

El artículo 41 quáter del Código Penal luego de la reforma civil sobre mayoría de edad

¿un problema resuelto o un conflicto nuevo?

*Por Laura Carreté**

*y María Dolores Vélez Massa***

Introducción

A raíz de la reciente ley 26.579 las personas adquieren la mayoría de edad a los 18 años. Esta importante reforma, que conlleva a disminuir la edad en la cual las personas adquieren plena capacidad de derecho, ha influido en varias instituciones de nuestro ordenamiento jurídico; y no sólo en cuestiones de derecho civil y comercial como seleccionaron los legisladores al debatir en el parlamento. El nuevo artículo 126 del Código Civil ha hecho eco de su transformación innovando indirectamente otros institutos del ordenamiento jurídico. Así, la reforma etaria ha impactado en la agravante contemplada en el artículo 41 quáter del Código Penal. Sin embargo, parecería que esa modificación no ha sido tomada en cuenta por nuestro legislador; sino que por el contrario, podría configurar una consecuencia inesperada.

En este sentido podemos, claramente, observar que el texto normativo contemplado en el artículo 41 quáter del Código Penal –por la cual se le aumenta la pena a aquellos mayores que hayan delinquido con la intervención de menores– se mantiene intacto conforme su redacción originaria. Pero, no obstante ello, y a partir de diciembre de 2009 con el nuevo artículo 126 del Código Civil –que disminuye la mayoría de edad a los 18 años–el ámbito de aplicación de la agravante genérica en materia penal se ha ampliado a un grupo de sujetos no contemplados originariamente.

Sin lugar a dudas, esto es otra desinteligencia legislativa de las tantas que debemos soportar a diario. Una vez más podemos develar los defectos propios de un deficiente órgano mayoritario y el preocupante deterioro de nuestro Congreso. Lo que nosotras queremos resaltar es el problema suscitado en el artículo 41 quáter del Código Penal¹ a partir de la

*.Abogada. Adscripta en Derecho Penal I de la UNC. lauracarrete@hotmail.com

** Abogada. Adscripta en Derecho Penal II y Derecho Procesal Penal de la UNC. dolovelez@hotmail.com

¹ De ahora en adelante C.P.

reforma del artículo 126 del Código Civil². Esto, en cierto modo, nos obliga además traer a colación los inconvenientes que acarrea la agravante penal analizada, antes de dicha reforma.

Para ello, en primer lugar, haremos referencia al artículo 41 quáter del C.P. y a las dos dificultades interpretativas surgidas desde el origen de su sanción: al tiempo que daremos a conocer cómo se superaron dichos problema. En segundo lugar, y ya ingresando al objeto de este trabajo, y en relación a la edad que debe poseer el sujeto activo para ser pasible de la agravante genérica penal, analizaremos el artículo 41 quáter a la luz del nuevo artículo 126 del C.C.; y mencionaremos las implicancias generadas en el orden legislativo y constitucional en materia penal a partir de la reducción de la capacidad a los 18 años de edad. Por último, haremos unas consideraciones finales aportando nuestra humilde solución.

Propósito del artículo 41 quáter del Código Penal

El proyecto de ley aprobado tiene como objetivo “desalentar la utilización de menores para delinquir o su intervención en la comisión de delitos”. Conforme el debate parlamentario, la disposición normativa parece dirigida a mitigar el conflicto de la delincuencia juvenil, a fin de por un lado atenuar el flagelo que esto implica para una sociedad atemorizada e indefensa; y por el otro, –y por sobretodo– “proteger a los menores del grave perjuicio al que quedan expuestos en este tipo de actos delictivos a los que son inducidos por inescrupulosos adultos, y en cuya reiterada comisión ven gravemente afectado su desarrollo psíquico y social, con la consiguiente exposición a indudables peligros físicos”³.

Sin embargo, consideramos que la incorporación de este artículo no soluciona el problema planteado. Sostenemos, y en base a lo que la misma realidad ha revelado, que el aumento en la escala penal no es la respuesta válida para paliar el fenómeno considerado. Es decir, compartimos el disvalor que dio origen a la norma –actividad delictiva que adultos desarrollan con menores– pero creemos que la agravante reitera una práctica de política criminal coyuntural casi siempre inoperante y muchas veces contraproducente.

² De ahora en adelante C.C.

³ Fundamentos dados por los legisladores Víctor M. F. Fayad y Carrió con motivo del proyecto de ley presentado. Buenos Aires, 24 de mayo de 2001.

Debate en torno al artículo analizado

Las últimas reformas penales han brindado una respuesta política de emergencia a conflictos coyunturales sin el necesario trabajo parlamentario que requiere la implementación legislativa de la política criminal⁴. Ello ha tenido un impacto negativo en el sistema penal en cuanto han producido una inflación normativa de difícil comprensión y altamente cuestionable.

A este proceso pertenece la ley 25.767⁵ que incorporó el art. 41 quáter, que dispone:

“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”.

Es importante reflexionar que este artículo contempla una agravante genérica, una más de todas aquellas que adopta nuestro Código Penal. Sin embargo, es importante resaltar como una observación a tener en cuenta, que nuestra legislación sólo regula agravantes genéricas pero no recepta ninguna atenuante genérica, como sí lo hacen otras legislaciones⁶.

Entrando al análisis de la agravante mencionada debemos establecer que la misma generó debates en torno a dos cuestiones: a) ¿Cómo debe ser la **intervención** de los menores?; b) ¿Qué se considera por **mayores**?

Qué se entiende por “intervención” de menores

En relación a la *primera cuestión*, se discutió si la ley refería al delito cometido por un mayor con la mera intervención de un menor o si por el contrario exigía que aquel mayor “utilice” o se “aproveche” del menor. El problema fue zanjado por el máximo tribunal de Córdoba en el año 2007 cuando en el fallo Torres⁷ se determinó que al momento de decidir la

⁴ Vitale, Gustavo, “Artículo 41 quáter del Código Penal (adultos que se valen de menores para delinquir)”, Pensamiento Penal del Sur, t. 1, Fabián di Plácido Editor, 2004, pag. 829.

⁵ Sancionada: 06/8/2003. Promulgada de Hecho: 29/8/2003. Publicada el: 01/9/2003.

⁶ Por ej, el Código Penal Italiano en sus artículos 62 y 62 bis.

⁷ Sentencia n° 194/07 del T.S.J. de la provincia de Córdoba “Torres, Héctor Manuel p.s.a. Robo calificado agravado por el art. 41 quáter, etc” – Recurso de Casación”, Allí la defensa cuestiona la aplicación de la agravante en un caso en donde el mayor al delinquir iba, simplemente, “acompañado” de un menor. Este fallo fue paradigmático, en cuanto que a que el T.S.J. determinó el alcance del término *intervención* contemplado en la norma.

procedencia de la agravante los jueces no deben únicamente limitarse a verificar si en el caso concreto el mayor al momento de cometer el delito se encontraba acompañado (junto con, en presencia de...etc.) de un menor y aplicar en forma automática la agravante; sino que deberán analizar las circunstancias de los hechos para determinar cual fue la actividad del niño.

De esa forma, el Tribunal determinó el alcance del término “intervención” de menores de 18 años; y entendió que se limitaría a la participación del menor en la comisión del hecho. Por consiguiente, –estableció– que la redacción de la norma indica una remisión a las reglas generales de la participación criminal a efectos de la aplicación de esta agravante. Por lo que, no cualquier intervención del menor queda atrapada por la norma, sino que se encuentra acotada para aquellos casos en que hubiera intervenido en algunas de las formas previstas por las reglas de la participación regulada en la normativa de fondo⁸.

Ahora bien, y de acuerdo a la postura sustentada por el Máximo Tribunal de la Provincia de Córdoba, que obliga a remitirnos a las reglas de participación contempladas en el Código Penal será importante a la hora de aplicar la agravante observar lo preceptuado en los artículos 47 y 48 de dicho ordenamiento.

Qué se entiende por “mayores”. ¿Un problema resuelto?

La *segunda cuestión* problemática que surgió a partir de la incorporación del artículo 41 quáter, fue también una dificultad interpretativa, y se refirió al término “mayores”. Antes de la entrada en vigencia de la nueva ley civil, este conflicto generaba dos posturas disímiles.

Así, las divergencias partían de considerar que al aludir la disposición bajo análisis y en relación a la expresión “mayores”, o se lo hacía tomando como punto de referencia la edad que mencionaba el texto, esto es 18 años; o se entendía como un elemento normativo del tipo que obligaba a remitirse a la ley civil para determinar el contenido del precepto. Al momento en que se incorporó la agravante, nuestra legislación civil reglamentaba que la plena capacidad se adquiría a los 21 años de edad. Esta segunda postura fue la seguida por el T.S.J., lo que significó que a fin de aplicar la agravante el sujeto activo debía ser mayor de 21 años de edad.

⁸ Fundamentos manifestados por la vocal Dra. Aída Tarditti, autora del primer voto, en los considerandos del fallo nombrado.

No nos detendremos a analizar los argumentos vertidos en ambas posturas. En cuanto que, en diciembre de 2009 con la sanción de la ley 26.579 se fija la mayoría de edad a los 18 años y en consecuencia ambas posiciones convergen en un mismo resultado.

Por lo tanto, podemos decir que el conflicto interpretativo generado en torno al término “mayores” se encuentra concluido. No obstante creemos, que en materia penal y en relación al nuevo ámbito de aplicación del artículo 41 quáter del C.P., se ha generado otro conflicto. Es que luego de la reforma civil la agravante procede respecto de aquel sujeto mayor de 18 años que delinque con la intervención de un menor de edad. Esto significa, que se ha ampliado el campo de aplicación de la agravante a un grupo de sujetos –de 18 a 21 años– que antes no se encontraban incluidos. Por ello, consideramos que la discusión respecto a esta agravante no se encuentra concluida y en seguida daremos razones de ello.

Previamente, consideramos necesario –a partir de la reforma sobre mayoría de edad– detenernos a examinar si la controversia en torno al término mayores fue exitosamente superada. Es decir, si el conflicto interpretativo evidenciado se armonizó a partir de un debate serio y comprensivo de todas las materias que componen nuestro ordenamiento; o, si por el contrario se conformó con un ligero tratamiento legislativo que al omitir extender el debate a todas las comisiones parlamentarias, incluida la penal, solucionó indirectamente el problema hermenéutico pero generó una consecuencia inesperada o al menos no debatida respecto a la agravante genérica analizada.

Implicancias penales con motivo de la reforma civil analizada. ¿Un conflicto nuevo?

Como ya señalamos anteriormente, las versiones taquigráficas de las sesiones ordinarias que permitieron la aprobación de la ley 26.579 muestran un debate centrado en aspectos civiles y comerciales justificados en la necesidad de equiparar nuestra legislación a la de los países del MERCOSUR y a la Convención de los Derechos del Niño⁹. En las cuestiones tratadas, sólo fue materia de excepción el cumplimiento de la cuota alimentaria del padre no conviviente, obligación que supero la edad de 18 años.

⁹ Ver Honorable Cámara de Senadores, Sesiones ordinarias del 17 de diciembre de 2008, (O.D. 525/08) y del 2 de diciembre de 2009 (S. 995) y Honorable Cámara de Diputados, Orden del día 2109

Ahora bien, ninguna referencia se efectuó sobre su incidencia en el ámbito penal. Así, la reforma efectuada en el artículo 41 quáter no es la única implicancia producida de forma indirecta en materia penal por el nuevo texto del artículo 126 del C.C..

El ligero tratamiento dado a la reforma permite, al menos, evidenciar conflictos normativos que no fueron ni siquiera revelados a la hora de legislar sobre la capacidad de las personas. Es más, en el debate parlamentario de la ley 26.579 sólo se mencionó que sería necesario, en el futuro, un profundo análisis del Régimen Penal de la Minoridad (Ley 22.278 y sus respectivas modificaciones).

Ante esto, no podemos evitar cuestionarnos cómo puede ser que el legislador pasara por alto las consecuencias que podrían surgir con la reforma civil de la mayoría de edad en el resto del ordenamiento jurídico. La capacidad de las personas, es la aptitud legal para adquirir derechos y contraer obligaciones y su delimitación es imprescindible, debido a las repercusiones que genera en todo el derecho. En ese sentido, consideramos importante remarcar algunos de los conflictos normativos producidos en materia penal a partir de la reducción de la capacidad a los 18 años.

Así, en el Régimen Penal de la Minoridad, la ley 22.278 en el artículo 10 estipula que la privación de la libertad del menor que incurriere en delito entre los 18 años y la mayoría de edad, se hará efectiva mediante ese lapso en institución especializada (Art. 6). También preceptúa que el instituto de la reincidencia es facultativo para los sujetos de entre 18 y 21 años (Art. 5, 2do. Párrafo).

Por otro lado, la ley 24.660 de ejecución de penas privativas de la libertad estatuye en el artículo 197 que los jóvenes adultos, es decir “de dieciocho a veintiún años”, deben ser alojados en “instituciones especiales o secciones separadas o independientes de los establecimientos para adultos”. Así entonces, el artículo 197 de la ley mencionada establece que serán adultos los mayores de veintiún años de edad.

De forma manifiesta, podemos observar que el ordenamiento penal regula para las personas de entre 18 a 21 años un tratamiento diferenciado, con disposiciones específicas respecto del sistema punitivo común aplicable a los mayores de 21 años de edad. Entonces, indudablemente, aparece necesario revisar las legislaciones citadas y compatibilizar éstas con la reforma civil operada en relación a la mayoría de edad.

Otras consecuencias de la reforma

La reforma pudo haber sido necesaria y hasta se alinea con la normativa nacional e internacional. Sin embargo, el efecto generado en materia penal no armoniza con el marco constitucional dentro del cual debe compatibilizarse la inteligencia de la ley penal. Evidentemente, no se analizó ni los originarios preceptos de la carta Magna (arts. 18 y 19 de la C.N), ni las normas de los tratados internacionales con fuerza ratificatoria que en el año 1994 nuestro país incorporó con jerarquía constitucional y que en forma expresa proclaman la orientación democrática adscripta por nuestro Estado de Derecho¹⁰.

Se violentaron, así, principios constitucionales como los de mínima suficiencia, y subsidiariedad que se inscriben claramente en tal corriente ideológica. El principio de mínima suficiencia, supone un límite al poder de los jueces con un argumento de necesidad: “no punir sino en los casos indispensables y respecto de los cuales los otros medios de control social son suficientes y hacerlo desde la menor incriminación posible”.

Y el principio de subsidiariedad, establece que el Estado debe agotar los medios menos lesivos antes de acudir al derecho penal. En este sentido, el derecho penal debe constituir sólo un arma subsidiaria, una última ratio.

Esta consecuencia inesperada o al menos no debatida supone aplicar la agravante genérica a sujetos comprendidos en la franja etaria de 18 a 21 años de edad, aumentando la criminalización por una vía indirecta, tal vez hasta no querida. Entonces, no podemos evitar preguntarnos: ¿estamos ante un tema menor?.

Consideraciones finales

Entendemos que art. 126 C.C. superó el debate interpretativo generado en torno al término “mayores” contemplado en el artículo 41 quáter del C.P.. Actualmente, da igual completar la norma con lo dispuesto en la ley civil o tener en cuenta la edad señalada en el mismo texto de la agravante. Sin embargo, creemos que ello generó otros conflictos en nuestro ordenamiento jurídico, cuya dimensión todavía no se ha advertido en su totalidad.

¹⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 9; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político, art. 15, entre otros

Sabemos que aplicar la agravante genérica del artículo 41 quáter del C.P. a la luz del nuevo artículo 126 del C.C. implica aumentar la pena a un número mayor de sujetos comprendidos en la franja etaria de entre los 18 y 21 años, generando un ensanchamiento de la criminalidad. Consideramos que ello no puede operar sin un debate serio en el parlamento, que alcance a las comisiones penales e incluya de forma específica el tratamiento de una mayor penalización para esos sujetos previamente no contenidos.

Sin embargo, esta consecuencia no debatida fue producto de una ley civil que omitió el debate parlamentario en todas las comisiones, incluida la penal. Y como consecuencia de ello, se soslayaron las implicancias o consecuencias que podían generarse con dicha normativa.

Pensamos que la legislación penal estipula un régimen diferenciado para los sujetos comprendidos entre los 18 y 21 años de edad. Y por lo tanto, la normativa que en su consecuencia se dicte, ya sea en materia penal o civil –pero que repercuta en el ámbito penal–, deberá observar dicho régimen.

Por todo ello, proponemos una solución que armonice el conflicto normativo operado con la totalidad del ordenamiento y los principios constitucionales acuñados por nuestra Carta Magna. Por ello, y a fin de armonizar el artículo 41 quáter con el resto del sistema normativo penal creemos oportuna su modificación a fin de incorporar, específicamente, la edad de 21 años para el sujeto pasible de aplicación de la agravante.

Bibliografía

Avaca, Diego Juan , "¿Quiénes son mayores para el artículo 41 quáter del Código Penal? Armas "Impropias": ¿Analogía *in malam partem*?", Suplemento Penal año 2004 mes de agosto, pag. 24.

Rua, Ramiro Javier, “¿Un tema menor? La mayoría de edad en el artículo 41 quater del Código Penal a propósito de la ley 26.579”

Vitale, Gustavo, “Artículo 41 quáter del Código Penal (adultos que se valen de menores para delinquir)”, Pensamiento Penal del Sur, t. 1, Fabián di Plácido Editor, 2004.

Proyecto original de la ley 26.579 (3143-D-01), presentado por Elisa M.A. Carrió y Víctor M.F. Fayad, Buenos Aires, 24 de mayo de 2001

Versión taquigráfica de la Cámara de Senadores de la Nación y debates parlamentarios de la ley 25.767 y ley 26.579.

Jurisprudencia

Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba, S. N° 194 del 16.08.2007 en “Torres, Héctor Manuel p.s.a. Robo calificado agravado por el art. 41 quáter, etc” – Recurso de Casación; “Figuroa” S.n° 138, 2.12..05.