



## **Maestría en Derecho Penal**

### **Departamento de Derecho**

“Prescripción de la acción penal y determinación de la pena en el derecho penal juvenil: una mirada al amparo del interés superior del niño”

#### **Trabajo de Tesis**

Alumno: Lucas Polensvaig

D.N.I.: 35.124.162

Tutor de tesis: Mag. Guido Ezequiel Waisberg

-Ciudad Autónoma de Buenos Aires, junio de 2022-

**TÍTULO:** “Prescripción de la acción penal y determinación de la pena en el derecho penal juvenil: una mirada al amparo del interés superior del niño”.

## **ABSTRACT**

El término de la prescripción de la acción penal en los procesos seguidos a menores de edad debe ser inferior a la que opera en aquellos en los cuales se encuentre imputado un adulto por la comisión del mismo injusto penal.

Para ello, la prescripción en estos procesos deberá contabilizarse sobre la base de la calificación legal que en forma concreta les podría corresponder, según lo dispuesto en el artículo 62, inciso 2°, del Código Penal, la que siempre será reducida en los términos de la figura delictiva tentada que se les imputa, de conformidad con los preceptos emanados del artículo 4° de la Ley n° 22.278, que establece el régimen penal de la minoridad, interpretado a partir de los derechos y garantías que amparan a ese grupo especialmente vulnerable, cuyo eje central gira en torno de la idea del “interés superior del niño”.

## **HIPÓTESIS**

- Hipótesis principal: La prescripción de la acción penal en el marco del régimen penal juvenil debe ser inferior a la que operaría en un proceso penal seguido a un adulto, contabilizada a partir de la escala penal reducida de acuerdo a la figura de la tentativa.
- Hipótesis secundaria: La escala penal aplicable en los casos de imputaciones a menores de edad debe ser calculada siempre de acuerdo a las reglas del delito tentado.

## **OBJETIVO**

En el presente trabajo de tesis se argumenta que la prescripción de la acción penal en el régimen juvenil debe ser inferior a la del resto de los procesos, así como también se expone que una interpretación que cabe hacer del artículo 4° de la Ley n° 22.278 del Régimen Penal de la Minoridad, consiste en el reflejo de un sistema binario en el cual

los jueces de la minoridad pueden absolver o imponer una pena, la que será siempre reducida de conformidad con las reglas de la figura tentada imputada.

De esta manera, amén de los compromisos internacionales asumidos en la materia, y en especial de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada con posterioridad a la sanción de la Ley n° 22.278, y que por imperio de la última reforma constitucional goza de la más alta jerarquía dentro de nuestro ordenamiento, se sostiene que una lectura que puede realizarse de dicho articulado es aquella que entiende que la reducción de la pena debe leerse como un mandato constitucional, y no como una facultad discrecional de los jueces de menores.

A partir de ello, se resaltan las consecuencias prácticas que esta hipótesis tiene en los procesos penales del régimen de la minoridad, en lo vinculado con el instituto de la prescripción de la acción penal, la que también deberá ser reducida en los mismos términos. De esta manera, se sostiene que la noción de que la reducción punitiva debe ser la regla que rijan todas las sentencias condenatorias de este grupo especialmente protegido, se encuentra en consonancia con los cánones internacionales en la materia, lo que podría eventualmente brindar las bases teóricas para colaborar con la verificación de la necesidad o no de adecuar legislativamente el régimen actual.

## **METODOLOGÍA**

Para realizar el objetivo propuesto, se estudiará la evolución del derecho penal juvenil en la República Argentina y su adecuación a la normativa internacional que versa en la materia, en especial consonancia con los compromisos asumidos por nuestro país en lo que hace a los derechos y garantías que poseen los menores de edad en conflicto con la ley penal y el estudio de las especiales características que hacen de este colectivo un grupo especialmente vulnerable con notas distintivas propias, que requieren de una protección diferencial.

De esta manera, se analizará el cuerpo normativo vinculado, tanto nacional (Constitución Nacional, Leyes n° 10.903, 22.278 y 26.061) como internacional (Convención sobre los Derechos del Niño, Observaciones Generales N° 10, 14 y 24 del Comité de los Derechos del Niño, Opinión Consultiva N° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Reglas de Beijing, Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la

Libertad y Reglas de Riad), y se reseñarán distintos precedentes, en especial de nuestro Más Alto Tribunal (vgr. CSJN, fallos “Maldonado” y “García Mendez”).

Todo ello, sumado a un estudio de la doctrina dominante en la materia, en lo que hace a la interpretación del artículo 4° de la Ley 22.278 (Régimen Penal de la Minoridad), que mejor consulte los principios y garantías rectoras en materia juvenil.

A su vez, se expondrán en profundidad las consecuencias que trae aparejadas la hipótesis presentada en lo atinente al instituto de la prescripción de la acción penal, para poder interseccionar nuestra legislación de minoridad, a través de una mirada que reconozca con todos sus alcances al interés superior del niño.



Universidad de  
**San Andrés**

## ÍNDICE TEMÁTICO

I. Introducción

II. Prescripción de la acción penal

A. Conceptualización del instituto

B. Fundamentos y naturaleza

C. Prescripción y derecho penal juvenil

D. Jurisprudencia sobre la materia

E. Derecho comparado

III. Determinación de la escala penal en el régimen penal juvenil

A. Marco normativo internacional y los estándares que de allí se desprenden

B. Los niños, niñas y adolescentes como grupo social especialmente vulnerable

C. Ley 10.903 y Ley 26.061. Del paternalismo al sistema de protección integral

D. Escala penal aplicable en los procesos de la minoridad

i. Lineamientos generales de la Ley 22.278

ii. El artículo 4° de la Ley 22.278 y la determinación de la pena a imponer

iii. El fallo “Maldonado” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

iv. Jurisprudencia nacional en la materia

IV. Escala penal reducida y su armonización con la prescripción de la acción penal

V. Reflexiones finales

VI. Bibliografía

Universidad de  
San Andrés

## **I. Introducción**

El modelo del derecho penal juvenil, diseñado de manera definitiva a través de nuestra Constitución Nacional con la reforma del año 1994, es un sistema de protección integral de los jóvenes menores de edad en conflicto con la ley penal, con garantías especialmente tuitivas en lo que hace a la limitación de la intervención y respuestas punitivas del Estado.

En la actualidad, el sistema jurídico de la justicia penal de la minoridad se encuentra configurado por la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, normas que resultan de ineludible consideración al momento de imponer una sanción por ilícitos cometidos por menores de edad.

La Argentina, con el marco normativo previamente reseñado, todavía no ha logrado desarrollar un sistema penal que se encuentre totalmente diferenciado para jóvenes en conflicto con la ley penal. Así, surge la necesidad de que se avance hacia un sistema judicial específico para jóvenes en conflicto con la ley penal, basado en sus características propias y especiales.

La legislación vinculada con los menores de edad en la República Argentina tuvo sus orígenes a comienzos del siglo XX, donde las intensas influencias positivistas de la época dieron nacimiento, en el año 1919, a la ley de Patronato de Menores –Ley n° 10.903-, cuya idea central estaba basada en la defensa de la sociedad y la prevención del delito, y para ello resultaba necesario actuar sobre los “futuros” delincuentes.

Dicha ley fue derogada recién en el año 2005, por la Ley n° 26.061 de Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes, que incorporó como de aplicación obligatoria a la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada en nuestro país con la Ley n° 23.849, sancionada en el año 1990.

El régimen de los menores de edad en conflicto con la ley penal, se encuentra regulado por la Ley n° 22.278, creada en 1980 durante el último proceso militar, cuya característica principal residió en la fuerte ideología tutelar que su texto contiene.

En lo que hace al presente trabajo de tesis, es dable remarcar lo dispuesto por su artículo 4° la Ley n° 22.278, en cuanto otorga una suerte de facultad discrecional a los jueces de menores de imponer la pena que consideren necesaria, bajo diversas

modalidades de cuantificación de la misma, entre las que se incluye la aplicación de la misma pena que le cabría a un imputado mayor de edad.

Diversas son las consecuencias y alcances que la doctrina y la jurisprudencia le ha otorgado a dicho artículo desde su creación hasta la actualidad y que serán analizadas en mayor profundidad.

De esta manera, resulta de suma importancia poder determinar cuál es la escala penal aplicable a los procesos penales seguidos a los menores de edad, a los fines de contabilizar cuál va a ser el término para que opere en ellos la prescripción de la acción penal.

Si se toma en consideración que los niños, niñas y adolescentes pertenecen a un grupo especialmente vulnerable, con un conjunto de derechos y garantías diferenciadas por su condición particular y que merecen una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia; y si se concibe al instituto de la prescripción como una limitación al poder punitivo del Estado, la relevancia de la temática estudiada en el presente trabajo de tesis encuentra su raigambre en la necesidad de encontrar parámetros adecuados a los fines de establecer cuál es la escala penal que les correspondería en el marco de un proceso penal, y en consecuencia, la contabilización de los plazos para que opere la prescripción de la acción penal en esos casos, a los fines de armonizar los parámetros internos de nuestro régimen penal de la minoridad con los principios y garantías rectores que a nivel nacional e internacional protegen a este grupo determinado.

A esos fines, en los acápite siguientes analizaré la vinculación existente entre el instituto de la prescripción de la acción penal y la pena. Luego, como paso lógico necesario para poder definir el término de la prescripción en concreto, me abocaré al estudio de la determinación de la escala penal específica aplicable a un menor de edad en el marco de un proceso penal. Finalmente, explicaré de qué manera se interrelacionan en el régimen penal juvenil esa pena concreta aplicable ya identificada según los parámetros rectores que atraviesan la materia y la prescripción de la acción penal.

## II. Prescripción de la acción penal

### A. Conceptualización del instituto

De manera sintética, para definir el instituto, es posible precisar que la prescripción de la acción penal supone el transcurso de un plazo determinado tras la comisión de un delito, sin que haya recaído sentencia condenatoria firme.

En este sentido, se pone fin al proceso y se impide su prosecución, siendo que su efecto es el de extinguir la pretensión punitiva, una vez transcurridos los plazos previstos normativamente a tal efecto.

Se trata, en esa medida, de una institución que es de orden público, criterio que ha sido reiterado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 311:1095 y 311:2205). En consecuencia, debe ser declarada incluso de oficio y no puede ser rehusada por su beneficiario, ya que se trata de una causal de extinción de la acción penal que se produce de pleno derecho por el mero transcurso de los plazos temporales previstos.

Al ser de orden público, no nos encontramos en presencia de una causal de extinción introducida en interés del imputado, cuya acción penal se ve desvanecida, sino que responde a consideraciones vinculadas con el interés público. Por estos motivos, se exige que su declaración sea incluso de oficio y la misma no puede ser renunciable, ni siquiera por quien se ve beneficiado por ella.

El Código Penal de la Nación, en su “TÍTULO X - EXTINCIÓN DE ACCIONES Y PENAS”, en su artículo 59, reza:

**ARTICULO 59.** - La acción penal se extinguirá:

- 1) Por la muerte del imputado;
- 2) Por la amnistía;
- 3) Por la prescripción;**
- 4) Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada;
- 5) Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;
- 6) Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;
- 7) Por el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, de conformidad con lo previsto en este Código y las leyes procesales correspondientes.



Por su parte, el artículo 62 del código de fondo establece expresamente y de forma taxativa los plazos en los cuales deberá basarse la jurisdicción para calcular si se encuentra prescrita o no la acción penal en el caso concreto.

A esos fines expresa:

**ARTICULO 62.-** La acción penal se prescribirá durante el tiempo fijado a continuación:

1°. A los quince años, cuando se tratare de delitos cuya pena fuere la de reclusión o prisión perpetua;

**2°. Después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito**, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo, en ningún caso, el término de la prescripción exceder de doce años ni bajar de dos años;

3°. A los cinco años, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación perpetua;

4°. Al año, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación temporal;

5°. A los dos años, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa.

Tal como surge del primer artículo de mención, la vigencia o conservación de la acción penal está demarcada, entre otras cuestiones, por la prescripción. Esto quiere decir que uno de los parámetros a partir del cual se encuentra delimitada la acción penal es por el mero transcurso del tiempo.

De esta manera, el Estado, ante razones de política criminal y utilidad social, basadas en los efectos que produce el paso del tiempo, renuncia a ejercitar el *ius puniendi* que le corresponde, al declarar extinguida la responsabilidad penal de un determinado individuo.

En este sentido, autolimita su poder soberano de castigar, puesto que constituye un obstáculo para que se ejerza la acción penal, impidiendo el curso de aquélla o destruyendo la ya iniciada, por lo que su efecto no es el de producir la abolición del delito, sino únicamente de la facultad de los órganos estatales para condenar por el hecho cometido, es decir, para iniciar o proseguir con la acción criminal ya iniciada<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> LA ROSA, “La prescripción en el derecho penal”, Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2008, pp. 18, 20 y 21.

Por ello, es posible afirmar que el delito no desaparece como ente natural ni jurídico, sino que lo que decae es la potestad represiva del Estado que emerge del injusto ilícito<sup>2</sup>.

Se trata, entonces, de una autolimitación que el Estado se impone para perseguir y sancionar a sus ciudadanos, pudiendo ser definida como un instituto de orden público, por virtud del cual cesa la potestad punitiva estatal por el cumplimiento del término señalado en la ley<sup>3</sup>.

Así, extinguir esta potestad represiva que posee el Estado de derecho, implica que se produzcan sus efectos propios tanto sobre la persecución individual que realizan los órganos estatales pertinentes, como sobre el proceso penal en sí, invalidando su prosecución.

Esta terminación anticipada de la acción por cuestiones temporales posee consecuencias acabadas y definitivas, al punto tal que el imputado cuya acción penal fue declarada como extinguida por cumplimiento del plazo de prescripción, se encuentra legalmente amparado por el principio *ne bis in ídem*, tratándose entonces de una resolución conclusiva que se encuentra resguardada por la cosa juzgada.

## B. Fundamentos y naturaleza

Diversos son los motivos que se han expuesto para fundamentar la virtualidad que tiene el paso del tiempo para extinguir la acción penal.

Los distintos argumentos que se han ofrecido no son el producto de una elaboración teórica que se repute como homogénea y coordinada, sino que responde a los diversos enfoques que se elijan para enfatizar una u otra cuestión, con el objetivo de justificar una determinada postura tanto doctrinaria, como legislativa o jurisprudencial<sup>4</sup>.

Los principales fundamentos, entonces, que se han esgrimido para justificar al instituto de la prescripción son:

---

<sup>2</sup> VERA BARROS, “La prescripción penal en el Código Penal”, Lerner, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2007, p. 148.

<sup>3</sup> ROMERO VILLANUEVA, “La prescripción penal”, 2º Ed, Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, p. 15.

<sup>4</sup> D’ALESSIO, “Código Penal comentado y anotado: 2da edición actualizada y ampliada”, 2º Ed., La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 954.

- El debilitamiento de la confianza de la prueba: se basa en el supuesto efecto de que las huellas del delito se han enturbiado con el paso del tiempo<sup>5</sup>, lo que presentaría dificultades para poder realizar una correcta reconstrucción del ilícito. De esta manera, el transcurso de un tiempo considerable desde la comisión del delito afectaría la posibilidad de garantizar el adecuado contenido de justicia que corresponde a las decisiones judiciales, siendo evidente la mayor incidencia del error judicial<sup>6</sup>. Sin embargo, Righi destaca que, a esos fines, este instituto no parecería ser la solución adecuada, ya que nuestro ordenamiento contiene remedios procesales más pertinentes para preservar las pruebas, como por ejemplo la prisión preventiva<sup>7</sup>.

- La ausencia de voluntad persecutoria estatal: está basada en una premisa a partir de la cual habría operado la prescripción de la acción en una causa con motivo de la falta de interés de las autoridades estatales de ejercer el poder punitivo en contra del imputado. A raíz de ello, autores como D'Alessio catalogaron este fundamento como uno de los más polémicos. Por su parte, Righi destaca que los defensores de este argumento no pueden explicar por qué si existe una ausencia de voluntad persecutoria por parte del Estado, haría falta dejar transcurrir el plazo de la prescripción, cuando pueden dejar de ejercer la acción penal si fuese únicamente una cuestión de voluntades. En este sentido, explica que, teniendo un deber de actuar, lo que pone en evidencia la prescripción no es una ausencia de la intención de perseguir, sino una ineficacia estatal o habilidad del imputado para eludir la justicia<sup>8</sup>.

- La necesidad de castigo: esta premisa intenta demostrar la vinculación de la prescripción de la acción penal con los fines de la pena<sup>9</sup>. Con el sistema primigenio, que no atendía a otros factores que no fueran el transcurso del tiempo, se consideraba que aquel extinguía la alarma social ante el delito y su correlativa exigencia de que sea reprimido<sup>10</sup>. Esta línea argumentativa se vincula con la noción del “olvido del hecho” y de la pena natural que se atribuye a quien permaneció oculto de la justicia con la amenaza de pena pendiente, factores que tornarían innecesaria la reacción penal, tanto desde un punto de vista preventivo-general como retributivo, resaltando que desde una óptica preventivo-especial, la buena conducta del imputado que no volvió a delinquir

---

<sup>5</sup> BACIGALUPO, “Derecho penal y el estado de derecho”, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, p. 36.

<sup>6</sup> RIGHI, “Derecho penal: parte general”, 2º Ed, Abeledo Perrot, CABA, 2015, p. 487.

<sup>7</sup> RIGHI, “Derecho penal: parte general”, 2015, p. 487.

<sup>8</sup> RIGHI, “Derecho penal: parte general”, 2015, p. 488.

<sup>9</sup> D'ALESSIO, “Código Penal comentado y anotado: 2da edición actualizada y ampliada”, 2009, p. 954.

<sup>10</sup> NUÑEZ, “Tratado de Derecho Penal”, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1988, p. 168.

constituiría una suerte de presunción de enmienda que evidencia la pérdida de sentido de aplicar una pena que tenga una finalidad correctiva o resocializadora<sup>11</sup>.

- El derecho a ser juzgado en un plazo razonable: tomando como base una postura contraria a los fundamentos anteriores, este argumento señala que el instituto en cuestión es un instrumento limitador del poder punitivo del Estado, en el que el efecto perjudicial del ejercicio de ese poder debe ser reducido mediante la aplicación de un límite temporal<sup>12</sup>. De esta manera, se le atribuye a la prescripción la función propia de garantizar el derecho de un imputado a ser juzgado en un plazo razonable<sup>13</sup>, derecho que se encuentra asimismo consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A su vez, esta fundamentación resulta coherente con la existencia de diversos plazos de prescripción, ya que este límite temporal se encuentra razonablemente vinculado a la magnitud de la escala penal prevista por la ley, en donde a mayor intensidad de la reacción, el Estado dispondría de un plazo más prolongado para llevar a cabo su persecución<sup>14</sup>.

En forma vinculada con los fundamentos de la prescripción, se discute asimismo si las normas que la regulan pertenecen al ámbito del derecho material, procesal o si pertenecen a ambas, siendo ésta última la postura dominante en la doctrina en la actualidad<sup>15</sup>.

Quienes defienden que la prescripción posee una naturaleza material argumentan que ello sería así pues se trata de un instituto que extingue la pretensión punitiva estatal y que implica un límite que el Estado se autoimpone declarando qué es punible y hasta cuándo, por lo que su regulación corresponde al derecho sustantivo.

Por otro lado, quienes consideran que posee una naturaleza netamente procesal, explican que ello se basa en que constituye un presupuesto del proceso que la acción penal no se haya extinguido, estando ligada generalmente esta corriente al fundamento vinculado con la imposibilidad o dificultad procesal de reconstruir el delito en virtud del tiempo transcurrido.

---

<sup>11</sup> D'ALESSIO, "Código Penal comentado y anotado: 2da edición actualizada y ampliada", 2009, p. 955.

<sup>12</sup> BINDER, "Justicia Penal y Estado de Derecho", Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 127-131.

<sup>13</sup> PASTOR, "Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal", Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 39.

<sup>14</sup> RIGHI, "Derecho penal: parte general", 2015, p. 488.

<sup>15</sup> CREUS, "Derecho penal. Parte general", 3º edición, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 383; PASTOR, "El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho", Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, pp. 451-452; RIGHI, "Derecho penal: parte general", 2015, pp. 485-489; D'ALESSIO, "Código Penal comentado y anotado: 2da edición actualizada y ampliada", 2009, pp 957-959; NUÑEZ, "Tratado de Derecho Penal", 1988, p. 173.

Finalmente, quienes le atribuyen una naturaleza mixta, destacan que se trata de una causa jurídico-material de extinción de la acción penal, pero que se encuentra prevista como un obstáculo procesal, tomando así nociones tanto del derecho material como del procesal.

Adoptar una postura u otra no tendría las mismas consecuencias, por ejemplo, en lo vinculado con el principio de legalidad y la garantía de irretroactividad de la ley. En este sentido, si se entiende que la naturaleza del instituto es material, se inclinarán por la vigencia de dicha garantía y considerarán como lesiva del principio de legalidad la aplicación a un hecho de la extensión de los plazos de prescripción dispuesta en una ley posterior. Por otro lado, si se entiende que su naturaleza es procesal, se podría admitir la aplicación retroactiva de nuevos plazos de prescripción<sup>16</sup>.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, señaló que la aplicación de una disposición legal más gravosa, posterior al hecho, que suspendía el plazo de la prescripción, era contraria al artículo 18 de la Constitución Nacional y que esa garantía “*comprende la exclusión de disposiciones penales posteriores al hecho infractor -leyes ex post facto- que impliquen empeorar las condiciones de los encausados*”<sup>17</sup>.

Sin embargo, se ha expuesto también que dicha distinción resulta irrelevante, toda vez que las dificultades que acarrea esta cuestión se deben a una separación artificial de la manifestación del poder punitivo en ámbitos estancos de contenido penal o procesal, debiendo considerarse como superada esta cuestión a partir de la actual tendencia doctrinaria a incluir bajo el manto del principio de legalidad a ciertas normas de carácter procesal y, particularmente, a las relativas a la prescripción de la acción.<sup>18</sup>

### C. Prescripción y derecho penal juvenil

Como fue reseñado, lo que se extingue por prescripción es tanto la pretensión penal estatal, como el poder de perseguir una sanción para los responsables de la comisión de una conducta ilícita disvaliosa ante los tribunales de justicia pertinentes.

De esta manera, considero que el fundamento de la prescripción podría interpretarse como el de operar, por un lado, como estímulo y, a su vez, como sanción

---

<sup>16</sup> BACIGALUPO, “Derecho penal. Parte general”, 2º edición, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 135.

<sup>17</sup> CSJN, “Miras, Guillermo S.A.C.I.F. c/ Administración Nacional de Aduanas”, 18 de octubre de 1973 (Fallos: 287:76), considerando n° 6.

<sup>18</sup> D’ALESSIO, “Código Penal comentado y anotado: 2da edición actualizada y ampliada”, 2009, p. 959.

en los agentes de la agencia judicial por el retardo en la ejecución de sus funciones o deberes.

Así, el instituto bajo análisis podría considerarse, por una parte, como un dispositivo realizador del derecho fundamental de toda persona de ser juzgada en un plazo razonable, y por otro, como un estímulo para la intervención y actuación tanto oportuna como efectiva del sistema, compelidos por la imposibilidad de obtener la aplicación del derecho material, luego de transcurrido el límite temporal impuesto por nuestro código de fondo<sup>19</sup>.

Por estos motivos, entiendo que el fundamento de la prescripción radica “en el derecho a la decisión del proceso en un plazo razonable, respecto del cual dicho instituto es un instrumento idóneo para hacerlo valer” (CSJN, Fallos 322:360), sumado a que el derecho de todo individuo a obtener un pronunciamiento definitivo en un plazo razonable encuentra su raíz en el respeto a la dignidad humana, en un contexto en el que el debido proceso adquiere la calidad de resguardo del imputado<sup>20</sup>.

En cuanto al instituto de la prescripción en sí, parecería que su regulación, como límite autoimpuesto a la potestad represiva que posee el Estado moderno, resulta ser un asunto de política criminal, que debe necesariamente ser delimitada por los órganos públicos competentes para ello y, en especial, por el Congreso Nacional.

De esta manera, el legislador, al establecer los distintos plazos de prescripción para las distintas infracciones a la ley penal, atendiendo a la gravedad de las mismas, toma en consideración la pena máxima imponible asociada al injusto típico, porque resulta lógico que la necesidad preventiva general de la pena disminuya por el paso del tiempo de forma directamente proporcional<sup>21</sup>.

Así las cosas, si existe una relación de proporcionalidad entre los plazos previstos para la prescripción de la acción penal, y el injusto reprochado al agente perseguido por el régimen penal, partiendo de la base de que la pena que se le podría aplicar a un menor de edad podría ser disminuida, entonces esa proporcionalidad de la respuesta estatal y de la movilización para la acción de los agentes estatales, debería ser también trasladada para el cómputo de los plazos de la extinción de la acción penal por el transcurso del tiempo.

---

<sup>19</sup> PASTOR, “Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal”, 1993, p. 46.

<sup>20</sup> LA ROSA, “La prescripción en el derecho penal”, 2008, p. 175.

<sup>21</sup> ROMERO VILLANUEVA, “La prescripción penal”, 2016, p. 111.

En este sentido, para fijar el término de prescripción de la acción penal, uno de los criterios razonables es la gravedad de la conducta, pero no es el único, en la medida en que, dentro del diseño de la política criminal estatal, el legislador puede determinar el término de prescripción a partir de otros criterios valorativos que, desde una perspectiva constitucional, sean igualmente válidos a las consideraciones de tipo dogmáticas o axiológicas<sup>22</sup>.

Aquí, entonces, es donde deberían efectivamente jugar un papel primordial las disposiciones específicas vinculadas con el régimen penal de la minoridad, a los fines de delimitar una política criminal que realmente las contemple.

Esta noción de proporcionalidad, encuentra también su correlato en la capacidad de culpabilidad disminuida que poseen los menores de edad, como corolario de los tintes de desarrollo madurativos incipientes que caracteriza a este grupo especialmente vulnerable, y particularmente en la valoración que debería realizarse en favor de ellos, tomando en consideración la forma distintiva en cómo estos sujetos de derecho logran concebir la percepción del paso del tiempo.

La cuestión subjetiva, entonces, de cómo este colectivo vulnerable vivencia las distintas etapas cronológicas del proceso no resulta para nada en un dato de escasa importancia. Por el contrario, se trata de uno de los temas donde más claramente se puede percibir la especificidad de la niñez como sujeto diferenciado de un adulto.

Así, es dable destacar que el tiempo es diferente para unos y para otros, por lo que se puede afirmar que no es lo mismo un año en la vida de un niño menor de edad, como lo es para una persona de cuarenta o cincuenta años. Como expresa la autora Mary Beloff: “(t)erritorio de la subjetividad y de la sensibilidad, el tiempo da sentido concreto a la idea de protección especial de la niñez, de considerar que los niños son niños”<sup>23</sup>.

El Comité de los Derechos del Niño, al elaborar la Observación General n° 10 “los derechos del niño en la justicia de menores”, expresamente destacó que “para los niños que tengan conflictos con la justicia, **el tiempo transcurrido entre la comisión de un delito y la respuesta definitiva a ese acto debe ser lo más breve posible.**

---

<sup>22</sup> ROMERO VILLANUEVA, “La prescripción penal”, 2016, p. 112.

<sup>23</sup> BELOFF, “Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección de la niñez en América Latina”, en DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia*, La Ley, Buenos Aires, 2008 p. 380.



Cuanto más tiempo pase, tanto más probable será que la respuesta pierda su efecto positivo y pedagógico y que el niño resulte estigmatizado”<sup>24</sup> (el resaltado me pertenece).

En ese sentido, enfatizaron que “(e)l Comité recomienda que los Estados Partes fijen y respeten plazos con respecto al tiempo que puede transcurrir desde que se comete un delito y concluye la investigación policial, el fiscal (u otro órgano competente) decide presentar cargos contra el menor y el tribunal u otro órgano judicial competente dictan sentencia definitiva. **Estos plazos deben ser más cortos que los establecidos para adultos.** Pero al mismo tiempo, las decisiones que se adoptan sin demora deben ser el resultado de un proceso en el que se respeten plenamente los derechos humanos del niño y las garantías legales”<sup>25</sup> (el resaltado me pertenece).

Sumado a ello y con posterioridad, dicho Comité, en la Observación General n° 14 “sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, expuso que “**(l)os niños y los adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo.** Los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños. Por tanto, conviene dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o les afectan y **ultimarlos en el menor tiempo posible.** El momento en que se tome la decisión debe corresponder, en la medida de lo posible, con la percepción del niño de cómo puede beneficiarle, y las decisiones tomadas deben examinarse a intervalos razonables, a medida que el niño se desarrolla y evoluciona su capacidad para expresar su opinión”<sup>26</sup> (el resaltado me pertenece).

Estas expresiones fueron asimismo ratificadas por el Comité en la Observación General n° 24 “relativa a los derechos del niño en el sistema penal juvenil”, donde nuevamente pusieron de resalto que el tiempo transcurrido entre la comisión del delito y la finalización de las actuaciones debe ser lo más breve posible, y que los plazos contabilizados dentro del proceso penal deben ser mucho más cortos que los establecidos para los adultos, pero respetando plenamente sus garantías jurídicas<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Generales N° 10 “los derechos del niño en la justicia de menores” CRC/C/CG/10 del 25 de abril de 2007, párrafo n° 51.

<sup>25</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Generales N° 10 “los derechos del niño en la justicia de menores” CRC/C/CG/10 del 25 de abril de 2007, párrafo n° 52.

<sup>26</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 “el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial” CRC/C/CG/14 del 29 de mayo de 2013, párrafo n° 93.

<sup>27</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 24 “relativa a los derechos del niño en el sistema penal juvenil” CRC/C/CG/24 del 18 de septiembre de 2019, párrafos n° 54 y 55.



En definitiva, y como corolario de lo aquí desarrollado, destacó también el Comité que **“la respuesta que se dé al delito debe ser siempre proporcionada no sólo a las circunstancias y la gravedad de este, sino también a las circunstancias personales** (la edad, la menor culpabilidad, las circunstancias y necesidades del niño, incluidas, si procede, las necesidades relativas a su salud mental), así como a las diversas necesidades de la sociedad, especialmente a largo plazo. La aplicación de un método estrictamente punitivo no se ajusta a los principios básicos de la justicia juvenil enunciados en el artículo 40, párrafo 1, de la Convención. **Cuando un niño cometa un delito grave, se podrá considerar la aplicación de medidas proporcionales a las circunstancias del infractor y a la gravedad del hecho, y se tomará en consideración la necesidad de seguridad pública y de sanciones.** Se debe tener en cuenta el interés superior del niño como consideración primordial, así como la necesidad de promover su reintegración en la sociedad”<sup>28</sup> (el resaltado me pertenece).

En consecuencia, es que considero que la tesis que entiende que la prescripción de la acción penal en los procesos seguidos a menores de edad debería establecerse de conformidad con el *quantum* de pena que les podría corresponder, en definitiva, es la que mejor se ajusta a los cánones convencionales y constitucionales que rigen dentro del régimen penal juvenil, principalmente como corolario de la idea del interés superior del niño, los caracteres de especialidad y de proporcionalidad y del principio *pro homine*.

Así las cosas, si en cualquier Estado constitucionalizado donde exista un programa de derechos humanos mínimo, el poder se concibe como limitado y una de esas limitaciones es la prescripción<sup>29</sup>, tiene absoluta coherencia lógica y normativa que en los procesos seguidos a niños, niñas y adolescentes, donde el poder estatal se reputa como limitado en una mayor medida que en el resto de los procedimientos, este tipo de extinción de la acción penal se produzca dentro de un lapso diferenciado, operando entonces este instituto como estímulo y como sanción para regular y acelerar la actividad de los agentes judiciales que intervengan.

Entonces, habiendo explicado la vinculación existente entre el instituto de la prescripción de la acción penal y la pena que se podría imponer en estos casos, resulta determinante establecer cuál es la escala penal aplicable a los procesos del régimen de la minoridad, a los fines de poder calcular el término de su prescripción.

---

<sup>28</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 24 “relativa a los derechos del niño en el sistema penal juvenil” CRC/C/CG/24 del 18 de septiembre de 2019, párrafo 76.

<sup>29</sup>LA ROSA, “La prescripción en el derecho penal”, 2008 p. 87.

Ello resulta de suma importancia, puesto que, si la escala penal aplicable será siempre reducida, entonces el término para que opere la prescripción también deberá serlo. Por el contrario, si la escala penal no debe necesariamente ser reducida, entonces no resulta posible determinar la prescripción de la acción de acuerdo a la escala reducida al menos hasta que recaiga una decisión sobre la necesidad de imponer pena y, en caso afirmativo, sobre la escala sobre la cual ésta debe ser calculada.



Universidad de  
**San Andrés**

#### D. Jurisprudencia sobre la materia

La postura plasmada en el presente trabajo de tesis, si bien no resulta del todo novedosa, tampoco por ello ha perdido virtualidad su análisis, puesto que aún se encuentra discutida, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional.

En este marco, yendo al ámbito específico de la praxis judicial doméstica, y en particular del fuero nacional, no puede pasarse por alto que tal solución ya ha sido adoptada por diferentes órganos jurisdiccionales. He aquí algunos ejemplos.

El Tribunal Oral de Menores N° 1 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el precedente “O.J.G.B.”<sup>30</sup>, con voto de los jueces Pablo Jantus y Pablo Laufer, al momento de resolver un pedido de prescripción de la acción penal en un proceso juvenil, tomando en cuenta la doctrina emanada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes “Maldonado”<sup>31</sup> y “García Méndez”<sup>32</sup>, entendió que la Ley n° 22.278 sólo es constitucional si se la interpreta desde la Convención sobre los Derechos del Niño, resaltando que en “Maldonado” nuestro Más Alto Tribunal específicamente estableció que la respuesta jurídica que el Estado debe dar a delitos cometidos por menores de dieciocho años debe ser necesariamente diferente a la de los adultos, dada la menor capacidad de culpabilidad que tienen los adolescentes o los individuos de esa franja etaria.

En ese marco, entonces, los magistrados del Tribunal Oral de Menores N° 1 resolvieron que “la reducción de la ley 22.278, interpretada desde los artículos 3, 37 y 40 de la Convención, debe ser obligatoria y, por lo tanto, los plazos de prescripción se deben contar con la reducción de la tentativa”.

Por su parte, la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el precedente “A.E.S.”<sup>33</sup>, con voto de las juezas María Laura Garrigós de Rébora y Mirta López González y disidencia parcial del juez Rodolfo Pociello Argerich, a la hora de revisar el recurso de apelación interpuesto por los imputados del proceso a raíz del rechazo de su planteo de prescripción de la acción penal, resolvieron revocar la resolución impugnada, tener por

---

<sup>30</sup> TOM N° 1, causa Nro. 1791, caratulada “O.J.G.B.”, 19 de septiembre de 2006.

<sup>31</sup> CSJN, “Maldonado, Daniel Enrique y otros s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”, 7 de diciembre de 2005 (Fallos: 328:4343).

<sup>32</sup> CSJN, “García Méndez, Emilio y Musa Laura Cristina s/ causa n° 7537”, 2 de diciembre de 2008 (G. 147. XLIV.).

<sup>33</sup> CNACC, Sala V, causa n° 475/2012, caratulada “A.E.S. y otros s/ incidente de prescripción de la acción penal”, 5 de junio de 2012.

prescripta la acción penal en favor de sus peticionantes y, en consecuencia, disponer su sobreseimiento.

Para ello, las juezas resaltaron que el planteo debía ser analizado a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño y el asunto debía ser resuelto bajo esa óptica y con los beneficios que prevé el régimen allí dispuesto.

En este aspecto, destacaron que “(l)a condición de menor al momento de comisión de un hecho y, por ende, el *quantum* punitivo atenuado que se fija para el caso de establecer la responsabilidad penal es una obligación constitucional derivada del art. 40, inciso 1° de la Convención, del principio de culpabilidad y del art. 41 del Código Penal” y que “si el parámetro que se toma con respecto a la prescripción de la acción es el monto de la pena, es razonable aplicar la reducción contemplada por la legislación específica para analizar la extinción de la acción penal, ya que este instituto es de orden público y debe aplicarse durante todo el trámite de la causa y no simplemente en la etapa de juicio, tal como ocurre con los adultos”.

De esta manera, las magistradas entendieron que la reducción aplicada a los menores de edad a la hora de realizar el cómputo de pena que les correspondería, debe jugar en favor de los acusados, tanto para morigerar su hipotética condena, así como también a los fines de la contabilización para el instituto de la prescripción.

A su vez, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el precedente “Falconi Talavera”<sup>34</sup>, con voto de los jueces Pablo Jantus y Carlos Alberto Mahiques y disidencia del juez Mario Magariños, a la hora de revisar el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado frente al rechazo de su pretensión de prescripción de la acción penal, resolvieron casar la resolución impugnada, declarar extinguida la acción penal respecto de Falconi Talavera y, en consecuencia, dictar su sobreseimiento.

Para ello, el voto del juez Jantus -al que adhirió el juez Mahiques- recordó lo resuelto en el precedente “O.J.G.B.” -previamente reseñado- cuando era juez de menores, a los fines de tener en cuenta los parámetros que se extraen de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como también los criterios expuestos por la Corte Suprema en los precedentes “Maldonado” y “García Méndez”, para entender que los plazos para la prescripción de la acción penal en el caso de los procesos seguidos a menores de edad deben contabilizarse de conformidad con la escala penal imputada

---

<sup>34</sup> CNCCC, Sala III, causa n° 500000314/2009/TO1/CNC1, caratulada “Falconi Talavera, Ricardo Billy Jhou s/ abuso deshonesto”, 27 de septiembre de 2016 (Registro n° 765/2016).

pero reducida a la figura de la tentativa, como correcta interpretación armónica de lo normado por el artículo 4° de la Ley n° 22.278 y de las disposiciones constitucionales y *supra* nacionales.

Sin perjuicio de lo expuesto, como ya lo he mencionado, esta postura no resulta ni del todo novedosa, ni tampoco ha perdido virtualidad su análisis, puesto que existen posiciones encontradas incluso en nuestra jurisprudencia. Como ejemplo de ello, podemos encontrar los votos disidentes en algunos de los precedentes ya reseñados.

Así, en el fallo “A.E.S.” de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, el juez Rodolfo Pociello Argerich, en su disidencia, explica que la prescripción de la acción penal no corresponde que sea disminuida, toda vez que la reducción del *quantum* de pena aplicable a los menores de edad puede ser la regla para resolver pero de ningún modo resulta obligatoria para los jueces de menores, destacando que, si bien es posible argumentar que esa disminución puede ser interpretada como un mandato constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación la ha considerado como una regla pero no la ha investido de carácter obligatorio.

Por su parte, en el precedente “Falconi Talavera” de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, el juez Mario Magariños, sin adentrarse en el fondo de la cuestión, entiende que no hay perjuicio en que una persona continúe sometida a proceso mediante el rechazo de su pretensión extintiva por prescripción, para luego expedirse también en forma negativa al pedido de la defensa del imputado, a modo de *obiter dictum*, por resaltar que podría caberle la aplicación de una calificación más gravosa, lo que debería ser dilucidado en el juicio oral y público.

A su vez, la Sala IV de la -ex- Cámara Nacional de Casación Penal, en el precedente “B.J.”<sup>35</sup>, con voto de los jueces Gustavo Hornos y Mariano González Palazzo y disidencia del juez Augusto Díaz Ojeda, resolvió declarar mal concedido el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado contra la resolución del Tribunal Oral de Menores N° 3 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que había resuelto no hacer lugar a la excepción de falta de acción promovida por esa parte.

Si bien en esas actuaciones lo que se venía discutiendo era una petición incoada por la defensa de prescripción de la acción penal por violación al plazo razonable que debía tener el proceso, para resolver de esa manera, el voto del juez Gustavo Hornos -al que adhirió el juez Mariano González Palazzo- refirió que no existía en el caso una

---

<sup>35</sup> CNCP, Sala IV, causa n° 9868, caratulada “B.J. s/ recurso de casación”, 15 de diciembre de 2008.

demora tal que permitiera calificar de evidentemente irrazonable el plazo que ha demandado y, en lo atinente a la materia aquí analizada, contabilizó los plazos de la figura delictiva imputada sin aplicar la reducción que se viene propugnando para exponer que la acción penal no había fenecido.

En este sentido, el magistrado expresó que “(f)inalmente, habré de señalar que el imputado B., por encontrarse sujeto al régimen minoril, la eventual pena a aplicar en caso de ser necesaria podría ser reducida en los términos de la tentativa, tal como reza el art. 4° de la Ley 22.278, coincido con el "a quo" en cuanto a que no es ésta la oportunidad procesal para entrar en el mérito, ya que la aplicación o no del canon mencionado deberá resolverse al momento de la sentencia, y a la luz del resultado del tratamiento tutelar”.

De la lectura que antecede, entonces, es posible entrever que la postura adoptada por el magistrado en alguna medida resulta -o podría resultar- contraria a la adoptada en el presente trabajo de investigación.

Ello, toda vez que lo que se busca aplicar es una figura reducida desde un principio a los fines de contabilizar los plazos de la prescripción de la acción penal, y no que éste se vea realizado una vez que se haya declarado penalmente responsable al menor en conflicto con la ley penal, para luego refrendar el éxito o no del tratamiento tutelar impuesto, y recién al momento de aplicar efectivamente una sanción, analizar si la acción penal se encuentra prescripta o no, lo que sería violatorio de la garantía del plazo razonable.

Dicho de otra manera, el magistrado parecería estar encerrando la posibilidad de que primero debería imponerse una sanción penal para luego verificar si la misma se encuentra fenecida -sin explayarse en el caso sobre qué base tomaría para efectuar ese cómputo, si la figura reducida o la que se aplique en concreto en el caso-, lo que sería un contrasentido, sumado al dispendio jurisdiccional que ocasionaría para un expediente, agotar todas las instancias procesales para luego verificar si se encuentra todavía vigente la acción penal o no.

## E. Derecho comparado

### Chile

En la República de Chile, el Código Penal establece en su artículo 93, inciso 6°, que la responsabilidad penal se extingue por la prescripción de la acción penal, y en su artículo 94 establece los plazos para que el instituto opere, pero sin realizar ninguna salvedad respecto de los menores de edad.

Sin embargo, dicho país contiene una ley específica vinculada con este grupo: la Ley n° 20.084 del año 2005, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, en su artículo 5°, incorpora plazos para que opere la prescripción de la acción penal, que resultan ser considerablemente más acotados que los del resto de los procesos criminales seguidos a adultos.

### Bolivia

En el Estado Plurinacional de Bolivia, el Código Penal establece en su artículo 100, inciso 3°, que la potestad para ejercer la acción penal se extingue por la prescripción, y en su artículo 101 establece los plazos para que el instituto opere, pero sin hacer diferencias en cuanto a la minoridad.

A pesar de ello, dicho país también contiene una ley específica para este colectivo: la Ley n° 548 del año 2014, que establece un código para las niñas, niños y adolescentes, en su artículo 284, establece plazos para que opere la prescripción de la acción penal, que resultan ser sumamente inferiores a los plazos del resto de los procesos.

### Brasil

En la República Federativa de Brasil, el Código Penal en su artículo 107, inciso IV, establece que la punibilidad se extingue por la prescripción, y en su artículo 109 contiene los plazos para que el instituto opere, resaltando que en su artículo 115 dispone una reducción a la mitad de esos plazos para los casos cometidos por menores de veintiún años.

Asimismo, dicho país posee una ley específica para los menores de edad: la Ley n° 8069 del año 1990, que establece un estatuto para los niños y adolescentes, que no contiene disposiciones específicas vinculadas con la prescripción de la acción penal,



pero que, en su artículo 152, remite subsidiariamente a la aplicación de las legislaciones penales y procesales penales correspondientes, que sí las contienen.

### Uruguay

En la República Oriental del Uruguay, el Código Penal en su artículo 117, establece los plazos para que el instituto de la prescripción opere, pero sin hacer diferencias en cuanto a los menores de edad.

Sin embargo, posee una ley específica: la Ley n° 17823 del año 2004, que establece un código de la niñez y adolescencia, en su artículo 103 incorpora plazos específicos para que opere en esos casos la prescripción de la acción penal, que son considerablemente inferiores.

### Perú

En la República del Perú, el Código Penal en su artículo 78, inciso 1°, establece que la acción penal se extingue por la prescripción, y en su artículo 80 detalla los plazos para que el instituto opere, destacando que en su artículo 81 incorpora una reducción a la mitad de esos plazos para los delitos cometidos por menores de veintiún años.

Asimismo, dicho país tiene una ley específica para los menores de edad: la Ley n° 27.337 del año 2000, que establece un código de los niños y adolescentes, en su artículo 222 destaca plazos de prescripción específicos para los menores de edad que resultan aún más acotados.

### Paraguay

En la República del Paraguay, el Código Penal en su artículo 102 establece los plazos para que opere la prescripción de la acción penal, sin realizar distinciones en cuanto a los delitos cometidos por la minoridad, destacando que su artículo 12 resalta que las disposiciones de este código serán aplicables a los hechos cometidos por menores de edad.

Sumado a ello, dicho país tiene una ley especial para los jóvenes: la Ley n° 1680/01 del año 2001, que establece un código de la niñez y la adolescencia, en su artículo 221 reconoce un régimen específico de prescripción para los menores de edad.



### Alemania

En la República Federal de Alemania, el Código Penal, en su artículo §78 establece los plazos para que opere la prescripción de la acción penal, sin realizar ningún distingo en cuanto al régimen de la minoridad.

Por otro lado, si bien tiene dictada una serie de leyes vinculadas con los menores de edad (por ejemplo la Ley de Asistencia a Niños y Jóvenes *-en Alemán KJHG-* e incorporada en el Código Social *-SGB-*; o la Ley de Protección de Menores que regula la protección de los menores en público o frente a los medios de comunicación), y ha suscripto la Convención sobre los Derechos del Niño, comprometiéndose a adaptar sus leyes y políticas a la convención, al día de la fecha no ha dictado una ley específica para los menores de edad.

En este punto, la discusión que se da actualmente en ese país es la de incluir los derechos del niño en su Constitución, sin que se vea una pugna por formalizar los derechos y garantías en una ley específica.

### España

En el Reino de España, el Código Penal en su artículo 130, inciso 6°, establece que la responsabilidad criminal se extingue por la prescripción del delito, y en su artículo 131 incorpora los plazos para que opere el instituto, sin realizar distinción alguna en cuanto al régimen de la minoridad.

Sin embargo, contiene una ley específica para este grupo: la Ley Orgánica n° 5/2000 del año 2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en su artículo 15, incluye plazos diferenciados para las niñas, niños y adolescentes, con excepción de los delitos que tengan penas iguales o superiores a los quince años, en cuyo caso se aplican las disposiciones generales del Código Penal.

### **III. Determinación de la escala penal en el régimen penal juvenil.**

Conforme ya fue reseñado con anterioridad, existe una estrecha vinculación entre el instituto de la prescripción de la acción penal y la pena.

Por ello, es posible entrever una relación de proporcionalidad entre los plazos previstos normativamente para la prescripción de la acción penal y el delito reprochado,

tomando como base para ello la pena máxima imponible asociada a al injusto típico, de conformidad con el artículo 62, inciso 2, de nuestro código de fondo.

En este sentido, resulta de suma importancia lograr definir cuál es esa “pena máxima” a la que hace referencia el artículo de mención, como paso lógico necesario para poder identificar cuál es el término de la prescripción que operaría en el caso.

De esta manera, si la escala penal aplicable será siempre reducida, entonces el término para que opere la prescripción también deberá serlo. Por el contrario, si la escala penal aplicable no resulta reducida en ninguna medida, entonces el término de la prescripción tampoco lo será, por lo que deberá contabilizarse a partir de la figura típica abstracta.

En el presente acápite, entonces, examinaré uno de los temas centrales que hacen a la materia bajo estudio, como lo es la determinación de la escala penal aplicable en el régimen de la minoridad.

Para poder determinarla, analizaré los principios rectores del régimen penal juvenil, las características específicas que hacen a este grupo especialmente vulnerable y la evolución normativa que tuvo este régimen.

De esta manera, realizaré un desglose de los lineamientos de la Ley n° 22.278 que establece específicamente el régimen penal de la minoridad y en especial de su artículo 4°, en conjunto con lo desarrollado por nuestro Alto Tribunal en el precedente “Maldonado”, los cuales resultan de suma importancia para poder delimitar concretamente cuál es la pena que le podría caber a un menor de edad sometido a proceso.

#### A. Marco normativo internacional y los estándares que de allí se desprenden.

El régimen penal de menores tiene como referente y principal marco normativo a la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce los derechos y garantías que amparan a los niños, niñas y adolescentes, como grupo especialmente vulnerable que necesita ser protegido.

La Convención sobre los Derechos del Niño presenta una conjunción de principios y garantías en favor de este grupo, cuyo eje central gira en torno del “interés

superior del niño”<sup>36</sup> como medida de sustentabilidad del sistema de protección de los menores.

Se trata de un instrumento de derechos humanos ampliamente ratificado a nivel internacional, y que abarca la totalidad de los derechos fundamentales, es decir, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

En la Observación General n° 14 sobre “el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, el Comité de los Derechos del Niño destaca que éste se trata de uno de los principios generales de la Convención sobre los Derechos del Niño y que debe aplicarse como un concepto dinámico cuya evaluación adecuada varía según el contexto, repercutiendo directamente en los procesos judiciales que afecten a uno o varios niños en concreto, reseñando que los objetivos tradicionales de la justicia penal (represión o castigo) deben ser sustituidos por aquellos que se ajustan a la protección de este principio (rehabilitación y justicia restaurativa)<sup>37</sup>.

La Opinión Consultiva n° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresa que el interés superior del niño resulta un principio regulador de la normativa de los derechos del niño que se funda en la dignidad del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos<sup>38</sup>, y que debe ser tomado como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos sus derechos, permitiendo el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades, como ya venía sosteniendo la Convención sobre los Derechos del Niño de 1959<sup>39</sup>.

Así, este interés superior debe ser entendido normativamente como “la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley”<sup>40</sup>.

Por otro lado, a la hora de enmarcar las normas a las que debemos acudir frente a la situación de un menor de edad en conflicto con la ley penal, es preciso apelar a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (“Reglas de Beijing”), que tratan aspectos importantes que hacen a una

---

<sup>36</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989, artículos n° 3, 9, 18, 21, 37 y 40.

<sup>37</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 14 “el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial” CRC/C/CG/14 del 29 de mayo de 2013, párrafos n° 1, 6, 10, 11 y 28.

<sup>38</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, párrafo n° 56.

<sup>39</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, párrafo n° 59.

<sup>40</sup> CILLERO BRUÑOL, “La responsabilidad penal de los adolescentes y el interés superior del niño. ¿Complemento o contradicción?”, en GARCÍA MÉNDEZ (comp.), *Infancia, ley y democracia*, Del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 37.

administración de justicia de menores más eficaz y humanitaria, al conceder algunas facultades discrecionales en los procesos, que permitan tomar las medidas más adecuadas al caso, adoptando el dinamismo propio del mencionado “interés superior del niño”, mediante el otorgamiento de un margen discrecional para las funciones de los jueces de la minoridad<sup>41</sup>, con un enfoque orientado siempre en el bienestar de los menores, garantizando una respuesta proporcional por parte de las autoridades estatales<sup>42</sup>.

En consonancia con ellas, se expresan las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de su libertad (“Reglas de RIAD”), donde se destaca como perspectiva fundamental que el sistema de justicia de menores deberá fomentar el bienestar de éstos, garantizando siempre su sano desarrollo tanto físico como mental<sup>43</sup>.

Otras normas que conforman el plexo normativo aplicable a este grupo especial a nivel internacional son: 1- las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (“Directrices de RIAD”), vinculadas con una serie de medidas de carácter general que los Estados deben adoptar enfocadas a la sociedad en su conjunto; 2- las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (“Reglas de Tokio”), que contienen principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como también salvaguardas mínimas para los casos donde se aplican medidas sustitutivas de la prisión; y 3- las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, que incluye específicamente a los menores de edad como grupo especialmente vulnerable, y que se encuentran destinadas a englobar un conjunto de medidas que les permitan el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

#### B. Los niños, niñas y adolescentes como grupo social especialmente vulnerable.

Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad destacan entre los grupos de personas vulnerables, específicamente a aquellas en razón de la “edad”, a los niños, niñas y adolescentes.

---

<sup>41</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Reglas mínimas para la administración de justicia de menores, (“Reglas de Beijing”), del 28 de noviembre de 1985, regla n° 6.

<sup>42</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Reglas mínimas para la administración de justicia de menores, (“Reglas de Beijing”), del 28 de noviembre de 1985, regla n° 5.

<sup>43</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Reglas para la protección de los menores privados de su libertad, del 14 de diciembre de 1990, reglas n° 1 y 28.

En este sentido, resaltan que “todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo”<sup>44</sup>.

De esta manera, se entiende que los menores de edad constituyen un grupo social especialmente vulnerable, al tratarse de individuos en pleno, complejo y diferencial desarrollo madurativo, hasta que logren alcanzar una plena capacidad y autonomía durante su mayoría de edad, por lo que se les reconocen los mismos derechos humanos que posee cualquier persona adulta, sumado a un *plus* que se deriva de su condición particular<sup>45</sup>.

En virtud de esa “especialidad” que posee el sistema juvenil, es que nos encontramos con determinados derechos humanos, que les son dados por su condición particular y que no estarían vigentes si fueran adultos, tales como el derecho a la educación, a la recreación, al juego, a mantener contacto con sus progenitores, entre otros, a los que se le suman las medidas de protección especial, que todo ordenamiento jurídico debe elaborar y disponer para que esta diferenciación pueda verse plasmada en un plano práctico -y real-, es decir, que no sea pura y exclusivamente teórico, teniendo en cuenta que, en virtud de su inmadurez y vulnerabilidad, se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos.

Esta concepción ya viene recogida en los preámbulos de la Declaración de los Derechos del Niño –y en la Convención sobre los Derechos del Niño que la toma nuevamente en consideración- al resaltar que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”<sup>46</sup>.

Por su parte, la Opinión Consultiva n° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos destaca la existencia de un principio universal de protección especial de la niñez, al hallarse esta población en una posición desventajosa y de mayor vulnerabilidad frente a otros sectores, enfrentando necesidades específicas de ese colectivo<sup>47</sup>. Asimismo, pone de resalto que se encuentran en una situación especial por la que, en

---

<sup>44</sup> XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, de los días 4 a 6 de marzo de 2008, regla n° 5.

<sup>45</sup> HERRERA, “De la 10.903 a la 26.061: un arduo camino por recorrer. La tensión especialidad vs. “niñología” como debate pendiente”, en GUEMUREMAN (dir.), *Políticas penales y de seguridad dirigidas hacia adolescentes y jóvenes*, 2015, p. 81.

<sup>46</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1959.

<sup>47</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, apartado n° 15, “f”.

razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren una mayor protección que garantice el ejercicio pleno y real de sus derechos con respecto al Estado<sup>48</sup>.

Desde el punto de vista de la neurociencia, evidencias científicas demuestran que los adolescentes no presentan la misma capacidad judicial, ni el mismo control de impulsos y tampoco poseen la misma habilidad para medir los riesgos de sus acciones a largo plazo que los adultos.

En esta línea, modernos estudios en neuroimágenes señalaron que las regiones frontales, encargadas de controlar y valorar dichas conductas, no se encuentran completamente desarrolladas hasta el final de la adolescencia<sup>49</sup>.

En este sentido, se ha afirmado que el comportamiento de los adolescentes suele ser más impulsivo, tomando decisiones de forma diferente a los adultos, sobrevalorando los riesgos a corto plazo por sobre las consecuencias a largo plazo de sus acciones, lo que los predispone en mayor medida a conductas de riesgo<sup>50</sup>, por lo que es posible reseñar que no tienen el mismo grado de madurez emocional que una persona adulta.

De esta manera, es posible entrever que la manera en que los menores de edad toman sus decisiones, los juicios que realizan y la expresión de sus emociones, son diferentes a la de los adultos, ya que su cerebro también resulta ser diferente. Todo esto tiene que ser necesariamente valorado dentro de un sistema penal que se precie de velar especialmente por los derechos y garantías de este grupo vulnerable.

### C. Ley 10.903 y Ley 26.061. Del paternalismo al sistema de protección integral.

El régimen juvenil en nuestro país tiene sus orígenes en el año 1919 con el dictado de la Ley de Patronato de Menores –Ley n° 10.903-, cuya característica principal era que imponía en cabeza de los jueces (nacionales o provinciales) la protección de los menores de edad.

No se trata de una ley de corte específicamente penal, sino que establece un régimen general aplicable a este grupo de individuos, que contiene reformas tanto a la

---

<sup>48</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, apartado n° 93.

<sup>49</sup> GIEDD, “Structural magnetic resonance imaging of the adolescent brain” en *Annals of the New York Academy of Sciences*, Vol. 1021, Issue 1, 2004, p. 77. (<https://nyaspubs.onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1196/annals.1308.009>; última visita: 26/6/2022).

<sup>50</sup> PFEIFER *et al.*, “Entering Adolescence: Resistance to Peer Influence, Risky Behavior, and Neural Changes in Emotion Reactivity”, *Neuron Journal*, Vol. 69, Issue 5, 2011, p. 1029 (<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3840168/>; última visita: 26/6/2022).



concepción civilista existente hasta el momento de la patria potestad, como del procedimiento criminal en su conjunto.

Así, esta ley profundizó la intervención estatal, al ampliar las causas por las cuales los responsables de los jóvenes podrían ver afectado su derecho a la patria potestad y sentó las bases para el régimen penal de los menores de dieciochos años de edad con una suerte de procedimiento diferenciado del de los mayores de edad.

En el marco de ese patronato estatal, los jueces debían atender a la salud, seguridad, educación moral e intelectual del menor, proveyendo su tutela<sup>51</sup>, lo que significaba que, ante una situación de riesgo o desamparo juvenil, los niños, niñas o adolescentes, quedaban bajo la tutela del juez de familia, como encargado de velar por su protección integral.

Asimismo, la denominada “Ley Agote” imponía a los jueces de la jurisdicción criminal y correccional de todo el territorio nacional, la obligación de disponer preventivamente del menor de dieciocho años, ya sea acusado o víctima de la comisión de un delito, en caso de considerar se encontraba en un estado de abandono material o moral, o en peligro moral, por tiempo indeterminado y hasta los veintiún años de edad<sup>52</sup>.

Esta disposición preventiva podía ser facultativa para ese juez en los casos en los que los menores hayan sido sobreseídos o absueltos, o incluso cuando se resolvía definitivamente un proceso en que un menor de edad haya sido víctima de un delito<sup>53</sup>.

Este antecedente normativo encontró sus bases en un diseño a partir del cual los órganos estatales debían actuar sobre ese grupo vulnerable, concentrando la tutela de los menores en cabeza de los juzgados de familia, a los fines de prevenir una futura delincuencia por parte de esa población, que era en la época considerada como potencialmente riesgosa, para poder velar por la paz y la seguridad social de la sociedad en su conjunto.

Ello, se ve reforzado con el lenguaje utilizado por la Ley n° 10.903, al reseñar qué es lo que se debía entender por abandono material o moral, o por peligro moral, en donde se encuentran ejemplos y definiciones tales como la “mendicidad o vagancia del menor”, “frecuentación a sitios inmorales” o “con gente viciosa o de mal vivir”, o que se dediquen a la venta en la vía pública lejos de la vigilancia de sus padres.

---

<sup>51</sup> Ley n° 10.903, “Patronato de menores”, sancionada el 21 de octubre de 1919 por el Congreso Nacional y publicada en el Boletín Oficial el 27 de octubre de 1919, artículo 4°.

<sup>52</sup> Ley n° 10.903, “Patronato de menores”, sancionada el 21 de octubre de 1919 por el Congreso Nacional y publicada en el Boletín Oficial el 27 de octubre de 1919, artículo 14°.

<sup>53</sup> Ley n° 10.903, “Patronato de menores”, sancionada el 21 de octubre de 1919 por el Congreso Nacional y publicada en el Boletín Oficial el 27 de octubre de 1919, artículo 15°.

De esta manera, se le brindó un encuadre jurídico a la situación de “peligrosidad” que esos menores de edad presentaban, definiendo cuáles eran las causales y qué es lo que se entendía por las nociones de “abandono material o moral”.

No resulta un dato de escasa importancia, ya que, a partir de aquellas, el Estado podía intervenir la patria potestad de sus progenitores, para así separarlos de los menores y hacer entrega a otra persona “honesta” o disponer su internación en un establecimiento, incluso hasta los veintiún años de edad. En estos casos, las decisiones eran tomadas desde el ámbito judicial y administrativo, sin contemplar la opinión de los principales involucrados<sup>54</sup>.

En 1980 se sanciona la Ley n° 22.278, que fija el régimen penal de la minoridad, y que suscribe las concepciones que ya habían sido plasmadas en la Ley n° 14.394 - promulgada en el año 1954- a partir de las cuales los menores de edad deben ser sustraídos del Código Penal para poder enmarcarlos en un régimen especial y diferenciado. A su vez, el antecedente de 1954 ya había traído la noción de la facultad discrecional de los jueces para disminuir el *quantum* de pena aplicable a un menor por una infracción a la ley penal.

A diferencia del régimen anterior, que priorizaba la “protección” –o mejor dicho “prevención”- de los menores, la nueva ley de 1980 facultó a los jueces a disponer de los menores en caso de abandono o peligro material o moral, pero requiriendo que sea mediante un auto debidamente fundado y con audiencia previa de los padres, tutores o guardadores. Sin embargo, se trata también aquí de un modelo que continúa promoviendo la noción de la necesidad de intervención tutelar sobre los jóvenes, quienes son vistos todavía como un objeto de protección y no reconocidos aún como plenos sujetos de derecho individuales y autónomos.

Con el correr de los años, se generó un desfase entre el modelo existente de patronato de menores y los avances que a nivel internacional se produjeron en el marco de creación de diversos instrumentos que instaron a la promoción y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y que generaron una presión importante a nivel global para que se promulguen en los distintos países, nuevas leyes que recepten esos modelos de tinte más progresivos, culminando con la aprobación por parte de la República Argentina de la Convención sobre los Derechos del Niño.

---

<sup>54</sup> HERRERA, “De la 10.903 a la 26.061: un arduo camino por recorrer. La tensión especialidad vs. “niñología” como debate pendiente”, en GUEMUREMAN (dir.), *Políticas penales y de seguridad dirigidas hacia adolescentes y jóvenes*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 68.



Luego de transcurrida una década, en nuestro país entra en vigor en el año 2005 la Ley n° 26.061 –Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes- que llega finalmente para derogar, entre otras cosas, a la Ley n° 10.903 y crear así un sistema de protección integral de la minoridad, compuesto por organismos administrativos y judiciales especializados, otorgando un rol central al fortalecimiento familiar y tomando como norte a la Convención sobre los Derechos del Niño, a la cual considera como de aplicación obligatoria, resaltando que esos derechos y garantías resultan ser de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles<sup>55</sup>.

Esta normativa pasa a ser el primer documento legal en nuestro país que define qué es aquello que debe entenderse por “interés superior del niño” y para ello toma en consideración su condición de sujeto de derecho, su desarrollo personal dentro de su medio familiar, social y cultural, así como también su edad, su grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás cuestiones personales, que también tienen consecuencias en el ámbito penal<sup>56</sup>.

De esta manera, el menor de edad deja de ser meramente un objeto de la tutela estatal para pasar a ser un sujeto de derecho propiamente dicho, con todos los derechos y garantías que ello implica, sumado a un plus de aquellos que les corresponden en razón de su especificidad. Entre ellas, pone de manifiesto el derecho que poseen a opinar y a ser oídos, así como también a participar activamente de las resoluciones que los afecten e incluso impugnarlas para que puedan ser revisadas por un tribunal superior, entre muchas otras.

Por otro lado, al efectuar una remisión directa a la Convención sobre los Derechos del Niño, se abre el abanico a la totalidad de los derechos y garantías allí establecidos, a partir de los cuales se reconoce, por ejemplo, la especialidad en materia criminal, con autoridades e instituciones específicas para los menores en conflicto con la ley penal.

Asimismo, se dejan de lado las nociones de abandono y peligro material o moral y se profundizan las medidas de protección, teniendo en miras la obligación de siempre respetar la dignidad, integridad de los jóvenes, de conformidad con su interés superior.

---

<sup>55</sup> Ley n° 26061, “Protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”, sancionada el 28 de septiembre de 2005 por el Congreso Nacional y publicada en el Boletín Oficial el 21 de octubre de 2005, artículo 2°.

<sup>56</sup> Ley n° 26061, “Protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”, sancionada el 28 de septiembre de 2005 por el Congreso Nacional y publicada en el Boletín Oficial el 21 de octubre de 2005, artículo 3°.

## D. Escala penal aplicable en los procesos de la minoridad

### i. Lineamientos generales de la Ley 22.278

En la República Argentina, la Ley n° 22.278 -promulgada en 1980- es aquella que estableció el régimen penal aplicable a los menores de edad que incurren en conductas delictivas.

Si bien esta normativa resulta anterior a la Ley n° 26.061, al haber sido dictada en el contexto de la última dictadura militar pero sin que se la haya derogado, es necesario enmarcarla dentro de lo que ya reseñamos como el sistema de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Este decreto-ley ha sido pasible de numerosas críticas, al otorgar una gran facultad discrecional a los jueces de menores para la modalidad de resolución de las causas.

Así, se ha dicho que esta discrecionalidad resulta tan amplia que los jueces encargados de resolver los conflictos de los menores de edad con la ley penal, ante siquiera un hecho nimio que origine la intervención del sistema penal, pueden dictaminar medidas restrictivas que incluyan una suerte de privación de la libertad del menor y su alojamiento en alguna institución para su “debido” tratamiento, destacando que estas medidas pueden extenderse hasta que los menores en cuestión cumplan la mayoría de edad<sup>57</sup>.

En sus dos primeros artículos establece que los adolescentes serán imputables a partir de los 16 años de edad, sin que puedan ser declarados penalmente responsables por la comisión de delitos aquellos que se encuentren por debajo de ese límite etario.

Sin perjuicio de ello, los jueces de menores poseen facultades amplias de tutela que les permiten disponer de ellos en caso de que existan, a su criterio, razones de peligro material o moral que aconsejen ese tipo de medidas.

Esta facultad de tutela se entrevé como sumamente discrecional, ya que la ley le otorga la posibilidad de resolver respecto del menor de edad, incluso en forma definitiva y por tiempo indeterminado, cuando el juez de menores considera que se encuentra frente a un estado de abandono, riesgo o peligro moral, o cuando aquellos presentan problemas de conducta, dejando esas consideraciones libradas a su exclusivo arbitrio,

---

<sup>57</sup> GUEMUREMAN, “La cartografía moral de las prácticas judiciales en los tribunales orales de menores. Los tribunales Orales en la Ciudad de Buenos Aires”, Del Puerto, Buenos Aires, 2011, p. 143.

más allá de la obligación previa de tener una audiencia con los padres, tutores o guardadores del menor.

A tal punto llegan las amplias y abstractas formulaciones de esta ley, que en su primer artículo se expresa que “en caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable”.

Autoras como Mary Beloff<sup>58</sup>, al examinar la legislación argentina para los menores de edad desde una óptica estrictamente constitucional, advierten que la misma choca con el principio de legalidad -contenido en el artículo 18 de la Constitución Nacional-, al comprobar fácilmente que esa ley incrimina estados y no únicamente conductas previstas en la ley penal general como antecedentes de la aplicación de una sanción, así como también colisiona con el principio de reserva -contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional-, al atribuirle tanta discrecionalidad al juez para disponer provisoria o definitivamente del menor, ya no sobre la base de lo que hizo, sino sobre la base de lo que es o podría ser.

#### ii. El artículo 4° de la Ley 22.278 y la determinación de la pena a imponer

El principal artículo que sin dudas ha generado mayores polémicas desde su inicio es el artículo 4° de la Ley n° 22.278, también conocido –y mal llamado a mi criterio– como el “perdón judicial”.

Conforme su redacción -interpretada desde un sentido literal-, permite la supeditación de la imposición de pena a ciertos requisitos, los que, una vez cumplidos, facultarían al juez a decidir sobre la necesidad o no de aplicar una pena en el caso en concreto, pudiendo hacerlo de manera reducida (de conformidad con la forma prevista para la figura de la tentativa del delito achacado) o incluso absolver al menor imputado cuando no la considere como estrictamente necesaria.

De esta manera, se establece una suerte de facultad soberana del juez que interviene en el expediente, para proceder en forma “benévola”, pudiendo “perdonar” al menor infractor, atendiendo a razones de madurez, es decir, a cuestiones vinculadas con sus características personales, y a su evolución a lo largo del expediente y del legajo tutelar, y no ya en cuanto al acto en sí.

---

<sup>58</sup> BELOFF, "Niños y adolescentes: los olvidados de siempre. A propósito de la Reforma Penal introducida por la ley 23.894" en MAIER (comp.), *El nuevo Código Procesal Penal, análisis crítico*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 99.

Así, para que se produzca efectivamente la imposición de una pena a un menor de edad, autor de la comisión de una conducta delictiva punible y penalmente relevante, se requiere que éste haya cumplido los 18 años, que haya estado sometido a un tratamiento tutelar por un período de al menos un año y que, previamente, se haya declarado su responsabilidad penal, lo que significa que el tribunal de menores debe haber analizado su grado de autoría en el delito de referencia, con anterioridad a la evaluación de la necesidad o no de aplicar una pena en el caso en concreto.

Para una mayor ilustración y posterior análisis desmenuzado, el artículo 4° de la ley penal que establece el régimen específico para la minoridad, reza:

**ARTICULO 4°** - La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo segundo estará supeditada a los siguientes requisitos:

1° - Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales.

2° - Que haya cumplido dieciocho (18) años de edad.

3° - Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un (1) año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.

Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa.

Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso segundo.

La declaración de responsabilidad a la que se refiere el inciso 1° del artículo de referencia, no conlleva inherentemente la imposición efectiva de una pena, sino que constituye un juicio exclusivamente técnico en el que se valoran hechos y pruebas respecto del despliegue de la conducta delictiva perpetrada por el adolescente<sup>59</sup>.

Este juicio, puede tener como resultado la declaración de la responsabilidad penal del menor o bien su sobreseimiento en la causa, sin que para ello se tengan en cuenta los informes que obran en su expediente tutelar, cuya finalidad es la de avizorar su evolución.

Una vez que se produjo esta declaración de responsabilidad penal, comienzan a computarse oficialmente los tiempos del legajo tutelar, del cual se exige una temporalidad que nunca puede ser inferior a un año.

---

<sup>59</sup> GUEMUREMAN, “La cartografía moral de las prácticas judiciales en los tribunales orales de menores. Los tribunales Orales en la Ciudad de Buenos Aires”, 2011, p. 154.

Durante ese lapso, el juez tratará de interiorizarse en la vida del menor, conocer sus proyectos de vida, educativos, recreativos, pudiendo someterlo a medidas de carácter restrictivas: como ser su disposición en alguna institución de menores, obligaciones de comparecencia ante los estrados del tribunal, entre otras medidas, las que suelen estar complementadas con la obligación de realizar algún tratamiento médico o psicológico (por ejemplo en el caso de que el adolescente sufra algún tipo de adicción), o incluso pueden imponerle determinados compromisos vinculados con su escolarización, dependiendo del grado de instrucción que haya alcanzado hasta ese momento.

Básicamente, lo que se intenta en este estadio, es tener una comprensión un poco más completa de hacia dónde se dirige el proyecto de vida del adolescente que se halla en conflicto con la ley penal, en miras de efectuar con posterioridad un análisis “integral” sobre la necesidad de aplicar o no una pena concreta en ese caso.

Es así, entonces, que luego de transcurrido como mínimo un año –prorrogable en caso de ser necesario hasta que se cumpla con la mayoría de edad, ya que se requiere ineludiblemente que haya cumplido los 18 años-, el tribunal de menores se encuentra en condiciones de resolver efectivamente la causa.

Para ello, ya no realizará un análisis de hecho y prueba vinculados con el reproche penal que se le recrimina al adolescente –recuérdese que en esta instancia ya ha sido declarado/a como penalmente responsable del delito atribuido- sino que se analizará el “resultado” de este tratamiento tutelar a los fines de evaluar el merecimiento o no de pena en el caso, en razón de sus características personales e individuales.

Este análisis del resultado del tratamiento tutelar, redundará en una discrecionalidad profusa que el régimen penal juvenil confiere a los jueces de menores, a partir de la cual, dependiendo de la valoración que éstos hagan del recorrido tutelar de los ya declarados penalmente responsables, el artículo 4° de la Ley n° 22.278 abre las puertas para que puedan absolver, reducir la pena o aplicar la prevista para el delito imputado – en la misma medida que si se tratase de personas mayores de edad al momento del hecho-, todo ello sobre la base de impresiones netamente subjetivas –tales como el buen resultado del tratamiento tutelar y un futuro que se avizore como favorable- y no ya, como se ha dicho, sobre la base del reproche penal propiamente dicho.

En este sentido, la pena puede no resultar necesaria en virtud de los informes, modalidades del hecho, antecedentes del menor y la impresión directa recogida por el

juez y la evaluación de los efectos del encierro, operando todas ellas como una causa personal de exclusión de la pena<sup>60</sup>.

A continuación, realizaré un análisis del precedente “Maldonado” de nuestro Más Alto Tribunal, por entender que se trata de una resolución que establece criterios que echan luz sobre la forma en que debe interpretarse el artículo 4° de la Ley n° 22.278, resultando en una jurisprudencia de gran relevancia, que se acerca en gran medida a la tarea de compatibilizar el régimen penal juvenil legislado en nuestro ordenamiento interno, con los estándares internacionales en materia de derechos humanos, que fueran ratificados por nuestro país.

### iii. El Fallo “Maldonado” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El fallo “Maldonado”<sup>61</sup> es considerado como un precedente relevante, al ser la primera vez en la que nuestro máximo tribunal tuvo la oportunidad de expedirse, entre otras cosas, sobre una cuestión trascendente y delicada que mantenía dividida a los tribunales orales de menores del país: la interpretación que debe realizarse del artículo 4° de la Ley n° 22.278, en cuanto a la “potestad” de aplicar la reducción de la escala prevista para la tentativa respecto a la pena que pueda imponerse a un menor de edad que ya ha sido declarado penalmente responsable por la comisión de un delito.

Corresponde resaltar que del fallo de referencia se desprenden determinados conceptos y conclusiones que, si bien resultan de importancia para el régimen penal juvenil -por ejemplo valoraciones vinculadas con el análisis de la progresión de su legajo tutelar, alcances del concepto de “peligrosidad”, parámetros para analizar la gravedad de la conducta en caso de delitos conminados con penas absolutas como la prisión perpetua, derecho del menor a ser oído en las actuaciones, entre otros-, considero que exceden el marco de la temática específica desarrollada en el presente trabajo de tesis, por lo que me abocaré al análisis exclusivo de aquellos puntos que considero como pertinentes, vinculados directa y específicamente con el abordaje del artículo 4° de la Ley n° 22.278, en cuanto a la necesidad de aplicar una pena en el caso en concreto y el modo en que ella debe ser cuantificada.

---

<sup>60</sup> ZAFFARONI, “Derecho Penal, Parte General”, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 190.

<sup>61</sup> CSJN, “Maldonado, Daniel Enrique y otros s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”, 7 de diciembre de 2005 (Fallos: 328:4343).

### Síntesis del caso:

El Tribunal Oral de Menores n° 2 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires condenó a Daniel Enrique Maldonado a la pena de catorce años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por comisión mediante el uso de armas, en concurso real con el de homicidio calificado con el fin de lograr su impunidad (artículos 166, inc. 2° y 80, inc. 7° del Código Penal de la Nación).

Contra esa resolución, el Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de casación al entender que el *a quo* había realizado una errónea interpretación del artículo 4° de la Ley n° 22.278 al haber aplicado la escala reducida a la tentativa allí prevista.

A raíz de ello, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal decidió casar la sentencia y condenar al nombrado a la pena de prisión perpetua, interpretando que el tribunal de juicio había individualizado la pena sin razones suficientes y con argumentos contradictorios en cuanto al resultado del tratamiento tutelar aplicado a Maldonado. En este sentido, entendió la Sala que las constancias de la causa acreditaban el fracaso del tratamiento y que la peligrosidad exhibida por el encartado –ahora mayor de edad- tanto en este proceso como en otros en los que se encuentra imputado, no se correspondía con la reducción de pena facultativa prevista por el artículo 4° de la ley penal juvenil.

Contra ese pronunciamiento, la defensa interpuso recurso extraordinario federal, el cual, al ser rechazado, motivó la presentación del recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Allí, se agravió principalmente de la inconstitucionalidad de la pena aplicada a su asistido, la cual fue considerada por esa parte como violatoria de numerosos instrumentos internacionales, y en especial, violatoria del “interés superior del niño”.

En su dictamen, el Procurador General de la Nación –Dr. Eduardo E. Casal- opinó que debía confirmarse la sentencia recurrida toda vez que a su criterio la pena de prisión perpetua impuesta a menores no constituía una tortura o trato cruel, inhumano o degradante, sanción que no se oponía a la Convención sobre los Derechos del Niño y destacó que el régimen penal de menores de la Ley n° 22.278 se ajustaba a los criterios de ese instrumento internacional, por lo que la reducción de la pena conferida por su artículo 4° continuaba siendo una facultad otorgada a los jueces de la causa.

A la hora de resolver, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuso hacer lugar al recurso de queja y declarar procedente el recurso de casación interpuesto por la defensa de Maldonado, dejando sin efecto la sentencia apelada y enviando los autos al



tribunal de origen a fin de que se dicte una nueva resolución con arreglo a lo allí determinado.

Para ello entendió que:

- En la decisión apelada en ningún momento se hace referencia a la medida de la reprochabilidad de Maldonado ni a sus posibilidades de autodeterminación, las cuales, no pueden ser consideradas evidentes ni derivadas automáticamente de la gravedad objetiva del hecho cometido (Considerando 7°).
- Para la imposición de la pena de prisión perpetua, el tribunal de la anterior instancia estimó decisivo el fracaso del tratamiento tutelar, lo que importa una simplificación inadecuada, sobre la base de la cual no puede fundamentarse el fallo (Considerandos 8° y 9°).
- Cuando se trata de hechos cometidos por menores no es suficiente con la mera enunciación de la tipicidad de la conducta a resolver, sino que es necesario graduar el ilícito y la culpabilidad correspondiente (Considerando 14°).
- En el caso de los menores, la concreta situación emocional al cometer el hecho, sus posibilidades reales de dominar el curso de los acontecimientos, o cualquier otro elemento que pudiera afectar la culpabilidad adquieren una significación distinta, que no puede dejar de ser examinada al momento de determinar la pena (Considerando 16°).
- La “necesidad de pena” a la que hace referencia la Ley n° 22.278 en modo alguno puede ser equiparada a “gravedad del hecho” o “peligrosidad”, sino que se relaciona con el mandato de asegurar que las penas atiendan a fines de resocialización (Considerando 20°).
- La justicia de menores históricamente se ha caracterizado por un retaceo de principios básicos y elementales que se erigen en todo debido proceso, tales como el de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, proporcionalidad y defensa en juicio (Considerando 27°).
- Los niños poseen los derechos que les corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, cuyo reconocimiento constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país (Considerandos 32° y 33°).



- La medida de la pena no puede exceder la del reproche formulado, es decir, la pena debe ser proporcional a la culpabilidad del autor, y esta culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en la que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia (Considerando 36°).
- Corresponde a un incuestionable dato óptico que los niños y adolescentes no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos. Esta incuestionada inmadurez emocional impone, sin lugar a dudas, que el reproche de culpabilidad penal formulada a un menor no puede tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto (Considerando 37°).
- No es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior a la que le correspondería, en igualdad de circunstancias, a un adulto (Considerando 40°).

De allí, es posible destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tras realizar un análisis constitucional de la normativa aplicable, concluyó que la pena que le podría corresponder a un menor de edad no puede superar nunca la medida de su culpabilidad. Como consecuencia del principio de especialidad que rige en la materia, la misma resulta necesariamente disminuida en contraposición con la que se le podría reprochar a un adulto, en razón de su inmadurez emocional.

A raíz de ello, y en atención a lo que se desprende especialmente del considerando 40° del voto mayoritario previamente reseñado, es posible extraer la conclusión de que nuestro Más Alto Tribunal indicó que la reducción a la que alude el artículo 4° de la Ley n° 22.278 debe considerarse como un mandato y la regla a seguir, y no ya como una mera facultad discrecional que poseen los jueces de menores.

De esta manera, se refuerza la idea de que la condición de minoridad del imputado en un expediente penal deja de ser una cuestión más a tener en cuenta para pasar a ser una condición determinante del proceso en su conjunto, que deriva automáticamente en una reducción del margen punitivo aplicable a la hora de determinar la pena que le

correspondería luego de ser declarado penalmente responsable, lo que se condice con la función de prevención especial positiva que debe tener siempre una sanción penal en el régimen juvenil.

Esta regla devendría entonces en un imperativo constitucional que se impone como la nueva óptica bajo la cual deben tramitar los procesos en el sistema penal de la minoridad, a los fines de armonizar bajo un mismo manto las diversas y contradictorias interpretaciones que de la misma norma se venían efectuando en el fuero de menores.

Limitar la discrecionalidad de aquellos jueces, en este sentido, resulta a mi forma de ver la interpretación más respetuosa de la cuestión discutida en función del interés superior del niño, de las normativas internacionales aplicables y del principio de especialidad que rige en la materia.

De esta manera, se mantiene cerrada una puerta que de otra manera podría dar lugar a arbitrarios entendimientos a la hora de resolver en qué casos corresponde aplicar a un menor de edad la misma pena que le cabría a un adulto, sin respetar el mandato del encarcelamiento por el menor tiempo posible, la proporcionalidad entre culpabilidad y reproche, ni tampoco la necesidad de una pena diferenciada.

En función de ello, se produce un cambio necesario de lógica a la hora de aplicar la Ley n° 22.278, la cual pasa a reflejar un sistema de corte netamente binario en el cual existen dos caminos entre los cuales se puede optar: aplicar una pena de prisión necesariamente reducida en los parámetros de la figura tentada del delito imputado o eximir directamente de pena al menor mediante el dictado de su absolución.

Así, esta interpretación del artículo 4° de dicha normativa obliga a pensar en el tratamiento tutelar como un reflejo directo de la necesidad de aplicar una pena o no en el caso, ya que como fue desarrollado precedentemente, en este estadio procesal el menor ya fue declarado penalmente responsable, momento en el cual entiendo que ya se han valorado las características del hecho, los antecedentes del menor y ya ha tenido un contacto directo y personal con la jurisdicción.

Sin perjuicio de ello, considero que este no debería ser el único y exclusivo parámetro a tener en cuenta.

Por eso, no resulta suficiente con verificar únicamente la progresión tutelar del encausado a partir de ese momento, sino que conjuntamente con la verificación de esa progresividad, resulta menester valorar nuevamente las modalidades del hecho, a los fines de ponderar si la lesividad de la conducta antijurídica, bajo la óptica del principio de proporcionalidad, se reputa como de una gravedad tal que haga necesaria en el caso

la aplicación de una sanción penal en concreto. De lo contrario, el camino por el que debería optarse es el de eximirlo de aquella, aún en aquellos casos donde su tránsito tutelar no haya sido el ideal.

Esta exégesis, que entiende a la reducción como condición *sine qua non* de su calidad de menores de edad, también se sostiene como respetuosa del principio constitucional *ne bis in ídem*, ya que el resultado del tratamiento tutelar ya se encuentra ponderado a la hora de resolver sobre la necesidad de imponer una pena o de eximición de la misma.

Ello quiere decir que, en caso de considerarse que tras su fracaso no corresponde su absolución, este extremo no puede volver a ser valorado como una pauta negativa que determine que la pena no puede ser reducida.

Así, es que considero que entender a la disminución como la regla y no como una facultad discrecional, se compatibiliza con la noción de que, si el fracaso del tratamiento tutelar determina la necesidad de aplicar una pena en el caso, este extremo ya agota allí su función y, por ende, la pena necesariamente debe ser reducida sin que haya otros extremos por analizar<sup>62</sup>.

Como contracara de ello, y como solución armonizadora de los compromisos estatales asumidos a nivel internacional y de nuestra norma fundamental, se impone entonces el entendimiento de que, si el tratamiento tutelar fue satisfactorio, no queda otra respuesta estatal que la de absolver a quien cometió un hecho siendo menor de edad y transitó de manera exitosa por el sistema criminal juvenil, cuya finalidad es la de cumplir con los fines resocializadores y proteccionistas que rigen en el ámbito del régimen penal de la minoridad.

#### iv. Jurisprudencia nacional en la materia.

El fallo “Maldonado” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha atravesado de manera definitiva la temática analizada, y en este recorrido ha fijado y delimitado criterios que considero como pertinentes a la hora de analizar la necesidad o no de aplicación de una pena respecto de los menores en conflicto con la ley penal.

---

<sup>62</sup> CSJN, “Maldonado, Daniel Enrique y otros s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”, 7 de diciembre de 2005 (Fallos: 328:4343), voto del Dr. Fayt, considerando 19.

Estos lineamientos han sido receptados por nuestra jurisprudencia nacional y continúan aplicándose en la actualidad, por lo que sus preceptos no han perdido virtualidad hasta la fecha.

A continuación, realizaré un breve repaso de cómo algunas jurisdicciones inferiores revisoras -en particular la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- se han hecho eco de los parámetros que han sido fijados en ese precedente que se ha transformado en un pilar en la materia.

### Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional

En el precedente “Prieto”<sup>63</sup> de esta Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el juez Horacio Días sostuvo que el sistema de reacciones penales en materia juvenil, y en particular la regla del artículo 4° de la Ley n° 22.278, debía ser interpretada a la luz de las convenciones internacionales que priman en la materia, en tanto el principio rector debería ser el interés prioritario del Niño, “razón por la cual la sanción penal sólo debe aplicarse cuando resulte necesaria en el caso concreto. Toda esta línea de argumentación ha sido expresamente reconocida por nuestra CSJN en el precedente “Maldonado” (Fallos: 328:4343), donde se dejó en claro que la necesidad de pena, de ningún modo puede ser equiparada a la gravedad del hecho”.

Por su parte, en dicho fallo, el juez Eugenio Sarrabayrouse explicó que “de acuerdo con lo sostenido por la CSJN en el caso “Maldonado” (Fallos: 328:4343), que la edad al momento del hecho es un elemento determinante para los casos donde se encuentran vinculados menores, por la incuestionada inmadurez emocional de los niños y adolescentes. Tampoco debe perderse de vista que a los menores deben reconocerse los mismos derechos que los adultos, sin excluir aquellos propios de su condición de personas en desarrollo”.

Asimismo, allí el juez Luis García realiza un desarrollo de diversos considerandos efectuados por nuestro Más Alto Tribunal en “Maldonado” para explicar que el artículo 4° de la Ley n° 22.278 comprende componentes del injusto y de la culpabilidad, que deben ser sopesados con especial consideración a las características personales y situación del niño al cometerlo.

---

<sup>63</sup> CNCCC, Sala I, causa n° 62770/2013/TO1/5/CNC1, caratulada “Prieto Oscar Damián s/ recurso de casación”, 6 de mayo de 2016 (Registro n° 351/2016).

En el precedente “R.K.R.”<sup>64</sup>, el juez Gustavo Bruzzone -voto al que adhirió el juez Jorge Luis Rimondi-, a la hora de valorar la edad que tenía el imputado cuando cometió los hechos imputados, expuso que “teniendo en cuenta la doctrina del caso “Maldonado” de la CSJN, entiendo que debe ponerse atención en sus condiciones personales actualizadas, en el transcurso de tanto tiempo desde la producción de los hechos (está por cumplir veinticuatro años), así como la ausencia de otros antecedentes judiciales durante los más de siete años que lleva de trámite esta causa, pues todos ellos constituyen parámetros válidos para sostener que, por razones de prevención especial, no resulta razonable imponer pena”.

#### Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional

En el precedente “Esquivel”<sup>65</sup> de esta Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los jueces Gustavo Bruzzone, Daniel Morin y Eugenio Sarrabayrouse volvieron a exponer que “de acuerdo con lo sostenido por la CSJN en el caso “Maldonado” (Fallos: 328:4343), que la edad al momento del hecho es un elemento determinante para los casos donde se encuentran vinculados menores, por la incuestionada inmadurez emocional de los niños y adolescentes. Tampoco debe perderse de vista que a los menores deben reconocerse los mismos derechos que los adultos, sin excluir aquellos propios de su condición de personas en desarrollo”, haciendo asimismo énfasis con posterioridad en lo dispuesto en ese fallo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su considerando 40° respecto de la limitación a la culpabilidad de los menores de edad.

A su vez, este criterio fue reiterado en numerosos precedentes, entre los que podemos encontrar los fallos “Brest”<sup>66</sup>, “Bustamante”<sup>67</sup> y “RJJG”<sup>68</sup>, entre otros.

En el precedente “Benavidez”<sup>69</sup>, el juez Niño se remite a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Maldonado”, en especial a los

---

<sup>64</sup> CNCCC, Sala I, causa n° 33017/2012, caratulada “R.K.R. s/abuso sexual”, 27 de diciembre de 2019 (Registro n° 1994/2019).

<sup>65</sup> CNCCC, Sala II, causa n° 16761/13, caratulada “Esquivel, Jonathan Fabián s/ recurso de casación”, 3 de noviembre de 2015 (Registro n° 617/2015).

<sup>66</sup> CNCCC, Sala I, causa n° 61109/2013, caratulada “Legajo de casación de Brest Jonathan Emiliano”, 13 de junio de 2016 (Registro n° 519/16), voto del Dr. Bruzzone.

<sup>67</sup> CNCCC, Sala I, causa n° 65353/2014, caratulada “Bustamante, Cristian Emanuel s/recurso de casación”, 28 de septiembre de 2018 (Registro n° 1232/2018), voto del Dr. Bruzzone.

<sup>68</sup> CNCCC, Sala I, causa n° CCC 66694/2016/TO1/2/CNC1, caratulada “R.J.J.G s/recurso de casación”, 24 de septiembre de 2020 (Registro n° 2829/2020), voto del Dr. Rimondi al que adhiere el Dr. Bruzzone.

<sup>69</sup> CNCCC, Sala II, causa n° CCC 2747/2014/TO1/CNC1, caratulada “Benavidez, José Fernando y otros s/ recurso de casación”, 23 de febrero de 2017 (Registro n° 113/2017).

considerandos 21°, 22° y 23° (referidos a que la facultad de imposición de pena en modo alguno puede ser equiparado a la gravedad del hecho o a la peligrosidad; y a la importancia de promover la reintegración del niño, ponderando los posibles efectos nocivos del encierro), destacando que “(e)l enorme poder atribuido al juez por la ley, que aún subsiste, facultándolo –de una parte– a absolverlo o a aplicarle una pena disminuida (...) sólo logra retener legitimidad si se lo entiende destinado a armonizar principios tales como los contenidos en los artículos 37 literal c, y 40 numerales 3 y 4 de la Convención Internacional con la condición primordial del interés superior del niño consagrado en el artículo 3 de dicho instituto internacional”.

Por su parte, en dicho fallo, los jueces Daniel Morin y Eugenio Sarabayrouse se remitieron al criterio ya referenciado precedentemente en el precedente “Esquivel” de esa Sala.

#### Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional

En el precedente “Juárez”<sup>70</sup> de esta Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el juez Pablo Jantus -según su voto y al que adhieren los jueces Carlos Mahiques y Horacio Días- determina los alcances del poder estatal en el derecho penal juvenil, a partir de una interpretación desde los parámetros consignados en la Convención sobre los Derechos del Niño y los documentos internacionales relacionados con la materia, reforzados por lo sostenido por nuestro Más Alto Tribunal en el fallo “Maldonado”, especialmente en la idea de la limitación a la culpabilidad de los menores de edad, que deriva necesariamente en una reacción punitiva estatal inferior a la que le correspondería, en igualdad de circunstancias, a un adulto.

Al respecto, el magistrado explica que “(l)a impulsividad, por caso, característica general de la adolescencia, así como la acentuada vulnerabilidad, constituyen circunstancias que aconsejan, por vigencia del principio del interés superior del niño consagrado en el art. 3 de la Convención (...), que la respuesta estatal a las infracciones penales se correspondan con las vivencias de esa peculiar etapa de la vida de las personas, conforme ha sido reconocido por los documentos expuestos precedentemente y por la Corte Suprema de Justicia en el mencionado caso “Maldonado””.

---

<sup>70</sup> CNCCC, Sala III, causa n° CCC 852/2014/TO1/CNC1, caratulada “Juárez, Leandro Enrique Horacio s/ robo con armas”, 17 de junio de 2015 (Registro n° 165/2015).



Asimismo, este criterio fue reiterado, entre otros, en los precedentes “Leiva”<sup>71</sup>, “Romano”<sup>72</sup> y “Sánchez”<sup>73</sup> de esa misma Sala, debiendo aclarar que, en este último, el juez Alberto Huarte Petite hizo propios los criterios allí contenidos.

Por su parte, en el precedente “Durante”<sup>74</sup>, el juez Pablo Jantus se remite a lo expuesto en su voto en el ya mencionado fallo “Juárez”, destacando que “la Convención y los documentos específicos que allí se consignan, como las “Reglas de Beijing” y la Observación General n° 10 del Comité del Niño, conforme lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Maldonado” M. 1022. XXXIX. Recurso de hecho, “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”, causa N° 1174, rta. 7/12/05, determina que la privación de libertad debe operar como medida de último recurso y por el tiempo más breve posible; enderezarse a la reintegración del niño a la sociedad y ser proporcional y adecuada a las circunstancias y necesidades del menor, con lo que es claro que en el derecho penal de jóvenes la respuesta punitiva es la excepción y sólo puede tener un fin preventivo especial, resultando aplicable cuando han fracasado las medidas educativas y correctivas que se adviertan necesarias en cada caso en particular”.

De esta manera, queda claro que lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Maldonado” no agotó sus funciones en el caso en concreto únicamente, sino que su doctrina fue receptada y aplicada por los órganos jurisdiccionales inferiores encargados de llevar adelante, o de revisar en su caso, los procesos judiciales seguidos a los menores de edad en conflicto con la ley penal.

#### **IV. Escala penal reducida y su armonización con la prescripción de la acción penal**

Llegados a este punto del desarrollo, considero entonces que la postura que, a la hora de aplicar una sanción penal a un menor en el marco de un proceso judicial, entiende que la misma debería ser siempre reducida en los términos de la figura

---

<sup>71</sup> CNCCC, Sala III, causa n° CCC 38847/2014/TO1/CNC1, caratulada “Leiva, Leonardo s/ robo”, 25 de noviembre de 2015 (Registro n° 690/2015).

<sup>72</sup> CNCCC, Sala III, causa n° CCC 77256/2014/TO2/CNC1, caratulada “Romano, Sergio Daniel s/ abuso sexual art. 119 1° párrafo”, 9 de agosto de 2017 (Registro n° 682/2017), voto del juez Jantus.

<sup>73</sup> CNCCC, Sala III, causa n° CCC 59679/2014/TO2/6/CNC2, caratulada “Legajo de casación en autos Sánchez, Axel Gustavo s/ robo”, 12 de diciembre de 2018 (Registro n° 1631/2018), voto de los jueces Jantus y Huarte Petite.

<sup>74</sup> CNCCC, Sala III, causa n° CCC 500000762/2005/TO1/CNC1, caratulada “Durante, Jorge Mario y otros s/ prevaricato”, 2 de agosto de 2016 (Registro n° 571/2016).



delictiva tentada que se le imputa, es la que mejor armoniza con los preceptos que emanan de las normativas internacionales vinculadas con el régimen penal juvenil.

En este sentido, estimar que la pena que le podría corresponder a un menor de edad necesariamente va a ser inferior a la que le correspondería a un adulto, por la comisión del mismo hecho, es la más respetuosa de la conjunción de principios y garantías que giran en torno a la idea del “interés superior del niño” contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño y de conformidad con lo resaltado por el Comité de los Derechos del Niño a la hora de destacar los objetivos restaurativos que deben tener en mira los procesos judiciales que afecten a los niños en concreto<sup>75</sup>.

Asimismo, esta posición se condice con la noción de tomar en cuenta las características propias de los niños, niñas y adolescentes a los fines de propiciar su desarrollo y asegurar la efectiva realización de todos sus derechos<sup>76</sup>, resultando en una administración de justicia más eficaz y humanitaria<sup>77</sup>, con miras a fomentar su bienestar particular<sup>78</sup>.

Este prisma del “interés superior del niño”, que toma en consideración su condición de sujeto de derecho, su desarrollo personal, su edad, su grado de madurez y su capacidad de discernimiento<sup>79</sup>, se ve entonces realizado de alguna manera dentro del sistema penal a partir de tomar como regla a la reducción punitiva, otorgándole al ámbito criminal, consecuencias que resultan más armoniosas con la concepción de especial sujetos de derecho del que goza este grupo en particular.

De esta manera, sostengo que se les reconoce a los menores de edad su verdadera calidad de objeto merecedor de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia, en consideración a su particular desarrollo evolutivo<sup>80</sup>, quienes por su falta de madurez necesitan una protección y cuidados especiales<sup>81</sup>.

---

<sup>75</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 “el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial” CRC/C/CG/14 del 29 de mayo de 2013.

<sup>76</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, p. 56 y 59.

<sup>77</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”), del 28 de noviembre de 1985, reglas n° 5 y 6.

<sup>78</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad, del 14 de diciembre de 1990, reglas n° 1 y 28,

<sup>79</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989, artículo 3.

<sup>80</sup> XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, de los días 4 a 6 de marzo de 2008, apartado 5.

<sup>81</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1959.

Por otro lado, también pretendo resaltar que, utilizar esta forma distintiva para mensurar la pena que se le podría aplicar a un menor de edad, se enmarca adecuadamente dentro del sistema de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, propiciado por la Ley n° 26.061, que se encuentra atravesado en su totalidad por la idea de “especialidad” que rige en la materia y que hace suyos los derechos y garantías contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Este principio de especialidad, como se vio, se traduce en la aplicación de normas específicas y diferentes a las destinadas para los adultos, en cuanto al juzgamiento de delitos cometidos por niños, por su especial condición (CSJN, Fallos: 331:2720 y 332:1457, de los considerandos 5, 6 y 7 del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda y Argibay), con lo que este entendimiento del *quantum* de pena aplicable a este grupo especialmente vulnerable se encuentra plenamente justificado por los principios y garantías que allí deben aplicarse.

De lo explayado hasta esta instancia, en conjunción con las previsiones del artículo 4° de la Ley n° 22.278, resulta a todas luces claro que, en todos los casos donde se repute como necesaria la aplicación de una pena a un menor de edad por la comisión de un hecho delictivo, constituye una obligación -por virtud del mandato constitucional y convencional- que aquella se encuentre reducida a la figura prevista para la tentativa del delito imputado, sin que ésta pueda entenderse como una mera facultad discrecional de los jueces de menores, librada a su justa decisión y arbitrio.

Partiendo de ello, y habiendo ya analizado la vinculación existente entre la escala penal aplicable y el instituto de la prescripción, es posible entonces arribar a la hipótesis principal de este trabajo de tesis: el término de la prescripción de la acción penal en los procesos seguidos a menores de edad también debería ser inferior al que operaría en un proceso en el que esté imputado un adulto por la comisión del mismo injusto penal.

En este aspecto, entiendo que, en el marco del régimen penal juvenil, los jueces de menores deberían armonizar los preceptos del artículo 62, inciso 2°, del Código Penal de la Nación, con el mandato de aplicar una pena reducida a la hora de sancionar efectivamente a los niños, niñas y adolescentes.

La pena a la que se refiere el artículo 62 del código de fondo, en lo atinente a la prescripción, es la conminada por la ley en la disposición legal correspondiente a la imputación específica hecha al supuesto responsable. Por ello, el término de la prescripción de cada especie delictiva no es el que le toca a la figura básica, sino que se aplica la figura agravada o disminuida que para cada caso corresponda.

Así, entonces, la regla allí contenida que dispone que “la acción penal se prescribirá (...) después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito”, necesariamente debe interpretarse a partir de la pena que efectivamente le correspondería a un menor de edad, la que siempre será reducida acorde a la figura tentada imputada.

Por estos motivos, la prescripción de la acción penal en estos casos debería contabilizarse siempre de conformidad con la escala tentada para el delito reprochado y no a partir del tipo en abstracto, tal como le cabría a un adulto por la comisión del mismo hecho.

En razón de ello, la regulación normativa del instituto de la prescripción de la acción penal, contenida en la ley penal de fondo, entiendo que debería ser adecuada al paradigma especial y específico de este grupo social vulnerable, toda vez que esta postura resulta, a mi criterio, coherente con los preceptos y principios que rigen la materia.

De esta manera, sería posible afirmar sin hesitación que, si la penalidad a imponer para el caso de niños, niñas y adolescentes en el marco del régimen penal de minoridad deberá ser insoslayablemente reducida, en razón de su especial consideración, entonces el tiempo necesario para que opere la prescripción de la acción penal también debería acontecer en un momento diferenciado al que le correspondería a un adulto, reduciendo el margen que posee el Estado para perseguirlos y obligando a sus órganos jurisdiccionales a adoptar decisiones con mayor celeridad.

Esta lectura es la que mejor se condice con lo dispuesto en los artículos 37, incisos “b” y “d” de la Convención sobre los Derechos del Niño, en donde se establece que los Estados aceptaron el mandato de velar por que toda restricción de la libertad de un niño deba llevarse a cabo “durante el período más breve que proceda” y “a una pronta decisión sobre dicha acción”. Estas expresiones resultan en un imperativo para garantizar los derechos de los menores, que a la luz del principio de efectividad consagrado en el artículo 29 de la Ley n° 26.061, determinan que la prescripción de la acción penal es uno de los instrumentos válidos para asegurar el real cumplimiento de los derechos y garantías que poseen los integrantes de este colectivo.

Optar por una postura contraria a la aquí plasmada correría el riesgo de disminuir la operatividad de los principios rectores constitucional y convencionalmente vinculados con la idea del “interés superior del niño”, cuya finalidad es la de resultar en

una protección especial y tratos diferenciados de los adultos, convirtiéndolos en meras afirmaciones dogmáticas que no encuentran su correlato en la práctica judicial.

Sería un contrasentido lógico, entonces, sostener que el objetivo de la justicia en casos de jóvenes en conflicto con la ley penal es diferente a los de la justicia para adultos, pero que tal diferenciación no se proyecte cuantitativamente sobre el requisito temporal para que opere la prescripción de la acción penal.

En este aspecto, no se está discutiendo una cuestión meramente procesal, sino que subyace una cuestión material de fondo, a partir de la cual los menores de edad deberían tener un derecho a que su proceso sea de menor duración que el de los adultos, en razón de su interés superior legalmente reconocido y en virtud de los criterios de especialidad que rigen en la materia.

## V. Reflexiones finales

En nuestro país, con la reforma constitucional de 1994, se adoptó un sistema de protección integral de los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal que sentó las bases sobre las cuales se diseñó el modelo del régimen penal de la minoridad y que constituyó sin dudas un hito en materia de derecho de menores.

A nivel internacional, el sistema jurídico de la justicia penal juvenil se encuentra atravesado por la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño -que trajo por primera vez incorporada la noción de este sistema de protección integral de la niñez- se complementa con las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes Privados de la Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD), constituyendo todas ellas en su conjunto, el *corpus iuris* aplicable en la materia.

Este conjunto normativo, incluye una serie de derechos y garantías que amparan a este grupo particularmente vulnerable, cuyo eje central gira en torno del “interés superior del niño”, sumado a la idea de prácticas judiciales más eficaces y humanitarias, que fomenten su bienestar y normal desarrollo, en razón de su grado de madurez

diferencial respecto de las personas adultas y de la noción de “especialidad” que atraviesa a toda la materia en cuestión.

Las problemáticas circundantes alrededor del régimen penal juvenil no son estáticas, y su evolución llevó a la progresividad de los distintos modelos legislativos que fueron aplicados en nuestro país, desde la Ley n° 10.903, con una concepción paternalista de protección de los menores a través del debido cuidado diligente por parte de los órganos jurisdiccionales, confluyendo hacia el sistema de protección integral diseñado por la Ley n° 26.061, donde los niños pasaron a ser definitivamente sujetos plenos de derecho, receptando a nivel local, los conceptos incluidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

La ratificación por parte de la República Argentina de los distintos tratados internacionales vinculados con el derecho de la minoridad, sumado a la incorporación de algunos de ellos en la Constitución Nacional, por imperio de lo dispuesto en su artículo 75, inciso 22, generó diversos problemas de incompatibilidad con la legislación existente, especialmente con las disposiciones incluidas en la Ley n° 22.278, que establecen las pautas para el régimen penal de la niñez, las cuales fueron pasibles de numerosas críticas, al otorgar a los jueces de menores un gran margen de discrecionalidad para la modalidad de resolución de esas causas.

Por esas razones, este régimen viene resistiendo múltiples intentos de modificación, amparados en la enorme cantidad de problemas que acarrea, así como también basados en la necesidad de adecuar la legislación existente a la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por nuestro país e incorporada a nuestra normativa local con jerarquía constitucional.

En este sentido, si bien acompaña la necesidad de reforma legislativa del proceso penal en el fuero de menores, a lo largo del presente trabajo de tesis se han planteado distintas interpretaciones posibles a la Ley n° 22.278, con base en las discusiones doctrinarias existentes en la materia y principalmente con los criterios establecidos por nuestro Más Alto Tribunal en el precedente “Maldonado”, que considero resultan más armoniosas con el resto de las disposiciones nacionales e internacionales que incorporan el grueso de principios, derechos y garantías que debe estar presentes en este tipo de procesos.

Así, se expuso que una posible lectura del artículo 4° de la ley penal de minoridad, desemboca en un entendimiento binario de las posibilidades que tiene un juez de menores al resolver en unas actuaciones juveniles. Esto es: si de la evolución del

expediente surge que no resulta necesaria la aplicación de una sanción penal para el caso en concreto corresponderá la absolución del menor de edad y si la misma se reputa como estrictamente necesaria, entonces deberá ser siempre reducida en los términos de la tentativa para la figura imputada.

Como consecuencia de la afirmación que antecede, se presentó entonces la hipótesis de que la prescripción de la acción penal también debería ser reducida en los mismos términos expuestos, como corolario de una limitación punitiva estatal diferenciada de la que le correspondería a un adulto por la comisión del mismo hecho, en razón de los principios del interés superior del niño, de la especialidad existente en la materia y de la proporcionalidad que la respuesta de los órganos jurisdiccionales debe poseer a la hora de perseguir a este grupo vulnerable por la comisión de conductas ilícitas.

En este aspecto, si se entiende que el instituto de la prescripción está ligado al principio de legalidad y que, por tanto, no sería susceptible de aplicación una ley *ex post facto* que altere su operatividad en perjuicio del imputado<sup>82</sup>, nada impediría que exista una reforma legislativa que recoja estos conceptos, los que se verifican como beneficiosos en todo aspecto respecto de los menores de edad imputados en procesos penales y más respetuoso de los derechos y garantías que componen el *corpus iuris* de la materia en cuestión.

La prescripción, entonces, podría reputarse como un instrumento que brinde seguridad jurídica, y como una valla temporal a la posibilidad estatal de ejercitar su derecho a castigar, que debería también ser inferior, reduciendo los márgenes del aparato público jurisdiccional y tendiendo a un proceso que cumpla con los fines resocializadores a los que nuestro país se ha obligado a nivel internacional.

Por lo demás, considero que los problemas que aquejan al fuero de menores no deberían ser solucionados por vía jurisprudencial, sino que es el Congreso de la Nación, como encargado de direccionar la política criminal del Estado, el que debe modificar el régimen existente a los fines de armonizar con los compromisos nacionales e internacionales que suscribió nuestro país, para que no queden dichas disposiciones en meras afirmaciones dogmáticas y diplomáticas, para pasar a tener una contracara real y pragmática, que pueda verse reflejada en las actuaciones estatales y jurisdiccionales.

---

<sup>82</sup> CSJN, “Arancibia Clavel, Enrique L. y otros s/asociación ilícita”, 24 de agosto de 2004 (Fallos, 327:3312), considerando n° 19 del voto en mayoría de los jueces E. Zaffaroni y Elena Highton de Nolasco.

En igual sentido, se ha expedido la Corte Suprema de nuestro país, en el precedente “ACJ”<sup>83</sup>, al explicar que la fuerte tensión existente entre la ley del régimen penal de minoridad y los compromisos internacionales asumidos por nuestro Estado, no puede justificar que por vía pretoriana se arbitre o se tienda a arbitrar, sin más, una suerte de régimen general sustitutivo del previsto por la Ley n° 22.278, siendo que esta problemática es de una delicadeza, gravedad y complejidad extremas, que ameritan un debate profundo y juicios de conveniencia, que exceden la competencia de ese tribunal.

Por ello, acompaño las expresiones de la Dra. Mary Beloff, al referir que “si bien es posible dentro de ciertos límites realizar una interpretación garantista de estas leyes que respetara derechos fundamentales de los menores de edad sometidos a estos procesos penales tutelares, la necesidad de reformar estas leyes es evidente y urgente”<sup>84</sup>.



---

<sup>83</sup> CSJN, “A.C.J s/ homicidio en ocasión de robo”, 31 de octubre de 2017, considerando n° 8 del voto en mayoría de los jueces R. Lorenzetti, E. Highton de Nolasco, J. Maqueda y H. Rosatti.

<sup>84</sup> BELOFF, “Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, N° 1, 2005, p. 102 (<https://dspace.palermo.edu/dspace/handle/10226/311>; última visita: 26/6/2022).



## **VI. Bibliografía.**

### **A. Normativa**

Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989

Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración de los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1959

Asamblea General de las Naciones Unidas, Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, del 14 de diciembre de 1990

Asamblea General de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 16 de diciembre de 1966

Asamblea General de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 16 de diciembre de 1966

Asamblea General de las Naciones Unidas, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad, del 14 de diciembre de 1990

Asamblea General de las Naciones Unidas, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”), del 28 de noviembre de 1985

Asamblea General de las Naciones Unidas, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (“Reglas de Tokio”), del 14 de diciembre de 1990

Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Generales N° 10 “los derechos del niño en la justicia de menores” CRC/C/CG/10 del 25 de abril de 2007; N° 14 “el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial” CRC/C/CG/14 del 29 de mayo de 2013; y N° 24 “relativa a los derechos del niño en el sistema penal juvenil” CRC/C/CG/24 del 18 de septiembre de 2019

Constitución Nacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N° 17/2002, del 28 de agosto de 2002

Ley n° 10.903, “Patronato de menores”, sancionada el 21 de octubre de 1919 por el Congreso Nacional y publicada en el Boletín Oficial el 27 de octubre de 1919

Ley n° 22.278, “Régimen penal de la minoridad”, sancionada el 25 de agosto de 1980 por el Congreso Nacional y publicada en el Boletín Oficial el 28 de agosto de 1980

Ley n° 26061, “Protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”, sancionada el 28 de septiembre de 2005 por el Congreso Nacional y publicada en el Boletín Oficial el 21 de octubre de 2005

Organización de Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 22 de noviembre de 1969

XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, de los días 4 a 6 de marzo de 2008

## B. Jurisprudencia

CNACC, Sala V, causa n° 475/2012, caratulada “A.E.S. y otros s/ incidente de prescripción de la acción penal”, 5 de junio de 2012.

CNCCC, Sala I, causa n° 33017/2012, caratulada “R.K.R. s/abuso sexual”, 27 de diciembre de 2019 (Registro n° 1994/2019)

CNCCC, Sala I, causa n° 61109/2013, caratulada “Legajo de casación de Brest Jonathan Emiliano”, 13 de junio de 2016 (Registro n° 519/16)

CNCCC, Sala I, causa n° 62770/2013/TO1/5/CNC1, caratulada “Prieto Oscar Damián s/ recurso de casación”, 6 de mayo de 2016 (Registro n° 351/2016)

CNCCC, Sala I, causa n° 65353/2014, caratulada “Bustamante, Cristian Emanuel s/recurso de casación”, 28 de septiembre de 2018 (Registro n° 1232/2018)

CNCCC, Sala I, causa n° CCC 66694/2016/TO1/2/CNC1, caratulada “R.J.J.G s/recurso de casación”, 24 de septiembre de 2020 (Registro n° 2829/2020)

CNCCC, Sala II, causa n° 16761/13, caratulada “Esquivel, Jonathan Fabián s/ recurso de casación”, 3 de noviembre de 2015 (Registro n° 617/2015)

CNCCC, Sala II, causa n° CCC 2747/2014/TO1/CNC1, caratulada “Benavídez, José Fernando y otros s/ recurso de casación”, 23 de febrero de 2017 (Registro n° 113/2017)

CNCCC, Sala III, causa n° CCC 852/2014/TO1/CNC1, caratulada “Juárez, Leandro Enrique Horacio s/ robo con armas”, 17 de junio de 2015 (Registro n° 165/2015)

CNCCC, Sala III, causa n° CCC 38847/2014/TO1/CNC1, caratulada “Leiva, Leonardo s/ robo”, 25 de noviembre de 2015 (Registro n° 690/2015)

CNCCC, Sala III, causa n° CCC 59679/2014/TO2/6/CNC2, caratulada “Legajo de casación en autos Sánchez, Axel Gustavo s/ robo”, 12 de diciembre de 2018 (Registro n° 1631/2018)

CNCCC, Sala III, causa n° CCC 77256/2014/TO2/CNC1, caratulado “Romano, Sergio Daniel s/ abuso sexual art. 119 1° párrafo”, 9 de agosto de 2017 (Registro n° 682/2017)

CNCCC, Sala III, causa n° 500000314/2009/TO1/CNC1, caratulada “Falconi Talavera, Ricardo Billy Jhou s/ abuso deshonesto”, 27 de septiembre de 2016 (Registro n° 765/2016).

CNCCC, Sala III, causa n° CCC 500000762/2005/TO1/CNC1, caratulada “Durante, Jorge Mario y otros s/ prevaricato”, 2 de agosto de 2016 (Registro n° 571/2016)

CNCP, Sala IV, causa n° 9868, caratulada “B.J. s/ recurso de casación”, 15 de diciembre de 2008.

CSJN, “A.C.J s/ homicidio en ocasión de robo”, 31 de octubre de 2017

CSJN, “Arancibia Clavel, Enrique L. y otros s/asociación ilícita”, 24 de agosto de 2004 (Fallos, 327:3312)

CSJN, “García Méndez, Emilio y Musa Laura Cristina s/ causa n° 7537”, 2 de diciembre de 2008 (G. 147. XLIV.).

CSJN, “Maldonado, Daniel Enrique y otros s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”, 7 de diciembre de 2005 (Fallos: 328:4343).

CSJN, “Miras, Guillermo S.A.C.I.F. c/ Administración Nacional de Aduanas”, 18 de octubre de 1973 (Fallos: 287:76).

TOM N° 1, causa Nro. 1791, caratulada “O.J.G.B.”, 19 de septiembre de 2006

### C. Doctrina

BACIGALUPO, ENRIQUE, “Derecho penal. Parte general”, 2° edición, Hammurabi, Buenos Aires, 1999

BACIGALUPO, ENRIQUE, “Derecho penal y el estado de derecho”, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005

BELOFF, MARY, “Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección de la niñez en América Latina”, en DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia*, La Ley, Buenos Aires, 2008

BELOFF, MARY, “Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, N° 1, 2005 (<https://dspace.palermo.edu/dspace/handle/10226/311>; última visita: 26/6/2022)

BELOFF, MARY, "Niños y adolescentes: los olvidados de siempre. A propósito de la Reforma Penal introducida por la ley 23.894" en MAIER, JULIO (comp.), *El nuevo Código Procesal Penal, análisis crítico*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993

BINDER, ALBERTO, "Justicia Penal y Estado de Derecho", Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993

CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, "La responsabilidad penal de los adolescentes y el interés superior del niño. Complemento o contradicción?", en GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO (comp.), *Infancia, ley y democracia*, Del Puerto, Buenos Aires, 2004

CREUS, CARLOS, "Derecho penal. Parte general", 3° edición, Astrea, Buenos Aires, 1992

D'ALESSIO, ANDRÉS, "Código Penal comentado y anotado: 2da edición actualizada y ampliada", 2° Ed., La Ley, Buenos Aires, 2009

GIEDD, JAY, "Structural magnetic resonance imaging of the adolescent brain" en *Annals of the New York Academy of Sciences*, Vol. 1021, Issue 1, páginas 77-85, 2004 (<https://nyaspubs.onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1196/annals.1308.009>; última visita: 26/6/2022)

GONZÁLEZ FERRARI, GUSTAVO, "La imposición de sanciones a jóvenes infractores y una mirada alternativa hasta la modificación del régimen penal juvenil en Argentina", en DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes. Estrategias y Buenas Prácticas de la Defensa Pública*, Ministerio Público de la Defensa, 2011

GUEMUREMAN, SILVIA, "La cartografía moral de las prácticas judiciales en los tribunales orales de menores. Los tribunales Orales en la Ciudad de Buenos Aires", Del Puerto, Buenos Aires, 2011

GUEMUREMAN, SILVIA, "Las prácticas judiciales hacia adolescentes y jóvenes en la jurisdicción nacional", en GUEMUREMAN, SILVIA (dir.), *Políticas penales y de seguridad dirigidas hacia adolescentes y jóvenes*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015

GUEMUREMAN, SILVIA, "Mapa de institucionalización por cuestiones penales en Ciudad de Buenos Aires, Nación y Provincia de Buenos Aires", en GUEMUREMAN, SILVIA (dir.), *Políticas penales y de seguridad dirigidas hacia adolescentes y jóvenes*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015

HERRERA, MARISA, "De la 10.903 a la 26.061: un arduo camino por recorrer. La tensión especialidad vs. "niñología" como debate pendiente", en GUEMUREMAN, SILVIA (dir.), *Políticas penales y de seguridad dirigidas hacia adolescentes y jóvenes*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015

JOROLINSKY, KAREN, "Proyectos y tentativas de modificación del Régimen Penal de Minoridad: mil intentos y ningún invento. en GUEMUREMAN, SILVIA (dir.), *Políticas*

*penales y de seguridad dirigidas hacia adolescentes y jóvenes*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015

LA ROSA, MARIANO, “La prescripción en el derecho penal”, Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2008

MERCURIO, EZEQUIEL, “Hacia un régimen penal juvenil. Fundamentos neurocientíficos”, en DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes. Estrategias y Buenas Prácticas de la Defensa Pública*, Ministerio Público de la Defensa, 2011

NUÑEZ, RICARDO, “Tratado de Derecho Penal”, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1988

PASTOR, DANIEL, “El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003

PASTOR, DANIEL, “Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal”, Del Puerto, Buenos Aires, 1993

PFEIFER, JENNIFER *et al.*, “Entering Adolescence: Resistance to Peer Influence, Risky Behavior, and Neural Changes in Emotion Reactivity”, *Neuron Journal*, Vol. 69, Issue 5, 2011 (<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3840168/>; última visita: 26/6/2022)

QUINTERO, ALEJANDRA *et al.*, “Aportes para una justicia especializada para jóvenes en el conflicto con la Ley Penal”, JusBAires, Ciudad Autónomas de Buenos Aires, 2018

RIGHI, ESTEBAN, “Derecho penal: parte general”, 2º Ed, Abeledo Perrot, CABA, 2015

ROMERO VILLANUEVA, HORACIO, “La prescripción penal”, 2º Ed., Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016

TERRAGNI, MARTINIANO, “Nuevas interpretaciones del artículo 4º de la ley 22278: Propuestas e interrogantes”, en DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes. Estrategias y Buenas Prácticas de la Defensa Pública*, Ministerio Público de la Defensa, 2011

VERA BARROS, OSCAR, “La prescripción penal en el Código Penal”, Lerner, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2007

ZAFFARONI, EUGENIO, “Derecho Penal, Parte General”, Ediar, Buenos Aires, 2002