

**JURISPRUDENCIA**  
**CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL**  
**(CNCCC)**

**Sentencias de la CNCCC donde se determina el alcance de la agravante genérica prevista en el art. 41 *quater* en el Código Penal.**

Esta nueva entrega tiene por objetivo exponer el resultado de una breve indagación sobre algunas decisiones de la CNCCC, en casos donde se ha discutido el alcance de la agravante genérica prevista en el art. 41 *quater* del CP, relativa a la intervención de menores en hechos delictivos.

Se trata de cinco precedentes de las tres Salas de este Tribunal, con diversa composición, donde la mayoría de los jueces ya han fijado su posición sobre este tema.

Como introducción, hemos realizado también un cuadro que sintetiza la postura de cada uno de los integrantes de la Cámara. Este esquema, como toda síntesis, contiene simplificaciones y pasa por alto los matices de los distintos votos. Sin embargo, puede ser de utilidad para tener un panorama general de las diferentes posturas.

Además, debajo de los resúmenes de cada fallo, encontrarán un hipervínculo con la carpeta de “jurisprudencia”, ubicada en [\\pasodoble](#), que les permitirá acceder al texto completo.

Esperamos que este material les sea de utilidad.

Leonardo Filippini – Marisa Tarantino – Marina Macri  
Área de Asistencia al MPFN ante la CNCCC  
[areacnccc@mpf.gov.ar](mailto:areacnccc@mpf.gov.ar)  
Julio, 2017.

## SÍNTESIS DE LAS POSTURAS DE LOS INTEGRANTES DE LA CNCCC

	<b>Cualquier intervención de un menor</b>	<b>Casos de autoría mediata e instigación</b>	<b>Solo casos de autoría mediata</b>	<b>Descarga de responsabilidad</b>
<b>Bruzzone</b>				X (“Baiz”, “Villordes”)
<b>Días</b>				X (“Villordes”, Papadopulos”, Cáceres”)
<b>García</b>	X (“Baiz” “Cáceres)			
<b>Garrigos</b>				X (“Baiz” “Cáceres”)
<b>Magariños</b>			X (“Villordes” “Papadopulos”)	
<b>Morín</b>				X (“Baiz”, “Giménez”)
<b>Niño</b>		X (“Papadopulos”, “Giménez”)		
<b>Sarrabayrouse</b>		X (“Baiz”, “Giménez”)		

## Jurisprudencia

**CNCCC, Sala 2, CCC 3482/2014, Baiz, reg. n° 492/2016, 30/06/2016, jueces: Morin, Niño, Sarrabayrouse.**

**Antecedentes:** El Tribunal Oral de Menores condenó al imputado por el delito de homicidio simple y aplicó la agravante del art. 41 *quater* del CP. La defensa recurrió en casación donde, entre otros agravios, planteó la errónea aplicación de dicho artículo.

**Decisión:** La Sala –por unanimidad– hizo lugar parcialmente al recurso interpuesto, sólo en lo atinente a la aplicación de la agravante prevista en el art. 41 *quater* del CP.

El **juez Morin** emitió su voto –al que luego adhirió el **juez Niño**– e hizo un repaso de la discusión parlamentaria previa a la sanción de la ley que dio lugar al art. 41 *quater* en el CP, para concluir que el sentido de las frases que rigieron los antecedentes de la norma, resulta claro. Agregó que los términos “utilizar”, “valerse de”, “influnciar”, “hacer uso de”, “reducir a instrumento” o “usar” sólo pueden tener por significado el aprovechamiento de los menores por parte de los adultos en la comisión de un delito y que es éste, en definitiva, el sentido de la norma al que debe atenderse la interpretación judicial.

En cuanto al caso concreto, consideró que no hubo un aprovechamiento ni descarga de responsabilidad del imputado respecto del menor sino que ambos actuaron en paridad de condiciones, por lo que consideró que debía descartarse la aplicación del artículo.

Por su parte, el **juez Sarrabayrouse** consideró, en cuanto a la agravante del art. 41 *quater*, CP, no correspondía su aplicación porque la fiscal general en sus alegatos expresamente la había descartado; con lo cual, sobre el punto no había un “caso” que el tribunal *a quo* tuviera que resolver (citó casos “Pesce” (reg. 258/2015) y “Soto Parera” (reg. 240/2015). Además, dijo que la interpretación propuesta por la Sra. Fiscal resultaba razonable y plausible, y que coincidía con lo que ya habían sostenido en otros precedentes respecto de esta la agravante genérica, que debe aplicarse a los supuestos donde los mayores efectivamente utilizan como medio a los menores. Este concepto, dijo, es el que en la dogmática tradicional corresponde a los casos de instigación y autoría mediata.

[\\pasodoble\Jurisprudencia\\_CNCCC\Memo 41 quater, fallos a texto completo\Reg. n° 492.2016.pdf](#)

**CNCCC, Sala 3, CCC 46306/2013, Villordes, reg. n° 592/2016, 05/08/2016, jueces: Bruzzone, Días, Magariños.**

**Antecedentes:** El Tribunal Oral de Menores condenó al imputado por el delito de robo calificado por el uso de arma de fuego de uso civil y por la intervención de un menor de edad. La defensa recurrió en casación donde cuestionó la aplicación del art.

41 *quater* del CP.

**Decisión:** La Sala –por mayoría- decidió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, confirmar la resolución recurrida.

El **juez Bruzzone** –en un voto al que adhirió el **juez Días**– señaló que para la aplicación de esta agravante genérica es necesaria la comprobación, en la faz subjetiva, de que la intervención en el hecho de un menor de edad obedezca a la finalidad de deslindar la responsabilidad en él.

Opinó que el agravio desarrollado por la defensa en relación con esta cuestión debe declararse inadmisibles, porque no atiende a los fundamentos dados en la sentencia sobre el caso concreto. Dijo que la exposición recursiva discurría en mayor parte sobre el marco teórico al que debe atenerse la jurisdicción, pero no expuso argumento alguno para atacar en forma directa aquello que el tribunal tuvo por comprobado sobre el aspecto cognoscitivo del imputado.

Por su parte, el **juez Magariños** consideró que, para la interpretación de la agravante contenida en el artículo 41 *quater* del Código Penal era necesario, ante todo, constatar el significado de la palabra “intervención”. Sostuvo que ésta solo podía entenderse como referida a aquellos supuestos en los que el mayor interviene en la ejecución del hecho mediante una ‘instrumentalización’ del menor; es decir, en los casos de autoría mediata.

Agregó que, sin embargo, cabía formular una diferencia para la aplicación de la agravante según se trate de un supuesto en el cual el instrumento sea un menor de 16 años, o se tuviera entre 16 y 18 años. En el primer supuesto, la aplicación de la agravante resulta ineludible pues los menores de 16 años son, por definición legal (art. 1º de la ley n° 22.278), inimputables. Por consiguiente, su instrumentalización en la ejecución del hecho por parte del adulto autor deriva de modo directo del empleo de un menor inimputable para la comisión del delito. En cambio, afirmó, en los supuestos de menores considerados responsables por la ley penal (artículo 2 de la ley n° 22.278), la condición de instrumento no es posible derivarla directamente de su edad; entonces, la aplicación de la calificante dependerá de la verificación, en cada caso, de circunstancias que determinen una efectiva instrumentalización del menor (responsable) por parte del mayor (autor mediato).

Dijo, además, que la interpretación propuesta supone distanciarse, por un lado, de aquellas posturas que han afirmado que el artículo 41 *quater* comprende también supuestos de instigación. En tal sentido, en los casos de que “el instigado” fuese un menor inimputable, supondrá siempre una instrumentalización propia de la calificación de autoría mediata respecto del adulto. A su vez, en la hipótesis de una instigación dirigida hacia un menor responsable (16 a 18 años), supondrá la participación del adulto (instigador) en la comisión del delito del que el menor será autor y, por consiguiente, no instrumento; en este supuesto, faltará la razón de ser para la aplicación de la calificante.

Por otro lado, afirmó que la hermenéutica de la norma se aparta también de aquellas interpretaciones que encuentran el fundamento de la agravante en la actitud asumida

por el mayor, durante el desarrollo del proceso o en la comisión del hecho para encubrir, disimular, o deslindar su propia responsabilidad en el menor. Consideró evidente que otorgarle ese significado a la agravante supondría una contradicción con la garantía que establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo.

[\\pasodoble\Jurisprudencia\\_CNCCC\Memo 41 quater, fallos a texto completo\Reg. n° 592.2016.pdf](#)

**CNCCC, Sala 3, CCC 50000925/2010, Papadopulos, reg. n° 702/2016, 12/09/2016, jueces: Días, Magariños, Niño.**

**Antecedentes:** El Tribunal Oral de Menores condenó a los imputados y aplicó la agravante del art. 41 *quater* del CP. Las defensas recurrieron en casación y una de ellas planteó la inconstitucionalidad de esta agravante genérica.

**Decisión:** La Sala –por mayoría– decidió hacer lugar al recurso interpuesto y casar parcialmente la sentencia, dejando sin efecto la aplicación de la agravante prevista en el art. 41 *quater* del CP

El **juez Días** sobre la el planteo de inconstitucionalidad dijo que la defensa no había alegado en qué sentido y con qué alcance las reglas en juego resultaban contrarias al texto de la Constitución Nacional o a los tratados internacionales con esa jerarquía (art. 75, inc. 22, idem) y de qué manera su aplicación concreta afectaba al imputado. Luego, apreció acertado el análisis que había realizado el TO cuando ponderó que el condenado había permitido que el menor hubiera sido el que manejara el vehículo sustraído, para luego descargar su propia responsabilidad en tal circunstancia. Agregó que de no ser éste, no veía qué otro escenario había podido ser el contemplado por el legislador a la hora de justificar la aplicación de un aumento punitivo.

Por su parte, el **juez Magariños** reprodujo en su voto, el análisis ya realizado en “Villodres” (reg. n° 592/2016), y consideró que se había aplicado erróneamente la calificante del art. 41 *quater* del CP.

Finalmente, el **juez Niño** hizo un repaso pormenorizado de la discusión parlamentaria y las diversas opiniones doctrinarias sobre la interpretación de esta norma. Luego, en lo concerniente al caso concreto, sostuvo que el intento del acusado de descargar en el menor la responsabilidad del ilícito es una hipótesis que el juzgador pudo haber estimado confirmada o desechable; pero no le era dado valerse de ella –a riesgo de contravenir garantías constitucionales– sin el apoyo en probanzas que permitan afirmar un aprovechamiento previo o concomitante al hecho, de la edad del coimputado. Votó, pues, por la no aplicación de la agravante en el caso.

**CNCCC, Sala 1, CCC 74757/2014, Cáceres, reg. n° 919/2016, 15/11/2015, jueces: Días, García, Garrigós.**

**Antecedentes:** El TO había condenado al imputado por robo agravado por haberse cometido con un arma de fuego y con la participación de un menor de edad, en concurso ideal con tenencia ilegítima de arma de uso civil condicional. La defensa interpuso recurso de casación y, entre otros agravios, planteó que no resultaba aplicable la agravante genérica prevista en el art. 41 *quater* del CP.

**Decisión:** La Sala –por mayoría– decidió rechazar el recurso interpuesto.

La **jueza Garrigós** dijo que la argumentación del tribunal *a quo* había sido insuficiente para tener por acreditado el agravante porque, pese a señalar que es necesario un aprovechamiento de esa circunstancia por parte del autor, no se comprobó que esto hubiese tenido lugar. Señaló, también, que la sentencia recurrida afirmaba la necesidad de probar que el mayor intentó descargar responsabilidad en él, pero al momento de analizar si ello se verificaba en el caso concreto, se apartó de su propio precepto y redujo su análisis a demostrar que el imputado sabía que uno de sus compañeros era menor.

Entendió, además, que la afirmación acerca de que el imputado intentó descargar responsabilidad en el menor, no se concilia con el presupuesto de atribuir el hecho a partir de la teoría de coautoría funcional, pues el dominio del menor de aquella porción del plan que le tocó ejecutar, excluye en el caso concreto la posibilidad de que se lo hubiera utilizado como un medio para evadir responsabilidad. Desde este punto de vista, tampoco había pautas que condujeran a la aplicación de la agravante, sin erigirse en un supuesto de responsabilidad objetiva.

Por otra parte, consideró que la pretensión del aprovechamiento del menor debe verificarse *ex ante*, y cualquier despliegue que en ese sentido hiciera el imputado o su defensa *ex post*, sin concordar con el plan del autor, carece de significación para considerar agravada la conducta.

El **juez García** señaló en su voto que el art 41 *quater* CP establece una agravación por “la intervención” de menores de dieciocho años en la ejecución del hecho y que, más allá de su ubicación entre las reglas generales del Código Penal y no en la descripción del supuesto de hecho objetivo de cada prohibición, se trata de una circunstancia de modificación del marco penal que no puede derivar en una agravación de la pena por mera atribución de responsabilidad objetiva.

La aplicación del marco penal modificado –dijo– requiere de la demostración de que el agente ejecuta un hecho con conocimiento de que uno o varios partícipes son menores de esa edad.

Por otra parte, afirmó que la ley agrava la conducta por la intervención de un menor de 18 años de edad y que, en este sentido, debe tratarse de una participación en la comisión o ejecución del hecho, que aunque quedase impune respecto del menor, satisfaga los supuestos objetivos de la tipicidad y antijuridicidad.

Señaló también que la interpretación restrictiva de esta norma se remonta a una propuesta de la doctrina que releva el debate parlamentario, pero esa interpretación no consulta la literalidad del texto legal, que de ningún modo se refiere a la utilización o dominio de un mayor por un menor, ni a su instrumentalización. Agregó que “la finalidad del legislador” puede resultar un instrumento auxiliar para la interpretación histórica, pero no tiene valor normativo. Por otra parte, afirmó que el texto legal era claro y había cobrado autonomía de la eventual interpretación de algún legislador.

Agregó que el supuesto de hecho de la ley no exige que los mayores instrumenten, controlen, dominen o seduzcan a menores, sino que se contenta con la “intervención” de un menor de 18 años, y la participación del “mayor”; y tampoco excluye los casos en los que los menores de esa edad instrumenten, controlen, dominen o induzcan a “mayores”.

Luego, tras realizar una serie de citas de precedentes jurisprudenciales, sostuvo que las palabras del art. 41 *quater* CP indican inequívocamente que la escala penal se agrava para el mayor, por el sólo hecho de que el delito “sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad”. Tampoco había en el contexto del Código Penal ninguna disposición que lo complemente, ni ningún principio sistemático que haga evidente que fuera requerida una finalidad especial en el acuerdo delictivo entre el mayor y los menores de edad, o alguna finalidad mantenida in pectore por el partícipe mayor de edad, al margen del acuerdo.

Por otra parte, dijo que no se advertía cuál sería la constelación de casos en los cuales la utilización o instrumentalización de un menor de edad tendría por efecto que el mayor de edad “descargue” su responsabilidad en éste, dado que si se tiene por probado que el adulto instrumentalizó al menor de edad sea éste inimputable o restringidamente imputable, entonces sería responsabilizado según las reglas de la instigación o de la autoría mediata. Si el mayor es descubierto, entonces no hay regla jurídica que le permita “descargar” su responsabilidad. Pero si no es descubierto, esto no se deberá a que hubiese utilizado a un menor de edad, sino al éxito de haber conducido la ejecución del hecho “desde atrás”.

El **juez Días** coincidió con el voto del juez García en que no debía excluirse la agravante relativa a la intervención de un menor en el hecho (art. 41 *quater* del CP) porque, en el caso, el coautor mayor, con antecedentes penales, se había reservado para sí el papel que lo dejaba en mejores condiciones ante un eventual fracaso del plan y le asignó al menor, respecto del cual el derecho penal es más indulgente, el arriesgado papel de ingresar al local, portando un arma de fuego para el acometimiento de las

víctimas, con exposición a una eventual acción defensiva de los sujetos pasivos o de la autoridad. Consideró, en este sentido, que tal plataforma fáctica resultaba suficiente para la imposición de la agravante genérica, cuya operatividad se ratificaba con el fracaso de la estrategia judicial de pretender alegar un desconocimiento de las concretas circunstancias de realización del hecho principal, lo que también merecía el rechazo del recurso.

[\\pasodoble\Jurisprudencia\\_CNCCC\Memo 41 quater, fallos a texto completo\Reg. n° 919.2016.pdf](#)

**CNCCC, Sala 2, CCC 17799/2014, Giménez, reg. n° 979/2016, 07/12/2016, jueces: Morin, Niño, Sarrabayrouse.**

**Antecedentes:** El TO había condenado al imputado como coautor del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego y la participación de un menor. La Defensa interpuso recurso de casación y, entre otros agravios, planteó que no resultaba aplicable la agravante genérica prevista en el art. 41 *quater* del CP.

**Decisión:** La Sala –por unanimidad– decidieron hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto en lo que hace a la calificación legal, dejando sin efecto la agravante del art. 41 *quater* del CP.

Al emitir el voto inicial, el juez **Sarrabayrouse** afirmó que el texto del art. 41 *quater* del CP sólo exige que un menor tome parte del hecho para que cobre virtualidad aplicativa. Y que esto debía suceder con el conocimiento de ese dato por parte del mayor de edad.

Así, consideró correcto aplicar esta calificante cuando el mayor ejecuta la conducta como coautor, autor mediato o instigador, sabiendo que uno o varios de los partícipes son menores de edad; quienes deben intervenir como coautores, cómplices primarios o secundarios.

En cuanto al caso concreto, entendió que se había aplicado erróneamente ya que había sido el menor quien convocó a los mayores para la realización del hecho, de modo que descartó que el menor hubiera sido utilizado o instigado.

Por su parte, los **jueces Morin y Niño** se remitieron a sus argumentaciones expuestas en los fallos “Baiz” (reg. 492/2016 –ambos-) y “Graff” (reg. 752/2016 –Morín-) y adhirieron a la solución del voto precedente.

[\\pasodoble\Jurisprudencia\\_CNCCC\Memo 41 quater, fallos a texto completo\Reg. n° 979.2016.pdf](#)