

UNIDAD N° 4

Josefina Solavagione

INVESTIGACIÓN PENAL PREPARATORIA

Como etapa inicial del proceso, la investigación penal preparatoria se caracteriza por ser aquella en la que se llevarán a cabo todos los actos y medidas probatorias que sirvan como base para la acusación o para determinar el sobreseimiento del imputado.

Se ha definido como *“...la etapa preparatoria o preliminar del proceso penal que se practica ante la hipótesis de un delito de acción pública, realizándose en forma escrita, limitadamente pública y relativamente contradictoria, y que tiene por finalidad reunir las pruebas útiles para fundamentar una acusación, o, caso contrario, determinar el sobreseimiento de la persona que se encuentre imputada”*¹.

Es una fase del proceso a la que se da inicio sólo ante la hipótesis de comisión de un delito de acción pública, en la que se coleccionará la prueba en la que se sustente la acusación o se resuelva el sobreseimiento, según corresponda.

Según el art. 302 del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, su finalidad es *“...impedir que el delito cometido produzca consecuencias ulteriores y reunir las pruebas útiles para dar base a la acusación (355) o determinar el sobreseimiento (350).”*

Se inicia a través de una denuncia, entendida ésta como la noticia que puede dar toda persona que tenga conocimiento de que la comisión de un delito, a las autoridades competentes para receptarla.

¹ CAFFERATA NORES, José I. y otros, *“Manual de Derecho Procesal Penal”*, p. 406, Ed. Ciencia, Derecho y Sociedad, Córdoba, 2012.

Siguiendo a Cafferata Nores², afirmamos que la investigación penal preparatoria tiene los siguientes caracteres:

- a) **Preparatoria**: Porque los actos que se lleven a cabo durante esta etapa estarán orientados a fundar la acusación o determinar el sobreseimiento, tal como lo establece el art. 302 del C.P.P.;
- b) **Escrita**: Porque más allá de que algunos actos se realicen de manera oral, deberán constar en su totalidad en las actas que se agreguen a la causa;
- c) **Limitadamente pública**: Ello así, dado que a contraposición del debate que es inherentemente oral y público, en la investigación penal preparatoria el acceso al sumario es limitado no solamente para el público en general sino en algunos casos incluso para las partes según la etapa del proceso que se esté atravesando;
- d) **Relativamente contradictoria**: Atento a que para asegurar el éxito de la investigación, no se garantiza un contradictorio pleno –como sí sucede en la etapa de debate-, y en función de ello las partes podrán intervenir en los actos si el órgano investigador lo admite, según considere que ello pone o no en riesgo los fines del proceso.
- e) **Cautelar**: Porque cumple una función de resguardo de la prueba y de los elementos relacionados al delito en que se basará la acusación

NOTAS CARACTERÍSTICAS DE LA INVESTIGACIÓN PENAL PREPARATORIA EN MATERIA PENAL JUVENIL.

Se ha afirmado que *“la investigación, trámite preprocesal inicial, defensa y juzgamiento de jóvenes punibles en conflicto con la ley penal, debe efectuarse por órganos diferenciados (juez, fiscal, defensa y asesor) especializados en materia penal y procesal juvenil (...) el sistema procesal de menores moderno se ajusta al corte acusatorio adversarial y garantiza los principios de especialidad, tutela,*

² CAFFERATA NORES, José I. y otros, *“Manual de Derecho Procesal Penal”*, p. 417 a 421, Ed. Ciencia, Derecho y Sociedad, Córdoba, 2012.

*imparcialidad, doble instancia, contradicción, inmediatez, celeridad, simplicidad, eficacia, oralidad y confidencialidad.*³

En la Provincia de Córdoba, la competencia para investigar aquellos hechos delictivos en los que hayan intervenido jóvenes –sin la participación de mayores de edad- es asignada por la ley provincial al Ministerio Público Fiscal, reproduciendo de este modo el modelo acusatorio del proceso penal de mayores.

El **art. 66** de la ley provincial 9944 establece que corresponde al Fiscal Penal Juvenil:

“a) Practicar la investigación preparatoria en los delitos de acción pública que se atribuyan a imputados menores de dieciocho años de edad, declinar el ejercicio de la acción penal conforme a lo previsto en la presente Ley;

b) Dirigir la investigación de la Policía Judicial ante delitos atribuidos únicamente a menores de edad;

c) Solicitar la extinción de la acción penal por aplicación de las reglas de disponibilidad previstas en la Ley Nº 8123 -Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba-;

d) Proponer la suspensión del juicio, solicitar las medidas de coerción urgentes que sean indispensables para asegurar el proceso y requerir la privación cautelar de libertad del imputado, de acuerdo al artículo 100 de esta Ley;

e) Ejercer la acción penal pública en juicios ante los jueces y la Cámara de Niñez, Juventud y Violencia Familiar e intervenir en la ejecución de las penas impuestas por la mencionada Cámara;

f) Velar en general por el cumplimiento de las leyes, decretos, ordenanzas y edictos de protección de niñas, niños y adolescentes menores de edad, accionando en consecuencia, y

³ PARMA, Carlos: “Derecho Penal de Menores”, pp. 71 y 73, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

g) Intervenir en las cuestiones de jurisdicción y competencia concernientes a los Juzgados Penales Juveniles.”

Por su parte, el **art. 97** de la ley referida postula, con respecto a la investigación y las reglas aplicables a ésta, que *“Cuando correspondiere incoar proceso en contra de un menor de dieciocho años de edad, el Fiscal Penal Juvenil practicará la investigación penal preparatoria con pleno respeto a las garantías que contemplan las normas convencionales, constitucionales y legales en la materia, y a las formas establecidas en la presente Ley y, subsidiariamente, en la Ley Nº 8123 -Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba-.*

El Fiscal está facultado para declinar el ejercicio de la acción con sujeción a las reglas de disponibilidad que contempla la Ley Nº 8123 -Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba-.

También puede proponer la suspensión del juicio a prueba que autoriza la legislación penal por un término no inferior a seis (6) meses ni superior a los dos (2) años.”

No obstante lo estipulado por los artículos referidos, actualmente la ley mencionada se encuentra suspendida por el Tribunal Superior de Justicia mediante Acuerdo Reglamentario Nº 1583, Serie "A", del 26/08/2019, que consideró que resultaba necesario implementar la reforma en las competencias en lo Penal Juvenil, conforme a una planificación que posibilitara una adecuada prestación del servicio de justicia, así como disponer de todos los recursos materiales, técnicos y humanos indispensables, y de la capacitación necesaria.

Incluso la ley anterior, sin las reformas introducidas por su modificatoria –ley 10.637-, también había sido suspendida en lo que atañía a la investigación por parte de las Fiscalías, en virtud del art. 122 de la misma, y por ley 10.152 (B.O.C. 01.07.2013), que condicionó la entrada en vigencia de *“...la organización de la Justicia Penal Juvenil”* hasta que el Tribunal Superior de Justicia -por Acordada- considere que cuenta con los recursos edilicios, informáticos y humanos -mínimos

e indispensables- para el funcionamiento “*del nuevo fuero*”, lo que hasta el presente no se ha hecho efectivo.

Es decir que si bien se encuentra previsto legislativamente desde hace años que la investigación penal preparatoria sea llevada a cabo por el Ministerio Público Fiscal, ello no se ha efectivizado hasta la actualidad.

Es por todo lo analizado precedentemente, que en la actualidad tanto la etapa de investigación penal preparatoria como el juicio –ya que las Cámaras, si bien están estipuladas por ley, nunca fueron creadas- y la eventual ejecución de una condena privativa de la libertad es realizada por los Juzgados en lo Penal Juvenil. Esto quiere decir que el procedimiento en su totalidad se realiza por parte de un solo órgano, el Juez Penal Juvenil, que según la etapa de que se trate, actúa como investigador del hecho, juzgador y eventual ejecutor de la pena impuesta; reservándole al Ministerio Público Fiscal el sólo acto de expedirse sobre el mérito acusatorio.

Esta organización resulta altamente cuestionable, ya que el hecho de que sea el mismo órgano quien investiga y luego juzga atentaría contra el principio de imparcialidad, no obstante lo cual la distribución de tareas mencionada continúa manteniéndose, con la salvedad de que cuando los Juzgados dicten alguna resolución donde se valore prueba, el Tribunal debe apartarse en virtud de haber adelantado opinión⁴.

⁴ La Regla N° 10 de las Reglas acordadas para la distribución de sumarios, acumulación de expedientes y determinación de medidas tutelares entre Juzgados Penales Juveniles de la Ciudad de Córdoba, con motivo de la ley 9944, establece la rotación de causas cuando se hubiera resuelto “*la privación cautelar de alguno de los acusados (haya intervenido o no en la investigación)* –última hipótesis causas con mayores-, *y/u oposición a la elevación a juicio*”, a lo que se agrega los casos de recusación, regla que ha sido respetada pacíficamente por la totalidad de los Jueces Penales Juveniles de la primera circunscripción.

Así, como afirmáramos cuando nos referimos a las garantías de los menores de edad sometidos a proceso, cabe cuestionar la organización actual del Fuero Penal Juvenil, ya que si establecemos que a los niños y adolescentes se les deben garantizar los mismos derechos de los que gozan los mayores sometidos a proceso, más un “*plus*” derivado de su condición de menores de edad, resulta palmario que esta garantía no se encuentra realizada en la práctica, resultando en un detrimento de los derechos de los menores sujetos a proceso penal.

El funcionamiento en la práctica.

De este modo, en la práctica la investigación suele iniciarse en las Unidades Judiciales, las que consultarán con el Secretario del Juzgado Penal Juvenil de Turno las directivas en cada caso concreto, no solamente con respecto a la imputación del delito a los menores punibles sino también con relación a la atribución de los hechos investigados en los que estén involucrados menores de edad no punibles o inimputables. Asimismo, deberán resolver sobre las medidas socio-educativas o de coerción a disponer según el caso.

En la situación en que la denuncia contra un menor de edad se radique en una Fiscalía Penal Juvenil, ésta deberá labrar un requerimiento de investigación jurisdiccional, en el que se fijará el hecho delictivo que debe ser investigado y su calificación legal, enumerará las medidas probatorias a realizar, y luego lo remitirá al Juzgado Penal Juvenil para su prosecución y demás efectos.

Es así que será el Juzgado Penal Juvenil quien llevará a cabo la investigación penal preparatoria, ordenando todos los actos y medidas probatorias que considere pertinentes para la averiguación de la verdad.

En el caso en que se ordenen actos tales como la declaración de un menor víctima o testigo en Cámara Gesell, o reconocimiento en rueda de personas del imputado, deberá participar del mismo el Ministerio Público Fiscal –al igual que la Defensa del incoado-.

Una vez que el Tribunal estime que la investigación penal preparatoria se encuentra concluida, puede ocurrir que las pruebas no sean suficientes para sostener una acusación o haya surgido de ella alguna de las causales de sobreseimiento del art. 350 del C.P.P. En ese caso, el Tribunal puede dictar sentencia de sobreseimiento con relación al menor imputado, sin necesidad de que intervenga previamente el Ministerio Público Fiscal.

Ahora bien, si el Juzgado considera que hay prueba suficiente para que se sostenga una acusación, debe dictar un Auto Interlocutorio, fundado, en los términos del art. 347 del C.P.P.: *“Cuando el Juez hubiere recibido declaración al imputado y estimare cumplida la investigación correrá vista al Fiscal de Instrucción –en este caso será el Fiscal Penal Juvenil- a los fines de la acusación (...).”*

En este auto, se hará referencia al hecho que se le atribuye al incoado y a la calificación legal del mismo, se enumerarán las pruebas que se han colectado en el marco de la investigación penal preparatoria, y se concluirá corriendo vista al Ministerio Público Fiscal a fin de que se expida sobre el mérito de la acusación –es decir, que por resolución fundada establezca si la prueba es suficiente para arribar al grado de probabilidad que se requiere para acusar al imputado y que consecuentemente la causa sea elevada a juicio-.

Según establece la segunda parte del art. 347: *“El Fiscal, en el término de seis días, requerirá las diligencias probatorias que estime necesarias o procederá con arreglo al artículo 355. Sólo en casos graves y complejos el término podrá prorrogarse hasta por otro tanto.”*

El Ministerio Público Fiscal, ante ello, tiene tres opciones:

- a) Considerar que la prueba no es suficiente, solicitando al Juzgado, en consecuencia, que se practiquen los actos y medidas probatorias que a su criterio faltan para arribar al grado de certeza requerido, enumerando en su solicitud las medidas en particular. Es de destacar que el Tribunal puede hacer lugar a dichas medidas o puede, por el contrario, considerar que las

mismas no resultan pertinentes y útiles para la investigación, rechazándolas en consecuencia;

- b) Opinar que del marco probatorio surge una causal de sobreseimiento de las previstas en el art. 350, y por lo tanto solicitar al Tribunal –también mediante resolución fundada- el sobreseimiento del imputado. El Juzgado puede hacer lugar a esta solicitud, o, en caso de no estar de acuerdo, puede manifestar su **discrepancia** (art. 359 del C.P.P.) sobre la misma: esto lo deberá resolver el Fiscal de Cámara de Acusación. Si éste coincidiera con lo solicitado por el inferior, el Juez resolverá en tal sentido. En caso contrario, el Fiscal Penal Juvenil formulará el requerimiento de citación a juicio.
- c) Estimar que la investigación penal preparatoria ha concluido y que de ella surgen elementos de prueba suficientes para acusar al imputado, en cuyo caso dictará una resolución fundada requiriendo la citación a juicio de la causa;

En este caso, en que el Ministerio Público Fiscal considera que corresponde formular acusación contra el imputado, la resolución que dicte en este sentido es pasible de ser recurrida mediante **Oposición**, que están legitimados para interponer el imputado, su Defensor y el Representante Complementario. Se puede oponer solicitando el sobreseimiento del imputado o el cambio de calificación legal del hecho que se le atribuye.

Teniendo en cuenta la particular organización del Fuero Penal Juvenil, en la práctica sucede que en el recurso de oposición que se deduzca, recibido el mismo, se deberá remitir todo el expediente a otro Juzgado al sólo efecto de que éste resuelva la oposición.

Sobre este punto, el Juez interviniente puede:

- a) **Confirmar la requisitoria**, mediante un Auto Interlocutorio en el que dispondrá la elevación de la causa a juicio. Es importante destacar que el auto interlocutorio que resuelva sobre la oposición –en caso de que la confirme- constituirá la **nueva pieza acusatoria**, por lo cual aun cuando se haya interpuesto el recurso contra uno sólo de los imputados o uno sólo de los hechos investigados –en el caso de que se trate de varios-, el auto deberá contener la totalidad de los hechos y referirse a todos los sujetos sometidos a proceso, a fin de pueda tener la completitud necesaria para dar inicio a la etapa de juicio. Es una resolución que es susceptible, además, de ser apelada: en ese caso intervendrá la Cámara de Acusación.
- b) Receptar los argumentos de la parte que se haya opuesto y por ende, considerar que corresponde **sobreseer** la causa o hacer lugar al **cambio de calificación legal** –según lo que se haya solicitado en el recurso-. En el primer caso se resolverá mediante Sentencia; en el segundo, a través de un Auto Interlocutorio.
- c) **Estimar que no hay mérito para suficiente** para elevar la causa a juicio pero tampoco para sobreseer, por lo cual deberá dictar un Auto en el que dispone que la causa regrese al Tribunal de origen para que se continúe investigando.

Una vez que se encuentre firme la Acusación, se deberá dictar decreto de citación a juicio, en los términos del art. 361, segundo párrafo, del C.P.P., y se citará, bajo pena de nulidad, al Fiscal, a las partes y defensores, a fin de que en el término común de tres días comparezcan a juicio, examinen las actuaciones, los documentos y cosas secuestradas e interpongan las recusaciones que estimen pertinentes.

De este modo concluye la etapa de la investigación penal preparatoria y se abre la de juicio.

HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN PENAL PREPARATORIA EN EL CASO DE COPARTICIPACIÓN O CONEXIDAD DE MENORES DE EDAD CON MAYORES.

Los casos en los que se investigue un hecho delictivo en el que hayan participado menores con mayores de edad, se rigen por lo establecido en el art. 85 de la ley 9994: *“Cuando en el mismo hecho hubieren participado un mayor de dieciocho años de edad y una niña, niño o adolescente, la investigación penal preparatoria estará a cargo del Fiscal de Instrucción, el que inmediatamente debe dar intervención al Juez Penal Juvenil para que proceda al resguardo y vigilancia de la niña, niño o adolescente con arreglo al artículo 67 de esta Ley, remitiéndole copia de los requerimientos y resoluciones recaídas en la causa.*

El Tribunal de Juicio se limitará, en su caso, a la declaración de responsabilidad de la niña, niño o adolescente, debiendo remitir copia de la sentencia al Juez Penal Juvenil interviniente.

Durante el proceso se reconocerán a la niña, niño o adolescente todas las garantías que le acuerda la presente Ley, debiendo intervenir el representante complementario bajo sanción de nulidad.”

En coincidencia, el art. 98 de la citada ley estipula: *“En el supuesto previsto por el artículo 85 de esta Ley el Juez Penal Juvenil remitirá al Fiscal de Instrucción y al Tribunal de Juicio los informes y antecedentes que le fueren requeridos.*

Mientras durare la investigación el Juez Penal Juvenil puede aplicar las medidas urgentes o la privación cautelar de libertad cuando correspondiere y le fuere requerida por el Instructor o el Tribunal de Juicio.

Si el Tribunal de Juicio hubiera declarado la responsabilidad de la niña, niño o adolescente el Juez debe remitir las actuaciones que obraren en su poder y los estudios y peritaciones realizados a la Cámara de Niñez, Juventud y Violencia Familiar para que se pronuncie sobre la imposición de la pena o de las medidas que fueren procedentes con arreglo a la legislación vigente.”

En este marco, según lo establecido por los artículos referidos, la investigación penal preparatoria de los delitos cometidos por mayores de edad con participación de menores, la llevan a cabo las Fiscalías de Instrucción.

No obstante ello, la Unidad Judicial que reciba el procedimiento deberá comunicarle el hecho de inmediato no sólo a la Fiscalía interviniente –que será la que resuelva sobre la imputación que se le hará al menor de edad-, sino también al Juzgado en lo Penal Juvenil de turno a la fecha del hecho, que resolverá sobre las medidas socio-educativas o de coerción a aplicarle al joven infractor. Es una consecuencia del principio de especialidad que sea el Tribunal Penal Juvenil el que decida con respecto a estas medidas, quedándole reservada a la Fiscalía de Instrucción sólo lo atinente a la calificación del hecho y las medidas investigativas que deberán realizarse.

En la práctica, la Fiscalía de Instrucción deberá informar mediante oficio al Juzgado Penal Juvenil que el joven imputado queda a su disposición, comunicándole asimismo el hecho delictivo que se le atribuye, la fecha de comisión, y en caso de ser pertinente, deberá remitirle copia de las actuaciones. El expediente Penal Juvenil se conformará, entonces, de las copias que remita la Fiscalía y de los estudios y peritaciones de ley de los Equipos Técnicos intervinientes sobre el menor, así como el contacto directo y personal (art. 71 de la ley 9944) que el Tribunal tome del joven y su familia.

Es de fundamental importancia destacar que debe existir una comunicación fluida y permanente entre la Fiscalía de Instrucción que tramita la investigación y el Juzgado Penal Juvenil que tenga a su disposición al menor imputado. Así, la primera deberá informar todo aquello que se disponga en materia de prueba o de investigación, o avance de la causa que pueda repercutir en la situación del menor (dictado de prisión preventiva del coimputado mayor de edad, elevación de la causa a juicio, entre otras), y el segundo, comunicar toda medida de coerción o socio-educativa que se implemente con relación al joven (privación cautelar de libertad del art. 100 de la ley 9944, entrega en guarda a sus padres y consecuente domicilio fijado a tales efectos, etcétera).

Asimismo, durante la investigación penal preparatoria que se desarrolle en la Fiscalía de Instrucción se le debe garantizar al menor la participación del Representante Complementario en todo momento. En la práctica, si el joven imputado además designa Defensa particular contará entonces con Representación Complementaria sumada a esta Defensa técnica; pero, por el contrario, si no cuenta con Defensa particular, recaerán en un solo Asesor Letrado ambas funciones (de Complementario y Defensa).

LA AGRAVANTE GENÉRICA RELATIVA A LOS HECHOS COMETIDOS POR MAYORES CON LA PARTICIPACIÓN DE MENORES DE EDAD.

El artículo 41 quáter del Código Penal postula 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.”*

Esta agravante genérica referida al mayor de edad que se vale de menores de dieciocho años para cometer delitos, fue incorporada a nuestra legislación penal a través de la ley 25767 (B.O. 1/9/2003).

Cuando se introdujo esta agravante en el Código Penal, la mayoría de edad en nuestro país se adquiría a los 21 años, por lo cual se comprendía la preeminencia que supuestamente podría tener un mayor de edad de 21 años o más, por sobre un menor de hasta 18 años -límite para la aplicación del régimen Penal Juvenil-.

En el año 2009 se dictó la ley 26.579, que estableció la mayoría de edad en 18 años, por lo cual una aplicación literal de la norma del art. 41 *quáter* determinaría, por ejemplo, que si un joven de 18 años cometía un delito acompañado de un menor de 17 años de edad, resultaría aplicable al mayor la agravante referida, por más que la diferencia de edad entre ambos fuese ínfima.

Es por ello que jurisprudencialmente se resolvió que si se trata de un imputado mayor de edad que se encuentre en la franja etaria de entre 18 a 21 años, sólo se

le puede aplicar la agravante genérica del art. 41 *quáter* si participó en el delito con un menor de edad **inimputable** –de hasta 16 años de edad-. Si por el contrario el menor tiene 16 o 17 años, la norma en cuestión no resulta susceptible de aplicación.

Así lo ha dicho la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, en sentencia n° 43 del 17/3/2014, en autos **“LEAL, Cristian Carlos p.s.a. robo calificado agravado por el art. 41 quater -Recurso de Casación-”**: *“Considero que el término “mayor”, a los fines de la aplicación de la agravante del art. 41 quater del CP, incluye a las personas que hayan cumplido 18 años de edad. Es cierto, que dicha interpretación ensancharía la franja punitiva que antes de la reforma legislativa civil no quedaban atrapados, y el aumento de la escala penal quebrantaría la proporcionalidad del injusto. Sin embargo, tampoco hay que desconocer los fines políticos criminal que persigue la sanción de la norma penal, esto es la protección de la niñez.*

*Entonces, parecería ajustado a derecho, que se aplique a este grupo **solo cuando participaren con menores inimputables (menores hasta 16 años)**. Ello encuentra su correlato en la ley penal juvenil vigente al día de la fecha (22.278), establece la pauta etaria a partir de la cual el menor ya cuenta con capacidad para comprender la criminalidad de sus actos, pero obviamente no es plena, pues ésta se adquiere a partir de los 18 años. Por lo tanto, aquellos que aún no superaron los 16 años no cuentan con dicha capacidad.*

En esta relación, se puede apreciar que partiendo de la diferencia etaria existente entre un adulto de 18 años y un menor inimputable (menor de 16 años), permite inferir una relación de preminencia, de manera tal, que si para la ley el sujeto con 18 años cumplidos es plenamente responsable de sus acciones, por tanto también puede resultar responsable a los fines de evitar que este grupo minoril que para ley penal aún no tienen capacidad de delinquir ingrese o persista en el conflicto con la ley penal.

La postura asumida se encuentra en sintonía, con los compromisos asumidos internacionalmente, al suscribir la Convención de los Derechos del Niño, la que se

proyecta en todos los ámbitos específicos donde el menor se desenvuelve (familiar, laboral, educativo, sanitario, etc.), que se traduce en obligaciones para aquellos que se mantienen en una relación de preeminencia en estos ámbitos. El art. 41 quater, vendría a reglamentar una mayor punición en el ámbito delictivo para el mayor de 18 años, respecto de los niños que interviniesen en un hecho que entra en conflicto con la ley penal.”

Asimismo, sobre este punto es importante destacar que para la aplicación de la agravante, el Tribunal debe probar que el autor mayor de edad **conocía** la edad del menor; es decir, no solamente hacer una constatación objetiva de la edad con la que contaba el joven al momento del hecho, sino determinar que el mayor de edad la sabía y se aprovechó de su inmadurez.

Así, en una causa que llegó a la Corte Suprema de Justicia, Zaffaroni afirmó –en su voto en disidencia- que: “(...) Cabe entender que el problema más grave que plantea la causa y que sin duda tiene relevancia constitucional, es la clara violación al principio de culpabilidad, puesto que se consagra una responsabilidad objetiva en materia penal, incompatible con la Constitución Nacional, que en el caso consiste en no haberse valorado el dolo del agente, toda vez que ni el tribunal de juicio ni el a quo examinaron la cuestión del desconocimiento que el agente habría tenido acerca de la edad del menor participante.

En síntesis, el defecto más grave es que se ha pasado por alto el requerimiento de tipicidad subjetiva (dolo), abriendo el camino al versari in re illicita, o sea a la punición de una conducta solo por su objetividad típica, prescindiendo de la voluntad concreta del agente en el hecho, la que presupone el conocimiento de los elementos objetivos del tipo y la voluntad de realización conforme a esos conocimientos, como componentes necesarios de la tipicidad subjetiva y habilitadores de la pena.⁵”

⁵ CSJN, "Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de Maximiliano Núñez en la causa Núñez, Maximiliano s/ causa n° 12.183", Sent. del 24/9/2013 (voto en disidencia de Zaffaroni).

En conclusión, para que se pueda aplicar la agravante genérica contenida en el art. 41 *quater* del Código Penal, tiene que tratarse de una persona de entre 18 a 21 años que participe en el delito con menores inimputables, o de una persona mayor de edad –de más de 21 años- que intervenga con menores de cualquier edad –hasta los 18-, **y que además** conozca su menor edad y se valga o se aproveche de ella para la comisión del delito.

Docente: Josefina Solavagione