



**Título del trabajo:** Prescripción de la acción penal. La obligatoria reducción del plazo en casos de niños y niñas imputados.

Por Juan Antonio Tobías, Defensor Público Oficial ante los Tribunales Orales de Menores de la Capital Federal.

**Sumario:** el autor analiza el instituto de la prescripción de la acción penal a la luz del *corpus iuris* aplicable en materia de niñez, a partir de lo cual argumenta, y concluye, acerca de la obligatoriedad de aplicar la reducción estipulada en el art. 4 del decreto 22.278 a los efectos de contabilizar el plazo para que opere la extinción de la acción por la causal referida.

**Voces: DERECHO PENAL – DERECHO DE MENORES – PRSCRIPCION DE LA ACCION PENAL**

**I. Breves referencias históricas. Del paradigma de la “situación irregular” a la protección integral de los niños, niñas y adolescentes como verdaderos sujetos de derechos**

La idea que promueve el presente trabajo radica en reflexionar acerca de la proyección del material jurídico garantizador que rige en los casos de niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal, específicamente en lo que atañe al plazo para que opere la prescripción de la acción y, consecuentemente, el impostergable reconocimiento de la obligación jurídica consistente en aplicar la reducción del plazo correspondiente para la extinción de la acción, fundamentalmente como corolario del sistema de protección

integral, principio de especialidad y trato diferenciado, principio de no judicialización, objetivos distintos de la administración de justicia en casos de niñez en conflicto con la ley penal en comparación con el sistema de adultos y, desde luego, el paradigma rector del interés superior del niño.

Para ello nos proponemos, en primer lugar, recordar algunos datos históricos relativos al reconocimiento de derechos que, poco a poco, se ha logrado en materia de niñez, tanto en general como en lo que respecta a jóvenes en conflicto con la ley penal. En ese sentido, vale recordar que la situación jurídica de los niños ha transitado desde el paradigma de la *situación irregular* hacia el modelo de la *protección integral*, reconociéndoselos como verdaderos sujetos de derechos, lo cual ha dado lugar a que sea superado el tratamiento de aquellos como meros “objetos de protección” o tutela por parte del Estado.

El modelo de la *protección integral*, cuya piedra fundamental es justamente el reconocimiento del niño como verdadero sujeto de derechos, registra una muy incipiente y bastante elemental manifestación a partir de la proclamada necesidad de brindar una protección especial, tal como quedó plasmado en la Declaración de los Derechos del Niño de 1924<sup>1</sup>.

Otras manifestaciones del nuevo paradigma referido han sido, sin duda alguna, la Declaración de los Derechos del Niño<sup>2</sup>, como así también las específicas previsiones contenidas en otros catálogos más generales de reconocimiento de Derechos Humanos<sup>3</sup>. En lo que refiere a la situación de los niños en el marco de la administración de justicia, también es preciso incorporar en este listado, como un avance más en el campo del cambio de paradigma ya referido previamente, a las “Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores”<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Conocida como “Declaración de Ginebra”, adoptada por la Sociedad de las Naciones en su 5ª Asamblea llevada a cabo el 26 de diciembre de 1924.

<sup>2</sup> Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1959.

<sup>3</sup> Por caso la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25.2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>4</sup> Reglas de Beijing, adoptadas por la Asamblea General de la ONU en su resolución N° 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

Asimismo, todo el material aludido constituye el declarado antecedente que, respecto de sí misma, ha reconocido la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>5</sup>, tratándose justamente del instrumento internacional de mayor relevancia en lo que refiere a esta temática y que, sin dudas, representa la cristalización normativa del nuevo paradigma de la situación jurídica de los niños y niñas en el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>6</sup>.

## **II. El conjunto de normas *soft law* como parte integrante del corpus iuris en materia de niñez**

El proceso de avance en materia de reconocimiento de derechos respecto de los niños y niñas, también se vio reforzado con el dictado de distintos conjuntos de reglas, directrices o recomendaciones que, calificadas como *soft law*, son relevados por el Comité de los Derechos del Niño, creado por el art. 43 de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup>Adoptada por la Asamblea General de la ONU, el día 20 de noviembre de 1989, ver en tal sentido los párrafos octavo y décimo de su Preámbulo.

<sup>6</sup>Vale recordar que, además de haber sido aprobada en el orden interno de nuestro país por Ley 23.849, B.O. 22/10/90, desde la reforma de 1994 la Convención tiene jerarquía constitucional de acuerdo a lo establecido en el art. 75, inc. 22 CN.

<sup>7</sup>En la Observación General N° 10, párrafo cuarto, declama que uno de sus objetivos es “*Promover la integración en una política nacional y amplia de justicia de menores de otras normas internacionales, en particular las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (“Reglas de La Habana”) y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (“Directrices de Riad”)*”. En el mismo sentido, los párrafos 17 y 18 de la citada Observación General, como así también el párrafo 75 de la O.G. 11, en cuanto señala que los Estados deben incorporar en su política nacional general de justicia de niños, niñas y adolescentes a las Directrices de Riad. Del mismo modo, en la O.G. 10, el Comité alude a las Reglas de Beijing, Reglas de La Habana y Directrices Riad en los párrafos 4, 32, 46, 66 y 88, consignándose en este último que: “*El Comité señala a la atención de los Estados Partes las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los niños, niñas y adolescentes privados de libertad, aprobadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990. El Comité insta a los Estados Partes a aplicar plenamente esas reglas, teniendo en cuenta al mismo tiempo, cuando proceda, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*”.

La consideración de esas reglas y directrices, asimismo, encuentra fundamento en que, al tiempo que son relevadas por el Comité de los Derechos del Niño<sup>8</sup>, en el ámbito local tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que dicho Comité resulta ser el “*intérprete autorizado en el plano universal*” de la Convención de los Derechos del Niño, motivo por el cual el máximo tribunal de la Nación tiene especialmente en cuenta la exégesis que ese órgano de control realiza<sup>9</sup>.

En la competencia consultiva de la Corte IDH se aprecia un relevamiento de aquellas normas catalogadas como *soft law*<sup>10</sup> y en ese colectivo no solo ha incluido a las Reglas de Tokio para el específico caso de los niños y niñas<sup>11</sup>, sino que también ha sopesado los informes del Comité de los Derechos del Niño<sup>12</sup>.

La valoración del material relatado también se verifica cuando la Corte IDH ejerce su competencia jurisdiccional, como por ejemplo en el caso “Mendoza vs. Argentina”<sup>13</sup>, oportunidad en la cual el tribunal interamericano consideró especialmente el contenido de diferentes Observaciones Generales emitidas por el Comité de los Derechos del Niño<sup>14</sup>.

### **III. El sistema de protección regional y la regulación legal en Argentina con el (todavía) vigente decreto 22.278 y la ley 26.061. La necesaria influencia interpretativa del corpus iuris en materia de niñez**

---

<sup>8</sup> Al respecto se dijo que esos instrumentos complementan las disposiciones de la Convención y proporcionan orientación para la aplicación de los derechos reconocidos en ella (informe sobre el décimo período de sesiones, octubre/noviembre de 1995, CRC/C/46, párrafo 214.

<sup>9</sup> CSJN, Fallos 336:916, considerando 5º; Fallos 331:2047, considerando 4º.

<sup>10</sup> Opinión Consultiva N° 17/2002, párrafos 26, 39, 50, 75, 78, 106, 116, 120, 123, 132, 134, 135 en alusión a las Reglas de Beijing; ver párrafos 26, 39, 67, 73, 111, 116, 135 en referencia a las Directrices de Riad.

<sup>11</sup> Corte IDH, O.C. N° 17/2002 párrafos 26, 39, 116, 126.

<sup>12</sup> Ver párrafos 58.1 (nota al pie n° 61), 88, 89, 99.2 y su nota al pie n° 103 de la OC 17/2002. █

<sup>13</sup> Párrafos 143, 147, 149, 151, 162 y 199 en alusión a las Reglas de Beijing, de Tokio y directrices de Riad; párrafos 187, 189, 199 y 322 en referencia a las Reglas de La Habana.

<sup>14</sup> Párrafos 162, 143, 145, 150, 247 y 325.

En el ámbito interamericano también contamos con instrumentos sobre Derechos Humanos que contienen algunas manifestaciones en orden a la situación de los jóvenes, las que pueden ser representativas —cada una en el desarrollo propio de la época en la que fueron plasmadas— de ese proceso de reconocimiento de aquellos como sujetos de derechos; en ese sentido, es posible mencionar el art. 7 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, en tanto reconoce a los niños y niñas el derecho de protección, cuidado y ayudas especiales, como así también el art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>15</sup>.

En el ámbito interno de la República Argentina, hay que decir que la manifestación más elocuente del modelo de la *situación irregular*, a partir de la doctrina de la intervención tutelarista por parte del Estado, ha sido reflejada en la Ley 10.903, también conocida como Ley de Patronato de Menores<sup>16</sup>, y posteriormente con la autoproclamada ley 22.278<sup>17</sup>.

De allí, entre otros motivos, se encuentra la razón por la cual, en el año 2002, el Comité de los Derechos del Niño, al analizar el sistema juvenil argentino, expresó que: “...*la ley vigente relativa al niño, a saber, la Ley N° 10.903 (Ley de patronato), se remonte a 1919 y se base en la doctrina de la "situación irregular", en virtud de la cual los niños son objeto de protección judicial*”. En el mismo informe, párrafos 40 y 62, el Comité reiteró su “*profunda preocupación*” no solo con aquel cuerpo normativo, sino también con el régimen penal juvenil instaurado por (decreto) ley 22.278 y, como conclusión, dicho órgano de control recomendó al Estado Argentino la rápida instauración de los mecanismos y procedimientos que —en ese momento, año 2002— estaban en discusión como parte de la reforma legislativa “...*que sustituirá la Ley 10.903 y la Ley 22.278*”<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Aprobada por Ley 23.054, B.O. 27/03/84 que, al igual que la Declaración Americana mencionada anteriormente, como así también el PIDCP y el PIDESC, tiene jerarquía constitucional de acuerdo a la cláusula del art. 75.22 CN.

<sup>16</sup> B.O. 27/10/19.

<sup>17</sup> B.O. 25/08/80.

<sup>18</sup> Comité de los Derechos del Niño, 31º Período de Sesiones, Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del art. 44 de la Convención. Observaciones Finales: Argentina. CRC/C/15/Add.187, del 9 de octubre de 2002, ver específicamente párrafo 41.

En esta instancia, es importante resaltar el trascendental avance que ha implicado la ley 26.061<sup>19</sup> en materia de reconocimiento de derechos a los niños, niñas y adolescentes, mas no solo por la derogación de la ley 10.903<sup>20</sup>, sino también porque en el orden interno representa la cristalización de un importante catálogo de derechos y garantías que, si bien se desprendían en medida importante de la Convención de los Derechos del Niño y del resto de *corpus juris* específico, no tenían una regulación legal interna que respondiera a los estándares de aquél instrumento, ni mucho menos que representase, siquiera mínimamente, un atisbo de cumplimiento de las obligaciones a las que se había comprometido la República Argentina (aún perdura gran parte de esa deuda) a partir de la ley 23.849 y, con mayor gravedad en la pasividad estatal remarcada, a partir del reconocimiento de jerarquía constitucional de la referida Convención.

Entonces, sin desconocer la trascendental importancia de aquella ley de protección integral, lo cierto es que no se ha producido aún la sustitución del régimen instaurado por decreto 22.278 —sustitución recomendada especialmente en el año 2002 por el Comité de los Derechos del Niño e incluso reclamada recientemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>21</sup>—.

<sup>19</sup> B.O. 26/10/05, cuyo decreto reglamentario N° 415/2006, B.O. 18/04/06, establece en su art. 19 que: *“La privación de libertad personal adoptada de conformidad con la legislación vigente, no podrá implicar la vulneración de los demás derechos reconocidos a las niñas, niños y adolescentes, debiendo considerarse parte integrante del artículo 19° en su aplicación, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33 del 29 de noviembre de 1985, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD) adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990 y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990”.*

<sup>20</sup> Según art. 76 de la ley 26.061.

<sup>21</sup> CSJN, 743/2014 (50-A)/CS1, autos “A., C. J. s/ homicidio en ocasión de robo, portación ilegal de arma de fuego de uso civil s/ juicio s/ casación”, sentencia del 31 de octubre de 2017, considerando 9° en el que se dijo: *“...cabe requerir al Poder Legislativo que en un plazo razonable adecue, en lo pertinente, la legislación penal juvenil a los estándares mínimos que surgen de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional (artículo 75, inc. 22, segundo párrafo) y a los términos ordenados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia dictada*

No obstante, en las condiciones actuales, ese elemental régimen legal debe ser interpretado y aplicado a la luz de diversas normas que reconocen toda una serie de derechos y garantías de diversa índole respecto de las niñas, niños y adolescentes, de modo que la totalidad de ese material jurídico no solo conforma el *corpus juris* sustantivo y garantizador de los derechos de las personas que involucra, sino que además debe operar, en el contexto en el que se encuentra nuestro país, como pauta interpretativa insoslayable de esta última legislación que, en definitiva, opera como un resabio de la doctrina de la *situación irregular*.

Así, pues, cabe dejar asentando que la situación de los jóvenes en conflicto con la ley penal, debe ser analizada y resuelta a la luz del conjunto de normas del derecho internacional de los Derechos Humanos al que la República Argentina se ha comprometido internacionalmente, a lo cual habrá de añadirse el conjunto de normas calificadas como *soft law*, al que ya se ha hecho referencia.

Desde luego que la ponderación de cualquier caso que involucre a niños, niñas y adolescentes deberá regirse especialmente por la ley 26.061, pero también, incluso por la expresa mención de su artículo segundo, por la “*aplicación obligatoria*” de la Convención de los Derechos del Niño en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. En ese marco es que, justamente, en lo que refiere a la específica temática indicada, la Corte Suprema de Justicia<sup>22</sup> ha tomado en cuenta, para

---

*en el caso Mendoza*”.

<sup>22</sup>CSJN, Fallos 331:2691 “García Méndez” y 328:4343 “Maldonado”, en cuyo considerando 34 del voto mayoritario se dijo: “...*en la actualidad, el sistema jurídico de la justicia penal juvenil se encuentra configurado por la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, normas que resulten de ineludible consideración al momento de la imposición de penas por hechos cometidos por menores*”.

resolver las cuestiones planteadas en cada caso, el material jurídico elaborado por el Comité de los Derechos del Niño.

Huelga señalar que la Corte IDH reiteradamente ha hecho alusión a “...un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños”, que en el caso de los niños debe servir “...para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”<sup>23</sup>, a punto tal que en el caso “Mendoza y otros Vs. Argentina” expresó que: “Tratándose del debido proceso y garantías, esta Corte ha señalado que los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), medios idóneos para que aquéllos sean efectivos en toda circunstancia, tanto el corpus iuris de derechos y libertades como las garantías de éstos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática. Entre estos valores fundamentales figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su nivel de desarrollo y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado”<sup>24</sup>.

Frente al estado de situación descrito, tanto de la fuerza vinculante de instrumentos internacionales como de las opiniones de órganos de protección de los Derechos Humanos a los que se hizo referencia, ciertamente es más que una obviedad decir que las reglas del decreto 22.278 quedan en “fuerte tensión” frente al *corpus juris* que rige la situación jurídica de los niños, y más allá de señalar también la imperiosa necesidad de contar con un régimen legal que regule la situación de aquellos en conflicto con la ley penal, y que, desde luego, esa legislación resulte acorde a los estándares

---

<sup>23</sup> En tal sentido: Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia 19 de noviembre de 1999, pár. 194; Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, pár.148; Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, pár. 153; Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014, Pár. 107; Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012, pár. 137.

<sup>24</sup> Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013, pár. 144.



internacionales de derechos y garantías sustanciales y procesales (lo cual implicará también respetar las obligaciones internacionales a las que se encuentra comprometido el Estado Argentino en la materia específica.

Reiteramos, independientemente de la ley 26.061, lo cierto es que toda medida que se tome en relación a la situación procesal de jóvenes en conflicto con la ley penal, debe ser sopesada a partir de una interpretación del art. 4º del decreto 22.278 que sintetice conciliatoriamente aquella norma con las disposiciones del derecho internacional de los Derechos Humanos, para lo cual es preciso relevar el interés superior del niño<sup>25</sup>, como imperativo y pauta rectora primordial en tanto criterio general que debe guiar toda decisión al respecto.

En términos genéricos, pues, es posible colegir que, del conjunto normativo aludido, abordado e interpretado en su integridad como un todo coherente y armónico, se desprende la consideración de la situación especial que los jóvenes atraviesan en la etapa de la vida en la que transitan, a partir de lo cual no hay duda acerca del reconocimiento de una condición especial que, entre otras implicancias, exige una valoración diferente a la que, en iguales condiciones, procedería respecto de un adulto.

#### **IV. El reconocimiento de la condición especial de los niños, niñas y adolescentes. El principio de trato diferenciado y su correlación con el principio de no judicialización y los objetivos específicos de la administración de justicia en materia de niñez**

Uno de los aspectos en los cuales se proyecta aquella especial situación, radica en el menor juicio de reproche del cual partir en casos de jóvenes en conflicto con la ley penal, traducido esto en un menor contenido de culpabilidad por el hecho frente al análisis que, en iguales condiciones, resultaría para el caso de un adulto. De allí, entre otras cuestiones, surge la imperativa calificación como “medida de último recurso” a la

---

<sup>25</sup> Se trata de un principio que en tanto “...regulador de la normativa de los derechos del niño, se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño” (Corte IDH, O.C. 17/2002, párr. 56). Así también, art. 3.1 CDN; art. 3 ley 26.061; Comité de los Derechos del Niño, OG 5, párr. 12, OG 10, párr. 10, 16, 71 y OG 13, párr. 61 y OG 14, párr. 4 y 28; Corte IDH, OC 17/2002, párr. 65; Corte IDH “Mendoza vs. Argentina”, párr. 163.

imposición de una pena, lo cual lleva ínsito, inseparablemente, la aplicación de una dosimetría punitiva que limite el contenido temporal de la sanción a su mínima expresión.

De lo dicho hasta aquí, en conjunto con la previsión legal del art. 4 del decreto 22.278, queda claro que la reducción de la pena, en todos los casos en que se entienda necesario imponer una sanción penal a un niño, constituye una obligación y mandato constitucional y convencional de las autoridades judiciales pertinentes, sin que tal reducción pueda ser entendida como una mera facultad discrecional, como si se tratara de una cuestión que está librada a la decisión y arbitrio del órgano jurisdiccional que, en tal caso, podría imponer una pena reducida o, por el contrario, la misma pena que procedería para el caso de un adulto a resultas de considerar en su integridad la escala penal en abstracto para el tipo penal de que se trate.

El razonamiento expuesto, a nuestro entender, es el que mejor compatibiliza con el catálogo de derechos al que se hace alusión, pues de lo contrario se corre el riesgo de relativizar del contenido específico del conjunto de normas que conforma el *corpus iuris* en materia de niñez; pues negar la imperativa disminución de la reacción penal en casos como los planteados, representaría exactamente lo mismo que negar la situación especial en la que se encuentra el colectivo de personas aludido, de la cual debe surgir como consecuencia insoslayable la disminución de la pena, como expresión directa e inmediata que surge lógicamente como respuesta al antecedente valorativo de la situación particular referida a la edad en la que se ha cometido la infracción penal.

En otras palabras: reconocer la especial etapa de la vida en la que transita una persona menor de dieciocho años de edad, pero al mismo tiempo sostener que la disminución del contenido de reproche no es obligatoriamente procedente, por regla y en todos los casos de niños y niñas en conflicto con la ley penal, implicaría una contradicción lógica que deja vacía de contenido a la premisa de la cual se parte.

Estas reflexiones generales acerca del paradigma que debe primar en la materia específica en cuestión, en cuanto al reconocimiento de la menor culpabilidad del autor cuando el hecho es cometido siendo un niño (art. 1 CDN), dado su estado de vulnerabilidad e inmadurez emocional e intelectual debido a su edad, han sido sintetizadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso publicado en Fallos 328:4343 (considerando 40° del voto mayoritario), consagrándose por vez

primera el reconocimiento del máximo tribunal de la República acerca del imperativo obligatorio que decanta en reducir la pena sobre la base de considerar la situación especial de la vida que atraviesan aquellas personas.

En palabras de la Corte: *“Que en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona, 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 o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto”*.

Esta concepción, además, se vio reflejada en el voto particular que el juez Fayt efectuó en el caso antes citado (considerando 16 de su ponencia), en el cual, adicionalmente, demostró que la tradición jurídica de nuestro sistema legal está inspirada justamente en la reducción de la sanción como una regla obligatoria, para lo cual se remontó a los antecedentes legales correspondientes, en los siguientes términos: *“Que, entonces, en principio no se encuentra en juego la medida del castigo sino, en primer término, el imperioso examen de la necesidad de la propia aplicación de una sanción penal que, en su caso, deberá ser por regla reducida. Así se ha entendido también por nuestra tradición legislativa, pues a la par de que el art. 4° del Proyecto de Tejedor establecía que "(s)i en el momento de la consumación del crimen, los culpables son mayores de catorce años, pero menores de dieciocho, y son, además, reconocidos capaces de imputabilidad, la pena se disminuirá de la manera siguiente: la pena de muerte, por la de penitenciaría de diez a quince años; el presidio o penitenciaría de tiempo indeterminado, por seis a diez años de penitenciaría, y el presidio o penitenciaría de tiempo determinado, con prisión de uno a tres años", en su comentario oficial se destacaba que la juventud debía ser considerada en todos los casos como causa de atenuación legal y remitía a su vez al Código de Baviera para establecer como regla "la presunción de inocencia hasta los dieciocho, y en caso de haber obrado el acusado con discernimiento, atenuación de la pena en general hasta la misma época, y la de muerte hasta los veintiuno" (confr. Rodolfo Moreno, op. cit., pág. 320).*

*Desde entonces y aun cuando resulte susceptible de crítica la comprobación de la "exigencia de discernimiento" que siguieron algunos proyectos -a lo que obedece que fuera modificada por la clasificación legal hoy conocida- la regla de atenuación de la pena ordinaria fue adoptada en todos los sistemas subsiguientes (confr. Rodolfo Moreno, op. cit., pág. 321 y sgtes.). Así desde el código de 1921, se estableció la reducción prevista para la tentativa ya mencionada. De este modo el precepto en cuestión no sólo permitía al a quo asumir este temperamento, sino que además obligaba a fundar debidamente la propia imposición de pena”.*

Una reflexión similar, y consecuente postura coincidente, ha sido plasmada por Stella Maris Martínez, en cuanto considera que la facultad del juzgador, que según el art. 4, decreto 22.278 parece discrecional, a la luz del esquema normativo vigente se convierte en una manda constitucional que no puede ser desoída<sup>26</sup>.

Tal posición, que aquí se propugna, es producto, como se advierte, de una interpretación superadora de la regulación contenida en el citado art. 4 del régimen penal juvenil todavía vigente en nuestro país, que debe ser adecuado al paradigma concreto y específico que rige en materia de niñez (al que ya nos hemos referido anteriormente), pues la literalidad de aquella norma no podría superar hoy día, por sí misma y sin la armonización interpretativa de referencia, un mínimo test de constitucionalidad y convencionalidad evaluativo de su adecuación al catálogo de derechos que imperan en la materia.

Esta es la postura (me refiero a la debida armonización de la legislación interna sobre la base del catálogo de derechos específicos en materia de niñez) que se desprende incluso de varios casos resueltos por la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, respecto de lo cual se sigue que el citado art. 4 del régimen penal juvenil hasta hoy vigente, debe ser interpretado de una forma que se concilie con las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño y, en particular, con sus arts. 3, 37 y 40<sup>27</sup>.

Lo dicho hasta aquí permite extraer, al menos, dos ideas rectoras:

---

<sup>26</sup>MARTÍNEZ, Stella Maris, “*Los jóvenes en conflicto con la ley penal: del discurso tuitivo a la realidad inquisitorial*”, en Revista Pensamiento Penal del Sur, N° 1, Buenos Aires, Fabián Di Placido, 2004, pág. 434, citada por la jueza Ángela Ledesma, a cuyo voto adhirió el juez Alejandro Slokar en CFCP, Sala II, “F., C. A. s/ recurso de casación”, causa 11.852, registro 20.468, del 21/09/12.

i) es imperativa la adecuación de la legislación interna específica sobre la base del plexo normativo conformador del *corpus iuris* en materia de niñez, lo cual implica necesariamente también que dicha adecuación se practique respecto de la restante normativa de fondo en materia penal (por caso, el instituto de la prescripción de la acción penal, entre otros) si es que se pretende mantener en su integridad la vigencia del catálogo de derechos y garantías propios de la niñez, puesto que la restante legislación penal de fondo no recepta los postulados propios del catálogo de derechos específicos, dado que responde a una estructuración legislativa diagramada para adultos.

ii) como consecuencia de lo anterior, y de todo lo que se viene diciendo, la regulación legal interna del instituto de la prescripción de la acción penal, en tanto se trata de uno de los aspectos contenidos en la normativa penal de fondo, también debe ser adecuado al paradigma normativo específico, ya que, además, conforme lo expuesto, es indudable que si la penalidad para el caso de niños en conflicto con la ley penal deberá ser obligatoriamente disminuida, con motivo de la consideración de la situación particular de dicho colectivo de personas, pues entonces el tiempo necesario para la prescripción de la acción penal debe tener un correlato reductor que guarde coherencia y, por lo tanto, el *dies ad quem* acontecerá antes que para el caso de un adulto.

Plasmadas hasta aquí las consideraciones generales sobre el tema, pasaremos ahora enunciar la normativa específica que, conjuntamente con lo anterior, dota de sustento al criterio aquí esgrimido.

En tal sentido, tanto el interés superior (art. 3 CDN), como el principio de protección especial y trato diferenciado, son influidos por, y deben entenderse en sintonía con, los principios más generales de la justicia en materia de niñez, como por ejemplo el de la búsqueda de medidas alternativas a los procedimientos judiciales, como también aquel que impone objetivos de la administración de justicia que son diferentes a aquellos que rigen para el caso de adultos.

---

<sup>27</sup> En líneas generales esa postura surge de los casos “P.”, CNCCC Sala 1, Reg. 351/2016, del 6/05/16 voto del juez Luis García; “E.”, CNCCC Sala 2, causa n° 16.761/13, Reg. 617/2015 del 3/11/2015, voto conjunto de Bruzzone, Morin y Sarabayrouse; en el mismo sentido, voto de Bruzzone en “B.”, CNCCC Sala 1, Reg. 519/2016 del 13/07/16 en el que remite a “E.”. En ese sentido, también se ha manifestado el juez Jantus en “G., A. A.”, CNCCC Sala 3, Reg. 468/2015 del 18/09/15 (adhieren los jueces Garrigós de Rébori y Magariños) al que se remite “S. T., A. G. s/medida de protección de menor, ley 26.061”, CNCCC Sala 3, Reg. 185/2016, resolución del 17/03/16, voto de los jueces Días, Magariños y Jantus.

De optarse por un temperamento contrario se correría el peligro de incurrir en una inaceptable disminución de la capacidad operativa de los principios de interés superior, protección especial y trato diferenciado, como así también dejar en letra muerta al plus de derechos en materia de niñez. En sentido opuesto, no es posible asumir a estos principios rectores (consagrados en normas de jerarquía constitucional en nuestro esquema normativo interno) marginados de aquellos objetivos propios que surgen del *corpus iuris* del derecho internacional, pues se trata de postulados que mutuamente se influyen entre sí y operan no como si fuesen compartimientos estancos, sino, antes bien, como un todo operativo, coherente y sistemático que, a medida que avanza el estado de la ciencia jurídica y el reconocimiento de derechos, adquieren mayor entidad, amplitud y vinculación normativa entre sí, como así también respecto de las normas de orden interno de cada uno de los Estados que ha reconocido a dicho catálogo de derechos.

Por lo tanto, la cuestión planteada lleva ínsita, por cierto, la consideración de aquellos cardinales principios, derechos y garantías, cuyo sentido y alcance está en discusión al reflexionar acerca de los objetivos de la administración de justicia en los casos de jóvenes en conflicto con la ley penal y la consecuente proyección que de todo ello deriva sobre la legislación doméstica de un determinado país, que, vale adelantarlo aquí, en el caso de la República Argentina representa un verdadero caso federal que tiene la entidad suficiente a efectos de ser tratado en la instancia del art. 14 de la ley 48.

Pero, como decíamos previamente, es innegable que la valoración conjunta de aquellos postulados enmarca la discusión y en especial (en torno a los objetivos de la justicia de personas menores de edad, como la búsqueda de soluciones alternativas a las instancias judiciales) vienen a reforzar la conclusión relativa a que sería un contrasentido lógico 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 casos de adultos, pero que tal diferenciación no se proyecta cuantitativamente sobre el requisito temporal para que opere la prescripción de la acción penal.

Similar contrasentido implicaría el afirmar que la búsqueda de soluciones alternativas, tendiente a la des-judicialización de casos de niñez en conflicto con la ley penal, no representa un ideario rector que, a su vez, condiciona concretamente la valoración del instituto de la prescripción de la acción penal para el caso de personas menores de dieciocho años de edad. En síntesis, si se parte de reconocer un objetivo diferente que

subyace en la tramitación de un proceso penal, complementado con la primera directiva de buscar soluciones alternativas a la judicialización de un caso en que se halla imputado un niño o niña, pues entonces, inescindiblemente, aquello debe tener un impacto concreto sobre la vigencia de la acción penal que, en el sentido indicado, no puede ser temporalmente igual al plazo que rige para un adulto.

Es más, no solo se trata de una consecuencia (la reducción del plazo de vigencia de la acción penal) ineludible del sistema lógico normativo al que se hace referencia, sino que, en rigor de verdad, se trata de una de las principales consecuencias que pueden derivarse de aquellos postulados, pues de lo contrario los mencionados objetivos no serían más que un conjunto de expresión de deseos que en la práctica no tendrían aplicación concreta.

No es posible, en nuestra opinión, mantener un estándar valorativo que reconoce a los jóvenes determinados derechos en algunos aspectos, pero en otros ámbitos (y por cuestiones que pueden ser superadas sobre la base de la interpretación sistémica y operatividad del catálogo de derechos aludido) escatimar en desmedro de aquellos la vigencia de tales derechos y garantías, lo cual representaría, ni más ni menos, una desconsideración absoluta de la particular situación y etapa de la vida por la que transita el colectivo de personas aludido.

En los términos hasta aquí expuestos, cabe preguntarse en qué situación permanecería una opinión contraria a la propuesta (es decir, manteniendo el mismo plazo de vigencia de la acción que para un adulto), si es que se la somete a la dialéctica que fluye de la opinión del órgano de protección de derechos específico en materia de niñez. En esa senda, nos preguntamos si es razonable y respetuoso del catálogo de derechos específicos, asumir que el plazo de vigencia de la acción penal no debe experimentar ninguna diferencia entre supuestos de menores y mayores de dieciocho años, frente a las siguientes observaciones del Comité de los Derechos del Niño en relación a los objetivos de la justicia en tales casos y la búsqueda de soluciones alternativas.

Sólo a modo enunciativo, para elaborar una posible respuesta al temperamento contrario al aquí propuesto, vale citar la Observación General Nro. 10, que en su párrafo 15 dispone “*Una política general de justicia de menores debe abarcar las siguientes cuestiones básicas: intervenciones que no supongan el recurso a procedimientos judiciales e intervenciones en el contexto de las actuaciones judiciales*”, como así

también el párrafo 25 en tanto consigna: *“El Comité opina que es obligación de los Estados Partes promover la adopción de medidas en relación con los niños que tienen conflictos con la justicia que no supongan el recurso a procedimientos judiciales, si bien esa obligación no se limita a los niños que cometan delitos leves, como el hurto en negocios u otros delitos contra la propiedad de menor cuantía, o a los menores que cometan un delito por primera vez”*.

Pero el Comité no ha sido el único órgano que se expidió al respecto, ya que también lo ha hecho la Corte IDH en la Opinión Consultiva 17/2002, pues en el párrafo 135 se puede leer lo siguiente: *“Las normas internacionales (Artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Regla 11 de Beijing y 57 de las Directrices de Riad) procuran excluir o reducir la “judicialización” de los problemas sociales que afectan a los niños, que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter, al amparo del artículo 19 de la Convención Americana, pero sin alterar o disminuir los derechos de las personas. En este sentido, son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad”*.

En cuanto al otro aspecto, esto es, los objetivos distintos a la justicia de adultos, el mismo Comité en su Observación General Nro. 10, párrafo 10, alude a que *“La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes”*.

Estas directrices, insistimos, deben tener una proyección en lo que atañe al tiempo de vigencia de la acción penal durante el cual quedará irremediamente sometido a proceso judicial toda persona inculpada de un delito penal mientras contaba menos de dieciocho años de edad, pues, si la intención es la no judicialización como principio rector y la búsqueda de métodos alternativos de solución del conflicto, destinadas a evitar el trámite judicial que únicamente puede desenvolverse en tanto y en cuanto la acción penal mantenga su vigencia, entonces es ineludible la reducción de ese tramo temporal en el cual es viable el ejercicio de la acción penal.



Por otro lado, y en definitiva como lo que subyace a esta discusión es ni más ni menos que el dato relativo al tiempo (tiempo en el cual un niño quedará sometido a la jurisdicción de una autoridad judicial), es preciso traer a colación algunas consideraciones que, a la luz de la situación particular de todo niño, versan justamente sobre la relación entre el tiempo que transcurre y la etapa especial de la vida por la que transita un joven que no ha cumplido la mayoría de edad al momento del hecho atribuido.

En tal sentido, es contundente la opinión del Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General Nro. 10, párrafo 51, al relevar 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. Cuanto más tiempo pase, tanto más probable será que la respuesta pierda su efecto positivo y pedagógico y que el niño resulte estigmatizado”*.

El párrafo siguiente, número 52, detalla que *“El 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”*.

Así también, en el párrafo 68 de ese instrumento, el Comité dejó en claro que *“La decisión de iniciar un procedimiento penal contra un menor no implica necesariamente que el proceso deba concluir con el pronunciamiento de una sentencia formal”*, lo cual se relaciona con la búsqueda de medidas alternativas y demuestra, cabal y ostensiblemente, que en casos de niñez en conflicto con la ley penal queda de lado, como objetivo prioritario, la resolución del caso a través de una sentencia definitiva como producto de mantener (con el mismo contenido temporal que para un mayor) la vigencia de la acción penal.

Es más, incluso con una pauta de concreción absolutamente específica, en el párrafo 83 de la Observación General Nro. 10, el Comité indica expresamente que *“...teniendo en cuenta la práctica de aplazar la vista de las causas ante los tribunales, a menudo en*

*más de una ocasión, insta a los Estado Partes a que adopten las disposiciones jurídicas necesarias para que el tribunal o juez de menores, u otro órgano competente, tome una decisión definitiva en relación con los cargos en un plazo de seis meses a partir de su presentación”.*

En forma posterior, ya en la Observación General Nro. 14, párrafo 93, el Comité dejó en claro que *“Los 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”.*

Desde otro lado, 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, tanto de conocimiento como de revisión en instancia recursiva<sup>28</sup>, además de ser un tema abordado por la doctrina jurídica de nuestro medio<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup>Una primera mención corresponde hacer de lo resuelto en fecha 19 de septiembre de 2006 por el Tribunal Oral de Menores Nro. 1, con una integración diferente a la actual, en los autos “G.B., O.J.”, causas Nro. 1791/1954/2071/2105, con voto de los jueces Pablo Jantus y Pablo Gustavo Laufer, oportunidad en la que se resolvió un planteo de prescripción de la acción penal a partir de la consideración reducida, en los términos de la tentativa (art. 44 CP), del plazo correspondiente. Luego, casi diez años después, también con el voto del juez Jantus, ahora como magistrado de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional (CNCCC, Sala 3, autos “F. T., R. B. J.”, registro 765/2016 de fecha 27 de septiembre de 2016, con adhesión del juez Mahiques), incluso reiterando los argumentos del caso anteriormente citado, se concluyó 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”.*

<sup>29</sup>PLOTNO, Maia, *La vigencia del principio de especialidad en el derecho penal de los niños, niñas y adolescentes criminalizados. Implicancias en la garantía a ser juzgado en un plazo razonable y en el régimen de la prescripción de la acción penal*, consultado en [[http://www.eldial.com/nuevo/lite-tcd-detalle.asp?id=8811&base=50&id\\_publicar=&fecha\\_publicar=15/11/2016&camara=Comentarios1921](http://www.eldial.com/nuevo/lite-tcd-detalle.asp?id=8811&base=50&id_publicar=&fecha_publicar=15/11/2016&camara=Comentarios1921)].

## **V. Conclusión**

Lo dicho expone con suficiencia, entonces, que a los efectos de analizar el plazo de prescripción, debe considerarse también la reducción prevista en el art. 4 del régimen especial citado, la cual es dotada de obligatoriedad como derivación sistémica del catálogo de derechos en materia de niñez, circunstancia que disminuye el tiempo a tener en cuenta sobre la base del art. 62, inc. 2, del Código Penal, en tanto dispone que la acción penal se prescribirá después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión.

Al respecto, pues, cabe apuntar que la interpretación aquí propuesta no altera la operatividad de la norma de fondo, pues en definitiva se seguirá teniendo en cuenta el máximo de la pena en abstracto para el delito de que se trate, no obstante aclarar que dicho máximo será, para el caso de niños imputados en una causa penal, el que resulte luego de la reducción de un tercio prevista en el art. 44 CP (y se aplicará una nueva reducción si la figura sustantiva atribuida, haya quedado en grado de conato, art. 42 *ibídem*).

Esta es la mejor solución que encontramos a la cuestión planteada, no solo desde la coherencia interpretativa de la totalidad del catálogo de derechos y garantías en materia de niñez, asumido como una obligación por parte de toda autoridad, no importa su naturaleza y función, que deba tomar una decisión determinada con respecto a la situación de una persona menor de dieciocho años de edad, con mayor razón incluso si esa persona está sometida a proceso judicial penal.

Es necesario, pues, dotar de contenido concreto al reconocimiento de la condición especial del colectivo de personas involucrado, pues de allí, entre otras cuestiones, se deriva la diferente situación de aquellos respecto de la de un mayor que, por caso, deba afrontar la misma imputación en una causa penal. No puede significar lo mismo, ni tampoco pueden darse las mismas consecuencias, ya sea que esas consecuencias estén expresamente previstas en las leyes aplicables como también para el caso en el que no lo estén, para lo cual, como se viene diciendo, se erige la operatividad del corpus iuris específico, el principio del interés superior del niño y, en términos más generales, la regla *pro homine* (art. 29, CADH).

---

Para finalizar, como síntesis abarcadora de la cuestión, cabe citar al juez Antonio Augusto Cançado Trindade<sup>30</sup>, en tanto ha dicho: *“De modo general, es al inicio y al final del tiempo existencial que uno experimenta mayor vulnerabilidad, frente a la proximidad del desconocido (el nacimiento y la primera infancia, la vejez y la muerte). Todo medio social debe, así, estar atento a la condición humana. El medio social que se descuida de sus niños no tiene futuro. El medio social que se descuida de sus ancianos no tiene pasado. Y contar sólo con el presente fugaz no es más que una mera ilusión”*.

---

<sup>30</sup>Corte IDH. Opinión Consultiva 17/2002. Voto concurrente, párrafo 5.