. s/ inf. Art. 296 en función del art. 292 del C.P.", procedente del Juzgado Federal N° 1 de esta ciudad.

Y CONSIDERANDO:

EL JUEZ ÁLVAREZ DIJO:

I. Llegan estas actuaciones a conocimiento de la Alzada en virtud de los recursos de apelaciones interpuestos, a fs. 381/383, por el Defensor Público Oficial z, en representación de S. E. C.; a fs. 340/vta., por el Dr..., en representación de Z. I. C.; y a fs. 363/364, por la Defensora Pública Oficial en representación de J. D. A..

Los aludidos recursos fueron deducidos contra la resolución de fs.330/336, que decreta:

a) el procesamiento de S. E. C., por considerarla "prima facie" autora penalmente responsable de los delitos de falsedad ideológica en instrumento público (certificado de parto) en concurso ideal con supresión de identidad de un menor de diez años, todos ellos previstos y penados por los arts. 293, 139 inc. 2° y 54 del Código Penal;

b) El procesamiento J. D. A., por intermediar para la supresión de la identidad de un menor de diez años, previsto y penado por el art. 139 bis del Código Penal;

c) el procesamiento de Z. I. C., por intermediar para la supresión de la identidad de un menor de diez años, previsto y penado por el art. 139 bis del Código Penal.

II. El sumario se formó,... en virtud del acta labrada por el personal policial de la Comisaría ..., que concurrió al Hospital ... de la mencionada localidad, a raíz de la denuncia efectuada telefónicamente, toda vez que en el lugar se encontraba una mujer con un bebé del sexo femenino, la cual había efectuado correcciones en un certificado de parto.

Los agentes policiales constituidos en el lugar fueron informados por la ... empleada de dicho hospital, que una mujer quién resultó ser S. E.C., había concurrido al hospital a efectos de que le arreglaran el certificado de parto, toda vez que en el Registro de las Personas le habían

rechazado dicho documento cuando concurrió a inscribir a su hija.

El certificado tenía una corrección realizada respecto a la identidad de la madre. La mujer manifestó a la empleada que había sido su intención entregar a su hijo recién nacido, y con esa finalidad el día del parto, ocurrido el día... al internarse en el hospital se registró como Z. I. C., y que al ser dada de alta se había retirado con su beba y el respectivo certificado de parto expedido a nombre de la mencionada C., a quien en definitiva iba a ser entregada la criatura.

La paciente mencionó también, que quién había intervenido como intermediario de la maniobra para los fines indicados era una persona a quien conocía como J. A.. El nombrado le suministraba o procuraba mercaderías y dinero a cambio de que entregara a su hijo, una vez nacido, a la Señora C..

Asimismo manifestó que luego del nacimiento se arrepintió, procediendo a corregir el certificado de parto en el cual insertó sus datos reales borrando los anteriores, y que por ello al intentar inscribir a la pequeña en el Registro Civil se advirtió la anomalía y no le fue aceptado dicho documento. Por tal motivo regresó al hospital para que le solucionaran el problema.

Ante tal circunstancias, la encargada de la Oficina de Asuntos Legales del Hospital procedió a buscar las historias clínicas obteniéndose la...perteneiente Z. I. C. y la... a S. E. C. y al efectuarse el cotejo de las huellas dactilares obrantes en el D.N.I. de C. con las obrantes en la Historia Clínica de C. dio como resultado que ambas eran idénticas y pertenecían a una única persona, que obviamente era la parturienta C..

En consecuencia, se procedió al secuestro de la constancia de parto expedida y que fuera entregada a C. cuando esta se había identificado como Z. I.C.....

III. Que remitidas las actuaciones al Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N° 1 de esta ciudad, el juez federal Manuel Humberto Blanco ordenó correr vista al fiscal, en los términos del art. 180 del C.P.P.N, y el representante del Ministerio Público

Poder Judicial de la Nación

Fiscal, se refirió a la competencia sin realizar requerimiento, en mérito a lo dispuesto por el artículo 195 del Código Procesal Penal de la Nación y a la doctrina de las cuatro Salas de la Cámara de Casación Penal de la Nación, relativa a que *"... además del requerimiento fiscal, la prevención o información policial resultan modos- alternativos- de dar inicio a la instrucción."*

Así las cosas, el juez de grado ordenó recibirle declaración testimonial a ...

Cabe destacar que al prestar declaración testimonial...refirió que una persona se presenta como Z. C.y le solita si podía llamar a su pareja para que le llevara los documentos, entregándole a tal fin un papel con la inscripción "J. A. celular...". Que al llamar atendió una señora y la declarante le dijo, "hola llamaba para decirle a J. A. que se presentara en el Hospital porque la Señora tuvo el bebé y necesita los documentos", que la interlocutora le contestó, "no puede ser", a lo que la declarante preguntó "hablo con la casa de J. A.?", y la mujer contestó que si, que ante la incomodidad de la situación manifestó que se había equivocado y cortó.

Que ante lo sucedido fue a hablar con la paciente y le comunicó lo ocurrido, y que ella le contestó que lo iba a ubicar y que antes del lunes se presentaría con los documentos.

Así fue que se le dio el alta médica y el lunes se presentó. Que como la declarante no se encontraba, la mujer se presentó nuevamente el martes y solicitó hablar con la dicente en privado.

La deponente expresó *"que en ese momento le mostró la constatación de parto, en la que había borrado el nombre porque según ella se había arrepentido. Y fue entonces que manifestó que lo iba a dar en adopción a una señora de..., que a este señor J. lo conoció por una señora de Quilmes y que le llevaba mercadería y plata, que era el segundo bebé con el que hacía la maniobra..."*

Ante lo sucedido la dicente le expresó que tendría que dar intervención a la policía, manifestando C. en ese momento su arrepentimiento, y entregándole un papel con la inscripción "J. A. -mañana y tarde... Instituto Médico ...,

Hospital ...- noche y celular ...". La deponente exhibió el papel referido e hizo entrega de éste, con una copia que quedó agregado . Agregó a su vez, que C. mencionó que se encontraba escrito de puño y letra por J. A..

Prosiguiendo con la investigación, el magistrado requirió al Hospital Municipal General de Agudos..., que informe si de sus registros surgió que con fecha ..., una persona de nombre Z. I.C., D.N.I:..., dio a luz a una criatura, quien fuera dada de alta con fecha ... Solicitó además, se remitan copias certificadas de las historias clínicas ..., las que se encuentran reservadas en secretaría del Juzgado interviniente.

De la Historia Clínica N°...formada a nombre de Z. I. C., quién así se identificara, se observó que, surge que ingresó el día... con contracciones uterinas. Allí figuraban los datos personales de C., y también que en caso de necesidad se debía llamar telefónicamente a J. A., indicado como pareja de la paciente. Por último, figura que en igual fecha y siendo las..., se produjo el nacimiento de una criatura del sexo femenino y que se dio el alta hospitalaria en fecha ... entregándose el respectivo certificado de nacimiento.

IV...el magistrado actuante ordenó recibirle declaración indagatoria a S. E. C., quién en lo sustancial declaró que, *"quedó embarazada y que su situación económica no era buena como para criar a su hijo por lo que una persona ... le presentó a J. C., a quién había visto sólo una vez cuando tenía tres meses de embarazo."* Luego mencionó que el procedimiento una vez q diera a luz sería que Z. C. retiraría la beba de su casa.

Dijo que los datos personales de C. los tenía porque A. se los había dado, y que al ingresar al hospital suministró estos datos que ya sabía de memoria.

Mencionó a su vez que con A. se comunicaba por teléfono, y que la última vez que se comunicó fue cuando le dijo que no quería entregar a la nena.

V. Continuando con la investigación, el a quo ordenó a la Dirección de Análisis y Apoyo para las Comunicaciones de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, para que informe acerca de la titularidad de la línea de celular... Solicitó además, se practicaren discretas tareas de

Poder Judicial de La Nación

investigación a cargo de la Delegación Departamental de Investigaciones La Plata, y de las que se constató que J. A. se desempeñaba como enfermero tanto en el hospital...como en el Instituto...

Asimismo del informe del Instituto..., surge que J. A. se desempeña como enfermero ... entre los teléfonos particulares registrados se encuentra el ...

Y por último, del informe proporcionado por Movistar S.A. se desprende que el teléfono celular si bien figura registrado como titular..., el domicilio indicado coincide con el de J. A. y el teléfono que figura de contacto es el...

VI. En virtud de las pruebas colectadas hasta el momento, el a quo ordenó, , se cite a prestar declaración indagatoria a A. quién , hizo uso de su derecho a no declarar; y a Z. I. C. quién,, declaró que un compañero de nombre J. D. A.le había dicho que una chica quería dar a un niño en adopción.

Que consecuentemente junto a A., hacía más de 4 años, había ido a conocer a la chica a su casa, que cree era C., y que estaba embarazada pero no sabía de cuántos meses.

Mencionó que en el encuentro con C., ésta le manifestó que quería dar a su bebé, pero la dicente en ningún momento le solicitó ni le mencionó que quisiera recibirlo. Asimismo indicó que fue la única vez q la vio, que no le aportó sus datos personales pero podía ser que conociera su nombre, y que no mantuvo comunicaciones telefónicas.

La dicente explicó que concurrió a la casa de la chica por curiosidad, y creyó que la chica al conocer que la dicente se encontraba en lista de espera pudo haber querido hacerle un favor. Agregó, que de haber tenido acuerdo con C. habría ido a buscar al niño una vez nacido.

Finalmente, acerca de su relación con A.dijo que lo conocía porque era supervisor del hospital del que ella era enfermera. Que todos en el hospital tenían el conocimiento de que ella se encontraba en una lista de espera, y que lo estaba desde ... en el Juzgado de Menores de ..., que no recordaba el número. Que posteriormente fue dada de baja por maternidad, en fecha..., ya que tuvo una hija el...

VII. A raíz de lo expresado por la imputada C., el magistrado actuante, declaró la falta de mérito a favor de Z. I.C., y realizando otras diligencias instructorias ordenó, se libre oficios a fin de requerir a los Juzgados de Menores N° de la ciudad ...y al Registro Central de Adoptantes de la Provincia dependiente de la Secretaría de Asuntos Institucionales de la Suprema Corte de Justicia, para que informen si en el año..., la mencionada C. se encontraba en lista de espera para adopción, y en caso afirmativo desde que fecha se encontraba registrado su pedido.

Dichos oficios fueron contestados, , debiendo destacarse el oficio proveniente del Juzgado de Menores.., el que informó que, en los libros correspondientes al listado de adopción, consta que el matrimonio conformado por Z. I. C. y S. O. G., se encontraba inscripto ... desde el...hasta el...en que se les dió de baja por no reinscripción.

VIII. Así las cosas, con los elementos de juicio reseñados sucintamente hasta aquí, el señor juez de grado dictó la resolución que ha sido objeto de apelación por parte de la defensa.

El magistrado consideró que existían, a su criterio, indicios suficientes para suponer "prima facie" autores penalmente responsables de los delitos calificados de: falsedad ideológica en instrumento público (certificado de parto) en concurso ideal con supresión de identidad de un menor de diez años, a S. E. C.; y de intermediar para la supresión de identidad a un menor de diez años, a J. A. Y Z. I. C..

IX. En el recurso de apelación el Defensor Oficial, en representación de S. E. C., se agravió del procesamiento dictado por entender que el obrar de su representada se debió a un estado de necesidad atento a la situación por la que atravesaba.

En este sentido explicó que, la difícil situación social, de ser madre soltera nacida en el Chaco por lo que su familia permanece allí, y económica, ya que es ama de casa con estudios primarios incompletos, que apenas le permitía dar sustento a sus otros cuatro hijos y menos aún una vida digna, lo que la llevó a pensar en que lo mejor para el niño por nacer era darlo en adopción a personas que pudieran

Poder Judicial de La Nación

brindarle condiciones de vida que ella no podría, con las consecuencias que ello acarrea a la integridad de un niño. Aclaró que es evidente que su asistida creía que era lo mejor para sus hijos, ya que manifestó que había pensado lo mismo respecto al embarazo anterior, pero el niño había fallecido.

Por otra parte planteó que, la conducta de su asistida deviene atípica y por ende no punible, debido a que *"si bien es cierto que sí hizo insertar una declaración falsa en el certificado de parto con miras a la inscripción de la menor, debe tenerse en cuenta que la finalidad de la madre no era causarle un perjuicio sino todo lo contrario, dándole una vida que ella no podría, de lo cual se arrepintió, ya que ella misma borró los datos falsos para volcar los verdaderos en el certificado de parto, y así poder concurrir al Registro de las Personas a inscribir a su bebé, circunstancia que fue advertida por el organismo mencionado."*

El recurrente planteó que tampoco se causó el perjuicio que requiere la figura básica que menciona el art. 138 del Código Penal, y que no se iba a configurar tampoco, ya que la intención era procurar un bien.

En este sentido, explicó que *"la conducta en reproche deviene atípica en razón de que la acción típica se configuraría al momento de inscribir al menor en el Registro de las Personas lo que no ocurrió en virtud del previo y voluntario arrepentimiento de C., quién intentó inscribir a su hija previa modificación del certificado de parto del cual borró los datos falsos y volcó los propios y verdaderos."*

Por otra parte, el abogado defensor en representación de Z. I.C., al interponer el recurso de apelación, planteó sus agravios con respecto a la valoración de la prueba por parte del a quo.

En este sentido argumentó que, *"parte de una presunción de dolo vedada por nuestro ordenamiento",* y *"se aparta de la sincera y veraz declaración de su defendida"*. Expresó que el magistrado *"no tuvo en cuenta circunstancias importantes que acrediten la ajenidad de su defendida en la comisión de delito penal alguno"*.

Finalmente,...la Defensora Pública Oficial en representación de J. D. A., al interponer su recurso se agravio del resolutorio argumentando que de las constancias

de autos no surge que su asistido haya sido el autor del tipo previsto y reprimido por el artículo 293 del Código Penal. En este sentido dijo que *"no existen elementos de cargo con entidad suficiente como para tener por acreditado ni siquiera prima facie, que mi defendido haya insertado o hecho insertar declaraciones falsas en un instrumento público, sino que la que la inserción de datos que a la postre habrían resultado apócrifos, fue la coimputada C., conforme ella lo relatara en su injurada"*.

Sostuvo además, que tampoco existen elementos que permitan sostener la imputación respecto de los delitos previstos y reprimidos por los arts. 139 inc. 2° y 139 bis, ya que *"no existe duda respecto de la identidad de la menor de edad que diera a luz la señora C., desde que fue la propia madre quién rectificó la identidad de la recién nacida, razón por la cual, la figura contenida en el inc. 2° no se configuró, en cabeza de mi defendido A., desde que no es posible atribuirle ningún grado de participación en la conducta investigada"*. Agregó que, la figura contenida en el art. 139 bis no le puede ser imputada a A., ya que lo que lo vincula es la declaración de Cuellar, quien con intención de mejorar su situación causídica lo involucra como la persona que habría hecho de intermediario entre ella y la señora C. extremo este que es negado por la nombrada en último término.

Con respecto al papiro con inscripciones manuscritas y con presuntos datos de su defendido, la recurrente consideró que no representa elemento de cargo debido a que la existencia del mismo en poder de C., bien puede obedecer a diversas razones.

X. Ahora bien, a fin de resolver la presente causa, adelanto que haré lugar a los agravios planteados por la defensa de S. E. C., proponiendo en consecuencia se dicte su sobreseimiento, todo ello por las razones que pasaré a explicar.

La figura bajo análisis protege el derecho a la identidad de los menores, que comprende no sólo el estado civil, sino también la nacionalidad, el nombre y el derecho del niño a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos.

En esa línea, se ha dicho que *"el derecho a la identidad personal comprende un aspecto estático que tiene*

Poder Judicial de La Nación

que ver con los signos distintivos y con la existencia material y la condición legal o registral del sujeto (nombre, seudónimo, etc) y uno dinámico, que es el conjunto de características y rasgos de índole cultural, política, psicológica y moral de la persona.”¹

Analizando la conducta desplegada por la señora C. observo, que la imputación del delito de supresión de identidad de un menor de diez años, resulta atípica y por ende no punible, toda vez que la acción típica que contempla el artículo 139 inciso 2º, se refiere a “alterar, hacer incierta o suprimir la identidad por un acto cualquiera”, es decir, cualquier acto idóneo para producir el resultado típico, que puede recaer sobre el menor o sobre los documentos que acrediten su identidad.

De esta manera, razono que no llega a configurarse el resultado típico, debido a la falta de perjuicio; es decir, no se produce la supresión de identidad de la menor en virtud del arrepentimiento de la madre, que se vio exteriorizado con el posterior intento de inscripción en el Registro de las Personas, ahora sí con la verdadera identidad de la madre.

Por otra parte, debe señalarse que el delito se cometería al momento de la inscripción de la menor, en el Registro de las Personas, lo que no ocurrió en el supuesto de autos, debido al arrepentimiento (desistimiento voluntario) por parte de la madre, que borró los datos falsos insertados en el certificado de parto, volcando de esta manera los datos personales propios.

En este orden de ideas, tampoco se configura el delito de falsificación ideológica en instrumento público, ya que si bien se insertó una declaración falsa en el certificado de parto con miras a la inscripción de la menor, la conducta devino atípica por no estar configurada la posibilidad de perjuicio requerido por la figura del artículo 293 del C.P., debido a que la madre corrigió el documento apócrifo para volcar los datos verdaderos.

¹ (conf. “Código Penal”, Tomo 5, David Baigún, Eugenio Zaffaroni, editorial Hammurabi, edición 2008, pag.90).

Por las razones que expuse hasta aquí, razono entonces que corresponde dictar el sobreseimiento de S. E. C..

Distinta es la situación de los co-imputados A. y C., enrostrados por el a quo por intermediar en la supresión de identidad del menor de diez años (artículo 139 bis del C.P.).

Si bien comparto parcialmente la asignación de responsabilidad que formuló el magistrado contra los nombrados, entiendo que debe confirmarse la resolución que se revisa, pero con el alcance que a continuación expondré.

En primer lugar, los recursos planteados por la defensa no pueden tener favorable acogida, debido a que considero que la intermediación por los imputados se encuentra debidamente acreditada, y genera el grado de convicción suficiente para la etapa procesal que transcurre.

El tipo penal del artículo 139 bis del Código Penal, introducido por ley 24.410, contempla al delito de intermediación como figura autónoma, que incluye actos preparatorios, por lo cual puede ser equiparada a una suerte de incriminación de los actos preparatorios.

Conforme a Laje Anaya, la ley citada ha introducido en este artículo la posibilidad de incriminar, a título de autor, conductas de terceras personas.

Tal como lo menciona Donna, *"resulta evidente que este artículo está penalizando la participación en los delitos previstos en los artículos 138 y 139, pero los autonomiza atribuyéndoles carácter de delitos propios"*.² Inclusive Creus, la denomina intermediación prohibida, considerándola como un nuevo delito, y como formas autónomas de participación.³

Por ello, al ser la intermediación prohibitiva una figura dolosa, que requiere dolo directo, el señor A. y la señora C. debieron haber obrado sabiendo que facilitaban, promovían o intermediaban en la perpetración del delito en cuestión.

Visto entonces de esta manera, para que se pueda producir la persecución penal, tiene que haber una conducta

² ídem nota anterior.

Poder Judicial de La Nación

exteriorizada. Una vez desplegada la conducta del promotor, facilitador e intermediador -que pone en marcha la persecución de ese tipo de delito- aunque se provoque el desistimiento de la conducta facilitada, no implica en consecuencia el desistimiento del promotor o facilitador, que como ya lo he expresado resulta ser un delito autónomo, y que inclusive contiene penas superiores a las fijadas para la autores del otro delito, que contempla el artículo 139 inc. 2° del C.P.

En este sentido, cabe tener en cuenta con respecto a Z. I. C., que de lo informado por el Juzgado de Menores N° ..., se desprende que la inscripción a la lista de espera de adopción, bajo comprobante..., que data del día... fue de fecha posterior al nacimiento de la hija de la señora C., el que figura con fecha... De esta manera, se arriba a la conclusión que lo manifestado por la señora C. en la indagatoria, difiere de lo informado por el Juzgado de Menores...

Ahora bien, cabe aclarar que el delito endilgado a los co-imputados C. y A. ha quedado en grado de tentativa. Según Donna, el delito se consuma cuando el autor facilita promueve o intermedia en la perpetración de los delitos del capítulo, y no surge del contenido del artículo que no pueda ser tentado, por lo que arribo a la conclusión que se admite el grado de tentativa.

Ello así por cuanto, si bien los actos llevados adelante por los imputados, esto es, el acuerdo con C., para que simule al ingresar al sanatorio una identidad que no le correspondía y la obtención del certificado con datos falsos, tenían entidad suficiente como para alterar la identidad del recién nacido, lo cierto es que se vieron imposibilitados de concretar su plan criminal por circunstancias ajenas a su voluntad (arrepentimiento de la imputada).

Entonces, teniendo en cuenta que la niña desde el momento de su nacimiento estuvo en contacto permanente con su madre, que el desistimiento de C. no produjo la inscripción ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de la Personas bajo la falsa identidad, no puede más que concluirse que la conducta no traspasó el umbral de la tentativa.

USO OFICIAL

³ CREUS CARLOS. Derecho Penal. Parte especial. Tomo I. Ed. Astrea. 6ta edición actualizada. 2da reimpresión. P. 268.

Por todo lo expuesto, propondré al Acuerdo se revoque el procesamiento a S. E. C. y se dicte en consecuencia el sobreseimiento.

Se confirme los procesamientos de J. D. A. y Z. I.C., como intermediarios del delito de supresión de la identidad de un menor de 10 años, modificándolo parcialmente, por cuanto la conducta atribuida a los nombrados ha quedado en grado de tentativa.

Así lo voto.

LA JUEZA CALITRI DIJO:

Que adhiere a la solución propuesta por el Dr. Álvarez.

EL JUEZ SCHIFFRIN DIJO:

I. El hecho investigado consiste en el intento de venta de una menor recién nacida por parte de su madre,..., a otra mujer,..., quienes habían acordado la operación gracias a la intermediación de otra persona, J. D. A., que es empleado público en el Hospital... y enfermero en el Instituto...

C. dio a luz a su niña en el Hospital... donde se presentó sin documentos, diciendo que se llamaba Z. I. C. y dando verbalmente el número de DNI de esta última. Procuraba que se le emitiera un certificado de parto directamente a nombre de la compradora, C., para facilitar luego la inscripción de la menor como hija de esta última en el Registro Civil de las Personas. El engaño de C. a los funcionarios del Hospital surtió efecto, y ella se retiró con su hija y con el certificado de parto a nombre de C..

II. Sin embargo, al cabo de unos días, se arrepintió de la maniobra, prefirió quedarse con su hija y decidió corregir ella misma el certificado, y para ello cometió otro hecho a primera vista ilícito, ya que adulteró dicho documento, colocando su nombre sobre borrados, a los fines de realizar la inscripción real de su hija en el Registro. Empero, sus funcionarios advirtieron inmediatamente la adulteración, por su carácter burdo, y se negaron a inscribir a la menor, devolviendo el certificado a C., quien se dirigió nuevamente al Hospital, donde explicó todo y fue finalmente detenida por la policía, a la que se avisó de lo ocurrido.

Poder Judicial de La Nación

III. El juez de primera instancia consideró a C. autora del delito de falsedad ideológica (art. 293 C.P.) en concurso ideal con supresión de identidad de un menor de diez años (art. 139 inc. 2 C.P.), en tanto que respecto de A. y C., entendió que resultaban autores del delito de intermediar en la supresión de identidad de un menor de diez años (art. 139 bis C.P.).

IV. Ahora bien, en relación a la calificación legal de la conducta de C., es evidente que no existe falsedad ideológica (art. 293 C.P.), porque ésta queda desplazada por el delito de supresión de la identidad de un menor de diez años (art. 139 inc. 2 C.P.), que aparece como una figura especial privilegiada (ver Sebastián Soler, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, TEA, año 1987 -3.º edición-, p. 400). Empero, si bien existieron actos tendentes a consumar este último delito por parte de C., no parece posible formular reproche penal alguno a ésta, ya que su arrepentimiento activo -que reveló su dominio absoluto del hecho- constituyó un claro desistimiento de su intento.

El juez Álvarez sostiene también que existe desistimiento de la tentativa por parte de C., pero, sin embargo, propone al Acuerdo mantener el reproche por el art. 139 bis C.P. respecto de la intermediación de A. y C.. Esta última solución no me resulta compartible.

Es verdad que la conducta de A. queda atrapada en el supuesto de intermediación del art. 139 bis C.P., al igual que la conducta de C., la cual sólo en apariencia puede ser vista también como la participación del art. 45 C.P., ya que ésta es sin duda absorbida por los supuestos más graves y precisos del art. 139 bis C.P. Empero, ocurre que si admitimos que existe desistimiento de la tentativa por el delito previsto en el art. 139 inc. 2 C.P., entonces el delito previsto en el art. 139 bis C.P. no puede configurarse. La conclusión que antecede requiere de una breve explicación, pero en líneas generales se asienta en una premisa inicial básica, que consiste en que el desistimiento revoca la *tipicidad* del hecho.

Sobre esto último no hay acuerdo unánime en la doctrina, como lo prueba Francisco Muñoz Conde en su obra *El desistimiento voluntario de consumar el delito*, Barcelona,

Bosch, año 1972, donde el autor cita posiciones que consideran el desistimiento como elemento negativo del tipo, como excluyente de antijuridicidad, como excluyente de culpabilidad y como excusa absolutoria (p. 43 y ss.).

El debate tiene consecuencias importantes, porque si se piensa, por ejemplo, que el desistimiento excluye solamente la culpabilidad del autor que desiste, el reproche subsiste para el instigador o cómplice por su aporte al injusto tentado, que queda intacto. En cambio, si se considera que el desistimiento borra la tipicidad del hecho, ya no habría injusto principal al cual se acople el aporte del partícipe, y dada la accesoriedad de la participación, resultan también impunes el instigador o cómplice.

Por mi parte entiendo que el desistimiento tiene incidencia directa en la tipicidad en curso, al punto de revocarla, y me han convencido de ello las razones expuestas por Zaffaroni, Alagia y Slokar en *Derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, año 2002 (2.º edición), pp. 838 y ss., mostrando los autores que existen defensores de esta posición en Argentina -como Fontán Balestra- y en España, Latinoamérica e Italia.

La reflexión que me suscita este comentario puede resumirse diciendo que carece de sentido sancionar a los partícipes de una conducta cuyo efecto ha quedado frustrado por la voluntad libre del autor. Asiste razón a los autores que invocamos cuando expresan que la punición tendría sentido sólo si la sola voluntad de quebrantamiento de la norma, sin atender a sus consecuencias, fuera fundamento de la punibilidad.

Entonces, si no existe el injusto del art. 139 inc. 2 C.P. por efecto del desistimiento, no es posible cometer el delito del art. 139 bis, porque se trata de una forma especialmente agravada de la participación criminal, que, como sabemos, se halla regida por el principio de accesoriedad.

Naturalmente, el hecho de que la intermediación o facilitación en la supresión de identidad sean conductas atrapadas por una norma especial (art. 139 bis C.P.) puede generar la impresión de que se trate de una figura *autónoma*, similar a la instigación al duelo del art. 99 C.P. o a la

Poder Judicial de La Nación

instigación a cometer delitos del art. 209 C.P. por ejemplo, las cuales no requieren la comisión efectiva del delito instigado para su aplicación. Cabría argumentar, pues, que el delito del art. 139 *bis* C.P. puede subsistir independientemente de la existencia de consumación del delito previsto en el art. 139 inc. 2° C.P.

Pienso, en cambio, que ese razonamiento es equivocado, porque el carácter accesorio de la figura se desprende de la misma estructura del tipo: "Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, el que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la perpetración de los delitos comprendidos en este capítulo ...", y es afirmado por calificada doctrina, la cual advierte que sin perpetración de ese otro delito, la intermediación o facilitación del art. 139 *bis* C.P. no se consuma (ver Omar Breglia Arias-Omar R. Gauna, *Código penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, año 2001, tomo I, p. 1009, y Justo Laje Anaya-Enrique Alberto Gavier, *Notas al código penal argentino*, Córdoba, Marcos Lerner, año 2000, tomo II, p. 296).

Por tanto, dada la naturaleza accesoria del art. 139 *bis* C.P. y la falta de una conducta típica (art. 139 inc. 2 C.P.), aparece, entonces, sin significación penal alguna el aporte de A.y C..

Añadamos que no se nos escapa que el *modus operandi* corriente en esta clase de situaciones, en las cuales existe el aprovechamiento de la vulnerabilidad de personas de condición muy modesta, explica la señalada mayor gravedad de la pena prevista en esa última norma. Sin embargo, dado que el legislador no ha trazado en el precepto de referencia (art. 139 *bis*) una figura autónoma, sino una norma agravada de participación, no corresponde a los principios del Derecho Penal dejar de lado las reglas de la participación en aras al disvalor de las conductas aludidas.

En definitiva, estimo que la decisión debe ser revocada y que corresponde dictar el sobreseimiento de S. E. C., J. D. A. y Z. I. C..

Así lo voto.

Por ello, el Tribunal **RESUELVE**:

I. Revocar por unanimidad el procesamiento a S. E.C. y dictar en consecuencia su sobreseimiento.

II. Confirmar -por mayoría- los procesamientos de J. D. A. y Z. I. C., como intermediarios del delito de supresión de la identidad de un menor de 10 años, modificándolos parcialmente, por cuanto la conducta atribuida a los nombrados ha quedado en grado de tentativa.

Regístrese, notifíquese y devuélvase. Fdo. Jueces Sala II Leopold Héctor Schiffrin. César Álvarez y Jueza Olga Calitri. Ante mí, Dra. Russo. Secretaria.