

# Artículo 41 *quáter*

por *Gustavo L. Vitale*

**Art. 41 QUÁTER** (*Agravante genérica para los mayores de edad que se valen de menores de 18 años para delinquir*). –“**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**”.

## I. –*Bibliografía*

1. AVACA, Diego Juan: *¿Quiénes son mayores para el artículo 41 quáter del Código Penal? Armas impropias: ¿analogía in malam partem? Dos preguntas con una misma cuestión de base*, en *Suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal*, La Ley, Bs. As., 30 de agosto del 2004, ps. 23 y ss.
2. BENAVIDEZ BOCCA, Carlos D.: *Interpretación del artículo 41 quáter del Código Penal*, en *La Ley*, Gran Cuyo, octubre del 2003, p. 645.
3. IELLIN, Dalia: *Art. 41 quáter*, en *Código Penal Comentado y Anotado*, La Ley, Bs. As., 2005, ps. 449 y ss.
4. LÓPEZ GASTÓN, Rodrigo D.: *Herramientas interpretativas para una correcta aplicación del art. 41 quáter del Código Penal*, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad-Hoc*, Bs. As., Año X, Números 18/19 – 2005, ps. 743 y ss.
5. LURATI, Carina: *La intervención de un menor y el uso de armas como agravantes en la parte general*, en *AA.VV., Reformas penales*, Rubinzal-Culzoni, Bs. As.-Santa Fe, 2004, ps. 43 y ss.
6. MARTÍNEZ ASTORINO, Roberto D.: *La agravante genérica del art. 41 quáter CPenal*, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, LexisNexis, Bs. As., n° 10, junio 2005.
7. MILEI, Luis - LEALE, Pablo Germán: *Análisis dogmático del artículo 41 quáter del Código Penal*, en *El Derecho Penal – Doctrina y Jurisprudencia–*, *El Derecho*, Bs. As., marzo del 2004, ps. 21 y ss.
8. PARMA, Carlos: *Código Penal de la Nación Argentina – Comentado–*, Tomo I, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2005, ps. 186/7.

9. PRUNOTTO LABORDE, Adolfo: *Comentario al fallo sobre la edad de aplicación de la agravante del art. 41 quáter del Código Penal*, en Suplemento Penal de La Ley, Bs. As., 2005, La ley-online.
10. VITALE, Gustavo L.: *Artículo 41 quáter del Código Penal (adultos que se valen de menores para delinquir)*, en Pensamiento Penal del Sur, I, 2004, Fabián J. Di Plácido, Bs. As., ps. 829 y ss.
11. VITALE, Gustavo L.: *Adultos que utilizan a menores de 18 años para delinquir (artículo 41 quáter del Código Penal)*, en AA.VV. Reformas al Código Penal, Análisis doctrinario y praxis judicial, B de f, Montevideo-Bs. As., 2005, ps. 65 y ss.
12. VITALE, Gustavo L.: *Hurto, robo e intervención de menores en el hecho (Artículo 41 quáter del Código Penal)*, en Cuadernos de Derecho Penal, Revista del Instituto de Derecho Penal y Procesal Penal del Colegio de Abogados y Procuradores de Neuquén, Publifadecs (Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue), General Roca, Río Negro, Año II, N° 2, abril 2005, ps. 307 y ss.

## **II. –Evolución legislativa**

1. *Incorporación por ley 25767/2003.* –El agravamiento genérico de la escala punitiva para el mayor de edad que, para la comisión de cualquier delito, se vale de menores de 18 años, fue incorporado, a la legislación penal argentina, por medio de la ley 25767 (B.O. 1/9/2003). Antes de la entrada en vigencia de la citada ley, esta circunstancia podía valorarse entre las distintas pautas previstas expresamente en el art. 41 del Código Penal para la determinación judicial de la pena. Ello era así por cuanto el señalado art. 41 dispone que la pena que impondrá el juez, en cada caso concreto, deberá tomar en cuenta “la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla” (inc. 1), además de “la participación que (cada interviniente) haya tomado en el hecho” (inc. 2). La utilización de un menor de 18 años en el hecho, para escudar la responsabilidad penal del autor, era ya antes, entonces, una circunstancia que servía para establecer la mayor o menor gravedad del ilícito (como pauta para la determinación judicial de la pena). Por esta razón es que la incorporación del art. 41 quáter resultó francamente innecesaria, además de inconveniente y, como se verá, constitucionalmente cuestionable. Por ello, incluso, es cierto que “por estar estas circunstancias de comisión del ilícito culpable ya descriptas como pautas ... neutras ... en los artículos 40 y 41 del Código Penal, devendrá en ciertos casos imposible en la cuantificación de la pena tomarse en cuenta nuevamente bajo el

riesgo de afectar el principio del *ne bis in idem*” [Cfr. Carina LURATI (5)].

## 2. *Algunos proyectos análogos.*

Antes de esa fecha existían una serie de proyectos que procuraban una modificación legal análoga. Entre ellos, podemos mencionar:

A) *El proyecto de los diputados nacionales Fayad y Carrió.* Esta iniciativa pretendía lograr (a través de la incorporación del art. 10 bis al Código Penal) el aumento de un tercio del mínimo y de la mitad del máximo del delito cometido para “la persona de 18 años o más que delinquire con la intervención de un menor que no ha cumplido 18 años o se valiere o sirviere de éste o lo determinare directamente a cometerlo”.

B) *El proyecto de la diputada nacional Roy.* También por medio del agregado de un art. 10 bis, al texto Código Penal, esta propuesta postulaba el incremento de un tercio del mínimo y del máximo de la pena del delito que cometiera “la persona de 18 años o más” cuando “delinquire con la intervención de un menor que no ha cumplido 18 años o se valiera o sirviera de éste o lo determinara directamente a cometerlo”.

C) *El proyecto de la diputada nacional Martínez* proponía agregar un art. 45 bis, al Código Penal, según el cual los “mayores de 18 años” que cometieren un delito “sirviéndose de niños (menores de 18 años) o en perjuicio de éstos” serán reprimidos con la pena correspondiente a ese hecho “agravada con el máximo previsto para dicho delito”.

## 3. *Las invocadas razones político-criminales de la reforma.*

–El denominado “fenómeno Blumberg” (por el cual la actitud demagógica de los legisladores nacionales 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), acrecentó (con inesperada precipitación) los componentes represivos que ya se venían manifestando en nuestra legislación penal, como consecuencia de la implementación progresiva de una política criminal autoritaria (que ya se perfila como más insensible, en muchos aspectos, que la implementada, incluso, en la última dictadura militar argentina). Resulta penoso que tal incremento de la irracionalidad punitiva haya tenido lugar, paradójicamente, en un momento político en el cual no pocos órganos de poder del Estado han dado buenas muestras de reivindicación de los derechos humanos. Produce una enorme cuota de tristeza el advertir semejante desprecio por los derechos fundamentales de la

gente. También nos avergüenza la escena que, en los medios masivos de comunicación, se ha visto protagonizar a la mayoría de los miembros del Congreso de la Nación, al legislar (sin reflexión ni seriedad alguna) como mandatarios de los que reclamaron públicamente (con el padre del joven aludido sentado en las bancas del Poder Legislativo –como si fuera integrante de un jurado evaluador–), dando la impresión de estar más preocupados en conquistar al electorado que en elaborar una modificación a la legislación penal medianamente seria (lo cual es incompatible con el apresuramiento con el que dijeron salir de una situación de “emergencia”). Es más, los reclamos del ámbito académico apuntan a una dirección contraria, en busca de una legislación penal de mínima intervención, que permita diversificar las respuestas institucionales en mecanismos menos violentos de enfrentamientos de conflictos.

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 (art. 41 quáter) para cualquier delito de los previstos en él, cuando sea cometido por mayores de edad con la intervención de menores de dieciocho años.

4. *El texto del artículo 41 quáter del Código Penal.* –La ley 25767 (B.O. 1/9/2003) incorporó al Código Penal argentino el artículo 41 *quáter*, que sanciona con mayor rigurosidad a los mayores de edad que hubieran cometido delitos del Código Penal en los que hubieran participado menores de dieciocho años.

Concretamente, la citada disposición legal establece lo siguiente: “*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*”.

Corresponde, en adelante, confrontar el citado texto legal con la normativa suprema y, a su vez, desentrañar su sentido y alcance.

5. *Tratamiento parlamentario de la incorporación del art. 41 quáter, CP.* –Al tratarse la presente reforma, en el Congreso de la Nación 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 entender una imaginada interpretación meramente literal (que, en verdad, no es tan imaginada, ya que existen ciertos órganos judiciales que la vienen aplicando).

### ***III –Doctrina***

*&1. Aclaración.* –Por el escaso tiempo de vigencia que lleva la disposición legal que comento, no son muchas las opiniones de la doctrina que se han publicado hasta el momento de culminación de este trabajo. Por la razón indicada, en una nueva edición de este tomo será posible, seguramente, brindar un panorama más completo acerca de las opiniones que se hayan vertido sobre el tema.

*&2. Interpretación restrictiva del texto legal.* –La posición mayoritaria le atribuye al texto del art. 41 quáter un alcance restrictivo, sin perjuicio de formular, algunos de sus partidarios, un tratamiento constitucionalmente crítico de la referida disposición legal.

*2.1. Postura del autor.* –Para expresar mi parecer acerca de la circunstancia agravante prevista en el art. 41 quáter del Cód. Penal, distinguiré el aspecto *político-criminal* relativo a la inconveniencia de la reforma, de la cuestión *constitucional* que ella plantea y, por último, del *alcance* que puede acordarse a la disposición legal sancionada (si es que no fuera reconocida su ilegitimidad).

a) *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 brindare “protección” a través del aumento de las 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 “tutelar” a los jóvenes (a los más excluidos) con más encierro carcelario para los mayores (de edad) 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 protege a nadie (en términos reales), sino que, por el contrario, reproduce el fenómeno de la violencia (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. No se cuida a la sociedad destrozando a la gente y llenándola de resentimiento. Por el contrario, el aumento de las dosis de violencia estatal reproduce el fenómeno del crimen. ¿Es que alguien puede creer, sensatamente, que un niño puede recibir verdadera mayor “protección” por medio de la creación de una

circunstancia agravante de la pena (destinada a los adultos que delinquen con quienes no hayan cumplido aún los 18 años de edad)? Ella es, a no dudarlo, una falsa ilusión de tutela (y un verdadero multiplicador de la violencia).

*b) 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 merecido cuestionamiento constitucional al que se hace acreedor 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 se agravará 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 menor jerarquía quedarían sancionadas con penas más severas que otros hechos lesivos de intereses de menor 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 artículos 167 inc. 4, 163 inc. 4 y 41

quáter, por un lado, con las previstas en los artículos 79 y 42 del C.P., por el otro. En el caso aludido, el derecho a disponer del *patrimonio* aparece como un bien jurídico más valioso que la propia potestad de disposición de *vida humana*. B) Tomemos en cuenta, a su vez, el caso del robo de una oveja dejada en el campo, cometido conjuntamente con 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 validara 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 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 previsto por los artículos 40 y 41 del Código Penal. No era, entonces, ni siquiera *necesario* el ilegítimo incremento punitivo legalmente programado.

c) *Alcance de la agravante genérica*. –La redacción del texto legal es susceptible de dar lugar a una ligera interpretación fría e incorrecta, según la cual podría pretenderse incluir en la

agravante a todo mayor que simplemente actúe con un menor en forma conjunta en el hecho. Pensemos en los tantos casos de jóvenes que delinquen juntos, sin valerse unos de los otros por una razón de su edad, ni, por ende, en posibles beneficios legales que podrían lograr precisamente por la actuación con cualquiera de los que intervienen en el hecho común. 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 de libertad de decisión del menor de 18 años (que actúa en el hecho en situación de igualdad con su compañero). 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.

Obviamente, el adulto al que se aplica el texto del 41 quáter es el *mayor de edad* (es decir quien haya cumplido 21 años), pues,

a esos efectos, la ley distingue entre el “mayor” y el “mayor de dieciocho años” (“los ‘mayores’ que hubieran participado en el hecho” son los “mayores de edad”, mientras que los instrumentos de tales mayores son los menores que no hayan cumplido aún los 18 años). Esto no sólo surge de la exigencia constitucional de *legalidad penal* (art. 18, CN), que prohíbe interpretar extensivamente la ley en contra del imputado, sino también de una razón que explica la diferenciación de edades entre unos y otros, que se vincula con el distinto rol que cada uno cumple en el hecho. En efecto, unos (los mayores de edad) son los autores mediatos o los autores que se valen de los más chicos para lograr su impunidad o para obtener una situación penal más beneficiosa. Los otros (los que no cumplieron aún los 18 años de edad) son los instrumentos de los mayores. De esta distinción de roles se desprende, a su vez, la necesidad de que los primeros (es decir, los *mayores* que se valen de los menores) tengan una *edad considerablemente mayor* (o, por lo menos, que no tengan sólo un día más de vida que los instrumentos de su acción –lo cual sería admitido por una interpretación ciega que se contentara con que dominador e instrumento puedan diferenciar su edad tan sólo en un día: el dominador cumplió los 18 años el día del hecho y el instrumento los cumple al día siguiente–). Como se advierte, una interpretación extensiva como aquella que interpretara el término “mayores” como los “mayores de 18 años” (en contra de la legislación argentina) permite llegar al absurdo de aumentar la penalidad de unos en relación a otros que tienen la misma edad (con diferencia de días) y que actúan, en el hecho, en condiciones de igualdad. Por ello, la ilegitimidad constitucional del art. 41 quáter (señalada en el punto anterior) se verá complementada si la mayoría de edad pasara a adquirirse a los dieciocho años, en lugar de a los veintiuno (tal como pareciera que va a ocurrir de acuerdo con la proyectada reforma al Código Civil Argentino).

A su vez, la causal de agravación de penas del art. 41 quáter se aplica a los mayores de edad que cometan alguno de los delitos previstos en el Código Penal y no los contemplados en la legislación penal especial. Ello por imperio del principio constitucional de legalidad, que limita la aplicación de la norma al supuesto de hecho por ella descrito (y no a uno semejante o análogo), es decir a la comisión de “alguno de los delitos previstos en este Código” .

En otro orden de cosas, el citado principio de legalidad penal impide la interpretación amplia o extensiva del supuesto de hecho previsto en la mencionada disposición legal, por lo cual se hace necesaria la intervención en el hecho de más de un menor de

dieciocho años (pues la ley exige la “intervención de menores”) .

Un tema no resuelto por el texto legal es el límite mínimo de la edad de los “menores de 18 años” que son utilizados por los mayores para el delito. Con ello, vuelve a tornarse imprecisa la fórmula legal en relación a una serie de casos. Literalmente, claro, el art. 41 quáter habla de personas que tengan *menos de 18 años* y “menores de 18 años” tienen también los chicos de dos años, con lo cual podría decirse que estos últimos están incluidos entre los menores cuya intervención en el hecho pone en marcha esta causal de agravación genérica de la pena. Obviamente, la ley no comprende a los niños de dos años, porque sencillamente no tienen ellos conciencia de intervención en un delito. Pareciera, entonces, que si la razón de la agravante se vincula con la conveniencia de evitar que los mayores se valgan de menores de 18 años para delinquir, para procurar que estos últimos no sean insertados en el ámbito delictivo, tales menores de 18 años deben –al menos– tener conciencia, en el caso concreto, del carácter delictivo del hecho en el cual intervienen. Y, penalmente, tal conciencia (al menos en relación a la mayoría de los delitos) se adquiere a los 16 años, pues ella es la edad a partir de la cual comienza la punibilidad de los jóvenes respecto de gran parte de los delitos (arts. 1 y 2 del decreto ley de facto 22.278, B.O. 28/8/1980). De acuerdo, entonces, con una interpretación teleológica, los “menores de 18 años” a los que se refiere el art. 41 quáter del Cód. Penal serían sólo los menores de 18 años que hayan adquirido, *jurídico-penalmente*, capacidad de comprensión del carácter criminal de su acto; es decir, los que hayan cumplido los 16 años de edad. De esta manera, no quedarían comprendidos los menores de 18 años que no hubieran cumplido los 16 (como es el caso de un chico de 5 años), pues ellos, para la ley penal, no tendrían conciencia de la criminalidad de su acto. Con esto último, no desconozco que podría producirse una incongruencia valorativa, pues, en principio, podría ser más disvaliosa la utilización de un niño de 10 años que la de uno de 17. Pero tal incongruencia (que suele ser propia de toda apresurada y demagógica legislación penal “de emergencia”) no elimina la violación al principio de legalidad penal que se produce por la señalada imprecisión de la fórmula legal (o, en tal caso, por la generalización del texto). Se presenta, aquí, una clara transgresión a la exigencia constitucional de *exhaustividad* o de *necesaria claridad* derivada del *principio de legalidad penal* (arts. 18 y 75 inc. 22, CN).

*d) Conclusiones.* –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*.

El *principio constitucional de legalidad penal* (puesto en riesgo ya por la vaguedad propia del término “intervención” de ciertos menores) ha sido lesionado por la nueva imprecisión constituida por la categoría legal de los “menores de 18 años”, pues esta última no contempla una edad mínima de tales menores. Por ello es que, en tal categoría, sólo pueden ser incluidos los menores de 18 años que ya hayan cumplido los 16.

Por otra parte, la causal de agravación genérica, contenida en el citado artículo 41 quáter, comprende sólo los casos en los que un *mayor de edad* comete un *delito enumerado en el Código Penal*, actuando como *autor mediato*, a través de la utilización de *menores de 18 años como instrumentos no punibles o sometidos al régimen especial (más benigno)* previsto legalmente por las leyes penales de niñez y adolescencia.

2.2. *Posición de Rodrigo D. LÓPEZ GASTÓN.* –Con el mismo alcance explica el tema Rodrigo D. LÓPEZ GASTÓN, para quien “la intervención en el hecho ilícito requerida por la norma respecto del sujeto menor de 18 años debe haber sido producto de la inducción, el engaño, el aprovechamiento o la amenaza producida por el sujeto mayor de edad con el fin de lograr su impunidad, habida cuenta que estas modalidades se encierran perfectamente en la idea de ‘uso’ o ‘utilización’ de este menor, como herramienta o instrumento del mayor” (4, p. 748).

Por otra, deja en claro que “no quedan dudas acerca de la edad necesaria para adquirir la mayoría, cual es la de 21 años. Atento a ello, no podemos concebir bajo ningún aspecto que se llegue a interpretar que cuando el art. 41 quáter del Código Penal se refiere a los ‘*mayores que hubieren participado en el mismo (delito)*’ no está queriendo dirigirse a otros sujetos que no sean las personas que poseen 21 años, conforme lo prescriben las normas civiles dotadas de orden público, sumándole a ello lo dispuesto por el art. 10 de la Ley 22.278, que reconoce la mayor edad en los 21 años. Interpretar (como se ha hecho) que la agravante en análisis reconoce la mayoría de edad en los 18 años, fundada en la existencia de un proyecto de ley anterior (Fayad y Carrió) a la ley 25.767, no hace otra cosa que generar un tembladeral en la normativa de orden público y atentar contra la seguridad jurídica que es la que exige la determinación de una edad como la presunción de habilidad para desenvolverse en la sociedad, que no reconoce excepciones previstas en la ley sobre el particular tema que estamos abordando, calificándose como una interpretación

forzada, cuando no arbitraria, *so pena* de incurrir en una violación (a la división) de poderes, al querer legislar por la vía de los decisorios jurisprudenciales, otorgándole un significado al precepto que el legislador no ha querido decir, y menos otorgar” (4, p.754 –el último agregado entre paréntesis se corresponde con la versión inédita–).

2.3. *Tesis de Diego Juan AVACA.* –Para el autor citado, quedan excluidos del ámbito de la agravante del art. 41 quáter todos aquellos delitos que se encuentren descriptos en leyes penales especiales, pues no cumplen con la exigencia del texto legal [“No es descabellado sostener que la agravante funciona sólo para los delitos contemplados en el articulado del Código Penal. Efectuando una interpretación taxativa de la ley, no existiría la posibilidad de aplicar esta agravante creada por la ley 25.767 a los delitos previstos en las denominadas leyes complementarias. En innumerables figuras penales no contenidas en el Código pueden intervenir menores de dieciocho años y en las cuales participen mayores. Pero parece correcto no hacer extensivo a ellas el alcance de la agravante” (1, p. 28)].

Al mismo tiempo, sostiene AVACA que “Continúa el texto diciendo ‘...sea cometido...’. El interrogante ahora sería ¿el término ‘cometido’ hace referencia a los delitos consumados? Tal vez, ateniéndonos a las palabras del art. 42 del Cód. Penal, podría entenderse que se comete el delito cuando el mismo se consuma” (1, p. 28).

Añade el autor: “Sigue diciendo el artículo ‘con la intervención de menores’ (en plural) ‘respecto de los mayores’ (también en plural). La duda que se plantea consiste en que parece necesario que en el delito intervengan ‘menores’, es decir más de uno, al igual que “mayores”. Es que la norma no dice ‘con la intervención de uno o más menores ...’ ... Las cuestiones enunciadas tienen por propósito demostrar que es fundamental agotar los medios que se tienen al alcance, a los fines de sancionar leyes que puedan ser interpretadas, cumplidas y aplicadas sin necesidad de que los jueces penales extiendan o acoten el alcance de sus términos” (1, p. 28).

Por otra parte, entiende AVACA que “no especifica el artículo si el término ‘mayores’ alude a los mayores de edad de acuerdo a las disposiciones de la ley civil o a los mayores de dieciocho años, por ser esa edad la que determina quiénes son ‘menores’ para el propio artículo ... Al analizar la postura mediante la cual se reputa mayor al que tenga al menos dieciocho años de edad, cabe preguntarse si ello puede desprenderse o

inferirse sin duda alguna del propio texto de la ley. Yo entiendo que no ... no parece ser autosuficiente la misma letra de la ley ... Tampoco parece seguro entender el alcance de la agravante creada por el art. 41 quáter del Cód. Penal en estrecha relación con las leyes de minoridad ..., puesto que no surge como edad *única* estipulada en dichas normas la de dieciocho años. ¿Debería depender la aplicación de la agravante de la pena del delito de que se trate, remitiéndose a la edad de punición según sea de dieciocho o dieciséis años? No creo que sea el camino correcto” (1, p. 26).

En relación al carácter de la intervención de los menores en el hecho, el autor expresa (en este punto, a mi juicio, desacertadamente) que: “Más allá de que el objetivo del legislador hubiere sido penar con mayor énfasis a quienes hayan utilizado la presencia de menores en un hecho delictuoso, para luego hacer recaer en ellos la responsabilidad penal que les pudiere caber, no puede por ello transformarse en derecho positivo algo que no surge de la letra de la ley. Del texto del art. 41 quáter del Cód. Penal, ni de manera solapada se desprende esbozada esa finalidad del legislador. No comparto, por ello, que tal circunstancia deba ser acreditada encada caso para aplicar la agravante en enfoque. A mi entender, tampoco resulta necesario, a tales fines, investigar si los menores intervinieron en la comisión del delito por ser utilizados, inducidos o instigados por los mayores” (1). El equívoco en que incurre el autor, en este punto, es consecuencia de su caracterización (implícita) del *principio de legalidad penal* como un instrumento no sólo al servicio de los derechos individuales (como debe serlo) sino, a su vez, como un arma de apuntalamiento del poder punitivo estatal (lo cual es inaceptable). Por ello es que sostuvo, como transcribimos más arriba, que los jueces no deben “extender” ni “acotar” el alcance de los términos de una ley penal (ver III, &.2., 2.3., tercer párrafo). Es que la *legalidad penal* reviste la naturaleza de *garantía del imputado frente al poder punitivo del Estado*. Por ello es que es verdad, como apunta el autor, que los jueces no pueden *extender* el alcance de una prohibición penal más allá de lo que permite el texto legal, pues ello implicaría desconocer el límite que la legalidad penal le impone al intérprete. Pero, al mismo tiempo, no es correcto sostener lo contrario (es decir que no puede *acotarse* el significado del texto de una prohibición penal por vía de interpretación), pues ello conduciría a la irrazonable defensa de una interpretación siempre y sólo *literal* de la ley penal, desconociendo los límites que imponen al alcance de la ley penal (entre otros) los métodos teleológico, sistemático, progresivo y, fundamentalmente, la necesaria interpretación constitucional de la ley. De este modo, si

“el objetivo del legislador hubiere sido penar con mayor énfasis a quienes hayan utilizado la presencia de menores en un hecho delictuoso, para luego hacer recaer en ellos la responsabilidad penal que les pudiere caber” (para usar los mismos términos del autor citado), tal finalidad *debe ser necesariamente tomada en consideración* al momento de interpretar y aplicar la ley en cuestión. Es más, la interpretación meramente *literal* que se propicia (que restringe los derechos del individuo frente al poder punitivo) resulta contraria a la exigencia constitucional de *racionalidad y razonabilidad*, pues no explica la razón de una penalidad más severa para un joven de veintiún años cumplidos que delinque por primer vez, por el solo hecho de actuar de común acuerdo con quien, pese a estar por cumplir los dieciocho años de edad, tiene amplia experiencia delictiva (irracionalidad que se agravaría, incluso, si este último –el de diecisiete años– hubiera *propuesto* la comisión del delito al primero de los nombrados o hubiera asumido el principal rol protagónico en el hecho). En suma, la legalidad penal no se resiente, sino que se reafirma, con una interpretación *restrictiva* del texto legal que, además de acordarle una mayor dosis de racionalidad (como ocurre en este caso), la compatibilice con los fines político-criminales buscados por la norma (y plasmados, inclusive, en forma expresa, en el tratamiento parlamentario que precedió su sanción). La interpretación teleológica sirve, precisamente, para tales fines.

2.4. *Postura de Carina LURATI.* –Tal como se anticipó (ver apartado II., punto 1), la citada autora enfrenta la legitimidad constitucional del art. 41 quáter desde la óptica del principio *ne bis in idem*. En efecto, sostiene que las circunstancias previstas en los arts. 40 y 41 del Cód. Penal “no pueden ser consideradas nuevamente al momento de fijar la pena para un hecho concreto. Esto es lo que en doctrina se conoce como prohibición de doble valoración, principio según el cual cuando una circunstancia está contemplada en el tipo legal no debe ser tomada en cuenta para la cuantificación de la pena. Esta regla elemental impide que una circunstancia, cuando forma parte de la descripción típica en su determinación básica o cualificada, pueda ser considerada entre los criterios que agraven la pena, pues ya integra el desvalor del injusto que se reprocha” (5, pág. 47). A ello agrega que “la protección del menor que interviene con el mayor en el delito a través de agravarle la pena al mayor, es una circunstancia del ilícito culpable que ya está prevista por el artículo 41 del Código Penal en diversas pautas allí establecidas, fundamentalmente respecto a la ‘extensión del daño causado’, el que sin dudas abarca

aquel que se causa incluso al partícipe del hecho, en este caso el menor” (5, pág. 72).

2.5. *Concepción de Carlos D. BENAVIDEZ BOCCA.* –Un alcance restrictivo de la agravante de punibilidad también es defendida, acertadamente, por este autor. Es así que nos dice que “en el caso que nos ocupa hay dos posibles interpretaciones del término ‘mayores’ utilizado en el art. 41 quáter del Código penal”; por ello es que “debe aplicarse la más restringida de punibilidad; es decir que el término mayores hace referencia a mayores de edad”. Añade, al respecto, que “se ha reconocido que el Derecho penal puede integrarse con el Derecho civil, siempre que las disposiciones pertinentes lo permitan en compatibilidad con los principios y la estructura de aquél”. En base a ello, aclara, “surge con toda claridad que el Código Civil cuando utiliza el término mayores se refiere a los mayores de 21 años y ésta es la interpretación correcta entonces del término mayores que se utiliza en el art. 41 ‘quáter’ del Código Penal” (2).

2. 6. *Pensamiento de Adolfo PRUNOTTO LABORDE.* –De modo análogo a los autores antes citados, PRUNOTTO LABORDE manifiesta que la circunstancia de no haberse sancionado como ley otro de los proyectos presentados al Congreso, “puede interpretarse válidamente como que la voluntad del legislador fue respetar el elemento normativo impuesto por el Código Civil y por ello (el legislador penal) consideró innecesario precisar la edad; cosa que hubiera hecho si la edad que pretendía imponer era la de 18 años ... Por ello entendemos que, al encontrarnos frente a la palabra ‘mayores’, al ser la misma un elemento normativo que requiere una valoración jurídica, su significado debe buscarse en el resto del ordenamiento jurídico. Siendo por ende correcta la remisión que hace la Dra. Ramón al artículo 126 del Código Civil –‘Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de 21 años’. Y a la ley 22.278, que claramente dispone en su artículo 6 ‘las penas privativas de libertad que los jueces impusieran a los menores se harán efectivas en institutos especializados. Si en esta situación alcanzaren la mayoría de edad, cumplirán el resto de la condena en establecimientos para adultos’ ... Concepto que reafirma en su artículo 10: ‘La privación de libertad del menor que incurriere en delito entre los dieciocho años y la mayoría de edad se hará efectiva, durante ese lapso, en los establecimientos mencionados en el artículo 6’”. Por ello es que “resulta más armónica con el resto del ordenamiento jurídico la posición que interpreta que la

agravante del art. 41 quáter del Código Penal debe aplicarse a partir de los 21 años de edad” (9).

*2.7. Adhesión de Dalia IELLIN a la interpretación restrictiva.* –En sentido concordante a los autores anteriores, se expresa Dalia IELLIN, quien atribuye un alcance restrictivo a la agravante. Luego de describir las posturas en pugna respecto de la interpretación del término “mayores”, sostiene que “la falta de claridad o de precisión en las palabras de la ley invita a definir la cuestión de otro modo. Ante una circunstancia semejante, el juzgador tiene dos posibilidades, declarar la inconstitucionalidad de la ley o aplicar el principio de máxima taxatividad interpretativa” (3, p. 451).

*& 3. Interpretación extensiva de la causal de agravación genérica prevista en el art. 41 quáter del Cód. Penal.* –Aunque en menor medida, hay autores que interpretan extensivamente el texto del art. 41 quáter, ampliando el ámbito de mayor punibilidad, en él establecido, para los mayores que se valen de ciertos menores para delinquir.

3.1. Uno de ellos es Roberto D. MARTÍNEZ ASTORINO, quien entiende que “el término ‘intervención’ que emplea el art. 41 quáter debe entenderse en el sentido amplio del concepto de participación previsto en las disposiciones generales del Código Penal. No surge del texto legal la exigencia de que los menores hayan sido usados como instrumentos, ya que los términos ‘se valiere’, ‘sirviere’ o ‘determinare’ que aparecían en los proyectos legislativos presentados no se encuentran contemplados en la pauta legal. Basta, entonces, con la mera participación o intervención de niños en los delitos” (6, p. 840). Si bien es cierto que el texto legal utiliza el término “intervención” (aunque no habla de *cualquier* intervención en el hecho, sino de algún “delito cometido –por mayores– con la intervención de menores de 18 años), también lo es que el alcance de las palabras de la ley penal debe concordar con el sentido político-criminal que ella persigue, y no limitarse a su mero significado literal, cuando ello acota el ámbito de la prohibición. En otras palabras, la interpretación teleológica constituye un filtro al ámbito de prohibición penal derivado del principio constitucional de legalidad penal –cuya naturaleza es la de una garantía individual frente al poder represivo estatal y no de un reaseguro del poder punitivo del Estado– (me remito, en este aspecto, a las consideraciones formuladas en III, &.2., 2.3., tercer

párrafo).

En lo que respecta al alcance del término “mayores”, utilizado por el art. 41 quáter para hacer referencia a los autores a quienes se pretende penalizar con una escala penal más severa, el citado autor sostiene que, de acuerdo con “el sentido literal del art. 41 quáter del Código Penal”, son “mayores” los que han cumplido la edad de 18 años. “El término ‘mayores’ empleado en la norma es utilizado como elemento descriptivo del tipo. En ese contexto, resulta visceral tener presente, en la tarea interpretativa, la sistematización de la nueva previsión con el régimen especial de la minoridad y dar trascendencia, también en este aspecto, a los criterios de cada uno de los proyectos llevados a la Cámara Baja. La unión de esos argumentos refuerza nuestra convicción en el sentido apuntado” (6, p. 841). En verdad, el *principio de legalidad penal* impide que el término “mayores” sea interpretado como referido a “menores de edad que hayan cumplido 18 años” (extendiendo, por esa vía, el poder represivo penal). En primer término, ello es contrario al propio texto que se procura respetar, ya que los “mayores” no son los “menores”; es decir, el término “mayores” a secas hace clara alusión a los “mayores de edad” según la legislación civil, por lo cual no comprende a los “menores de edad”, aunque estos últimos hubieran cumplido ya los 18 años de vida. En segundo lugar, si se quisiera efectuar una interpretación meramente *literal* de la ley penal, “mayores de 18 años” debería ser entendido como “aquellos que tengan más de 18 años (es decir, mayores de esa edad)” (como es el caso del proyecto de la diputada nacional Martínez, que propone aumentar la pena a los “mayores de 18 años”; y a diferencia de los proyectos de Fayad y Carrió, por una parte, y de la diputada Roy, por la otra, referidos ambos a la “persona de 18 años o más”). Cabe señalar, al respecto, que los “menores de 18 años” aludidos en el propio texto del art. 41 quáter son aquellos menores de edad que todavía no cumplieron dicha edad (que tienen 17 años o menos) y no los menores de edad que hayan cumplido los 18 (que sería lo que, para guardar coherencia, debieran entender los partidarios de la interpretación extensiva de la ley que cuestiono con toda energía). Además de ello, la diferenciación del texto del art. 41 quáter con los proyectos que, sobre el tema, se presentaron en la Cámara de Diputados, es una razón más a favor de la necesaria interpretación estricta o restrictiva del término legal en cuestión (Cfr. Adolfo PRUNOTTO LABORDE (9). Por último, no resulta para nada correcto fundar la interpretación amplia y extensiva de la ley penal (que propugna este autor) en la supuesta “concordancia” con el “régimen especial de la minoridad” previsto en la “ley” de facto

22278/1980, pues no sólo en ella se establece un régimen penal distinto para el menor de edad “que no haya cumplido los 18 años” y para el “menor de 16 a 18 años de edad” (Cfr. Diego J. AVACA –1, p. 26–), sino que tampoco se habla en su texto de los “mayores” para aludir con ello a los “mayores de 18 años”.

3.2. La misma interpretación extensiva del texto legal formulan Luis MILEI y Pablo Germán LEALE. Según ellos, “si bien la redacción no es afortunada, el hecho de que exprese que deben ser delitos tipificados en el digesto de fondo, por imperio del art. 4º del mismo plexo, debe ser aplicado a los delitos tipificados en las leyes especiales, toda vez que debe ser la ley especial la que excluya la aplicación de la parte general del Código Penal (7). En rigor, la taxatividad con la que debe interpretarse la ley penal obliga a entender aplicable la agravante genérica del art. 41 quáter sólo a los “delitos previstos en este Código”, pues la ley 25767 (B.O. 1/9/2003) es posterior a la entrada en vigencia del art. 4 del Cód. Penal (que extiende la aplicación de las disposiciones generales del código a los delitos previstos por leyes especiales que no dispongan lo contrario). Para comprender también los delitos descriptos en leyes especiales, el art. 41 quáter debió decir simplemente que la causal de agravación es aplicable a “cualquier delito” y no a “cualquier delito previsto por este Código” (como expresa el texto de la ley).

Sobre el alcance de la “intervención” de menores de 18 años, sostuvieron: “Durante el debate de este proyecto en la Cámara baja, la diputada Stolbizer expresó que ... este proyecto propicia un aumento de las penas para los adultos que utilizan menores en la comisión de delitos... La legisladora emplea el verbo utilizar que significa aprovecharse de una cosa. Y aprovechar, en su sexta acepción, significa sacar provecho de algo o de alguien, generalmente con astucia o abuso. Es decir, establece la noción acabada de la *autoría mediata*, noción que redundará en el aspecto subjetivo del dispositivo ... En la Cámara de Senadores, el senador Agúndez expresa 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... 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 ... El senador Baglini expresó que ... al margen del uso del menor como herramienta o instrumento para cometer delitos, está el menor que ya integra bandas delictivas ... Por su parte el senador Conti expresó que ...hace ya varios años que intentamos aumentar la pena de los mayores que usan a menores para delinquir...” (7).

Hasta aquí pareciera que los autores atribuyeran un alcance restrictivo al término “intervención”, pues se transcribe la explicación brindada en el tratamiento parlamentario, según la cual la causal de agravación está destinada a los mayores que “utilizan”, para delinquir, a los menores que no hayan cumplido 18 años; a los mayores que “se aprovechan de ellos”, “sacan provecho” de ellos “con astucia o abuso”, estableciendo la ley “la noción acabada de la autoría mediata”; a los que “se valgan de menores de 18 años para cometer delitos”. Incluso la cita del senador Baglini distingue bien la situación de los menores utilizados por los adultos como instrumentos para delinquir (alcanzada por el art. 41 quáter) de la del menor “que ya integra bandas delictivas” (que es un supuesto diferente). Por lo dicho, no se entiende la siguiente conclusión de los autores, en cuanto afirman que “en general, podría extraerse, como conclusión del debate parlamentario, que la mayoría de los disertantes entienden que la situación que se agrava con esta norma no sólo es la de la autoría mediata strictu sensu, es decir aquellos casos donde los menores son utilizados como instrumento, dominándoles la voluntad, sino también aquéllos en los que los menores forman parte de la comunidad delincencial, comprendiendo la criminalidad del acto y dirigiendo sus acciones” (7). Esa última afirmación es menos entendible cuando, en otro lugar, afirman que “basta con que *sea utilizado* un solo menor en el hecho” (y más aún tomando en cuenta que el alcance que reconocen a la *utilización* de menores, por parte de los mayores, se corresponde con una “noción acabada de la autoría mediata”) [7]. Por la misma razón no se comprende que, para ellos, “la participación del mayor puede adoptar cualquiera de las formas previstas: autor directo, mediato, coautor, cómplice primario o secundario o instigador”. Es más, la interpretación sólo *literal* del término “intervención” comprendería tanto la intervención dolosa como *culposa* de los menores de 18 años (pues el texto no hace distinción), lo que resultaría incomprensible desde todo punto de vista (sin embargo, los autores, con acierto, excluyen la intervención culposa de los jóvenes –“no pareciera ser procedente la intervención culposa del menor”–) [7]. Esta última es una razón más para comprender que no basta *cualquier* intervención de menores de 18 años en un delito para habilitar la aplicación del art. 41 quáter.

Respecto del tema de la edad de los “mayores”, los autores entienden que “una vez más se ratifica la mayoría de edad para el derecho penal a partir de los dieciocho años”. No se entiende, sin embargo, la razón de tales dichos, pues la ley penal no regula la “mayoría de edad”, como sí lo hace –en cambio– la legislación

civil, que la establece en los 21 años.

MILEI y LEALE (después de haber marcado “la ambigüedad del término ‘intervención’ que utiliza la ley y la imprecisión respecto de qué se entiende por “...los mayores que hubieren intervenido en el mismo”) plantean, también, una objeción constitucional al art. 41 quáter del Cód. Penal, en los siguientes términos: “hay que tener en cuenta que la norma fija la edad del menor en dieciocho años como condición objetiva de punibilidad, por debajo de la cual sería de aplicación este dispositivo para los mayores que participen y por encima de ella, no. La compulsión de esta norma con todo el ordenamiento jurídico implica observar que la ley 22.278 [EDLA, 1980-303] fija como edad de inimputabilidad absoluta de los menores la de dieciséis años y, entre esta edad y la de dieciocho años, establece la inimputabilidad relativa. Por su parte, el Código Civil, en su art. 1076, establece la edad de diez años como límite a partir del cual los menores son responsables por los hechos ilícitos. Es decir, la imprecisión legislativa hace que se viole el principio de legalidad” (7). “La indeterminación de la edad inferior límite plantea serios y ciertos reparos en cuanto a la adecuación constitucional de este instituto, debido a que se está violando el mandato de certeza, dejando librado al arbitrio judicial la valoración de aquel límite. A la luz del análisis efectuado, sostenemos que este nuevo art. 41 quáter es decididamente inconstitucional por violar el mandato de certeza incorporado al principio de legalidad” (7).

3.3. Es también el caso de Carlos PARMA, para quien, no obstante, “la norma es plausible en su intencionalidad aunque sobre ella lluevan cuestionamientos dogmáticos ...” (8, 186).

Para este autor, “la palabra ‘mayores’ se entiende como mayores de 18 años” (afirmación que no acompaña con fundamento alguno –sobre la crítica a esta postura me remito a los cuestionamientos formulados en III, &3., 3.2. y 3.3.–) [8, 186].

Sobre el alcance de la “intervención de los menores de 18 años” sostiene que “la agravante funciona cuando ‘han intervenido’ menores de 18 años de edad; de allí que no resulta imperativo, necesario y/o excluyente que se hayan ‘utilizado’ a éstos (sobre la crítica a esta otra manifestación me remito a los puntos III, &2., 2.3., &3., 3.1. y 3.2.).

El autor entiende, por último, que “hay que reconocer que la disposición legal no ha indicado ningún aspecto subjetivo en el autor a tener en cuenta (como puede ser ‘a sabiendas’ o ‘conociendo’), por lo que una correcta hermenéutica de tilde teleológico debiera girar en torno a la aceptación objetiva del

texto. Dicho esto en palabras simples significa que el legislador, tal vez inmerso en la premura de este tipo de normas mediáticas, ha hecho caso omiso a señalar que el mayor debe conocer que retrata de un menor. Esta omisión genera de por sí un debate dogmático en cuanto a la posición que sobre el error y el dolo se tenga” (8, 186). En verdad, no advierto tal problemática, en la medida en que considero que la única interpretación posible del texto legal obliga (tan solo como *uno* de los requisitos de la causal de agravación) a exigir al mayor (de edad) el conocimiento de que el otro (el instrumento de su acto) se trata de un menor de 18 años. En todo caso, la falta de descripción del elemento subjetivo (exigido igualmente por ser ello común cuando se trata de la realización del hecho con conocimiento y voluntad de cierta circunstancia y no como consecuencia de la mera aceptación de dicha circunstancia como producto de un obrar descuidado) podría poner de manifiesto, una vez más, la necesidad de recurrir no sólo a una interpretación *literal* del texto de la ley, sino, además, a una de orden *teleológico* que consulte, con racionalidad, los objetivos político-criminales buscados con la sanción de la ley (que consisten, como se dijo, en evitar que los mayores se beneficien con la utilización instrumental, en el delito, de quienes todavía no hayan cumplido 18 años –Cfr. II,5–).

Estos últimos autores (con la salvedad de los reparos constitucionales que algunos formulan al texto legal) adjudican a la causal de agravación genérica de pena, del art. 41 quáter CP, un alcance que extiende la punibilidad más allá del texto de la ley, por lo que su interpretación violenta el principio constitucional de legalidad penal (art. 18, CN), además de perder de vista el sentido político-criminal que la inspira, pasando, por esto último, a constituir una interpretación contraria al principio de necesaria racionalidad de los actos de gobierno (art. 1, CN).

#### ***IV –Jurisprudencia***

A. En el corto tiempo de vigencia de la reforma analizada, muchos son los órganos judiciales que han efectuado una interpretación limitativa del texto legal, sobre la base de considerar, además de la letra de la ley, fundamentalmente los objetivos político-criminales que ella fueron tomados en cuenta para su dictado.

1. Ya en un trabajo anterior tuve la ocasión de citar un interesante fallo de un tribunal de juicio de la provincia de Neuquén [Se trata de

la resolución pronunciada por la *Cámara en lo Criminal Primera de Neuquén* (integrada por los jueces Emilio E. Castro, José V. Andrada y Cecilia Luzuriaga de Valdecantos), en la causa “Lara, Juan Pablo y Vilde, 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” (la citada decisión fue dictada en el mes de mayo del 2004)].

En dicha causa, el voto de Emilio E. Castro 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. 1º), 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.

Este fallo fue seguido, entre otros casos, en el meduloso voto, en disidencia, de Mario A. JULIANO [Tribunal en lo Criminal N° 1 de Necochea, causa "Ibauza, Marcos Leonardo e Ibauza, Jonatan Luciano s/lesiones agravadas por la participacion de un menor, daño agravado y resistencia a la autoridad", Expte. 3780-0299, resuelta en diciembre del 2004 (jueces: Marta Alicia Raggio, Mario Alberto Juliano –en disidencia sobre la aplicación del art. 41 quáter del Cód. Penal– y Alfredo Pablo Noel)].

2. Es también el caso de la jurisprudencia emanada de la *Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala I* (jueces: Elbert, Bruzzone; prosecretaría de Cámara: Cantisani; 22515 1, Barrionuevo, Juan Sebastián; 20031217); c. 22.276, "Alvarez, María de las Nieves", resuelta el 2/11/2003, publicada en Boletín Interno de Jurisprudencia N° 4/2003, p. 1114, Interlocutorio; c. 22.515. 1 000004212 1; c. 11.720, "Ferrando, Marcos Diego", resuelta el 13/7/1999. Interlocutorio. c. 251. 1 000004351 1; 23289 1, Camafreita, Juan Carlos, 26/04/2004, Interlocutorio, c. 23.289 1 000004644 1, jueces: Bruzzone, Donna, Elbert (Prosecretaría de

Cámara: Cantisani); c. 22.042, "Ortiz, Julio César s/procesamiento", resuelta el 10/10/2002; c. 23.499, "VEGA, Aníbal Rosario", resuelta el 12/5/2004; c. 22.346, "Umaño, Héctor Abel", resuelta el 15/12/2003; c. 23.368 bis, "Alvarez, Mariano s/procesamiento", resuelta el 6/5/2004. Interlocutorio. c. 25.143. 2 000005442 1; 25143 1, Arcienaga Sosa, Alejandro y otros, 21/12/2004, Bruzzone, Elbert. (Prosecretaría de Cámara: Fernández Cuevas).

De acuerdo con ella, *“la finalidad que tuvo el legislador al introducir la agravante del art. 41 quáter del C.P. no fue tanto que objetivamente interviniera un menor en un hecho grupal, sino que la intervención del menor tuviera la finalidad de descargar la responsabilidad en él.* Tal circunstancia no se advierte si dos de los imputados se negaron a declarar y el restante se manifestó ajeno a los hechos que se le atribuían sin intentar responsabilizar al menor -quien fuera sobreseído por contar con quince años de edad al momento de comisión de los hechos-, por lo cual no corresponde su aplicación. Por otro lado, *la norma indicada hace referencia a "mayores" y esta condición se obtiene, en nuestro ordenamiento legal, al cumplir los veintiún años.* La referencia a ‘mayores’ fijada en definitiva en la norma, debe realizarse bajo estrictas reglas de interpretación; resulta siempre restrictivo el criterio que debe imperar para aplicar los supuestos de agravación de acuerdo a lo que se desprende a la prohibición de analogía ‘in malam partem’ que surge del principio de legalidad material del art. 18 C.N. En este sentido, el elemento ‘mayores’ mencionado en la agravante debe ser interpretado restrictivamente y con el alcance dado por la ley civil y por la Convención de los Derechos del Niño, en donde por ‘mayores’ sólo podemos entender a los que tienen más de 21 años de edad. Por ello, y toda vez que los imputados no han alcanzado los 21 > años de edad, debe confirmarse el auto de primera instancia con la salvedad que *no corresponde aplicar la agravante prevista por el art. 41 quáter del C.P.* (Cfr. causa Barrionuevo).

También se dijo que *“tales circunstancias (la utilización de un menor para descargar la responsabilidad en él) deben ser acreditadas, en especial en referencia al tipo subjetivo, por tratarse de un elemento distintivo del dolo”* (Cfr. causa Arciénaga Sosa y otros).

Lo mismo sostuvo la misma sala del aludido tribunal al sostener que *“1) la agravante genérica prevista por el art. 41 quáter C.P. no resulta de aplicación si, no obstante la intervención de un menor en los términos de la primera parte de dicha normativa, la imputada tenía, al momento de los hechos, 18 años, toda vez que la mayoría de edad en nuestro ordenamiento jurídico se alcanza a los 21 años (art. 126 del C.C.), con lo que no puede considerársela ‘mayor’.* 2) La

intervención de la imputada en los hechos que se le atribuyen como partícipe secundaria con fundamento en ‘la falta de antecedentes en cometer delitos, falta de conciencia al momento del hecho y por las condiciones generales de vida en las que vive la menor que son de suma normalidad’ (argumentos de la defensa) nada tiene que ver con las reglas de autoría y participación criminal. En consecuencia, *si se demostró que la incusa tuvo un codominio del hecho que llevó a que decidiera sobre su curso causal*, procede confirmar su procesamiento en calidad de coautora del delito de robo agravado por el uso de arma en grado de tentativa, con la salvedad de que *no corresponde la aplicación del art. 41 quáter del C.P.*” [c. 22276 1, Alvarez, María de las Nieves, resolución del 21/11/2003, Interlocutorio, c. 22.276 2 000004332 (con voto de los jueces: Donna, Bruzzone; Prosecretaría de Cámara: Cantisani)].

3. La *Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala de Feria A* (con votos de Donna, Elbert –y con la disidencia parcial de Piombo–) expresó que “la mayoría de edad para la ley argentina es a los 21 años, conforme el art. 126 del C.C. *Si el imputado contaba con 20 años de edad al momento del hecho, no corresponde la agravante del art. 41 quáter del C.P.* Con ello, debe homologarse el procesamiento de los imputados en orden al delito de robo simple (251 A Fotia, Javier Alejandro, 13/01/2004, Secretaría: Gorostiaga).

4. La *Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala VI*, se expidió con similar alcance, al afirmar que “*para la legislación civil, la mayoría de edad se adquiere a los veintiún años (art. 126 ‘a contrario sensu’ del C.C.). Esta solución también se encuentra en el régimen penal de la minoridad (ley 22.278) toda vez que, si bien en sus primeros artículos efectúa un distingo entre las personas menores de dieciocho años y las mayores, en los articulados siguientes, como por ejemplo, art. 10, establece que, aún superado ese límite, continúa siendo menor hasta ‘la mayoría de edad’.* Con ello, no obstante el menor cuente con diecisiete años de edad, si los restantes imputados no han alcanzado los veintiún años, no corresponde aplicar la agravante prevista en el art. 41 quáter del C.P. [(jueces: Gerome, Escobar; Prosecretaría de Cámara: Uhrlant), c. 23926 6, TIRAO, Miguel Ángel y otros, del 02/04/2004, Interlocutorio, c. 23.926, 1 000004729 1; igual: CORDERO, Cintia, 07/07/2004: Se citó: C.N.Crim. y Correc., Sala VI, c. 23.941, "Paez, Gustavo Daniel y otros", resuelta el 17/3/2004, Interlocutoria. c. 24.729. 1 000005197 1).

La misma sala de la Cámara citada también consignó que “*no corresponde aplicar la agravante del art. 41 quáter al imputado, si al*

*momento del hecho contaba con 18 años de edad. Según la interpretación restrictiva acorde al principio de legalidad, el término 'mayor' alude a quienes cuentan con 21 años, por tratarse del alcance otorgado por a legislación civil y la Convención de los Derechos del Niño. Aun cuando en el proyecto de ley se hace referencia al incremento de las penas para personas de 18 años o más que delincan con la intervención de menores, las opiniones de los legisladores no son vinculantes si penalizan conductas que la propia ley discrimina” [jueces: Gerome, Escobar, Bunge Campos (por sus fundamentos); Prosecretaría de la Cámara: Uhrlandt].*

*Fundamentos del Dr. Bunge Campos: “no resulta de aplicación el art. 41 quáter, no sólo porque el imputado no había alcanzado la mayoría de edad, según lo dispuesto por la ley civil, al momento del hecho, sino porque dicha norma pretende sancionar a los adultos que utilicen a los menores de edad. Por ello, para que se conforme la agravante no basta el dato objetivo de la intervención del menor de edad, sino que en cada caso debe acreditarse su utilización con descarga de la responsabilidad en él” (c. 25566, MONTAÑO, Enzo Ezequiel Rodrigo, resuelta el 26/10/2004, interlocutorio. c. 25.566. 1).*

5. Se ha dicho, en el mismo sentido al de los fallos mencionados, que *“dado que la finalidad que tuvo el legislador al producir la agravante del art. 41 quáter del C.P. no fue tanto que objetivamente interviniera un menor en un hecho grupal, sino que la intervención del menor tuviera la finalidad de descargar la responsabilidad en él, si (en lo que hace a la acreditación del tipo subjetivo) por tratarse de un especial elemento subjetivo distinto del dolo, no se comprueba dicho requisito no puede aplicarse la agravante en cuestión. Por ello, no corresponde aplicar la agravante prevista en el art. 41 quáter C.P. al imputado mayor de edad” (Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala B; jueces: Bruzzone, Elbert; Prosecretaría de Cámara: Cantisani, 157 B Cufre, Jorge Adrián, 29/07/2004. Se citó: C.N.Crim. y Correc., Sala I, c. 22.346, "Umaño, Héctor A.", resuelta el 15/12/2003, Interlocutorio, c. 157 1 000005053 1).*

6. *“No procede la calificación agravada que prevé el art. 41 quáter del Código Penal, en tanto, al tratarse de una agravante, habrá de estarse a la interpretación más favorable al imputado, que lleva a entender a la mayoría de edad como aquella fijada por la ley civil. Si el imputado a la fecha del hecho tenía dieciocho años, no se lo podrá considerar "mayor" a los efectos del art. 41 quáter C.P.” [Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala IV (jueces: González Palazzo, González, Garrigós de Rébora -en disidencia-; Sec.: López;*

c. 24.781/4, Escudero, Javier Alejandro, resuelta el 22/09/2004, Interlocutorio, c. 24.781, 1 000005235 1). De la misma sala, puede citarse también: c. 22.868/4, "Rojas Machado", resuelta el 18/11/2003, voto del Dr. Bruzzone (jueces: Bruzzone, Barbarosch y González Palazzo –en disidencia–; Secretaría: López).

La jurisprudencia citada efectúa una interpretación de la causal de agravación punitiva que concuerda, entonces, no sólo con la letra de la ley (en lo referente a la mención de los autores “mayores”), sino también 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.

7. El Tribunal en lo Criminal n° 1 de Mar del Plata decidió “declarar, de oficio, la inconstitucionalidad del art. 41 quáter del CP, así como su inaplicación al caso, donde se manifiesta una evidente contradicción con el principio de razonabilidad (CN, 28)” [Tribunal en lo Criminal 1 de Mar del Plata (Jueces: Esteban Ignacio Viñas, Ricardo S. Favarotto y José Antonio Martinelli; secretario: Alexis Leonel Simaz); Expediente n° 2.430, causa “Apesteagua, Osvaldo Rolando s/ robo calificado por el uso de arma, en poblado, en banda y con efracción”, sentencia del 21 de febrero del año 2005].

Se entendió, en tal sentido, que “desde que el joven (de menos de 18 años) por su frondoso prontuario ... no fue iniciado por Apesteagua en el camino del delito, además porque tuvo una intervención principalísima en la concreción del ilícito, portando el arma y hasta llegando a efectuar disparos con ella y, en definitiva, porque hasta cabría inferir que este último ignorara que aquél era menor de 18 años, cuando sus avezados movimientos de delincuente experimentado vendrían a hacer suponer todo lo contrario.

En efecto, ese cúmulo de evidencias fácticas ponen al descubierto que la norma apuntada deviene carente de fundamento racional, al no prever situaciones que permitan exceptuar su aplicación, lo que contraviene el principio de razonabilidad que preserva el valor justicia (Cfr. Zarini, Juan Helio, en “Análisis de la Constitución Nacional”, 3ª edición, edit. Astrea, Bs. As. 1.991, pág. 162), de indudable rango constitucional (CN, 28).

En función de lo expuesto precedentemente y sumado a que el art. 41 quáter del CP, por su redacción cerrada, no permite una interpretación teleológica que posibilite al órgano juzgador discriminar en qué casos -de acuerdo con la voluntad de la ley-

debería aplicarse y los que no, termina siendo, además, una norma injusta, pues para mí la ley debe garantizar el trato diferente en condiciones desiguales, lo que resulta impuesto de los preceptos constitucionales nacional (CN, 16) y provincial (CPBA, 10 y 11).

Es así que, frente a la norma criticada, el juez no podría diferenciar aquellos casos como el juzgado, donde es evidente que el menor, tanto por sus antecedentes de infracción a la ley, como por el tipo de intervención que le cupo en el hecho, no sólo no ha sido influenciado por el adulto (coautor), sino que más bien pareciera que fue él quien protagonizó un liderazgo e impulso criminal mayor; de los otros donde sucede lo contrario. Y es evidente que si bien en el último la aplicación de la agravante en cuestión resulta indiscutible, en el primero resulta totalmente lo inverso, es decir, que su aplicación sería irrazonable e injusta.

Por estos argumentos, y sin más, ... corresponderá prescindir del precepto mentado, declarando la inaplicación al caso por inconstitucionalidad manifiesta (CN 16 y 28; CPBA, 10, 11 y 25)” (del voto del Dr. Esteban Ignacio Viñas).

Se añadió, a su vez, que “el mentado art. 41 quáter del CP contiene una presunción “*iure et de iure*” de mayor culpabilidad, y trae aparejado un sensible incremento de los márgenes punitivos, cuando el que delinque lo hace en compañía de un menor de 18 años.

En tanto la norma aludida no permite diferenciar situaciones de hecho como las enunciadas por el colega preopinante, impone un ‘*plus*’ sancionatorio que en ciertos casos (pocos lo serán más evidentes que el de autos, es dable apuntar) luce irracional y desproporcionada, contrariando el principio de razonabilidad (CN, 28).

Además, hago notar que la inconstitucionalidad oficiosa de la legislación común es una herramienta que la magistratura de un estado democrático de derecho no sólo puede sino también *debe* usar cuando se constata, en situaciones particulares, un ostensible quiebre de la gradación axiológica de la Carta Magna Federal” (voto del Dr. Ricardo S. Favarotto).

En el tercero de los votos, se dijo que “las normas están hechas para ser aplicadas por los jueces, no para aplicarlas en algunos casos sí y en otros no.

No puedo concebir que en algunos supuestos contraríen a la Ley Suprema y en otros no. Pensar lo contrario, entiendo que significaría convertirme en una suerte de legislador, todo lo que se supone a todas luces razonablemente impropio.

Podría darse el caso de alguna norma que admita una suerte de interpretación, por parte del magistrado, pero este no es el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta que, tal como está redactado el

mentado art. 41 quáter del CP, éste establece una presunción “*iure et de iure*” que no admite ningún tipo de interpretación, sino lisa y llanamente su aplicación, a todos los casos, sin discriminación alguna, tal como lo hiciera notar el Dr. Favarotto.

Ahora bien, así las cosas, aquí entiendo que viene el reproche constitucional. Siempre dije que en estos casos no se puede determinar, a ciencia cierta, quién es el contaminador y el contaminado, es decir, si el mayor influye negativamente sobre el menor o viceversa, aunque, en este caso, el dilema viene a ser casi irrelevante por cuanto encuentro plenamente acreditado el más que agresivo papel que le cupo al menor ... , en la comisión del robo, pero bastante mayor en cuanto a su experiencia delictiva, avalado por los antecedentes que éste registra (fs. 213/vta.), lo que sin ninguna duda me hace concluir acerca de quién es el que ejerció la maquiavélica y a la vez artera influencia ...

... Toda sociedad que se diga organizada, debe tener un cuerpo normativo conforme a una política criminal adecuada, pensada, consensuada y acorde con la realidad que se vive en un momento determinado ...

... (Con normas como la cuestionada) se está, jurídicamente hablando, tergiversando, desarmonizando, la sistemática de nuestro código penal. Aquella armonía, coherencia, sintonía primitiva – siempre reformable en una forma razonable y lógica, tendiente a adecuarla a los tiempos que se viven- se está perdiendo ...

A todo esto, lo llamo, lisa y llanamente, legislar por miedo, por lo que ahora se denomina ‘*espasmo legislativo*’, consistente en que pareciera que mediante marchas de protestas se elaboran las herramientas aplicables por los jueces, denominadas ‘*leyes*’, olvidándose en el fragor o entusiasmo que, como antes también decía, hay todo un cuerpo normativo, una ley suprema llamada Constitución Nacional, que, entre otras cosas, establece derechos y garantías, a la cual los jueces estamos obligados a respetar a rajatabla, a pesar de las críticas e intereses espurios, porque al fin y al cabo es la savia que va a nutrir el ser y la conciencia de nuestra sociedad ...

... Muy bien lo han dicho mis colegas, al enfatizar que la norma constitucional que repele en un todo a este art. 41 quáter del Código Penal es el art. 28 de la Constitución Nacional, por todo lo cual, y como antes dijera, no me queda sino adherirme, en un todo, a la declaración de la inconstitucionalidad que se dejara postulada (voto del Dr. José Antonio Martinelli).

Como consecuencia de lo dicho, “corresponderá declarar -de oficio- la inconstitucionalidad del art. 41 quáter del CP, así como su inaplicación al caso, donde se manifiesta una evidente contradicción con el principio de razonabilidad (CN, 28), conforme las doctrinas de

la C.S.J.N. (en los casos *'Mill de Pereyra, Rita Aurora c/ Pcia. de Corrientes'*, del 27/09/2.001 -Fallos 324:3219-, y *'Banco Comercial de Finanzas s.a. s/ Recurso de hecho'*, del 19/08/2.004 - B.1160.XXXVI-) y de la S.C.B.A. (L. 83.781, *'Zaniratto, Mabel Beatriz contra Dirección General de Escuelas y Cultura de la Provincia de Buenos Aires. Enfermedad accidente'*, del 22/12/2.004).

8. El *Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro* fijó también una interpretación restrictiva del texto del art. 41 quáter [STJ de Río Negro, "Ramírez, Sebastián Fernando; Navarro, Jonathan Nicolás (MP) – Argañaraz, Pablo Damián (MP) s/Robo doblemente agravado por haber sido cometido en poblado y en banda y con efracción s/Casación" (Expte.Nº 20100/05 STJ)"]; jueces: Alberto I. Balladini, Luis A. Lutz y Víctor H. Soderó Nievas; sentencia nº 114 del 6/9/2005].

Con voto de Balladini (al que adhirieron Lutz y Soderó Nievas), el alto tribunal, "en coincidencia con lo expresado por la Procuración General", entendió "adecuados los motivos brindados por quienes entienden que la interpretación que cabe otorgarle al término 'mayores' es la referida a la edad de veintiún años, tal como lo reclama el propio recurrente".

Prosigue diciendo el tribunal que "una correcta interpretación de la normativa en cuestión no puede desentenderse de lo expresado por el Código Civil en relación con la edad hasta la cual debe considerarse a una persona como menor de edad. Así, en el artículo 126 del Código Civil puede leerse: 'Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de veintiún años'. De tal modo, el criterio que sostiene que la norma del Código Penal debe interpretarse referida a quienes hayan cumplido los dieciocho años entraría en colisión con las previsiones del Código Civil.

Al respecto se ha expresado: 'Si el imputado al momento del hecho contaba con 18 años de edad, no corresponde la aplicación de la agravante prevista en el art. 41 quáter CPen., toda vez que la mayoría de edad se adquiere a los 21 años, según lo dispuesto en el art. 126 CCiv. Esta solución también fue recogida en el ámbito penal por el propio Régimen Penal de Minoridad –ley 22278–, que, si bien en sus primeros artículos efectúa un distingo entre las personas menores de 18 años y las mayores, en sus articulados siguientes deja en claro que, aunque se supere ese límite de edad, se lo considera menor hasta 'la mayoría de edad'. Por estos motivos, corresponde modificar la calificación legal por la de robo en grado de tentativa, sin la agravante del art. 41 quáter CPen' (C.Nac.Crim. y Corr., sala 6ª, 07-07-04, en 'Cordero').

En el mismo sentido, se ha manifestado: '1) La agravante genérica

prevista por el art. 41 quáter CPen. no resulta de aplicación si, no obstante la intervención de un menor en los términos de la primera parte de dicha normativa, la imputada tenía, al momento de los hechos, 18 años, toda vez que la mayoría de edad en nuestro ordenamiento jurídico se alcanza a los 21 años (art. 126 Ver Texto CCiv.), con lo que no puede considerársela 'mayor' (C. Nac.Crim.y Corr., sala 1ª, 21-11-03 en "Álvarez" Lexis N° 12/12395, consultada el 09-08-04)'.

Por su parte Diego Juan Avaca, comentando el fallo de la Sala 1ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (del 06-05-04 SJA 14-07-04), sostiene: "Al analizar la postura mediante la cual se reputa mayor al que tenga al menos dieciocho años de edad, cabe preguntarse si ello puede desprenderse o inferirse sin duda alguna del propio texto de la ley. Yo entiendo que no. Más allá de que exista alguna probabilidad de que esa sea la solución correcta, no parece ser autosuficiente la misma letra de la ley como para dirimirlo. Tal vez en el texto legal podría haberse empleado la expresión 'respecto de los mayores de dicha edad que hubieren participado del mismo', o cualquier otra construcción que claramente disponga la agravante para los mayores de dieciocho años de edad. No parece contundente que razones de sintaxis aconsejen seguir la postura descrita en primer término, porque resulte desacertado repetir la frase del inicio del texto" (Publicado en LL, Suplemento Penal, Agosto, 2004, 24).

Sumo a lo anterior lo expresado por la propia Procuradora General en su dictamen cuando, refiriéndose a la Convención de los Derechos del Niño, sostiene que si nuestro Código Penal estableciera expresamente que la agravante se aplicará a los 'mayores de 18 años' que hubieran participado en el delito, no estaría violándose la aludida convención que protege la minoridad ni el sistema republicano que emerge del art. 31 de la Constitución Nacional, pero la exégesis de la norma no admite otra interpretación, al menos mientras el legislador mantenga vigente el art. 126 del Código Civil.

Además se ha dicho: 'Resulta improcedente aplicar la agravante contenida en el art. 41 quáter Cód. Penal si el imputado, que actuó con el menor, tiene 20 años toda vez que, la referencia a 'mayores' fijada en definitiva en la norma, debe ser interpretado restrictivamente y con el alcance dado por la ley civil y por la Convención de los Derechos del Niño (Adla, L-D,3693), en donde por 'mayores' sólo podemos entender a los que tienen más de 21 años de edad' (Conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I, del 17-12-03 en "Barrionuevo", en LL Suplemento Penal octubre 2004, 74).

(...) Sin perjuicio de lo expuesto, a mayor abundamiento destaco

que la solución que propugno resulta coincidente con el criterio puesto de manifiesto por este Superior Tribunal de Justicia ante un caso que, si bien en los hechos no resulta asimilable al presente, versaba sobre una cuestión de derecho similar a la que nos ocupa. Así, "mutatis mutandis", en "Suárez" (Se. 02 STJRNSP del 16-06-04) establecí: "... la interpretación de la ley penal aplicable al caso queda bajo la responsabilidad de este Tribunal, en razón de que el art. 120 del Código Penal en su redacción habla 'de la mayoría de edad del autor' y ésta está reglada por el Código Civil (arts. 126, 129 y ccdtes.), que expresamente así lo determina para el ejercicio de todos los derechos civiles y sociales, más allá de las excepciones a la regla dispuestas en virtud de leyes especiales, como -por caso- el ejercicio de derechos políticos (sufragio a partir de los 18 años, posibilidad de postularse a cargos políticos), situaciones para las que la ley impone edades especiales. Pero esto último no significa en modo alguno que se enerven las disposiciones del Código Civil en cuanto a la mayoría de edad a partir de los veintiún años. Igual temperamento cabe adoptar en relación con la edad a partir de la cual se les puede aplicar a las personas una pena por la comisión de un delito, que es la de dieciocho años, pues ello tampoco implica la modificación de la regla de la mayoría de edad establecida por el Código Civil.- De lo expuesto debemos presumir que cuando el art. 120 del Código Penal se refiere a 'la mayoría de edad del autor', se está refiriendo a la establecida por el Código Civil, por cuanto si el legislador hubiera querido darle otro alcance al concepto de mayoría de edad así debería haberlo dejado expresamente establecido en la norma. Todo ello me lleva a una más que razonable duda acerca de la viabilidad de la aplicación del texto del art. 120 del Código Penal al caso de autos. Lo cierto es que estamos ante un problema de interpretación legal, no ante una cuestión de examen de pruebas que tiene como resultado la incertidumbre en el espíritu del juez y que se podría resolver aplicando la regla del art. 4 del Código Procesal.- Para salir de la duda jurídica debo aplicar la interpretación, toda vez que mi responsabilidad constitucional es la de aplicar las leyes, no de crearlas. Pero cuando los métodos tradicionales conocidos (exegético, gramatical, sistemático, dogmático, etc.) no son suficientes, se hace necesario utilizar un criterio de benignidad con el fin de lograr un más normal funcionamiento del derecho. Por los motivos expuestos, y sin dejar de reconocer –como quedó supra reflejado– las dificultades que representa el texto del art. 120 del Código Penal, entiendo que de él cabe concluir que para que se pueda tipificar el delito en cuestión resulta requisito indispensable la mayoría de edad del autor, esto es: veintiún años de edad. De ello se infiere que, atento a que el imputado contaba al momento del hecho con sólo diecinueve años, su conducta

resulta atípica, lo cual derivará en su absolución" (...) Lo expresado me lleva a concluir que le asiste la razón el señor Defensor en su reclamo, de modo que corresponde la intervención del Tribunal de Casación con el fin de corregir tal desvío, con la anulación de la parte pertinente de la sentencia respectiva obrante a fs. 289/292 vta. sólo en cuanto le aplica al imputado Sebastián Fernando Ramírez la agravante por el art. 41 quáter del Código Penal”.

Por las razones aludidas, se disminuyó la pena impuesta en la sentencia, de 4 años a 3 años de pena privativa de la libertad.

9. El *Tribunal Superior de Justicia de Córdoba* [TSJ de Córdoba, “Figueroa, Jeremías Adrián p.s.a. de robo calificado –Recurso de Casación–”, del 2/12/2005 (Expte. ‘F’, 11/04); jueces: *María Esther Cafure de Battistelli, Aída Tarditti y Mercedes Blanc de Arabel*] decidió, en relación al alcance del art. 41 quáter del Cód. Penal, lo siguiente:

“... la expresión ‘mayores’ empleada en el art. 41 quáter es un elemento normativo del tipo y, por tanto, se opera una suerte de remisión a otras normas que determinan su contenido similar al procedimiento de las llamadas leyes penales en blanco.

La ley civil es la que define la mayoría de edad y en la actualidad esa calidad la tiene quien ha cumplido 21 años, pues conforme al artículo 126 del Código Civil ‘son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de veintiún años’ (CC, 126).

El llamado régimen penal de la minoridad (ley n° 22.278), tampoco contraría esta interpretación. Ello así porque si bien a los dieciocho años el menor de veintiún años es punible y los marcos punitivos no se atenúan en su magnitud, subsisten disposiciones diferenciadas respecto del sistema punitivo común aplicable a los mayores de edad. En tal sentido, si se trata de un menor entre los dieciocho y veintiún años que es juzgado y registra una condena por hechos cometidos después de los dieciocho años, la reincidencia no es obligatoria sino facultativa (art. 5, 2do. párr., ley cit.). Esta disposición singulariza la regulación de la reincidencia para los menores hasta los veintiún años (De la Rúa, Jorge, Código Penal Argentino -Parte General-, Ed. Depalma, 2da. Edición, Bs. As., 1997, p. 911; Nuñez, Ricardo C., Manual de Derecho Penal -Parte General-, 4ta Edición, actualizada por Roberto Spinka y Félix González, Córdoba, 1999, p. 320). En cambio, a partir de la mayoría de edad, la reincidencia es obligatoria (CP, 50). Asimismo, las privaciones de libertad de los menores entre dieciocho años y la ‘mayoría de edad’ se cumplirán en establecimientos especializados (art. 10, ley cit.). Y la ley n° 24.660 de ejecución de penas privativas de la libertad confirma la disposición citada, en tanto estatuye que los jóvenes adultos, es

decir ‘de dieciocho a veintiún años’ deben ser alojados en ‘instituciones especiales o en secciones separadas o independientes de los establecimientos para adultos’, que serán entonces los mayores de veintiún años (art. 197, ley cit.).

Los antecedentes parlamentarios no suministran en esta cuestión un auxilio interpretativo que respalde con solidez la posición contraria. Es que si bien los proyectos presentados ante la Cámara de Diputados de la Nación en todos los casos -con sus diferencias de contenido- coincidían en agravar la pena para el interviniente de dieciocho años o más, o bien sólo para el mayor de dieciocho años, en un delito en el que se servían, valían, instigaban a menores con menos de esa edad (Donna, Edgardo Alberto -Coordinador-, Lurati Carina, Reformas Penales, Ed. Rubinzal-Culzoni, p.72 a 75), al momento de cristalizarse la reforma, se sancionó un texto que presentaba variadas diferencias y entre ellas la mención a ‘los mayores’ carece de las precisiones que en los citados proyectos se efectuaban.

La interpretación que consideramos correcta armoniza con el marco constitucional dentro del cual debe compatibilizarse la inteligencia de la ley penal. En este sentido, entre los principios con rango constitucional en materia penal, se encuentra el de legalidad (arts. 18 y 19, y mediante el inc. 22 del art. 75, en los arts. 9 CADH y 9 del PIDCP), conforme al cual si en la ley penal se emplean conceptos normativos definidos por leyes no penales, a ellas debe recurrirse. Más aún si el apartamiento conduce a ensanchar la criminalidad, con vulneración de esa garantía y de su derivación (principio de máxima taxatividad interpretativa).

Y a su vez también es compatible con una de las directrices de política criminal de la reforma en la prevención negativa orientada a evitar que los mayores incluyan a los menores de edad en la comisión de delitos (según las opiniones parlamentarias que se reseñan por Vitale, Gustavo, publ. cit., p. 73 y 74).

En consecuencia, entendemos que la tesis correcta es la que sostiene que los mayores a los que alude el artículo 41 quáter del Código Penal, son los que han alcanzado la mayoría de edad, es decir, quienes hayan cumplido los 21 años”

El citado fallo del máximo tribunal cordobés resulta trascendente, básicamente, en dos aspectos: a) en cuanto respeta la legalidad penal, evitando que la agravante de pena establecida legalmente para un “mayor” sea interpretada también como referida a los “mayores de dieciocho años” *que no son “mayores”* (de edad), con lo cual se impide que, por vía de interpretación, se extienda indebidamente el ámbito de prohibición penal; y b) porque, a los fines de establecer el alcance de la disposición legal en cuestión, toma en cuenta “las directrices de política criminal de la reforma”, que se encuentra

“orientada a evitar que los mayores incluyan a los menores de edad en la comisión de delitos (según las opiniones parlamentarias ...).” En otras palabras, la defensa de la legalidad penal se obtiene consultando, a su vez, el sentido político-criminal de la reforma, que, en otro orden de cosas, limita la causal de agravación a los supuestos en los que mayores *incluyan a los menores de edad en la comisión de delitos*, lo que implica que, para la agravante, no es suficiente con cualquier intervención de una menor de dieciocho años, sino que hace falta que el mayor de edad *se valga del menor para delinquir impunemente* (actuando él, el mayor, como un suerte de autor oculto o “autor de escritorio”).

10. Resulta improcedente aplicar la agravante prevista en el art. 41 quater del Cód. Penal respecto de quien se encuentra imputado en orden al delito de robo en poblado y en banda, si el encausado no descargó su responsabilidad en los menores intervinientes y, además, posee dieciocho años por lo que no alcanzó la mayoría de edad conforme lo dispuesto por el art. 126 del Cód. Civil [*Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I, “L., L. y otros”, 10/02/2006; jueces: Alfredo Barbarosch, Jorge L. Rimondi; publicado en DJ 21/06/2006, 597 - La Ley 31/05/2006, 10*].

“(...) corresponde hacer lugar al pedido de la defensa y, en consecuencia, modificar la calificación legal de los hechos que le son atribuidos a L. L. por el delito de robo agravado por su comisión en poblado y en banda, puesto que, tal como tiene dicho este tribunal, si el o los imputados no descargaron su responsabilidad en el menor o menores intervinientes no procede la aplicación del art. 41 quater del C.P. (‘in re’ Sala I, ‘Umaño, Héctor Abel’, rta. el 15/12/03; Sala IV, ‘Rojas Machado’, rta. el 18/11/03 entre otras).

Además, resultando que L. posee dieciocho años de edad, tampoco correspondería agravar el hecho puesto que conforme las disposiciones del art. 126 del C.C., tal calidad se alcanza a la los veintiún años (‘in re’ Sala I, causa n° 22.276, ‘Alvarez, María’, rta. 21/11/03, causa n° 22.488 ‘Ferreria, Daniel’, rta. 20/2/04, entre otras).

11. “(...) no es suficiente para abastecer el supuesto la mera participación de un menor de 18 años en el hecho, sino que el mismo debe haber sido ‘instrumento’ de las personas mayores de edad.

(...) Vinculado con la posible aplicación del agravante genérico del art. 41 quáter del C.P., digo que a mi juicio, y más allá de las consideraciones relacionadas con el rol que el menor de edad debe desempeñar en el hecho, existe otra circunstancia que impide acceder a la pretensión acusatoria.

Ya, al momento de fallar el caso: "Ibauza, Marcos Leonardo e

Ibauza, Jonatan Luciano s/lesiones agravadas por la participacion de un menor, daño agravado y resistencia a la autoridad", Expte. 3780-0299 de este mismo Tribunal, había advertido de la existencia de un vacío o laguna de punibilidad en la norma afectada, que ahora es del caso aplicar de modo concreto.

En efecto, el art. 41 quáter agrava la comisión de los delitos cometidos con intervención de menores de 18 años de edad y con relación a los mayores de edad que hubiesen participado en los mismos.

Si para la ley civil argentina (art. 126 Código Civil) la mayoría de edad se alcanza cuando se cumplen 21 años de edad, es evidente que queda una categoría de individuos (los que tengan 18, 19 y 20 años de edad) que quedan en una suerte de "limbo" con respecto a esta agravante genérica.

Colocados en estas circunstancias, por un imperativo legal (arts. 1 y 3 C.P.P.) debe realizarse la interpretación más favorable a los intereses del imputado y a la vigencia de los derechos y garantías individuales, evitando 'completar' los posibles vacíos de punibilidad.

De tal modo que, si bien en el hecho ha participado un menor de 18 años de edad (...), lo cierto es que Pablo Facundo Ibarra no es 'mayor de edad' para la ley argentina, toda vez que al momento de los hechos contaba con tan solo 19 años de edad (...), razón por la cual no corresponde aplicar el agravante genérico del art. 41 quáter del C.P." (del voto de *Mario A. Juliano*, al que adhirió *Luciana Irigoyen Testa*) [*Tribunal en lo Criminal N° 1 de Necochea*, "Ibarra, Pablo Facundo s. robo doblemente agravado por la intervencion de un menor y el uso de armas" (Expte. N° 3960-0212) y su acumulado: "Ibarra, Pablo Facundo s.Robo" (Expte. N°4024-0000), resolución del 23 días de marzo de 2006; jueces: Mario Alberto Juliano, Luciana Irigoyen Testa, Alfredo Pablo Noel (este último en disidencia)].

B. Aunque en mucha menor medida, se han expedido también algunos órganos judiciales con el alcance extensivo de la ley que cuestionamos, con toda convicción, al tratar la doctrina minoritaria sobre el art. 41 quáter del Cód. Penal. Es éste el caso de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, en la causa n° 6411, en autos "Veliz Herrera, J. L. s/recurso de casación", del 3/11/2005. Allí se consignó que "no es necesario determinar ... si el menor fue utilizado, inducido o instigado por los mayores –a cualquier título–, pues basta con su intervención en el delito, la que abarca los demás casos a que la defensa pretende ceñir la operatividad de la circunstancia de agravación. Se ha querido, evidentemente, ampliar los supuestos de aplicación de la norma penando más severamente a quienes delinquen en compañía de niños,

con el objetivo de desalentar esa práctica que expone a estos últimos a ‘graves’ e ‘irreparables’ consecuencias”. Se realizó dicha labor “interpretativa ‘teniendo en cuenta el contexto general y los fines que informan’ a los preceptos en juego”; valorando “los proyectos que sustentan el texto legislativamente consagrado” y “la nota de elevación del proyecto de ley respectivo”, que persigue “hacer recaer el mayor peso de las sanciones sobre los que comprendiendo la criminalidad de sus actos cometen delitos exponiendo a los menores de los que se valen (a) graves y tal vez irreparables consecuencias. A partir de la sanción de la presente ley, los mayores conocerán que el reproche penal es mucho más grave cuando se valen de menores o intervienen éstos en los hechos delictivos, con lo que se verán desalentadas estas conductas criminales”.

El fallo citado, sin embargo, no consulta debidamente “los fines que informan a los preceptos en juego”, pues ellos consisten, como se dijo, en sancionar más severamente a los mayores que utilizan a menores de 18 años o se valen de ellos para delinquir. En tal sentido, mucho más importante que lo que se dijo en la nota de elevación del proyecto de ley, es lo que se consignó como objetivo político-criminal de la ley al momento de su tratamiento por parte de los legisladores que la sancionaron. Esa es la opinión de los creadores de la ley, que prima por sobre las declaraciones de una mera nota de elevación de un proyecto legislativo. En lo demás, me remito a lo tratado con anterioridad.