

DURACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Y

DETERMINACIÓN DE ESCALA PENAL JUVENIL

DE LAS MEDIDAS PRIVATIVAS DE LA

LIBERTAD EN EL ANTEPROYECTO DEL SISTEMA

DE LA RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL

Dra. María Paz Rodríguez Senese¹

¹ Abogada, Especialista en Derecho Penal (UCA). Docente en la Universidad del Salvador y en la Universidad de San Isidro “Dr. Plácido Marín”; Desde el 2011 hasta la actualidad en el cargo de Defensora Oficial del Fuero Penal Juvenil del Depto. Judicial San Isidro (Distrito Pilar) y ex relatora de la Sala Ira de la Cámara de Apelación y Garantías de San Isidro, Provincia de Buenos Aires.

I.- INTRODUCCIÓN.

El eje del presente trabajo es tratar el proyecto sobre EL Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil (en adelante S.R.P.J.) con relación a la duración de la prisión preventiva y las medidas privativas de la libertad que pueden ser pasibles los adolescentes en un procedimiento penal cuando cometan hechos tipificados como delitos por el Código Penal Argentino.

En este contexto, podemos reconocer un importante avance en los proyectos de reforma al sistema tutelar vigente, donde se pretende cumplir con las exigencias de los Instrumentos Internacionales relacionados con los principios, derechos y garantías de los jóvenes, en particular los principios de: 1) privación de libertad como *ultima ratio*, 2) mínima intervención, 2) subsidiariedad, 3) solución de los conflictos y 5) participación de la víctima.

Por ello, el desafío para los que deben legislar un S.R.P.J. debe dirigirse a respetar primordialmente la garantía de debido proceso especial juvenil (arts. 18 y 75 inc. 22 C.N.3, 37 y 40 de la C.I.D.N), que debe contener ineludiblemente: 1) actores con capacitación y competencia específica, 2) instituciones especiales y descentralizadas, 3) oralidad y derecho a ser oído, 4) reserva de las actuaciones, 5) derecho penal de acto, 6) defensor, 7) plazo razonable, 8) privación de libertad excepcional, solo para delitos graves y 9) aplicación de penas especializadas. Prohibición de aplicar penas perpetuas e informar reincidencia y 10) utilización de los medios alternativos al conflicto, suspensión del proceso a prueba, conciliación, justicia juvenil restaurativa y remisión.

Es por ello, que en el caso en examen si bien el análisis del instituto de la prisión preventiva resulta de competencia provincial, toda vez que resulta ser una norma de procedimiento, facultad delegada por el Gobierno Federal a las Provincias -art. 5 y 75 inc. 12 C.N.-, resulta de sublime interés que el Estado

Argentino pueda recoger el estándar internacional de plazo máximo de duración de la prisión preventiva para los jóvenes sometidos a proceso penal.

Por último, se analizarán los límites mínimos y máximos de las medidas de restricción de libertad que pueden ser pasibles los jóvenes, todo ello en miras de la protección del derecho a ser privado de libertad por el tiempo más breve posible.

II.- DURACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Si bien en el Anteproyecto se encuentra prevista la prisión preventiva conforme los estándares internacionales resulta imperioso determinar la duración de la misma en un término menor, es importante legislar a fin de proteger de forma EFECTIVA los derechos fundamentales de los adolescentes, porque de lo contrario estarían supeditados al arbitrio y criterios diferenciados de los magistrados de cada jurisdicción sin un parámetro claro y preciso de la duración del encarcelamiento preventivo.

Por eso se debe abordar la problemática juvenil de manera integral desde el inicio de la judicialización, a fin de poder garantizar, el derecho a ser tratado de manera acorde con el fomento de su dignidad y el derecho a fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros (art. 40.1).

En este último aspecto, resulta preciso recalcar que el elemento principal en el SRPJ está dado por el reconocimiento del adolescente como un sujeto distinto al adulto frente al derecho penal, considerado en su peculiar condición social de persona en desarrollo, dotado de una autonomía jurídica y social en permanente evolución ya que se le reconocen todos los derechos que tienen las personas mayores, más un plus de derechos específicos por reconocérseles el hecho de estar creciendo, estando limitada la actividad del juez por las garantías

sustantivas y procesales (en este sentido la CSJN en el Caso Maldonado: M. D. E. y otro “ 17-12-05 , en La Ley 2006-C, 28, sostuvo que el niño es un sujeto especial que exige un tratamiento diferenciado del adulto lo que lleva a considerar entonces al derecho penal juvenil como una rama autónoma del derecho)

En este punto, es importante destacar que existen Medidas para reducir la prisión preventiva dictadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 3 julio de 2017, las cuales nos posicionan para determinar el estándar internacional para que la privación de libertad cautelar no resulte arbitraria e ilegal.

Así pues, la aplicación de una medida cautelar que implique la privación de libertad de un adolescente sólo se puede encontrar justificada para asegurar la prosecución del proceso, por lo cual deberá acreditarse para su procedencia que existe un peligro real y actual (peligro en la demora y verosimilitud del derecho también aplicables en materia penal) a los fines del proceso en curso con la intención de evitar que el adolescente se fugue o ante la existencia en concreto de que obstaculice la actividad probatoria e investigativa:

Y como requisito ineludible la judicatura deberá fundar su decisión teniendo en cuenta la normativa internacional que establece la procedencia de la prisión preventiva solo como una medida de último recurso -y por el tiempo más breve posible-, justificando debidamente la imposibilidad o ineficacia de las alternativas a la privación de libertad, siempre argumentando cual es la medida que resulta más conveniente para el interés superior del adolescente.

En este contexto, el plazo previsto para la duración de la prisión preventiva para los adolescentes en el Anteproyecto de un S.R.P.J. resulta excesivo y desproporcionado, porque los jóvenes son tratados de igual forma que un adulto, se prevé la duración de un año de prisión preventiva prorrogable por

otro año más y revisable cada tres meses, sabemos que en el derecho argentino las excepciones se convierten en reglas.

Es por ello, que se debe establecer un LÍMITE RACIONAL Y EFICAZ de la medida de coerción, porque de lo contrario la prisión preventiva se convertiría en una pena anticipada, la cual no debería superar el máximo previsto para un adulto, máxime cuando en los ordenamientos provinciales vigentes se establece un límite mucho menor, incluso con las prórrogas (1 (un) año en la Pcia. De Bs. As.).

Entonces, al momento de plasmar la norma debe tenerse especial consideración quienes son los destinatarios de las normas y preguntarse: ¿qué se entiende por la privación de libertad por el lapso más breve posible?, máxime si tenemos en cuenta que los adolescentes pertenecen al grupo de personas en situación especial de riesgo; por eso, se debe tener presente que los jóvenes a quienes se les va a dictar una medida de coerción, resultan ser en un 99,9 % pobres y analfabetos, quienes nunca pudieron elegir qué clase de vida tener, porque el Estado Argentino vulneró su derecho a la vida porque no tuvieron acceso a una vida digna.

Es por ello, que es preciso adoptar medidas especiales con un ENFOQUE DIFERENCIADO teniendo en cuenta que se trata de personas en situación especial de vulnerabilidad y por eso resulta imperioso determinar un plazo razonable para la duración de la prisión preventiva en el tiempo más breve posible, que resulte ser proporcionada a la gravedad del delito, al sujeto que la padece y teniendo siempre en cuenta los efectos nocivos del encarcelamiento.

Para determinar una pauta orientadora de lo que debe entenderse por el tiempo más breve posible, puede tenerse en cuenta los estándares de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el informe de Justicia Juvenil y derechos Humanos en las Américas, donde la duración de la Prisión preventiva para un adulto resulta ser de dos años, es por ello, que razonablemente

debe concluirse que la duración máxima, inclusive sus prórrogas, no puede superar el término del año de duración.

Es un momento para comenzar una construcción normativa y de reformulación del orden jurídico juvenil, recogiendo las experiencias provinciales que hace bastantes años que vienen trabajando estándares internacionales, aunque por supuesto existen infinidad de derechos que se debe lograr efectivizar.

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, los adolescentes que cometen hechos ilícitos, son aprehendidos por la policía (no especializada) e inmediatamente se comunican con el Ministerio Público Fiscal, quien dispone las medidas investigativas y decide en el caso de que se lo acuse de cometer un hecho ilícito grave, el fiscal solicitará la detención y la judicatura llama a audiencia de Prisión Preventiva, cinco días después de la detención en presencia de todas las partes (Juez, Defensor, adolescente y fiscal). Si el Juez analiza que no puede aplicarse una medida menos gravosa por la gravedad del delito, la falta de contención o porque ya se aplicaron otras medidas que no dieron resultado, entonces se dicta prisión preventiva cuya duración resulta ser de 180 días, termino durante el cual se puede realizar una Investigación en debido tiempo y forma. La única prórroga que puede existir es por 180 días más como máximo, donde en la mayoría de las veces se resuelve el proceso antes del pedido de prórroga o a lo sumo se prorroga por 60 días más al solo efecto de la realización del debate oral.

Es por lo expuesto, que considero que los adolescentes tienen derecho a que se cumpla con los principios establecidos por la Convención de los Derechos del Niño, de lo contrario estaríamos por debajo del estándar internacional de la razonabilidad de la duración de la prisión preventiva violentando el principio de ser privado de libertad por el menor tiempo posible.

III.- SANCIONES PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

Luego de haber transitado varios años del sistema de protección integral en la provincia de Buenos Aires, se torna necesario contemplar la sanción penal juvenil en base al interés superior del niño y su protección integral, donde exige el máximo esfuerzo de los especialistas del fuero porque el tema es extremadamente complejo; porque no solo se trata de elegir la sanción menos gravosa, sino que tampoco se puede perder de vista la necesaria contención de los jóvenes, familiar, estatal, -a fin de que no vuelvan a cometer nuevos hechos penales- toda vez, que el sentido del derecho penal juvenil tiene una finalidad pedagógica.

En este marco, resulta crucial el momento en que la judicatura, luego de descartar cada una de las medidas alternativas, no tiene más remedio que imponer a un adolescente la medida más grave dentro del ordenamiento jurídico especializado; allí el Juez u órgano revisor no puede equipararlo a un adulto y debe aplicar una pena disminuida, en función de ser una persona en desarrollo, esto es, un adolescente que pertenece al grupo de personas en situación especial de riesgo.

Pero el juez también debe tener en cuenta el principio de culpabilidad, que excluye la legitimidad de toda pena que no tenga por presupuesto la culpabilidad del autor y que exceda la gravedad equivalente a la misma. De esta manera, el principio de culpabilidad se propone evitar que una persona pueda ser tenida por medio para la realización de algún fin, es decir, se propone evitar la vulneración de la dignidad de la persona. (Bacigalupo Enrique, Derecho Penal Parte General, Ed. Hammurabi p.168 y ss)

La responsabilidad penal o responsabilidad criminal depende de que aquél haya obrado culpablemente. La culpabilidad, por tanto constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea

criminally responsable de la misma. La cuestión de cuáles son esas condiciones dependerá del punto de vista que se adopte respecto de la pena.

Por su parte, si tenemos en cuenta que una de las consecuencias del principio de culpabilidad resulta ser el principio de legalidad penal, esto es que previo a la comisión del hecho ilícito debe estar determinada la conducta y la sanción aplicable en el ámbito juvenil; es por ello que resulta imperioso poder determinar la porción de pena en la cual el adolescente puede ser pasible de sanción, porque resulta ser la base de todo Estado de derecho (art. 18 C.N.).

En virtud de ello, a fin de cumplir con el principio de legalidad es que debe establecerse, un límite a la actuación de los jueces, dentro de los parámetros fijados para el delito cometido por los adolescentes; una solución posible sería establecer un límite máximo, el cual no debería exceder del plazo fijado en el artículo 44 segundo párrafo, segunda parte del Código Penal, donde se establece que cuando la pena resulta ser de prisión perpetua la de tentativa será prisión de 10 a 15 años, por ello en el ámbito juvenil, no debería superar el máximo de pena impuesta los 15 años de privación libertad.

No obstante ello, otra solución posible podría ser tomar como parámetro para determinar la escala penal juvenil conforme se encuentra previsto en el primer párrafo del art. 44 del código mencionado, esto es fijar como regla la reducción de las penas prevista para cuando un adulto comete un hecho ilícito en grado de conato –la mitad del mínimo previsto para el delito enrostrado y las dos terceras partes del máximo-.

Actualmente, no existe un baremo uniforme e igualitario porque gran parte de la judicatura incluidos los órganos de revisión al momento de determinar la pena aplicable a un adolescente parten del máximo previsto para los adultos (siendo casos excepcionales la aplicación de la pena reducida) violentando de

este modo los principios del debido proceso especial juvenil y de igualdad ante la ley.

En este contexto, que no debería limitarse solamente a la aplicación de la reglas de la tentativa al momento de determinar la escala penal juvenil aplicable, toda vez que si realizamos un análisis sistemático de todo el corpus iuris internacional, incluso se podría mensurar la pena por debajo del mínimo previsto.

Ello resulta de los objetivos expresos de la observación general n° 10 del comité de los derechos del niño consiste en: *“ofrecer a los estados partes orientación y recomendaciones (...) prestando especial atención a (...) la adopción de otras medidas que permitan afrontar la delincuencia juvenil sin recurrir a procedimientos judiciales...”*. y consecuentemente, luego se afirma que: *“la aplicación de un método estrictamente punitivo no está en armonía con los principios básicos de la justicia juvenil enunciados en el párr. 1° del art. 40 de la convención”*.²¹ es así que, al amparo de la doctrina de la “protección integral”, la premisa del sistema debe ser prevenir, y no sancionar; lo que en definitiva se pretende es formar y reforzar los lazos de contención de los jóvenes en su familia y comunidad, activándose los procedimientos judiciales tan sólo cuando aquéllos dispositivos se tornen insuficientes o in-idóneos para resolver la conflictiva social, resultante de la infracción a la ley penal en la que presuntamente incurre el joven.

Todo ese plexo normativo debe interpretarse en su conjunto con la Regla de Beijing 17.4 la autoridad competente podrá suspender el proceso en cualquier momento, y remitir la sanción por el cumplimiento de los fines del S.R.P.J.

En síntesis, se podría aplicar las reglas de la tentativa o entender que con el nuevo paradigma el abanico de posibilidades es aún mayor, debe estarse a lo más favorable al imputado y de este modo no estar aferrado a los mínimos penales y aplicar desde cero hasta el máximo legal –que en el caso de los adolescentes resultaría ser el máximo previsto para el delito cometido por un

adulto en grado de tentativa-, ello de acuerdo a una interpretación sistemática conforme el *corpus iuris* internacional y la normativa local existente en las provincias argentinas.

Ello se ve reforzado por el principio *pro homine* (art. 75 inc. 22) indica que en el arsenal normativo de derechos humanos ha de prevalecer la que, en cualquier ámbito y en cualquier nivel, resulta más amplia y favorable (Bidart Campos, Trat. Elem de Decho Const Arg t. I a ed ediar 2000p. 391); adunado a ello, si el juez puede suspender la medida impuesta como sanción en cualquier momento porque se cumplieron sus fines preventivo especiales de la sanción y aplicamos la máxima "quien puede los mas puede lo menos" (*a Maiori ad minus*), podría abrirse el abanico de posibilidades para aplicar una pena por debajo del mínimo de la tentativa, teniendo siempre como norte la finalidad de la pena especial y el interés superior del niño, art. 3.1 y es por ello que la solución más justa al caso.

Asimismo, lo que se plantea tiene fundamento en lo indicado por el **COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO** “los niños se **diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico, como por sus necesidades emocionales y educativas**”. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Esta y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia para los adolescentes y hacen necesario dar un trato diferente a los adolescentes.

Por su parte, parece interesante la concepción del filósofo y pedagogo José Antonio Marina «**Si repetimos muchas veces que los adolescentes son ineducables y difíciles de tratar, conseguiremos que lo sea**»; él habla de una nueva corriente para tomar la adolescencia como una nueva segunda oportunidad, (basado en los últimos descubrimientos de la neurociencia), esta oportunidad de aprendizaje la tenemos que aprovechar para explicarles a los adolescentes que es el momento de decidir sobre su personalidad.

Es por ello, se debe considerarse que si se aplican penas desproporcionadas a los jóvenes al solo efecto de cumplir con el clamor social, estaríamos desoyendo el mandato constitucional del debido proceso especial juvenil, acarreando responsabilidad internacional, como nos sucedió en el caso Mendoza.

En esta dirección deben ponerse los cimientos de un S.R.P.J., donde exista un modelo de justicia más humano y proporcionado, que aborde la problemática de manera integral, acompañe de forma genuina e inmediata al joven, a la familia y a la víctima para ofrecer una respuesta alternativa para la solución del conflictos y no meramente la respuesta de la justicia penal tradicional. Además podrían coexistir el procedimiento penal tradicional con el restaurativo, e incluso resultaría procedente aplicar el proceso restaurativo post-sentencia.

Por último, resulta prioritario establecer una escala penal juvenil que le fije un límite legal a la judicatura, no dando lugar a interpretaciones arbitrarias del ordenamiento jurídico, ello a fin de proteger los derechos fundamentales de los adolescentes y su interés superior.

IV.- CONCLUSIONES.

Por todo lo expuesto, resulta prioritario afrontar el desafío de mirar hacia adelante, propiciando prácticas que mejoren los servicios de justicia en interés de los ciudadanos y para que los adolescentes del futuro puedan ser juzgados desde una perspectiva juvenil y en miras a su real interés superior.

Así, debe determinarse un plazo máximo de duración de la prisión preventiva que resulte razonable y proporcionado el cual no exceda de un año con las respectivas prórrogas, respetando el principio de ser privado de libertad por el plazo más breve posible.

Por otra parte, también debe determinarse una escala penal juvenil para las sanciones privativas de libertad conforme los estándares internacionales, aplicando la pena prevista para los delitos cometidos en grado de conato, a fin de garantizar el principio de legalidad, que requiere determinar previamente no solo la conducta ilícita sino también la sanción legal, para no ser tratados del mismo modo que los adultos y poder limitar de este modo el *ius puniendi* del Estado.

Finalmente, debe propiciarse un SJPJ más justo, humano, equilibrado y con miras a proteger el interés superior de los adolescentes y de este modo también se garantizará, el derecho a ser tratado de manera acorde con el fomento de su dignidad y el derecho a fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros (art. 40.1 C.I.D.N.).