

# Artículo 41 *quáter* del Código Penal (adultos que se valen de menores para delinquir)

por *Gustavo L. Vitale*

Sumario: I. Introducción. II. Aspecto político-criminal. III. Irracionalidad de la pena. IV. Interpretación de la agravante genérica. V. Debate parlamentario. VI. Jurisprudencia: una correcta decisión. VII. Conclusión.

## ***I. Introducción.***

Antes del denominado “fenómeno Blumberg” (por el cual la demagogia legislativa se vio alentada por un reclamo de severidad penal irracional, que tuvo origen en el asesinato de un joven en el contexto de un secuestro extorsivo), la política criminal argentina del período democrático ya se venía perfilando, en forma progresiva, hacia la represivización de la ley penal. El posterior fenómeno mencionado, en verdad, produjo una suerte de locura colectiva, en virtud de la cual la mayoría de los miembros del Congreso de la Nación parecieron legislar como un modo de contestación a los que reclamaron públicamente (con el padre del joven aludido sentado en las bancas del Poder Legislativo), como una suerte de rendición de cuentas frente a tal petición, lo que obviamente dio lugar a un apresuramiento desastroso para la cordura de la legislación penal de nuestro país.

El proceso de deshumanización de la legislación penal, decía, se venía igual produciendo en la Argentina posterior a la más cruenta dictadura militar que se llevó por delante tantas vidas humanas, con metodologías peores a las que reprochaban a sus víctimas.

Una de estas manifestaciones de violencia (tan sólo una) es la representada por la incorporación al Código Penal argentino de una agravante de pena genérica para cualquier delito de los previstos en él, cuando “sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad”. Esto es lo que expresa el artículo 41 *quáter* del Código Penal (valga recordar la cantidad de disposiciones contaminadas que vienen teniendo lugar por medio de artículos bis, ter e incluso, como en este caso, *quáter*). Se establece allí que, para estos casos, los mayores que hubieran participado en el hecho serán sancionados con la pena del delito cometido *incrementada “en un tercio del mínimo y del máximo”*.

## ***II. Aspecto político-criminal.***

En primer lugar, no puede dejar de señalarse la irracionalidad de la pretensión de abordar la problemática a la que se refiere la norma con una respuesta estatal de mayor violencia punitiva, cuando, precisamente, durante la vigencia de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho se abren las puertas al abordaje de los conflictos a través de alternativas más constructivas, fundamentalmente de índole preventiva, vinculadas al fortalecimiento de las políticas públicas (sobre todo en el área económica, social y, especialmente, cultural). Es que si verdaderamente pretende “protegerse” a los niños y adolescentes, de los mayores que los utilizan para delinquir, la primera preocupación debería centrarse en la búsqueda de mayores posibilidades reales de integración social de tantos jóvenes que no han podido satisfacer, siquiera, sus necesidades básicas.

A ello debe sumarse el aporte del dato de realidad consistente en la importante cuota de irracionalidad selectiva con la que opera el sistema penal, que persigue y atrapa en general a los adultos más pobres (a los más excluidos por esta sociedad), además de seleccionar también penalmente a los menores menos pudientes.

Otra vez se confunde el discurso con la realidad. Una vez más se incurre en la falsa ilusión de “proteger” con mayores dosis de violencia degradante y despersonalizadora. En lugar de ello, la desocialización carcelaria incrementa las dosis de inseguridad ciudadana.

Si el programa político-criminal del Estado dice “proteger” a los jóvenes (a los más

excluidos) con más encierro carcelario para los mayores que se valen de ellos (*aspecto discursivo*), lo que se logrará, como consecuencia, será el aumento de la violencia social, en razón de que la respuesta punitiva no tutela a nadie (en términos reales), sino que, por el contrario, reproduce el fenómeno (y ello es más claro aún cuando la vía elegida es el mayor uso de la pena *carcelaria*, que en sí misma constituye el principal factor de multiplicación del crimen). Este último pertenece al *aspecto real* de la cuestión (cualquiera sea el discurso con el cual se la presente).

En suma: no se “protege” con más encierro carcelario. La sociedad no se cuida destrozando y llenando a la gente de resentimiento, sino que, a diferencia de ello, se desprotege.

### **III. Irracionalidad de la pena.**

La pena prevista por el artículo 41 quáter aparece como una respuesta institucional *irrazonable*, debido a las consecuencias inexplicables que produce.

En primer lugar, se ha buscado, con tal incremento punitivo, impedir la libertad del imputado mientras transcurre el proceso penal en su contra. Es sabido que en Argentina existe una política legislativa y una práctica jurisprudencial muy cuestionables en materia de “excarcelación”, que suele supeditarla a la posibilidad de condena condicional del imputado. En verdad, si el imputado de cualquier delito se *presume inocente* mientras no se dicte en su contra una sentencia firme de condena [por imposición constitucional (arts. 18 y 75 inc. 22, C.N. y disposiciones concordantes de las Convenciones y Pactos de Derechos Humanos)] debiera permanecer siempre libre, pues de lo contrario la única presunción que se le aplica es la de culpabilidad (proscripta por nuestro ordenamiento jurídico nacional e internacional). No obstante ello (y dejando de lado aquí el cuestionamiento constitucional a la *prisión de presuntos inocentes*), el aumento de las escalas penales contenido en el artículo 41 quáter tenderá a producir (si se reconoce su legitimidad) un aumento del número de presos sin condena (con lo cual podrá agravarse más aún la peligrosa situación carcelaria que padecen los presos de nuestro país).

Por otra parte, la incongruencia valorativa que se viene produciendo desde hace años (con las reformas de emergencia que se vienen implementando peligrosamente en la Argentina democrática) demuestra que se ha llegado a situaciones absurdas, en las que lesiones a bienes de *inferior* jerarquía quedarían sancionadas con penas *más severas* que otros hechos lesivos de intereses de *mayor* importancia comparativa. A) Pensemos, por *ejemplo*, en un robo con escalamiento cometido con intervención de un menor de 18 años (cuando concurren, a su vez, los presupuestos de la causal de agravación aquí comentada): en ese ejemplo la pena *mínima* de la escala penal contemplada legalmente resulta ser (para la interpretación legal más benigna en materia de reducción de pena para la tentativa) la de cuatro años de pena carcelaria [(que es equivalente a la prevista por nuestra ley penal para la tentativa de homicidio (¿?)). Compárese, en tal sentido, las penas establecidas por los arts. 167 inc. 4, 163 inc. 4 y 41 quáter, por un lado, con las previstas en los arts. 79 y 42 del C.P., por el otro (al menos en el momento en el que se escribe esta nota, pues, últimamente, las penas aumentan más que los precios). En el caso aludido, el derecho a disponer del *patrimonio* aparece como un bien jurídico más valioso que la propia potestad de disposición de la *vida humana*. B) Tomemos en cuenta, a su vez, el caso del robo de una oveja dejada en el campo, cometido por un adulto a través de la acción de un menor de 18 años (arts. 167 inc. 4, 163 inc. 1 y 41 quáter, C.P.), en relación a la conducta de quien, a propósito, deja ciego a otro (art. 91, C.P.). Aunque parezca una broma, el primer caso (*el de robo*) tendría ahora (si se valida esta reforma) un mínimo de pena carcelaria *mayor* al previsto por la misma ley penal para el segundo (*para el de lesiones gravísimas*).

Por otra parte, piénsese en la situación *desigual* que se produce en relación a quien obra como autor mediato, utilizando como instrumento no punible a un inimputable por *enfermedad mental* (en lugar de hacerlo a través de un joven de 17 años). ¿Por qué razón entendible la escala penal y, sobre todo, el mínimo de la escala, es tan mayor en el segundo caso que en el primero?. ¿Es que puede sostenerse, en términos reales, que es

más lesivo el hecho cuando se utiliza a un *menor de 18 años* que cuando el autor se vale de la ejecución delictiva de una *persona mentalmente enferma*?

La desigualdad y la incongruencia valorativa es manifiesta, pues, ante situaciones *desiguales*, corresponde brindar una *distinta* respuesta *que se corresponda valorativamente con tal desigualdad* (pero no una que no se compadezca con ella y que, incluso, trate con *mayor rigor* a los autores de hechos *igual o menos graves* que otros que, no obstante *su equivalencia valorativa o incluso su mayor gravedad*, tienen legalmente prevista una respuesta punitiva *menos severa*).

Por estas razones (sobre todo por las señaladas en los tres últimos párrafos), la escala penal establecida en el art. 41 quáter adolece de un vicio sustancial que la torna irrazonable y, por ello, inconstitucional.

A ello cabe agregar que el supuesto de hecho en el que se apoya la agravante (al que me refiero en el punto siguiente) constituye ya una pauta de agravación de la pena que corresponde considerar dentro de las escalas penales previstas en los delitos de la parte especial, conforme a lo establecido por los artículos 40 y 41 del Código Penal. No era, entonces, ni siquiera necesario el ilegítimo incremento punitivo legalmente programado.

#### ***IV. Interpretación de la agravante genérica.***

La redacción del texto legal podría dar lugar a una ligera interpretación fría e incorrecta, según la cual quedaría incluida en la agravante la actuación de todo mayor de 18 años en un hecho en el que, simplemente, participe un menor en forma conjunta con el primero. Pensemos en los tantos casos de jóvenes que delinquen juntos, sin valerse unos de los otros en razón de su edad, y, por ende, sin pretensión de obtener beneficios legales provenientes, precisamente, de la condición de menor de alguno de los intervinientes. Imaginemos a un joven de 18 años recién cumplidos que sale a robar un equipo de música con otro de su vecindad que cumple la misma edad al día siguiente. Parece ridículo pretender que sea ese un caso comprendido por la agravante, por la sencilla razón de tratarse de un supuesto en el que ambos participantes en el hecho se encontraban en situación de igualdad de decisión). Por análoga razón, tampoco sería el caso del adulto (cualquiera fuese su edad) que actúa en un hecho con un joven menor de 18 años que participa en hechos delictivos por condicionamientos socio-culturales a su conducta y sin que haya sido utilizado por el primero como instrumento para obtener su impunidad. Como ha dicho el senador Baglini, en el debate parlamentario, “al margen del uso del menor como herramienta o instrumento para cometer delitos, está el menor que ya integra bandas delictivas” (que, justamente por esa razón, no queda incluido en la genérica agravante).

A diferencia de lo que irrazonablemente podría entender una interpretación sólo literal del texto de la ley (que no busque una explicación plausible en la que pueda sustentarse), la única interpretación posible (de la citada causal de agravación genérica de las penas previstas para los delitos de la parte especial) es aquella que la entienda referida a los casos en los que un adulto utilice a un menor de 18 años como instrumento para evitar su punibilidad, es decir aquellos supuestos en los que el mayor obra en el hecho como *autor mediato*, haciéndolo a través de un joven como instrumento no punible (o sometido a un régimen penal especial más benigno). Tal sería el caso en el que un adulto, para no resultar penalizado, manda a un joven a ingresar a un inmueble para apoderarse de una suma de dinero, repartiéndose luego el botín cuando el niño o adolescente se lo lleva al lugar en el que el primero queda esperándolo. Sería también el caso en el que un adulto obliga a un joven de menos de 18 años a intervenir en un hecho, bajo amenaza de causarle un mal grave e inminente. La fundamentación aludida es la única que, al menos, ofrece alguna explicación atendible del irrazonable aumento de la escala penal prevista legalmente para el adulto que delinque en estas circunstancias.

#### ***V. Debate parlamentario.***

En el debate parlamentario (que se publica al final de esta nota) se dijo claramente que: “este proyecto propicia un aumento de las penas para los *adultos que utilizan menores en*

*la comisión de delitos*” (diputado Eduardo O. Camaño); que “contiene un solo artículo a través del cual se agravan las penas para aquellos *mayores que se valgan de menores de 18 años para cometer delitos*”, añadiéndose que “ésta es una forma de proteger a los menores. Es decir, disuadir a los mayores *para que no utilicen a los menores de edad en sus delitos*” (senador Agúndez); que, “al margen del *uso del menor como herramienta o instrumento para cometer delitos*, está el menor que ya integra bandas delictivas” (senador Baglini); que se propone “apoyar un incremento de la escala punitiva cuando los mayores delincan *haciendo uso de menores para causarles a los menores la represión penal, evadiendo de esa forma la acción de la Justicia*” (senadora Conti).

Por otra parte, no se dijo nada en contrario que permita acordarle (al supuesto de hecho contenido en el artículo 41 quáter) un alcance extensivo de las aludidas razones, como podría ser la imaginada interpretación meramente literal anunciada al comienzo de este punto III [que, en verdad, no es tan imaginada, ya que (como se verá en el punto siguiente) existe algún juez que la viene sustentando].

#### **VI. Jurisprudencia: una correcta decisión.**

Cabe mencionar la correcta decisión que, en relación a este tema, pronunció la Cámara en lo Criminal n° 1 de Neuquén (integrada por los jueces Emilio E. Castro, José V. Andrada y Cecilia Luzuriaga de Valdecantos), en la causa “Lara, Juan Pablo y Vilte, Lucas Alejandro s/robo doblemente calificado”, registrados en la Cámara en lo Criminal N° Uno, bajo REC. 20, folio 183, año 2004, llegados en apelación del Juzgado de Instrucción N° tres, correspondiente al expte. principal N° 50199 Año 2003”.

En el voto de Emilio E. Castro se sostiene que “el argumento sobre la interpretación de la agravante (art. 41 quáter C.P.) remite, por sobre el texto literal de la Ley, a su sentido, o lo que podemos llamar, en la terminología tradicional, su espíritu: la utilización de menores, el empleo de menores como instrumento de personas adultas” ... “En principio, el primer medio de interpretación de una norma es la mera inteligencia de su texto literal; pero como quiera que no se concibe por parte del Estado, y menos en un sistema republicano, que sus representantes ejerzan sus atribuciones arbitrariamente ... resulta a todas luces necesario que la agravante sancionada también tenga una buena razón (de otro modo se estaría vulnerando el principio de igualdad ante la ley, art. 16 C.N., que impone la necesidad de igual trato a quien se encuentre en iguales condiciones), como puede ser la tutela penal de la salud moral del menor o hasta su integridad física (art. 3, Convención sobre los Derechos del Niño), puestas en riesgo por la actitud depravada de un adulto para sus propios fines, sea que esté en su intención corromperlo o, simplemente, escudarse en la persona del menor, aprovechar su inexperiencia para inducirlo a tareas temerarias o ejecutar por su intermedio, en vistas a su irresponsabilidad penal o a su menor responsabilidad, acciones que al adulto le valdrían severas penas. Pero siempre se trataría de un empleo instrumental del menor, del menor como instrumento; instrumento consciente y que eventualmente comprende, pero al cual la ley procura proteger (o cuya salud moral pretende proteger). De modo que si resulta de toda evidencia que en el caso dado no hay adulto aprovechándose de un menor para delinquir por su intermedio o con su auxilio, no hay razón para agravar la responsabilidad de los compañeros de éste en la realización de un ilícito penal, aunque se encuentren por encima de la edad que la legislación de menores tutela. Si, como resulta en nuestro caso, los coimputados apenas tenían un par de años más que el único menor y, además, éste estaba ya próximo a superar el límite de la responsabilidad limitada (y de la edad protegida por el pacto internacional citado, art. 1°), es evidente que no se trata de aprovechamiento, utilización del menor para los fines de un adulto, sino de una aventura (ilícita) común entre personas más o menos en las mismas condiciones y vinculados entre sí por amistad o camaradería (mal entendidas o mal empleadas)” ... Los autores conforman “un grupo homogéneo, en el que nada autoriza a presumir que el menor haya sido tomado como objeto, instrumento, para ni por los otros dos, ni haya tenido menos posibilidad que aquellos de comprender de qué se trataba, ni su ilicitud penal, ni de gobernar sus acciones conforme su libre voluntad”.

En idéntico sentido, el voto de José V. Andrada remarcó que “amén de no surgir la intervención instrumental de un menor de dieciocho años en la comisión del robo de que se trata, no se advierte en qué ello habría beneficiado a los restantes participantes, ya que sabido es que la agravante de ‘banda’ no desaparece por el hecho de que uno de los partícipes, en razón de su minoridad, no sea responsable frente a la ley penal”.

Cecilia Luzuriaga de Valdecantos, si bien no entró en el fondo del asunto (por calificar correctamente el hecho como hurto y no como robo, por inexistencia de violencia de carácter *físico*), también aceptó excluir la causal genérica de agravación, al sostener que “en el caso ... por la edad de los autores (el menor cumplía 18 años unos cuatro meses después del hecho y el aquí imputado y el otro autor tendrían 19 años) ... procedería reexaminar la aplicación de la agravante del art. 41 ter”; no obstante lo cual no lo hizo por resultar innecesario para resolver la cuestión atinente a la libertad del imputado durante el transcurso del proceso penal.

La jurisprudencia citada efectúa una interpretación de la causal de agravación punitiva que concuerda, entonces, con los fundamentos tomados en cuenta al momento de su dictado, explicando el aumento de severidad carcelaria en la mayor gravedad del ilícito penal de quien, para evadir su propia responsabilidad penal, se vale para delinquir de alguien que, por su menor edad, no es pasible de responsabilidad penal alguna o bien tiene adjudicado por la ley un régimen penal más benigno.

### **VII. Conclusión.**

Por lo expresado, la escala penal establecida en el texto del artículo 41 quáter del Código Penal resulta inconstitucional, debido a su irrazonabilidad e incongruencia valorativa.

Por otra parte, la causal de agravación genérica, contenida en el citado artículo 41 quáter, comprende sólo los casos en los que un mayor actúe como autor mediato, a través de la utilización de un menor de 18 años como instrumento no punible o sometido al régimen especial previsto legalmente por las leyes penales de niñez y adolescencia.

### DEBATE EN DIPUTADOS

18ª REUNION. Continuación de la 11ª SESION ORDINARIA. AGOSTO 14 DE 2002. Presidencia de los señores diputados Eduardo Oscar Camaño, Oraldo Norvel Britos y Fortunato Rafael Cambareri. Secretarios: don Eduardo Daniel Rollano, doctor Carlos Guido Freytes y don Jorge Armando Ocampos. Prosecretarios: doctor Juan Estrada e ingeniero Eduardo Santín.

4 Moción de orden formulada por el señor diputado Brown de que la Honorable Cámara se aparte de las prescripciones reglamentarias y mociones del señor diputado Brown de que se trate sobre tablas el proyecto de ley del que es coautor por el que se incorpora al Código Penal el artículo 41 quáter, referido a la reducción y exención de penas para quienes colaboren en la investigación de los delitos de privación ilegítima de la libertad agravada y secuestro extorsivo (2.787-D.-2002) y de la señora diputado Stolbizer de que se trate sobre tablas el proyecto de ley por el que se incorpora al Código Penal el artículo 41 ter, referido al incremento de penas para los mayores de edad que cometan delitos con la intervención de menores (3.143-D.-2001, 1.350-D.-2002, 2.002-D.-2002, 2.248-D.-2002 y 4.624-D.-2002). Se aprueban las tres proposiciones.

Consideración del primero de los asuntos a los que se refiere el número 4 de este sumario. Se sanciona.

Consideración del segundo de los asuntos a los que se refiere el número 4 de este sumario. Se sanciona.

### INCORPORACIÓN AL CÓDIGO PENAL DEL ARTÍCULO 41 QUÁTER

Sr. Presidente (Camaño).- Corresponde considerar el proyecto de ley del señor diputado Brown por el que se incorpora el artículo 41 quáter al Código Penal (expediente 2.787-D.-2002).

Sr. Presidente (Camaño).- En consideración. Se va a votar. Resulta afirmativa.

Sr. Presidente (Camaño). Queda sancionado el proyecto de ley. Se comunicará al Honorable Senado.

### INCORPORACIÓN AL CÓDIGO PENAL DEL ARTÍCULO 41 TER

Sr. Presidente (Camaño).- Corresponde considerar el proyecto de ley por el que se incorpora al Código Penal el artículo 41 ter (expedientes 3.143-D.-2001, 1.350-D.-2002, 2.002-D.-2002, 2.248-D.-2002 y 4.624-D.-2002).

Sr. Presidente (Camaño). En consideración.

Tiene la palabra el señor diputado por la Capital.

Sr. Polino.- Señor presidente: simplemente, deseo saber en qué orden del día figura este proyecto.

Sr. Presidente (Camaño). Señor diputado: en todo momento cité números de expedientes. No hay Orden del Día. La Cámara está tratando sobre tablas los proyectos contenidos en los expedientes que se mencionaron con anterioridad.

Sr. Polino.- Señor presidente: no se pueden tratar sobre tablas cuestiones tan importantes. La mayoría del cuerpo ignora lo que se está votando.

Sr. Presidente (Camaño). Eso no es cierto, señor diputado. No puedo poner en consideración un proyecto que no esté en conocimiento de la Honorable Cámara. Puede ser que usted no esté bien informado, pero este procedimiento me lo ordena la propia Cámara a partir de un pedido efectuado por un señor diputado. Yo no tengo autoridad para decidir si el proyecto se puede o no tratar. Por lo tanto, habiéndose aprobado las mociones de apartamiento del reglamento y de tratamiento sobre tablas, corresponde poner en consideración los proyectos en cuestión. Este es el mecanismo que se debe seguir.

Tiene la palabra la señora diputada por Buenos Aires.

Sra. Stolbizer. Señor presidente: aclaro que este proyecto propicia un aumento de las penas para los adultos que utilizan menores en la comisión de delitos. Además, esta iniciativa ya había sido aprobada por esta Honorable Cámara en 1999 pero, lamentablemente, esa sanción nunca fue tratada por el Honorable Senado.

Por ello, muchos legisladores manifestaron reiteradamente su voluntad de volver a tratar esta cuestión; a tal punto que hay proyectos de diputados de distintos bloques que reproducen esa iniciativa, los cuales, al igual que en el caso del proyecto en tratamiento, fueron ampliamente discutidos en las reuniones de la Comisión de Legislación Penal.

Sr. Presidente (Camaño).- Espero que lo satisfaga la respuesta, señor diputado.

Se va a votar en una única votación el proyecto de ley. Resulta afirmativa.

Sr. Presidente (Camaño).- Queda sancionado el proyecto de ley.

Se comunicará al Honorable Senado.

#### DEBATE EN SENADORES

##### Orden del Día N° 936 Modificación del Código Penal

Sr. Presidente (Gioja). Corresponde considerar el dictamen de la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios en el proyecto de ley por el que se agrava la escala penal para quienes delinquen con intervención de menores de 18 años. (Orden del Día N° 936). *El texto es el siguiente:*

#### ORDEN DEL DÍA N° 936

Sr. Presidente (Gioja). En consideración en general.

Tiene la palabra el señor senador Agúndez .

Sr. Agúndez. Señor presidente: se trata de un proyecto de ley sancionado por unanimidad por la Cámara de Diputados.

El dictamen también fue aprobado por unanimidad y contiene un solo artículo a través del cual se agravan las penas para aquellos mayores que se valgan de menores de 18 años para cometer delitos. O sea que se incrementa en un tercio el mínimo y el máximo de la escala penal respecto de este tipo de delitos

Hace unos minutos la señora senadora Müller habló de la necesidad de modificar las normativas vigentes a los efectos de convalidar las modificaciones introducidas a la Convención de los Derechos del Niño. En este sentido, hace unos años se presentaron varios proyectos que espero que pronto sean tratados

Esta es una forma de proteger a los menores. Es decir, disuadir a los mayores para que no utilicen a los menores de edad en sus delitos. En consecuencia, no creo que haya algún tipo de oposición.

Además, quiero aclarar que el artículo ha venido sancionado por la Cámara de Diputados se hace referencia al artículo 41 *ter*. Creo que se trata de un error tipográfico, ya que tendría que figurar artículo 41 *quater*.

Ante esta situación me comuniqué con el secretario parlamentario de la Cámara de Diputados, quien me manifestó que iba a dar cuenta del error.

Sr. Secretario (Estrada). Efectivamente, obra en Secretaría una nota del secretario parlamentario de la Cámara de Diputados, a través de la cual aclara que se ha deslizado un error de tipeo y que en donde dice "41 *ter*" debe decir "41 *quater*".

Sr. Presidente (Gioja). Tiene la palabra el señor senador Yoma .

Sr. Yoma. Señor presidente: tal como ha manifestado el presidente de la Comisión, senador Agúndez, este proyecto no tiene disidencias.

Se trata de una iniciativa del año pasado. Luego de ese dictamen pasaron seis meses y no sé cuántas modificaciones al Código Penal agravando las penas. Por lo tanto, no quiero reiterar los argumentos

Considero que al tema de los menores se lo está llevando a situaciones facilistas. Por ejemplo, aparece la idea de bajar la edad de imputabilidad del menor como la solución mágica a través de la cual ellos dejarán de delinquir. Esto sería pensar que el conflicto social que genera la participación de los menores en los delitos se soluciona bajando la edad de la imputabilidad o "metiendo balas", como dijo mi queridísimo amigo y digno senador por Río Negro, el doctor Pichetto.

Creo que el tema de los menores que delinquen reconoce causas mucho más severas y decisiones mucho más profundas.

Nosotros estamos evaluando este tema. En los próximos días vamos a presentar un proyecto de reglamentación del juicio por jurado, que está previsto en la Constitución, para algún tipo de delito, particularmente vinculado al tema de los menores. De esta manera terminamos con la discusión acerca de si los menores son imputables a los 11 o a los 18 años, que es la escala que rige para la imputabilidad de los menores, según el país de que se trate. Algunos países la fijan en 11 años y otros en 18 años. Obviamente que la reducción en la edad de la imputabilidad no tiene nada que ver el índice de delito con participación de menores.

La sociedad tiene que hacerse cargo de este conflicto social que significa que un menor participe en hechos delictivos. Por eso creo que el juicio por jurado, donde juzga la sociedad, sería un buen comienzo para reglamentar este instituto que está en la Constitución de la Nación desde el año 53 y que nunca pudo ser reglamentado.

Hay una salvedad respecto de la iniciativa. Por eso todavía no la hemos terminado de definir. Se refiere a la preservación de la identidad del menor. En algunos estados de los Estados Unidos no se aprobó esta idea precisamente porque cobra un rango de mayor valor la preservación de la identidad del menor.

Como esta iniciativa puede haber muchas. Pero considero que es hora de atacar el problema de fondo, y no tratar proyectos de agravamiento de penas.

Sr. Presidente (Gioja). Tiene la palabra el señor senador Baglini.

Sr. Baglini. Señor presidente: quiero hacer una simple acotación.

Como yo estudio la vida y obra del señor presidente de la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios, sé que hay un proyecto presentado, si no me equivoco, a mediados del año 96 o comienzos del 97 sobre un sistema de imputabilidad disminuida que evita que se baje la edad de imputabilidad de los menores para alcanzar los problemas a los que se refirió el señor senador Pichetto. O sea, al margen del uso del menor como herramienta o instrumento para cometer delitos, está el menor que ya integra bandas delictivas. De esta manera el juez puede contar con un valioso instrumento de graduación a través de ese mecanismo para alcanzar una solución a este problema, que es un flagelo internacional

Entonces, sería muy bueno que alguna vez estas iniciativas se vieran reflejadas en la Comisión de Revisión del Código Penal entre las iniciativas del Ministerio de Justicia, como las que últimamente ha formulado

Sr. Presidente (Gioja). Tiene la palabra.

Sr. Yoma. — Pido una interrupción.

Sr. Presidente (Gioja). Para una interrupción tiene la palabra el señor senador Yoma.

Sr. Yoma. Señor presidente: con relación a lo que bien planteó el senador Baglini, en su momento la Comisión de Asuntos Penales de este Senado dictaminó acerca de este proyecto llamado "de imputabilidad disminuida". Fue un trabajo técnico irreprochable del doctor Sancinetti, que era asesor de la comisión. En ese momento yo firmé en disidencia el dictamen porque la imputabilidad disminuida trasladada a la escala penal traía como consecuencia que delitos gravísimos de prisión efectiva pasaran a ser excarcelables. Por ejemplo, la violación de menores, que en aquel entonces tenía una pena de 5 a 15 años, por este régimen de imputabilidad disminuida se transformaba en un delito excarcelable. Esto ocurría con muchos delitos.

Recuerdo que hicimos un trabajo respecto de la disminución que sufría la escala penal y pudimos comprobar que delitos aberrantes pasaban a ser excarcelables. Se generó un debate muy rico desde el punto de vista técnico

Coincidió con el doctor Baglini que sería bueno reeditarlos para corregir estas falencias y llevar adelante el muy buen trabajo técnico que hizo la comisión con el apoyo del doctor Sancinetti

Sr. Presidente (Gioja). Tiene la palabra la señora senadora Conti.

Sr. Conti. Señor presidente: en este caso voy a apoyar un incremento de la escala punitiva cuando los mayores delincan haciendo uso de menores para causarles a los menores la represión penal, evadiendo de esa forma la acción de la Justicia. En este tema hago una concesión en contra de mi propia formación dogmática.

Al respecto, debo decir que en los fundamentos de un dictamen emitido por la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados en 1998 se propugnó una norma semejante.

Hace ya varios años que intentamos aumentar la pena de los mayores que usan a menores para delinquir.

Por mi parte, considero que esto serviría como una protección específica para la minoridad y una defensa de los ciudadanos contra la delincuencia que queda impune.

Sr. Presidente (Gioja). Tiene la palabra el señor senador Pichetto.

Sr. Pichetto. Señor presidente: no intento polemizar con el señor senador Yoma. Pero, sí quisiera aclararle que yo no hablé de "meter balas" sino que lo que dije fue que la policía debía tener equipamiento, y es ahí donde se incluyen las balas.

Por ejemplo, yo conozco el caso de cuerpos policiales que no tienen balas porque la crisis de los Estados provinciales ha determinado que no tengan uniformes ni balas.

Por otro lado, quisiera decir que el proyecto tiene alta razonabilidad porque busca aumentar en un tercio las penas que les corresponderían a aquellos mayores que usan a menores, lo que constituye un hecho habitual y reiterado.

A modo de ejemplo voy a citar dos casos terribles porque, realmente, hay que ponerse en la piel de las familias que sufren estos hechos. El día domingo en un barrio residencial de Haedo, Buenos Aires, un

hombre iba a visitar a su madre cuando fue interceptado por dos menores armados que al quererle robar el auto le dispararon un tiro en el pecho y lo mataron, lo que constituye una tragedia humana terrible. Luego, en el mismo barrio, el día domingo por la noche dos menores de 14 años que eran hermanitas y gemelas fueron violadas. Hoy, anda un violador por la zona de Haedo.

Todo lo que he citado constituye la crónica de la tristeza y lo terrible que vive la sociedad argentina con el drama de la inseguridad.

Por todo esto, digo que a mi no me asusta aumentar las penas. Incluso, considero que hay que revalorizarlas. Le digo más, señor presidente. Este Congreso tendrá que poner el coraje necesario para tratar la implementación de acumulación de penas, que es algo con lo que cuentan los americanos. La razón es que en nuestro país nadie cumple más de veinte años de condena.

Por ejemplo, cuando le aplicamos cadena perpetua a un violador y asesino la gente en general se queda tranquila; pero, en realidad, son veinte años porque como los violadores en las cárceles se portan bien (son tipos de buena conducta dentro del establecimiento penitenciario) se les da una conmutación de penas además de reducírselas por los sistemas de la ejecución penal.

Entonces, finalmente, terminan cumpliendo un total de doce o catorce años y cuando salen repiten la misma conducta, porque se ha demostrado que los violadores de menores reinciden

Por todo esto, señor presidente, es hora de que le digamos a la sociedad que el sistema penal argentino no tiene reclusión perpetua. Este es un debate que en algún momento daremos en este recinto y dentro del cual se expresarán todas las opiniones y visiones de la sociedad y de la política penal para, a partir de allí, comenzar a resolver el problema. Constituirá un debate apasionante e interesante.

Pero volviendo a la iniciativa que estamos considerando, creo que es un acierto legislar sobre este tema. Se trata de un viejo proyecto que en su momento presentara en la Cámara de Diputados y que tuvo un tránsito largo y dificultoso. Por suerte, hoy se está debatiendo en este Senado para convertirse en ley.

Sr. Presidente (Gioja). Tiene la palabra el señor senador Agúndez.

Sr. Agúndez. Señor presidente: he pedido la palabra para contestar algunas consideraciones efectuadas por el señor senador Yoma.

En primer lugar, quisiera decirle que el tema de la imputabilidad disminuida fue un proyecto que se trató aquí y sobre el que trabajó durante mucho tiempo el senador mandato cumplido Quinzio, representante de la provincia de San Luis, en su calidad de presidente de la Comisión. Incluso, en mi calidad de vicepresidente brindé ayuda.

También quisiera comentar que en un editorial de aquella época aparecido en *Página 12*, el doctor Zaffaroni fue la persona que más halagó el proyecto diciendo que era una de las mejores iniciativas presentadas desde 1993 a esa fecha.

En segundo término, quiero señalar al señor senador Yoma que cuando él habla de bajar la edad de los menores como una forma de solucionar el problema, en el proyecto de la Protección Integral del Niño de 1996 se menciona que para aquellos niños abandonados o en situación de pobreza, las políticas públicas del Estado son las que resuelven el problema y que aquellos que tienen infracción penal pasan a la parte penal. Hoy, con la Ley de Patronato de 1919, todos los niños en la Argentina menores de 18 años están en libertad condicional

Sr. Presidente (Gioja). Tiene la palabra el señor senador Prades.

Sr. Prades. Señor presidente: no quería cerrar; simplemente quiero hacer una acotación respecto de lo que dijeron los senadores Pichetto, Yoma y Agúndez.

Está bien que desde esta Cámara de Senadores actuemos legislativamente en una cuestión que debe ser política de Estado, que es precisamente esta seguridad tan deseada por la sociedad argentina. Pero no solamente con leyes se van a solucionar este problema, la minoridad debe ser abordada interdisciplinariamente, no se puede hablar de bajar la imputabilidad de los menores solamente mirando el monto de la pena. Esta es una tarea mucho más compleja y profunda que requiere un estudio sociológico y psicológico de una sociedad que sufre una gran marginación, una crisis extraordinaria de sus valores, una degradación de su tejido, y fundamentalmente una distorsión y un descuido de la actitud paterna de muchos padres que no pueden ocuparse de sus hijos y de muchos otros que sí pueden y no lo hacen.

En ese sentido, el Estado debe ser cuidadoso en materia legislativa pero también en materia preventiva. En el tema de los menores también debemos pensar en los muchísimos padres que se han desobligado y que muchas veces no saben decir que no. Este es el problema fundamental, porque muchas veces no son los chicos pobres los que delinquen o los que lo hacen gravemente. Esto debe ser cuidadosamente estudiado y tratado. En ese sentido, estoy trabajando en un proyecto de ley.

Respecto de lo que decía el senador Pichetto sobre el tema de la droga que está instalada en la sociedad argentina, situación y circunstancia que comparto (en el día de la fecha voy a presentar un proyecto), creo que hay que extender la jurisdicción y la competencia de los tribunales, hay que terminar con que es un delito federal ya que hay numerosos pueblos que no pueden ser contenidos por la Justicia Federal porque muchas veces está a 400 kilómetros de distancia.

¿Saben qué pasa? A nosotros, los senadores de la Nación, muchas madres y padres que tienen el problema de sus hijos nos preguntan qué hacemos, porque la Policía local provincial les dice que no tienen competencia ya que es un delito federal.



Creo que debemos extender esa competencia y permitir que las justicias provinciales actúen o, en última instancia, que el juez que en primer lugar actúe en la prevención sea el juez competente. Y asegurar de esa manera, con los delitos de conexidad, que precisamente estas cuestiones constituyan las políticas de Estado que debemos darle a la sociedad argentina. No solamente se trata de leyes represivas y aumentos punitivos, sino también hay que hacerle ver al Poder Ejecutivo que debe acentuar y exacerbar el control preventivo si no hay comisarías, fiscalías barriales o cárceles adecuadas. De lo contrario, estamos distorsionando el principio esencial que establece nuestra Constitución Nacional: las cárceles no son para el castigo de los reos sino para su reinserción social.

Por lo tanto, como no hay una fundamental tarea de reinserción social, los que metemos adentro no tienen otro camino que delinquir. Comparto esto que estamos discutiendo. Está muy bien que se reprima con mayor pena el tema de los menores que actúan con mayores. Pero el tema de la minoridad debe ser objeto de un estudio profundo e interdisciplinario; no se puede agotar solamente en el marco de la ciencia jurídica.

Sr. Presidente (Gioja). En consideración en general.

Si no se hace uso de la palabra, se va a votar

— *La votación resulta afirmativa*

— *En particular es igualmente afirmativa*

Sr. Presidente (Gioja). Queda definitivamente sancionado el proyecto de ley. Se harán las comunicaciones correspondientes.