

UN DEBATE NO MENOR

Carla Sgarbi.

Diferentes interpretaciones sobre el alcance y aplicación del art. 41 quater CP en el Tribunal de Casación Penal y Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

Sumario: I.- Introducción. II.- Tesis Amplia. III.- Tesis restringida. IV.- Tesis intermedia. V.- Posición de la SCBA. VI.- Conclusión.

I.- Introducción.

La ley 25767 incorporó al plexo sustantivo el art. 41 quater. La norma prescribe que *"Cuando alguno de los delitos previstos en este Código sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, la escala penal correspondiente se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo, respecto de los mayores que hubieren participado en el mismo."*

Se trata de una agravante genérica -como la prevista en el arts. 41 bis del mismo cuerpo legal- que integra el tipo penal, toda vez que ambas modifican la escala penal aplicable.

La cuestión fundamental que se le hace a la norma, es que, más allá de las consideraciones en cuanto a la determinación de la pena y su relación con el principio constitucional de culpabilidad, la incorporación del agravante genérica vino de algún modo a trastocar la coherencia sistemática que presentaba la parte general de nuestro plexo penal de fondo.

Esta técnica legislativa consiste en trasladar la pauta agravante hacia el nivel típico, incorporando aquella circunstancia como elemento objetivo y operando como norma general que se proyecta sobre la parte especial del Código Penal.

Previo a la reforma, esta incidencia podía ser evaluada dentro de los parámetros establecidos en el art. 41 CP, concretamente, en su inciso segundo "*...la participación que haya tomado en el hecho...*" -, pudiendo tomarse como pauta agravante o también atenuante.

La diferencia versa que ahora la misma, se establece siempre como pauta agravante pero no dentro de la escala penal, sino de la escala penal misma.

La introducción de la misma no está exenta de críticas y en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, ha producido diferentes interpretaciones.

El objetivo del presente trabajo es plasmar las diferentes posturas esgrimidas en el ámbito del Tribunal de Casación Bonaerense, y en la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, así también como las críticas suscitadas de la reforma y brindar herramientas que limiten la interpretación del dispositivo penal.

II.- Tesis amplia.

Esta postura se vio plasmada en diferentes precedentes. A modo de ejemplo y remisión se trata de la jurisprudencia emergente de las causas 58020, 48048 y 38508 - Registro de Presidencia- TCPBA.

Esta posición toma la interpretación gramatical de la norma. Así, encontrándose acreditada la edad del menor interviniente frente a la mayoría de edad del partícipe, resulta de aplicación la previsión contenida en el art. 41^{quater} del Código Penal.

Se aplica de forma automática. No siendo necesario determinar si el menor fue utilizado, inducido o instigado por los mayores -a cualquier título- pues basta con su intervención en el delito.

La reforma introducida ha procurado ampliar los supuestos de aplicación de la norma penando más severamente a quienes delinquen en compañía de niños, con el objetivo de desalentar esa práctica que expone a estos últimos a “graves” e “irreparables” consecuencias.

En síntesis, la norma en cuestión no exige ni el aprovechamiento del menor por el mayor ni tampoco que el menor involucrado en el hecho sea utilizado para deslindarla responsabilidad del mayor, sino que lo que requiere la ley es una participación de ambos. Por tanto, aparece como un excesivo rigorismo tal exigencia que choca con la voluntad del legislador y torna, desde lo práctico, inaplicable al dispositivo en trato.

La inserción de tal texto se alinea claramente con la finalidad de la agravante genérica en tratamiento, que según la nota de elevación del proyecto de ley respectivo, persigue *“...hacer recaer el mayor peso de las sanciones sobre los que comprendiendo la criminalidad de sus actos cometen delitos exponiendo a los menores de los que se valen de graves y tal vez irreparables consecuencias. A partir de la presente ley, los mayores conocerán que el reproche penal es mucho más grave cuando se valen de menores o **intervienen éstos en los hechos delictivos**, con los que se verán desalentadas estas conductas criminales...”*.

III.- Tesis restringida.

Esta postura se ha plasmado en de las sentencias 38330, 48048, 59241, 54998, entre otras.

Carral asume una postura opuesta, desde una perspectiva interpretativa de orden teleológica interpreta que tal agravante genérica sólo puede tornarse operativa en los casos de instigación o autoría mediata, sino también cuando se comprueba la concurrencia de algún tipo de ascendiente del "mayor" sobre el "menor", que lo determine o lleve a delinquir.

Ello ha de ser así, en virtud de que si el "menor" interviniente el hecho de manera libre, es decir, por *motu proprio*, no se verificaría un incremento en el disvalor del injusto de su consorte "mayor" que amerite la cuantiosa ampliación de la escala punitiva. De lo contrario, se estaría introduciendo subrepticamente en el sistema penal un supuesto de responsabilidad objetiva, lo cual se halla inexorablemente vedado por el "principio constitucional de culpabilidad por el hecho", que ordena, a los fines de punir determinada conducta, la necesaria verificación de un nexo subjetivo entre ella y el resultado lesivo que produjo.

En la misma sintonía, el precedente de la Sala I, Causa Nro. 38330 -revocado por la SCBA previamente expuesto- consideró que "*la sola concurrencia de un menor de edad en la comisión del hecho, no habilita su aplicación automática. Debe -para ello- acreditarse que el mayor se haya aprovechado o valido del mismo, o que lo haya iniciado en la senda criminal (proselitismo delictivo).*"

Por su parte, Ordoqui, propicia una interpretación restrictiva en el sentido de que esta agravante genérica únicamente entra en juego en aquellos casos en los que el mayor determina al menor a cometer un injusto típico (inducción) o cuando lo utiliza como instrumento dominando su voluntad (casos de autoría mediata).

El magistrado cita a Vitale "Al tratarse la presente reforma, en el Congreso de la Nación se dijo claramaente que: "Este proyecto propicia un aumento de las penas

para los adultos que utilizan menores en la comisión de delitos (diputado Camaño); que "contiene un solo artículo a través del cual se agravan las penas para aquellos mayores que se valgan de menores de dieciocho años para cometer delitos", añadiéndose que "esta es una forma de proteger a los menores. Es decir, disuadir a los mayores para que no utilicen a los menores de edad en sus delitos (senador Agúndez); que, "al margen del uso del menor como herramienta o instrumento para cometer delitos, está el menor que ya integra bandas delictivas (senador Baglini); que se propone "apoyar un incremento haciendo uso de menores para causarles a los menores la represión penal, evadiendo de esa forma la acción de la justicia" (Diana Conti)" y agrega Vitale que "...no se dijo nada en contrario que permita acordarle (al supuesto de hecho contenido en el art. 41 quater) un alcance extensivo a las aludidas razones, como podría entender una imaginada interpretación meramente literal..." (por todo, Baigún, David; Zaffaroni, Eugenio Raúl et al. Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, t. 2A. 2da. ed. , Hammurabi, Bs. As., 207, p. 164).

IV.- Interpretación intermedia.

Esta posición, fue analizada por Celesia en causas 34759 y 55277.

El mencionado magistrado cuestiona ambas posiciones y propone una postura alternativa.

La tesis restringida es criticada por "exceso", por cuanto es claro que la norma no exige ningún elemento subjetivo en cabeza del partícipe mayor de edad más allá del conocimiento de la minoría de edad del consorte y la voluntad de cometer delito con él, y si bien es cierto que del análisis del debate parlamentario surge que algunas de las razones que se brindaron para su sanción fue la necesidad de evitar que los

mayores utilicen o se valgan de menores para cometer delitos, lo cierto es que el texto plasmado en el código dista mucho de requerir tal elemento típico como para interpretarlo en ese sentido.

La otra posición es objetada por "defecto". Considera que una interpretación netamente gramatical llevaría a considerar que siempre que un menor de 18 años de edad tome parte en el delito, en la forma que sea, la pena aplicable al mayor de edad que intervino en él debe agravarse, lo cual podría llevar a situaciones reñidas con el principio de razonabilidad (art. 28 CN) que exige como es sabido que los actos de gobierno sean razonables en tanto medios para alcanzar determinados fines.

En efecto, si se interpreta, en base a la literalidad de su texto, que la agravación punitiva que preve esta norma constituye una suerte de condición objetiva consistente en que un menor de edad tome intervención en el delito de que se trate, sin atender a la relación entre la conducta del mayor y esa intervención del menor, podría convertirse en una norma injusta e irrazonable ya que el juez no podría diferenciar por ejemplo aquellos casos en que resulta evidente que el menor no sólo no ha sido utilizado como instrumento, determinado o incitado a participar del delito sino que ha sido incluso quien determinó al mayor a participar en el hecho y quien mantuvo un liderazgo e impulso criminal mayor, de aquellos otros en los que ocurrió todo lo contrario. Nadie dudaría que el plus punitivo es arbitrario y desproporcionado, y por ende contrario al principio de razonabilidad del art. 28 CN.

A su respecto, la finalidad del legislador en la que se debe poner el acento es aquella que indiscutiblemente se tuvo en miras al sancionar la norma. Ese objetivo, fue sin dudas el de tender a una protección integral del menor en consonancia con los lineamientos trazados por la Convención Internacional de los Derechos del Niño

(nótese que se fija la edad en 18 años límite que utiliza la convención para definir la condición de niño), amenazando con una pena más grave a los mayores que coloquen o de algún modo brinden algún aporte para que un menor de 18 años se vea inmerso en una situación de riesgo como la que implica tomar parte en una actividad delictiva.

La razón de la agravante se justifica entonces en el riesgo directo por el mayor cuando éste permite que el menor participe activamente de alguna de las maneras punibles en su actuar delictivo.

Sentado ello habrá que atender en cada caso a si la situación de hecho justifica a aplicación de la agravante a partir de dicha finalidad, puesto que por el aplicación del principio de razonabilidad, la misma podría tener operatividad allí donde no se verifica que la conducta del mayor de algún modo genera o permite que se genere esa situación de riesgo para el menor que se quiso evitar con su sanción, lo cual obviamente ocurre cuando un adulto se aprovecha de aquel intentando evadir las consecuencias penales de sus acciones descargando la responsabilidad en menores de edad, pero también cuando de cualquier modo el mayor realiza algún aporte para que se genere esa situación riesgosa para la integridad física y moral del menor.

Es decir, que en todo caso la conducta del mayor debe constituir un aporte para que el menor se vea involucrado en una empresa delictiva con la amenaza a su integridad física y moral que ello implica, y esto puede ocurrir no sólo en los casos en que exista una utilización del menor como instrumento (hipótesis más grave), sino incluso cuando el mayor de algún modo incita o promueve el ingreso del menor al ámbito del delito, puesto que igualmente la ley procura protegerlo en este caso.

Ahora bien, si no se encuentra acreditada esta cuestión de hecho relativa a la relación entre la conducta del mayor y la intervención del menor en el delito, resultará

irrazonable la aplicación de la escala penal agravada a quien de ningún modo influyó ni facilitó la decisión del menor de tomar parte en un delito por el sólo hecho de ser mayor de edad.

Sólo será factible entonces aplicar la agravante conforme su fundamento y el bien jurídico que pretende proteger, cuando se verifique que el menor ha sido utilizado por el mayor para descargar su responsabilidad por el evento criminoso, o bien cuando este ha ejercido una influencia socialmente negativa sobre los menores de edad determinándolos o incitándolos a cometer delitos, pero no aparecerá razonable su aplicación cuando el menor de edad ha sido quien, libremente, decidiera tomar intervención en el delito, sin que la conducta del mayor reconozca ninguna relación con dicha decisión.

Lo contrario implicaría atribuirle a la persona mayor de edad un deber de evitación que, excepto en los casos en que existe una particular relación jurídica con el menor, no posee ninguna fuente legal, sino que se inspira únicamente en un postulado moral que el Estado no puede reprocharle al sujeto por el solo hecho de que éste no lo comparta, a menos que esa diferencia de valores se exteriorice en actos atribuibles a él, que generen un perjuicio a terceros, en este caso al menor (art. 19 CN).

V.- Posición de la SCBA.

La posición del máximo órgano jurisdiccional no se hizo esperar. El 9 de abril de 2014, en causa P. 111.446 "Roldán", la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires se inclina por la postura restrictiva.

El fallo narra que de los diversos proyectos de ley prevaleció el texto finalmente aprobado frente a otros que proponían otras fórmulas, no siempre equivalentes. El proyecto Fayad- Carrió establecía que la agravante tendrá lugar

cuando el agente "...delinquire con la intervención de un menor que no ha cumplido 18 años o se valiere o sirviere de éste o lo determinare directamente a cometerlo.."; por su parte el proyecto Martinez postuló "...si los hechos se cometieren sirviéndose de niños o en perjuicio de estos". De otro modo, el proyecto Pichetto "...quienes perpetraren un delito...juntamente o con la participación de personas menores de edad..." y el de Martinez Llano que decía "*por la inclusión del menor*".

De todas las fórmulas prevaleció como común denominador la agravación del hecho "sea cometido con la intervención de menores" quedando relegadas las que especificaban el "valerse" o "servirse" de n menor.

El criterio amplio ha sido preferido por el legislador frente a criterios más restrictivos. Por lo que considerando que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, comprobada la intervención del menor en los hechos abastece la agravante, sin atender al real sentido de los distintos ingredientes que la componen. Pero aun cuando no se requiera aquel plus al que refiriera el fallo debe existir el elemento subjetivo exigible respecto de cualquier circunstancia que integra el tipo objetivo en los delitos dolosos.

La finalidad del legislador es desincentivar o desalentar la comisión con menores, "sin que quepa ingresar a evaluar su razonabilidad. Pues, no huelga recordar que el control que al respecto compete a los órganos jurisdiccionales no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador".

VI.- Conclusión.

Creo que en el último argumento esbozado por la SCBA se encuentra el *quid* de la cuestión.

¿Pueden los magistrados interpretar la ley, yendo a los motivos que impulsaron la reforma, y limitar el alcance de una norma penal? ¿Puede el Poder Judicial como órgano del Estado discutir la razonabilidad de la norma penal?

Considero que la respuesta a esos interrogantes es afirmativa.

Del análisis resulta la colisión de más de dos interpretaciones posibles, lo que se corrobora aquí con un somero repaso de la jurisprudencia que se ha expuesto, entonces siguiendo los lineamientos de nuestro máximo intérprete constitucional, que " ... el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal" (Acosta, Alejandro Esteban s/Recurso de hecho", Causa 28/05 C.S.J.N.).

No se puede dejar de lado que esta reforma se inserta dentro de un criterio de política criminal, profundizado en tiempos posteriores, que pareciera haber echado mano a lo que en la doctrina nacional se conoce como "legislación penal de emergencia" (Zaffaroni, Eugenio Raúl, "La creciente legislación penal y los discursos de emergencia", AAVV, "Teorías actuales en el derecho penal", Ed. Ad-Hoc, Bs.As. 1998, pág. 617) o a lo que desde la doctrina extranjera sobre la material, particularmente por parte de Winfried Hassemer, se ha definido con claridad como "derecho penal simbólico".

La aplicación automática y acrítica de la agravante sin discutir su sentido atenta con el principio de razonabilidad y es deber de los jueces - de acuerdo al esquema republicano- los que pueden armonizar las interpretaciones de modo de

hacerlas compatibles con la Constitución Nacional, y sobre todo, a partir de Giroldi y Bramajo -CSJN- compatibles con la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

En esta materia y en el ámbito de la legislación constitucional convencional, la norma del art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra la interpretación más restrictiva, progresiva y *pro hómine* fijando las pautas más trascendentales para la intelección de todos los derechos que proclama, entre los que se destacan los relativos al proceso penal. Esta es la razón de ser del principio de interpretación más restrictivo de penalidad del que resultan variadas expresiones como el principio de inocencia, la aplicación de la ley más benigna, el "in dubio pro reo" y otras manifestaciones seguidas de estas (prohibición de "reformatio in pejus", "ne bis in eadem", etc.).

No se puede soslayar y se debe tener presente, en el sentido que la discusión no está zanjada, que el Anteproyecto del Código Penal, la intervención del menor de edad está prevista como "*valerse de un menor de catorce años o de una persona incapaz*".

El hecho que la suprema corte haya tomado posición en el precedente fijado, no significa que no se pueda objetar a la reforma.

La posición de la SCBA es limitada por cuanto no ha discutido - o profundizado- sobre la afectación al principio de culpabilidad, tampoco ha considerado el principio *pro homine*, por lo que el debate está vigente y la discusión no está saldada.