

Comentario al fallo sobre la edad de aplicación de la agravante del art. 41 quater del Código Penal.

Por Adolfo Prunotto Laborde. ¹

Nos hemos decidido a comentar esta resolución de la Sala IIIa. de la Excma. Cámara de Apelaciones de Rosario, en beneficio de los usuarios de la Editorial, atento que recientemente la Sala IIa. de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, ha resuelto en forma contraria ², el tema aquí tratado, sobre la edad a partir de la cual debe aplicarse la agravante genérica prevista en el art. 41 quater del Código Penal.

En la resolución que comentamos por mayoría, la Sala IIIa., entiende que debe aplicarse dicha agravante a quien comete el injusto con la participación de un menor, a partir de los 18 años de edad.

A partir de considerar que, al cumplir 18 años, el sujeto es imputable en razón de haber cumplido dicha edad, y por ende puede ser sometido a juicio y condenado, el Vocal Dr. Ernesto Martín Navarro, entiende que debe aplicarse la agravante.

Fundamenta su postura -que queda en mayoría por la adhesión del Vocal Dr. Otto Crippa García-, en que de los antecedentes legislativos emerge claramente que el término “mayores” establecido en el art. 41 quater debe entenderse referido a las personas que superan los 18 años de edad. A lo que debe sumarse que los diputados Fayad y Carrió, -recuerda-, propusieron la incorporación del art. 10 bis en el Código penal, con el siguiente texto *“El mínimo y el máximo de las penas privativas de la libertad previstas para el delito se aumentarán de un tercio a la mitad respecto de la persona de 18 años o más que 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. En ningún caso la pena podrá exceder el máximo legal”*, y que fundamentos similares expusieron los diputados Saredi y Martínez Llano, como así también las diputadas Irma Roy y Silvia Martínez.

Entendiendo por último que el objetivo de la norma es desalentar la utilización de menores para delinquir.

¹ Doctor en Derecho, Abogado Especializado en la Magistratura, Abogado Especializado en Derecho Penal, Profesor de la Maestría de Derecho Procesal, ex profesor con funciones de Titular de las Cátedras de Derecho Penal Parte General y Especial, de la Escuela de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Profesor adjunto de la Cátedra de Derecho Penal I, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Docente Investigador Categoría III, del Programa de Incentivos, Juez en lo penal de Instrucción de la ciudad de Rosario.

² Ver Boletín de Zeus, del 13 de Septiembre de 2005, n° 7768, donde se ha publicado dicha resolución en forma completa.

En igual sentido se expidió la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala IV, el 13/09/2004, en la Causa Avila, Roberto, con disidencia de la Dra. Garriguez de Rebori.³

Por su parte la Vocal, Dra. Elena Ramón – a la sazón en minoría- entiende que el vocablo mayores debe ser interpretado como elemento normativo, que impone remitirse al art. 126 del Código Civil, y a la ley específica en la materia la 22.278, que regula el régimen penal de la minoridad, indicando ambas normas que por mayores deben entenderse los que han cumplido 21 años de edad; por lo que la agravante del art. 41 quater del Código Penal, sólo puede aplicarse a quienes hayan superado dicha edad al momento de comisión del injusto.

Como anunciábamos al principio de este comentario, la Sala IIa., en un reciente fallo del 6 de julio del cte. año, por unanimidad, resolvió conforme lo hace la Dra. Ramón.

Entrando de lleno al tema, modestamente pensamos que asiste razón a la Dra. Ramón y a la Sala IIa., sin desconocer por ello los importantes argumentos vertidos por el Dr. Navarro.

Ahora bien, que no se haya impuesto el texto al que alude el Dr. Navarro, puede interpretarse válidamente como que la voluntad del legislador, fue respetar el elemento normativo impuesto por el Código Civil y por ello consideró innecesario precisar la edad; cosa que hubiera hecho si la edad que pretendía imponer era la de 18 años.

El hecho que la norma del art. 41 quater imponga una agravante en forma générica, no nos exime de desmenuar el texto típico, conforme se hace con cualquier tipo penal.

Por ello entendemos que al encontrarnos frente a la palabra “*mayores*”, al ser la misma un *elemento normativo que requiere una valoración jurídica*, su significado debe buscarse en el resto del ordenamiento jurídico. Siendo por ende correcta la remisión que hace la Dra. Ramón, al artículo 126, del Código Civil –“*Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de 21 años*”-.

Y a la ley 22.278, que claramente dispone en su artículo 6, “*las penas privativas de libertad que los jueces impusieran a los menores se harán efectivas en institutos especializados. Si en esta situación alcanzaren la **mayoría de edad**, cumplirán el resto de la condena en establecimientos para adultos*”, la negrita nos pertenece.

Concepto que reafirma en su artículo 10, “*La privación de libertad del menor que incurriere en delito entre los dieciocho años y la mayoría de edad, se hará efectiva, durante ese lapso, en los establecimientos mencionados en el Artículo 6*”.

³ Suplemento penal de La Ley 2005, La ley-on line.

Pensamos que también puede recurrirse a la Convención de los Derechos del Niño, arts. 37 y 41, sobre todo éste último que dispone: “*Nada de lo dispuesto en la presente convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte, ...*”, de donde puede deducirse que prima sobre cualquier interpretación lo normado por el Código Civil y la ley de menores.

Por lo expuesto consideramos que resulta más armónica con el resto del ordenamiento jurídico la posición que interpreta que la agravante del art. 41 quater del Código Penal, debe aplicarse a partir de los 21 años de edad.