

Análisis de la agravante genérica prevista en el artículo 41 quater del Código Penal. Interrogantes y propuestas

Por: Carolina Mariana Viñas¹

Universidad Nacional de La Plata, Argentina

Palabras clave: niveles de racionalidad, agravante genérica, menores de edad, contexto sociocultural, abordaje multidisciplinario.

Resumen: Tomando como herramienta la división en niveles de racionalidad propuesta por Atienza, me embarqué en el análisis del artículo 41 quater del Código Penal, y dí cuenta de los inconvenientes que emergen de dicha norma y propuse posibles soluciones haciendo hincapié en una perspectiva más amplia que incluye fundamentalmente el aspecto social. A partir de los problemas advertidos, realicé una revisión bibliográfica de textos vinculados con este aspecto para dar cuenta de dos cuestiones que colaboran en el entendimiento de cómo pueden funcionar las normas en una sociedad, la primera de ellas: cómo es posible que a partir de las crisis sociales se pueda poner en funcionamiento toda una maquinaria legislativa y punitiva para dar respuesta a un problema que, como sostuve, es multicausal; la segunda cuestión, relacionada con la finalidad de las normas y la motivación de las conductas acorde a ellas lo cual exige que al dictarlas se tenga en cuenta el contexto cultural. Como reflexión final, abogué por un abordaje de la problemática desde múltiples miradas disciplinares, para recorrer instancias previas y alternativas al poder punitivo del Estado y así recurrir como última respuesta al Derecho Penal.

¹ Abogada (UNLP) Y Licenciada en Antropología (UNLP). Instructora Judicial de la Unidad Funcional de Instrucción y Juicio nº 3 Departamento Judicial La Plata. Estudiante de la Especialización en Derecho Penal (UNLP). Email: carovii@hotmail.com





Introducción

La norma que se analiza fue incorporada como Título V del Libro I al Código Penal Argentino mediante la sanción de la Ley n° 25767 en el mes de septiembre del año 2003, la cual establece un incremento de la pena aplicable a las o los mayores de edad cuando participan en un ilícito menores de edad. En dicho año se encontraba como presidente de la Nación el Dr. Nestor Kirchner, cargo al que había accedido en mayo del mismo año, en un contexto socioeconómico complejo luego de la Crisis del año 2001. Las consecuencias de la mencionada crisis se tradujeron en demandas de mayor seguridad, reclamos de mayor dureza en las penas se alzaban desde diversos sectores de la sociedad, que entre otros hicieron foco en la percepción de un aumento de la participación de menores de edad en la comisión de delitos, recordemos que fue un período signado por un desconcierto generalizado.

El objetivo principal reside en utilizar como herramienta para llevar a cabo el análisis de la norma antedicha los niveles de racionalidad propuestos por M. Atienza (1993) a saber: 1- Nivel Lingüístico, 2- Nivel Jurídico Formal, 3- Nivel Pragmático, 4- Nivel Teleológico y 5- Nivel Ético. Luego incorporaré propuestas tomando como base algunos elementos teóricos de otras disciplinas para lograr un mejor entendimiento de cómo es posible que funcionen las normas en la realidad social, cómo se relacionan con el contexto sociocultural y las posibilidades que brinda incorporar una perspectiva multidisciplinaria para encontrar alternativas al Derecho penal.

En este sentido, para relacionar cómo una manifestación o demanda social puede incidir en forma directa sobre el dictado de las normas, incorporo lo mencionado por Balandier quien retoma a Durkheim (1993) y recupera la idea sobre la existencia de niveles de manifestación de la realidad social, distinguiendo tres niveles que interactúan en forma constante. El primero de ellos, conformado por las estructuras reales que se vinculan con el soporte físico de la sociedad como puede ser el

territorio, la población y las cosas, este nivel posee cierta estabilidad, pero aun así no es estático. Un segundo nivel, conformado por las instituciones o hechos de funcionamiento, aglomerando las normas, reglas y prescripciones bajo las cuales están sometidos los actores sociales, cuya inercia se evidencia al cambiar los otros niveles, y un último nivel conformado por las representaciones colectivas, entre ellas: los valores, las ideas, las imágenes que concuerdan con la sociedad, y se aceptan para la reproducción social, que son vistas como generadoras de aceptación, estabilidad y tranquilidad, pero que en momentos de crisis generan cambio, siendo el factor principal para dicho proceso. Utilizando esta propuesta, se puede analizar la situación mencionada como un evento que fue disruptivo respecto a los valores, ideas e imágenes relacionadas con la seguridad y la percepción del rol de las y los menores de edad en la comisión de los delitos (Nivel 3), situación que condujo a la modificación de las normas (Nivel 2) y que repercutió en las estructuras reales de la sociedad, la población (Nivel 1).

En el contexto histórico anteriormente referido por el que atravesaba el país, es que se sanciona el artículo del Código Penal que se transcribe y se analiza a continuación:

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.

Continuando con lo propuesto y tomando como punto de partida para el análisis, los niveles de racionalidad de M. Atienza (1993), se detectan en dicha norma los problemas que se desarrollan seguidamente y, posteriormente, se formulan posibles soluciones. En algunos ítems tratados, dichos problemas se explicitan en forma de preguntas para luego esbozar una aproximación a su solución.

1. Nivel Lingüístico

1.1. Problemas detectados:

En el artículo analizado se observan problemas en el empleo de palabras o frases. A continuación, se detallan palabras o frases que denotan ambigüedad, es decir, que se pueden interpretar en más de una forma, o vaguedad, ya que dificultan la delimitación de su campo de aplicación, lo que en definitiva afecta la transmisión del mensaje:

-Intervención: ¿Implica participación activa en el hecho por parte del o la menor de edad o la mera circunstancia de acompañar a una o un mayor de edad, sin efectuar ninguna acción, es suficiente para aplicar la agravante? ¿Qué tipo de participación se requiere en el hecho? ¿Como autor/a, instigador/a, cómplice primario o secundario?

¿Por qué se emplea la palabra intervención para la actuación de las o los menores de edad y participación para las o los mayores? ¿Es una cuestión de índole jurídica o sólo para evitar la reiteración del término y emplear un sinónimo?

Entre las definiciones que efectúa la Real Academia Española (R.A.E) de la palabra “intervenir” se encuentra aquella que la entiende como “Tomar parte en un asunto” (R.A.E, 2018)

La doctrina consultada ha entendido la palabra “intervención” en sentido amplio de participación bastando la mera actuación en el escenario de los hechos (Martinez Astorino, 2014:1420; Simaz, 2014:1450).

Por otra parte, la Suprema Corte de Justicia ha resuelto en referencia al tópico tratado:

“..VI. Claro está que, de la fuerza prevalente de la interpretación literal y la voluntad del legislador, no parece derivarse como conclusión inescrutable que la circunstancia comprobada de la presencia en el escenario de los hechos de un menor de edad abastece la agravante, sin atender al real sentido de los distintos ingredientes que la componen. La norma agrava la pena respecto de los mayores que hubieran participado en alguno de los delitos contemplados en el digesto penal, cuando en él haya existido la "intervención" de un menor de dieciocho años de edad. Esa "intervención" del menor a que alude el precepto es aquella con significado jurídico, penalmente relevante, lo cual se da cuando éste interviene en el hecho en el cual participa el mayor a través de algunas de las formas de autoría o participación previstas en el sistema penal (arts. 45 y 46 Cód. Penal). Por supuesto que por fuera de los casos prototípicos, podrá siempre existir algún supuesto en el que corresponda efectuar un mayor esfuerzo para elucidar si por la particular configuración del suceso en el que participan en sentido amplio un mayor y un menor de edad la intervención del primero interesa ese énfasis punitivo; pero este no es uno de aquellos casos marginales...”(Causa P 123.961 “Altuve Carlos A-Fiscal-s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 59.626 del TCP, sala V.18 de octubre de 2017)

- Hubieren participado (en relación a las/los mayores de edad): ¿A qué tipo de participación se refiere? ¿Partícipe primario, secundario, instigador/a, autor/a mediato? ¿Por qué se emplea otro tiempo verbal?

- Menores de 18 años de edad: Se advierte la ausencia de un límite cuantitativo inferior, no hay un piso de edad necesario en la/el menor, a tener en cuenta, para aplicar la agravante a la/el mayor. ¿Tiene que haber una diferencia etaria considerable entre la/el menor y la/el mayor para poder aplicar la agravante? ¿Exige

una pluralidad de menores de edad o con solo la intervención de uno/a se aplica la agravante?

- Mayores: Es una palabra imprecisa, vaga, se puede referir a mayores “de edad” o mayores “de 18 años de edad”. Mayor disidencia de opiniones se observaba previo a la reforma del Código Civil toda vez que para algunos autores (Avaca, 2004:587-588) la referencia a “mayores” indicaba a mayores de 21 años ya que el artículo 126 del Código Civil establecía: “ Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de veintiún años.” Actualmente el artículo 25 del mismo texto legal establece: “Menor de edad y adolescente. Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años.”

Otro de los problemas advertidos es si resulta necesario, para la aplicación de la agravante, la participación de más de una persona mayor de edad, ello en virtud de la pluralidad que denota el término.

- Delitos previstos en este código: ¿Incluye los delitos previstos en leyes complementarias? ¿Incluye delitos específicos o todo tipo de delito?

- Sea cometido: ¿Se refiere a consumado? Se podría entender que a la luz del artículo 42 del Código Penal se comete cuando se consuma.

1.2. Soluciones posibles:

- Emplear el mismo término para delimitar la acción que deben realizar ambos, mayores y menores de edad, o en su caso, sustituirlo por la frase “todo tipo de participación”

-Emplear el mismo tiempo verbal en todo el artículo. Sustituir “Hubieren participado” por “participen”.

-Precisar si debe haber una diferencia considerable entre la edad de las o los mayores y de las o los menores. ¿Sería útil consignar que la diferencia de edad entre ambos sea al menos de 3 años?

- Precisar el límite inferior de edad de la o del menor. ¿Sería útil, por ejemplo, consignar que el/la menor de edad sea punible al momento del hecho o genera un problema de ley penal en blanco?

Tal vez es más influenciable un/a menor de 10 años que uno/a de 16 o 17 años, y en el primer caso nos encontramos ante un mayor disvalor de la acción. Entiendo que la edad al ser una propiedad continua requiere el establecimiento límites/cortes.

-Consignar en el artículo “delitos comprendidos, en el código y leyes complementarias”.

-Entender los términos “mayores” y “menores” como exigencia de pluralidad de partícipes es un literalismo extremo que debe interpretarse en función del contexto lingüístico de formulación, sostienen algunos autores. Sin perjuicio de compartir dicha opinión, para solucionar el problema detectado se podría consignar como alternativa la frase “uno/a o más”.

2.- Nivel Jurídico Formal

En este nivel se examina si el artículo se inserta en forma armónica en el Código Penal Argentino y si se respeta la sistematicidad de dicha legislación de fondo, lo que contribuye, en última instancia, a brindar seguridad y previsibilidad sobre las consecuencias de la conducta asumida. La existencia de vacíos o lagunas,

contradicciones o antinomias, y redundancias también son verificadas en este nivel de análisis.

2.1. Problemas detectados:

- La reutilización del número de un artículo ya empleado para otra figura, insertando, para diferenciarlas, el vocablo “bis” “ter” “quater” atenta contra la sistematicidad del Código Penal.

- Contradicciones con otras normas: En la Ley 23.737 de Estupefacientes sancionada en el año 1989, se establece en su artículo 11° que:

“Las penas previstas en los artículos precedentes serán aumentadas en *un tercio del máximo a la mitad del mínimo*², sin que las mismas puedan exceder el máximo legal de la especie de pena de que se trate: a) Si los hechos se cometieren en perjuicio de mujeres embarazadas o de personas disminuidas psíquicamente, o *serviéndose de menores de dieciocho años*³ o sin perjuicio de estos...”

De ello se sigue que tanto esta norma como la que se analiza establece una agravante del delito por haber participado en el mismo mayores junto a menores de edad, y brindan soluciones disímiles.

- La concurrencia de otra agravante ¿Cómo se resuelve?

- Violación al principio de proporcionalidad: podríamos reflexionar sobre este tópico tomando el siguiente ejemplo. Entre los delitos contra la propiedad el que contiene mayor penalidad es el Homicidio en ocasión de robo sancionado con pena de prisión de 10 a 25 años. Ahora bien, si nos encontráramos ante un Robo agravado por

² Lo que está en cursiva corresponde a la autora.

³ Lo que está en cursiva corresponde a la autora.

empleo de arma de guerra, y entendiéramos que estamos ante un concurso real entre dicho ilícito y la portación del arma, y si a la pena resultante le sumamos la agravante analizada, es decir, por la participación de menores de edad, nos podríamos encontrar con la posibilidad de que se aplique una mayor sanción en este último caso, aunque no se atacó el bien jurídico vida, siendo este el más importante que se intenta proteger.

- Peligro de doble valoración al momento de fijar la pena. Ello a la luz de los artículos 40 y 41 del Código Penal, ya que los elementos que fueron tenidos en cuenta a la hora de fijar el criterio constitutivo de la figura aplicable no pueden considerarse a la hora de establecer la pena para un hecho en concreto.

- ¿El incremento de la pena cuando el delito tiene prevista una pena no divisible, es posible? Ejemplo: Homicidio agravado (artículo 80 del Código Penal)

- Otros conflictos: en un proceso en que se encuentren imputados mayores y menores de edad debe primar el principio de especialidad del Fuero, y evitar el dispendio de realizar dos investigaciones paralelas que incluso pueden arribar a soluciones contradictorias.

En dicha dirección si examinamos la Ley 13.634, en el Artículo 66 se establece: “Cuando en hechos criminales o correccionales se encuentren imputados conjuntamente niños y mayores, o hubiere delitos conexos, el Fiscal del Joven practicará la investigación penal preparatoria, comunicando su intervención a los Juzgados correspondientes y poniendo desde el primer momento el niño detenido a disposición del Juez competente. Cuando la complejidad del caso lo justifique, podrá requerir del Fiscal General la asignación de un Fiscal no especializado que tome a su cargo la persecución penal con relación a los coimputados mayores”.

Por su parte, el artículo 67 de la misma ley reza:

“Si los mayores coprocesados fueren absueltos, o condenados a pena inferior a la aplicada a los niños, procederá la revisión de oficio del proceso, para lo cual el Juez que hubiere conocido remitirá inmediatamente de ejecutoriada la sentencia, copia autenticada de la misma al Juzgado o Tribunal de la Responsabilidad Penal Juvenil a efectos de que previa vista al Agente Fiscal, al Defensor y Asesor de Incapaces, dicte un nuevo pronunciamiento.”

Allí se advierte una posible incongruencia. Al separarse la investigación conforme lo indicado en el artículo 66, y quedando a cargo de Fiscales distintos, sería posible que ocurra la imputación de delitos diferentes según el criterio de cada uno de los Fiscales intervinientes, que incluso en su implementación práctica puede implicar la privación de la libertad de uno de ellos y del otro no, y además el consecuente dispendio que acarreará tener que modificar posteriormente las calificaciones para que sean coincidentes.

No obstante ello, resultaría interesante para futuros trabajos efectuar un relevamiento de investigaciones que fueron remitidas a las Fiscalías del Fuero de mayores, para establecer de forma certera la existencia de esta incongruencia. En efecto, un trabajo más profundo sobre este tópico, nos brindaría una base sólida para sostener este argumento.

Finalmente, deja abierta la pregunta, ¿qué significa “cuando la complejidad del caso lo justifique” mencionado en la ley referida?

¿Dependerá de la pena prevista para el delito? ¿De la pluralidad de partícipes/autores mayores de edad en función de la cantidad de menores de edad?
¿De la cantidad de delitos investigados?

2.2 Nivel Jurídico formal soluciones posibles:

- Colocar título al artículo para de tal forma facilitar el acceso al tema tratado, entre todas las agravantes previstas.
- Podría analizarse la alternativa de ubicar la agravante tratada en el título referente a las normas de participación criminal.
- Readecuar todo el articulado (eliminando los vocablos bis, ter, etc...)
- Aclarar que se aplica la agravante siempre que no esté prevista en el tipo específico, como en el caso del artículo 41 bis del Código Penal.
 - ¿No sería más adecuado que el Fuero Juvenil tramite toda la IPP para evitar contradicciones en los delitos imputados y sólo en el caso de que el menor sea inimputable -lo que en la práctica implica su sobreseimiento- se remita la causa al Fiscal de mayores?

3.- Nivel Pragmático

Desde este tópico, se analizará la adecuación de la conducta de los destinatarios de la norma a lo establecido en ella.

3.1. Problemas detectados:

¿Para que la conducta de los destinatarios de las normas sea adecuada a derecho, basta con aumentar las penas previstas para cada delito? ¿Ello mantiene el orden? ¿Posee valor de verdad la afirmación de que los/las mayores “usan” a los/las menores de edad porque el sistema penal funciona como “puerta giratoria” con relación a ellos?

Habiéndose verificado la información existente en los registros estadísticos oficiales, nos permite advertir que la norma analizada no ha resultado eficaz a la hora de

evitar la comisión de delitos por parte de mayores con intervención de menores de edad. En efecto, al consultar la página web⁴ del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires, se advierte que el número de delitos cometidos por mayores junto a menores se mantuvo estable, y en un número bajo en comparación a los delitos cometidos sólo por mayores de edad, que superan con creces dicha cantidad. Además, se advierte que en su mayoría son delitos cometidos contra la propiedad, al menos es lo que he advertido en estos años de desempeño profesional.

A nivel provincial, un análisis longitudinal de las estadísticas de los años 2015, 2016, 2017 discriminadas por Departamento Judicial y según el bien jurídico atacado permite advertir que los delitos cometidos por menores de edad en los que participó al menos una persona mayor de edad oscilan entre un 18% y 19% del total de causas ingresadas al Fuero Penal Juvenil, manteniéndose en los mismos porcentajes en los últimos años, en el año 2020 en un 19,6 %, en 2021 en un 19%, detectándose un descenso en el 16% en el año 2019 (MPBA, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021).

3.2 Soluciones posibles:

El camino para lograr la motivación de la ciudadanía en el cumplimiento de las normas requiere, en primera instancia, encontrar las causas de su incumplimiento, y para ello se necesita repensar la problemática, efectuar estudios a conciencia mediante abordajes multidisciplinares, con participación de actores de diversos sectores, incorporando una aproximación en clave interseccional, entendiendo la interseccionalidad como una noción política que se refiere a cómo interactúan diversas categorías sociales como género, clase social, la raza y otros principios de

⁴ <https://www.mpba.gov.ar/estadisticas>

clasificación socioculturales diferenciadas en la vida de las personas, en las prácticas sociales, las convenciones institucionales, y las ideologías culturales, así como a las consecuencias de estas interacciones para las relaciones de poder (Davis, 2008, citado en Stolcke 2014) y no solo brindar respuestas meramente punitivas.

En definitiva, intentar resolver el problema con medidas solo de índole punitivo hasta el momento no ha dado los resultados buscados, resultaría conveniente relevar alternativas o complementos en políticas públicas adecuadas, con medidas educativas y sociales.

4. Nivel Teleológico

El objetivo de la norma, según se advierte en los debates parlamentarios (Estoup, 2005) era desalentar el empleo de menores de edad por parte de mayores para delinquir, o evitar la intervención de menores en la comisión de delitos, aumentando el reproche penal para lograrlo. Los legisladores buscaban impedir que las personas adultas utilicen o se valgan de menores, evitar que intenten hacer recaer en ellos/ellas la responsabilidad por el hecho ilícito.

La Diputada Silvia Martínez en los debates parlamentarios (Estoup, 2005:552) menciona que la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución n° 45/115 expresó su preocupación por el hecho de que los niños estén inducidos por adultos a llevar un estilo de vida delictivo, impidiendo sus posibilidades de desarrollo y de tener un papel responsable y beneficioso en la sociedad, exhortando a los Estados miembros que adopten medidas de lucha contra la delincuencia, con el fin de asegurar que se apliquen sanciones adecuadas a los adultos instigadores y autores

de delitos, y no a los niños que hayan sido implicados, ya que estos resultan víctimas.

El fundamento del dictado de la norma cuyo análisis se efectúa, fue encontrar una solución frente al aumento de delitos cometidos por menores o con su participación, lo que tanto en dicho contexto, como en la actualidad, generaba alarma social, afectaba la paz y la seguridad social. A ello se sumaba la preocupación por el grave peligro al que se encontraban expuestos los y las jóvenes frente a actos delictivos a los que eran inducidos por adultos, afectando su desarrollo psíquico, físico y social.

El objetivo del legislador no surge de la letra de la ley, ya que, pese a que algunos advierten sobre la existencia de un especial elemento subjetivo distinto del dolo lo cierto es que en la norma no se explicitó como requisito para su aplicación que los y las jóvenes sean inducidos/as o utilizados/as por mayores para cometer el delito.

Los tiempos apremiaban y de allí su sanción, ello se evidencia en la intención expresada por algunos Senadores de incorporar la norma como segundo párrafo del artículo 45 del Código Penal, lo cual si bien no encontró objeción, no fue finalmente concretado ya que se sostuvo que era necesaria una sanción más pronta, sin dilaciones, y con ello su incorporación efectiva dentro del sistema sancionatorio de graduación de la pena privativa de la libertad del que hoy se dispone en la norma de Fondo.

El proyecto se aprobó por unanimidad en la Cámara de Senadores el 6/08/03, plasmando con ello una forma concreta de responsabilizar a los y las adultos/as por la formación de delincuentes menores de edad.

Finalmente la norma no alcanzó los fines perseguidos ya que no desalentó la comisión de delitos por mayores junto a menores de edad, por ende, el objetivo de protección de los y las jóvenes tampoco fue alcanzado.

4.1. Soluciones Posibles:

Entiendo que deberíamos replantearnos si los medios que se emplean para obtener fines de interés social son los adecuados.

El incremento punitivo no parece ser la solución más apropiada para desalentar a las y los adultas/os de la utilización de menores en los hechos delictivos. La amenaza de un incremento de la pena que resultaría aplicable de darse el caso, no parece resultar disuasiva, y debiéramos replantearnos si las soluciones que usualmente se ofrecen son las adecuadas, y cuál es el papel que le cabe a los diversos actores de la sociedad. Deberíamos preguntarnos si la sanción de normas en forma apresurada frente al clamor público aproxima alguna salida, debiendo todas las esferas del Estado y todos nosotros como ciudadanos involucrarnos, mediatizar en la búsqueda de alternativas constructivas y no meramente exigir el encierro para su solución.

El objetivo buscado por las normas debe tener en miras el contexto cultural al que se dirige, teniendo en cuenta los otros órdenes de la vida colectiva, no sólo los normativos, donde van a trascender. En esa dirección, Malinowski (1984) afirma que la cultura es un conjunto integrado, entre otras cosas, por el cuerpo de normas que rigen los distintos grupos sociales, por las creencias y costumbres. Que está formada por un vasto aparato con el que cuenta para sortear los problemas que habitualmente enfrenta. También hay que tener en cuenta que el contexto cambia temporal y espacialmente, lo cual alerta sobre la aplicación práctica de las normas y a todo evento su corrección. Sostiene Hassemer (2016:19) que “El derecho penal está estrecha y multilateralmente vinculado con nuestra cultura de la vida cotidiana (y con el conjunto de las normas sociales) cambia y vive con esa cultura y se transmite a través de ella”.

En términos de Malinowski (1985:46) “ el derecho como maquinaria de aplicar justicia en casos de transgresión” impide ver la trascendencia de tener en cuenta

otras dimensiones que cohabitan con lo meramente normativo, y poseen más peso que este. El “dogma de la obediencia mecánica a la ley” (Malinowski, 1985:45) no se refleja en la praxis. En esta misma dirección, más actualmente, Balandier retoma a Lucy Mair y sostiene que “..no existe sociedad donde las reglas sean automáticamente respetadas” (2005:106). Desde otro ángulo, hay que entender el modo en que permean las normas en la sociedad, en tanto las sociedades son dinámicas, y podemos mencionar al menos dos modos en que nos aproximamos a entenderlas, el primero puede ser por haber sido socializados en ellas, y luego a través del prisma de nuestra formación, experiencia, lo que debe ser tenido en cuenta al elaborar normas y esperar su cumplimiento, porque si bien se considera de gran importancia conocer las normas, códigos y comportamientos esperables por haber sido socializados en determinada sociedad, y de allí poder advertir los elementos disruptivos o las crisis que llevan al cambio, es una condición necesaria pero no suficiente para resolver una situación cuyo origen es multicausal.

5. Nivel Ético

La conducta prevista y los fines de la norma analizada presuponen valores, tienen justificación ética. En dicha dirección la R.A.E (2018) entre las definiciones que brinda de la ética la identifica como “algo recto y conforme a la moral”. En consonancia con Hassemmer (2016) lo que se concibe como un orden justo, no es eterno, ni tiene validez universal. La percepción de lo justo varía temporo-espacialmente en cada sociedad, por ende, las normas deben adecuarse a ello.

La actividad legislativa pretende lograr ciertos resultados en el mundo social modificando el sistema jurídico, y el fin buscado mediante ello, en el caso que nos ocupa, es ético, es valioso, se ajusta a la moral. En efecto, busca evitar que los y las

niños/as, en tanto sujetos vulnerables, sean utilizados/as en la búsqueda de fines espurios por aquellos que se aprovechan de dicha condición; y asegurar de tal forma su pleno desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social en concordancia con las obligaciones asumidas por el Estado argentino al suscribir la Convención sobre los Derechos del Niño (arts 19 CADH⁵, 27 CDN⁶)

En dicha sintonía hay un corpus juris internacional de protección de derechos de los y las niños/as que debe ser observado, respetando su interés superior con el consecuente deber de adoptar medidas no solo de índole legislativa. En tal sentido, puede destacarse la Opinión consultiva n° 17/02⁷ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Condición jurídica y Derechos Humanos del Niño donde se resalta la necesidad de adoptar medidas especiales de protección o cuidado lo que emerge de la situación específica en la que se encuentran, teniendo en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia. Luego, dicho Organismo Internacional exhorta a los Estados que cuenten con un marco legal y políticas públicas adecuadas que se ajusten a los estándares internacionales, debiendo implementar medidas para la prevención de la delincuencia juvenil según se desprende del Caso Mendoza y otros vs Argentina (2013: parágrafo 150). Esa obligación de protección especial se replica en otros instrumentos internacionales, por solo mencionar algunos, como en el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño; Artículos 3 y 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros. En dicha dirección, desalentar prácticas que exponen a los y las niños/as a consecuencias irreparables ("Veliz Herrera, Jorge Luis s/Recurso de casación", 2005) .

El fin social buscado con la norma es valioso, y la misma encuentra justificación ética, pero debemos reiterar lo ya sostenido, el problema radica en el medio

⁵ <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>

⁶ <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>

⁷ https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

empleado, para encontrar solución no solo se debe recurrir a medios punitivos, sino explorar medios alternativos.

6.- Redacción Sugerida

Se esboza a continuación un artículo alternativo, que a modo de aproximación intenta resolver los problemas antes reseñados:

“Cuando alguno de los delitos previstos en este Código y sus leyes complementarias, sea cometido con la participación, cualquiera sea su forma, de uno o más sujetos menores de dieciocho años de edad, se incrementará la escala penal para el delito de que se trate, en un tercio de su mínimo y de su máximo, respecto de las/los mayores de edad que participaren en cualquiera de sus formas”

Reflexión final

Se observa una tendencia a sancionar leyes penales en forma apresurada respondiendo a un contexto de demanda social que exige la proliferación e incremento punitivo enquistado en la reproducción de discursos de inseguridad, sin comprender que las leyes por sí solas no disminuyen la delincuencia, y menos aún si resultan de difícil interpretación.

Hay un aumento de conductas incriminadas mediante su inclusión en tipos penales, y continúa en ascenso; siempre se prefiere y se reclama la sanción más grave, “ejemplificadora”, para restablecer el orden alterado por el delito. Se reclama que aquellas personas que no se comportan conforme a las normas sean sancionadas con la mayor dureza, sin cuestionar qué se espera que ocurra con esos individuos que, por diferentes circunstancias incurrir en la comisión de un acto delictivo. Se ve

únicamente una foto de la biografía de esa persona, sin tener en cuenta todos los otros aspectos que fueron mencionados, que permiten tener un panorama más amplio de su historia de vida, dado que los individuos son reproductores pero también producto de la sociedad en la que viven.

En síntesis, es un desafío muy importante el que se propone, pero también es el camino por el que se debería transitar para abordar esta problemática de fondo y lograr entender que entre todas las puertas que se abren ante un conflicto la primera que suele abrirse es la ocupada por el Derecho Penal, y debería ser la última.

Referencias:

- Atienza, Manuel (1993). *Tras la justicia*. Barcelona: Ed. Ariel.
- Avaca, Diego Juan. (2004). ¿Quiénes son mayores para el artículo 41 quater del Código Penal? Armas "Impropias": ¿Analogía in malam partem? *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 585-588.
- Balandier Georges (1993) "La sociedad ya no es más lo que era" en Balandier G. *El desorden. La teoría del caos y las ciencias sociales*. Pp 60-83. Barcelona: Gedisa.
- Balandier Georges (2005) *Antropología Política*. Buenos Aires: Ediciones Del Sol.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos “Caso Mendoza y otros vs Argentina” Sentencia del 14 de mayo de 2013. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos “Opinión Consultiva Oc-17/2002” Recuperado el 19/08/22 de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf
- CNCP Sala I "Veliz Herrera, Jorge Luis s/Recurso de Casación", C. 6411. 3 de noviembre de 2005
- C.N.Crim. y Correccional Sala V “Ojeda, Martín E. s/Excarcelación, C. 23.226” 12 de diciembre de 2003.
- Real Academia Española (2018). <http://dle.rae.es/>. Recuperado en enero de 2019
- Estoup, Luis Alejandro. (2005). Antecedentes Parlamentarios. Buenos Aires, Argentina: La Ley Sociedad Anónima.
- Hassemer, Winfried (2016) ¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena. Valencia: Ed Tirant Lo Blanch
- Martínez Astorino, Roberto D. (2014). La agravante genérica del art. 41 quater del Código Penal. Summa Penal, ii, 1411-1422.
- Malinowski, Bronislaw (1984) Una teoría científica de la cultura. Madrid. Ed Sudamericana S.A: 56-62
- Malinowski, Bronislaw (1985) Crimen y costumbre en la sociedad salvaje. Barcelona: Ed Planeta - De Agostini:42-46
- Ministerio Público Provincia de Buenos Aires (2016,2017,2018). <https://www.mpba.gov.ar/estadisticas.html>. Recuperado el 10 de marzo de 2019.

- Ministerio Público Provincia de Buenos Aires (2019, 2020, 2021). <https://www.mpba.gov.ar/estadisticas.html>. Recuperado el 14 de agosto de 2022.
- Tribunal de Casación Penal Sala V. Causa P 123.961 "Altuve, Carlos A-Fiscal-s/Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley en Causa 59.626. 18 de Octubre de 2017.
- Simaz, Alexis. (2014). Algunas cuestiones interpretativas de la "Agravante Genérica" del art. 41 quater del C. Pen. Summa Penal , ii, 1443-1451.
- Stolcke, Verena. (2014) ¿Qué tiene que ver el género con el parentesco? Cuadernos de pesquisa V. 44 Nro 151:176-189