

Cita: Adler, Federico (2017), “Especificidades en la valoración del riesgo procesal en el proceso penal juvenil. La necesidad de su incorporación a la ley 13.634”, Revista de Derecho Penal y Criminología de La Ley, nro. 10 año VII, nov. 17, Buenos Aires

Adler, Federico (2017), “Especificidades en la valoración del riesgo procesal en el proceso penal juvenil. La necesidad de su incorporación a la ley 13.634”, Revista de Derecho Penal Juvenil” Revista VI, Induvio editora, Bahía Blanca.

Especificidades en la valoración del riesgo procesal en el proceso penal juvenil.
La necesidad de su incorporación a la ley 13.634

*Por Federico Adler *1*

Con la sanción de la ley 13.634 la Provincia de Buenos Aires adecuo su normativa procesal penal juvenil a los estándares internacionales en la materia, y en particular al paradigma de la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes (en adelante “N, N y A”). A partir de allí, la justicia juvenil en la Provincia recepta un modelo de mero tinte acusatorio con todas aquellas particularidades y garantías que específicamente brinda esta clase de modelos –entre las principales, la de ser juzgado por un juez independiente e imparcial cuya única función es resolver los planteos que le son traídos por las partes y garantizar el debido proceso a cada imputado-.

Ello ha conllevado a que las decisiones judiciales que impliquen la privación de libertad de N, N y A deban ser debidamente motivadas y estén sujetas a un estricto control de legalidad y razonabilidad, disminuyendo considerablemente el amplio margen de actuación y discrecionalidad con el que contaban los jueces de menores en el marco del Sistema Tutelar². En este sentido, para que un/a N, N y A sea sujeto a cualquier medida de coerción debe

*1 Secretario del Juzgado de Garantías del Joven n° 2 de Mar del Plata, abogado por la Universidad Nacional de Mar del Plata –graduado con mejor promedio del año 2013-, visitante profesional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Master por la Universidad de Génova en Estado de Derecho y Democracia Constitucional, docente de las Facultades de Ciencias de la Salud y Derecho de la UNMdP.

² En el Sistema de Justicia Tutelar el Juez de Menores era amo y señor del proceso. Toda la política estatal en materia de niñez giraba en torno a él. En efecto, era él quien definía en qué casos intervenir, incluso actuando indistintamente en casos en los que se les imputaba a N, N y A delitos penales como en aquellos otros en los que poseían sus derechos básicos vulnerados. Él era quien investigaba y juzgaba; y quien disponía las privaciones de libertad, en muchos casos injustificadamente.

existir necesariamente riesgo procesal –peligro de fuga y/o de entorpecimiento de la investigación-.

Si bien la ley 13.634 regula qué tipo de medidas podrían imponerse, establece la audiencia previa como requisito ineludible a fin de garantizar el especial derecho a ser escuchado y limita los alcances de la prisión preventiva³, no brinda reglas específicas respecto de la valoración del riesgo procesal, aplicándose los principios generales emanados subsidiariamente del Código de Procedimiento Penal (en adelante “cppba”)⁴. El art. 148 del cppba es el que en definitiva enuncia los parámetros a tener en cuenta al momento de analizar el peligro procesal⁵ en un caso concreto⁶. Ahora bien, estos indicadores al momento de ser valorados en el marco de un proceso penal juvenil presentan de forma genérica ciertas notas particulares dadas por la especial condición de los N, N y A.

En este trabajo brindaré ciertas precisiones al respecto, intentando dar cuenta de que estas especificidades merecen ser receptadas por la ley 13.634. Con ese objetivo, tomaré cada uno de los indicadores enumerados por el art. 148 del cppba y analizaré las particularidades que imprescindiblemente deben tomarse en cuenta en el proceso penal juvenil.

Para un mejor entendimiento, pueden separarse los indicadores de valoración en:

- a) Aquellos a tener en cuenta tanto al valorar el peligro de fuga como el peligro de entorpecimiento de la investigación. A saber:
 - i- La objetiva y provisional valoración de las características del hecho;
 - ii- Las condiciones personales del imputado;
 - iii- La posibilidad de la declaración de reincidencia por delitos dolosos;

³ Arts. 42 y 43 L. 13.634 reglamentando arts. 12, 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴ Art. 1 L. 13.634.

⁵ Utilizaré indistintamente las expresiones “riesgo procesal” y “peligro procesal” con el mismo significado.

⁶ Estos parámetros resultan meramente enunciativos. Nótese que el propio art. 148 cppba afirma que “*Para meritar acerca de los peligros de fuga y entorpecimiento podrá tenerse en cuenta (...)*”. En particular, el “*podrá tenerse en cuenta*” permite inferir su carácter enunciativo. En este sentido, se podrá hacer referencia a otras circunstancias que permitan evaluar el riesgo procesal en el caso concreto.

- iv- El comportamiento procesal en anteriores excarcelaciones.
- b) Aquellos a tener en cuenta al valorar exclusivamente el peligro de fuga. A saber:
- i- El Arraigo en el país y las facilidades para abandonarlo o permanecer oculto;
 - ii- La pena que se espera como resultado del procedimiento;
 - iii- La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopte voluntariamente, frente a él y a su víctima eventual;
 - iv- El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida en que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal.
- c) Aquellos a tener en cuenta al valorar exclusivamente el entorpecimiento de la investigación. A saber, la grave sospecha de que el imputado:
- i- Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba;
 - ii- Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente;
 - iii- Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

Cada uno de estos indicadores debe ser analizado a la luz de toda la normativa de niñez vigente, y en particular de los principios que emanan del modelo de protección integral de los N,N y A receptados no sólo por la ley 13.634 sino también por la ley 13.298, a nivel federal por la ley 26.061, y con la máxima jerarquía normativa a partir de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante “CDN”) al bloque constitucional⁷.

⁷ Cabe destacar que también forman parte del subsistema jurídico de niñez todas aquellas reglas y directrices que si bien tienen carácter de derecho blando –*soft law*–, resultan determinantes a la hora de interpretar la CDN y toda la normativa infraconstitucional. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH”) ha destacado que en el ámbito internacional “*el marco jurídico de protección de los derechos humanos de los niños no se limita a la disposición del artículo 19 de la Convención Americana o a la del artículo VII de la Declaración Americana, sino que incluye para fines de interpretación, entre otras, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (en adelante “la CDN”), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (en adelante “Reglas de Beijing”), las Reglas sobre Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (en adelante “Reglas de Tokio”), las Reglas para la protección de menores privados de la libertad (en adelante “Reglas de La Habana”) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención*

a) i- Objetiva y provisional valoración de las características del hecho

Respecto de la valoración de las características del hecho, se trata de un indicador que debe evaluarse en lo concreto y más allá de la pena en expectativa que hipotéticamente se espera como resultado del mismo. En este sentido, dentro de determinada escala penal, las provisionales características del suceso investigado pueden hacer presumir la aplicación de una mayor o una menor pena. Adicionalmente, de *per se* pueden dar cuenta de la existencia de riesgo procesal –verbigracia, en casos en los que se profieren amenazas a la víctima o testigos para el caso de que denuncien los hechos-.

En cuanto a las especificidades que presenta este parámetro en el proceso penal juvenil debo hacer hincapié en aquellos casos de participación múltiple en los que hayan intervenido personas mayores y menores de edad. Al respecto, cabe recordar que el artículo 41 quater del Código Penal agrava la escala penal para aquellos imputados adultos cuando se cuenta con la intervención de un adolescente⁸. En este sentido, el legislador busca proteger/alejar –mediante un estímulo negativo- a los N, N y A del delito. Presume que los mayores de edad se encuentran de *per se* en una posición dominante respecto del/la joven involucrado, ello dado su especial condición de no tener “*el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos*”⁹.

de la Delincuencia Juvenil (en adelante “Directrices de Riad”), además de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de alcance general.” (CIDH, Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”, 2015, párr. 18). A ellas, deben agregarse las “Directrices sobre los niños en contacto con el sistema de justicia” elaboradas por el Grupo Internacional de Trabajo de la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y Familia en 2017. Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CoIDH”) como la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante “CSJN”) han utilizado reiteradamente este conjunto de reglas y directrices como pautas interpretativas.

⁸ El art. 25 del Código Civil y Comercial entiende por “adolescente” a la persona menor de edad que cumplió trece años.

⁹ Cfr. CSJN, “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”, Causa N°1174, M. 1022. XXXIX., 07/12/2005, C° 37. En este sentido, señala Vitale que en el tratamiento parlamentario “se dijo claramente que: “*este proyecto propicia un aumento de las penas para los adultos que utilizan menores en la comisión de delitos*” (diputado Eduardo O. Camaño); que “*contiene un solo artículo a través del cual se agravan las penas para aquellos mayores que se valgan de menores de 18 años para cometer delitos*”, añadiéndose que “*ésta es una forma de proteger a los menores. Es decir, disuadir a los mayores para que no utilicen a los menores de edad en sus delitos*” (senador Agúndez); que, “*al margen del uso del menor como herramienta o instrumento para cometer delitos, está el menor que ya integra bandas delictivas*” (senador Baglini); que se propone “*apoyar un incremento de la escala*

En razón de ello es que para este tipo de casos, la participación de un mayor hace presumir que el rol que cumple el N, N y A resulta secundario; de participe en un plan criminal ideado por el primero. Esta presunción acepta prueba en contrario, la que consistirá en demostrar por la acusación el efectivo dominio del hecho por parte del menor de edad. Es decir, debe meritarse debidamente su posibilidad real de dominar el curso de los acontecimientos teniendo en consideración su incompleto estado madurativo.

ii- Las condiciones personales del imputado

Este tipo de valoraciones se puede realizar siempre que tienda a una valoración favorable a los intereses del N, N y A sujeto a un proceso penal. En efecto, se encuentra constitucional y convencionalmente vedado hacer una evaluación negativa de las condiciones personales de menores de edad que justifiquen la imposición de una medida de coerción. Ello dado que estas dependerán cuasi exclusivamente de la calidad de vida que le brinden sus padres, los que están obligados a abastecer, cuidar, alimentar y educar a sus hijos por lo menos hasta los 18 años de edad. En este sentido, de conformidad con el art. 18.1 de la CDN, son los padres o representantes legales¹⁰ quienes resultan responsables de las condiciones personales de los N,N y A a su cargo. Contrariaría tal normativa achacar estas como una carga al propio adolescente sujeto a un proceso penal¹¹.

punitiva cuando los mayores delincan haciendo uso de menores para causarles a los menores la represión penal, evadiendo de esa forma la acción de la Justicia” (senadora Conti).” (Vitale, Gustavo, “Artículo 41 quáter”, Pensamiento Penal del Sur, I, 2004, disponible en www.pensamientopenal.com.ar).

¹⁰ Y subsidiariamente la familia, la comunidad y en definitiva el Estado.

¹¹ Cfr. el art. 18.1 de la CDN “*Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño*”. Reglamentado la norma convencional, el art. 646 del Código Civil y Comercial norma “*Son deberes de los progenitores: a) cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo; b) considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo; c) respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos; d) prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos; e) respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo; f) representarlo y administrar el patrimonio del hijo*” y el art. 7 de la ley 26.061 impone la responsabilidad familiar afirmando que “*La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus*

La propia realidad de tener que afrontar un proceso penal es suficiente para inferir que este tiene derechos básicos vulnerados. Por ello, de constatar condiciones personales no acordes a los parámetros mínimos que hacen a una vida digna¹², el juez no solo se encuentra impedido de valorar esta circunstancia negativamente, sino que también está compelido a dar la intervención al organismo de promoción y protección de los derechos del niño correspondiente; los Servicios Zonales y/o Locales de Promoción y Protección de los Derechos del Niño, de conformidad con lo normado por la ley provincial 13.298 y por la ley nacional 26.061.

Cabe recordar que excusándose en las condiciones personales del sujeto imputado, el Sistema Tutelar institucionalizó a una gran cantidad de N, N y A. Justamente para el antiguo régimen eran estas las que habilitaban al Juez a intervenir, y no la conducta delictiva concreta -de ahí que este tipo de sistema suele ser caracterizado como ejemplo puro de un derecho penal de autor¹³-. Por ello es que también se debe evitar todo razonamiento de este tipo para justificar el dictado de medidas de coerción en el marco del proceso penal juvenil.

iii- La posibilidad de la declaración de reincidencia por delitos dolosos

derechos y garantías. El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos.”

¹² En este sentido, la CoIDH ha afirmado que “una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria.”(CoIDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, Párrafo 162).

¹³ Presuponiendo una relación lineal entre pobreza, marginalidad y delincuencia. En este sentido, Ley de Patronato de Menores de 1919, conocida como Ley Agote, como así también el decreto-ley de responsabilidad penal juvenil aún vigente n° 22.278. La primera de estas en su art. 14 disponía que “Los jueces de la jurisdicción criminal y correccional en la Capital de la República y en las provincias o territorios nacionales, ante quienes comparezca un menor de 18 años, acusado de un delito o como víctima de un delito, deberán disponer preventivamente de ese menor si se encuentra material o moralmente abandonado o en peligro moral, entregándolo al Consejo Nacional del Menor o adoptando los otros recaudos legales en vigor”. Mientras que el mencionado decreto-ley que regula el régimen penal juvenil en su art. 2 afirma que “Cualquiera fuese el resultado de la causa, si de los estudios realizados apareciera que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador”.

La posibilidad de ser declarado reincidente es siempre un indicador a tener en cuenta negativamente a la hora de evaluar el riesgo procesal; ello básicamente por las consecuencias disvaliosas que prevé el ordenamiento jurídico para aquellas personas declaradas reincidentes¹⁴.

Sin embargo, el régimen de responsabilidad penal juvenil dispone que “*las disposiciones relativas a la reincidencia no son aplicables al menor que sea juzgado exclusivamente por hechos que la ley califica como delitos, cometidos antes de cumplir los dieciocho (18) años de edad*”¹⁵. A ello, debe agregarse que conforme el art. 50 del Código Penal “[*n*]o dará lugar a reincidencia [*los delitos*] cometidos por menores de dieciocho años de edad”. Por lo tanto, en ningún caso durante el proceso penal juvenil podría darse la posibilidad de declaración de reincidencia y en razón de ello este indicador deviene inaplicable para meritar el riesgo procesal¹⁶.

iv. El comportamiento procesal en excarcelaciones anteriores

Si bien la formulación normativa “*si hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, que hicieren presumir fundadamente que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones*” da lugar razonablemente a dos interpretaciones posibles, sólo una resulta constitucional y

¹⁴ Se recuerda que en el fallo “*Gramajo*” - G. 560. XL., res. del 05/09/2006-, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró inconstitucional la consecuencia más grave que acarrea la reincidencia: la posibilidad de imponer la pena de reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena de conformidad con el art. 52 del Código Penal; decisión que resulta respetada y seguida a la fecha por los Tribunales inferiores.

¹⁵ Art. 5 del decreto-ley 22.278.

¹⁶ En este sentido, la CSJN descalificó como acto jurisdiccional válido la sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que declaró inadmisibile el recurso extraordinario federal interpuesto por la Procuración de General mediante el que se impugnaba la resolución del Alto Tribunal Provincial en la que se desestimaba un recurso de inaplicabilidad de ley promovido contra la resolución de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Quilmes que confirmó el auto del Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil n° 2 departamental que dispuso la comunicación al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal de una sentencia dispuesta en relación con un adolescente. Entre sus agravios, la ex Procuradora General sostuvo que “*la comunicación ordenada al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal violaba normas consagradas con jerarquía constitucional. Ello con base en el carácter reservado que deben poseer los procesos seguidos contra jóvenes infractores y al principio de reserva de datos y a la necesidad de los registros especiales que según la parte se derivarían de los arts. 3° y 40 de la CDN*” (CSJN, R., B. S. y otros s/incidente tutelar, CSJ 551/2012 (48-R), 22/12/2015; en particular considerandos 1, 2 y 8).

En igual sentido, Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, Sala I, C. 3969, “*Avalos, Jorge Antonio y Vega, Daniel s/ Recurso de Casación*”, sent. del 08/10/2002.

convencionalmente aceptable. En efecto, aun cuando se podría interpretar esta formulación en términos sustantivos conforme a los que debe valorarse negativamente el hecho objetivo de haber registrado en otros o en el mismo proceso excarcelaciones, sin interesar el comportamiento procesal mantenido durante su desarrollo; esta resulta inconstitucional¹⁷, toda vez que en definitiva no permite valorar el riesgo procesal que se deriva de cómo ha actuado la persona imputada en esa excarcelación anterior¹⁸.

Por ello, la única interpretación viable es aquella que tiene en consideración cuál fue el comportamiento procesal del imputado. En este sentido, existe una relación género-especie entre el indicador según el que debe valorarse “*el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior*” y el analizado.

Respecto de la especificidad del proceso penal juvenil, estos dos indicadores son tal vez los que menos diferencias contemplan con el régimen general normado para los mayores de edad. En efecto, el comportamiento procesal en excarcelaciones anteriores resulta ser un indicador a tener particularmente en cuenta, ya sea positivamente, ya sea negativamente a la hora de determinar el riesgo procesal. Para el caso de que dicha evaluación resulte negativa, el juez penal juvenil debe brindar el espacio adecuado al N, N y A para que, en caso de desearlo, dé las explicaciones que estime necesarias respecto de su comportamiento anterior¹⁹. En ese contexto, los hipotéticos

¹⁷ Por violación al art. 18 de la CN y a todas aquellas normas convencionales con jerarquía constitucional que receptan el principio de inocencia.

¹⁸ En este sentido, la CIDH ha sostenido que por imperio del principio pro homine “*se deben desechar todos los [...] esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no sólo por el principio enunciado sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva. Ésos son criterios basados en la evaluación del hecho pasado, que no responden a la finalidad de toda medida cautelar por medio de la cual se intenta prevenir o evitar hechos que hacen, exclusivamente, a cuestiones procesales del objeto de la investigación y se viola, así, el principio de inocencia. Este principio impide aplicar una consecuencia de carácter sancionador a personas que aún no han sido declaradas culpables en el marco de una investigación penal.*” (CIDH, Peirano Basso vs. República Oriental del Uruguay, Caso 12.553, Informe de Fondo No. 86/09, 06/08/2009, párr. 84).

¹⁹ Cfr. arts. 12 y 40 de la CDN reglamentado por el art. 3 de la ley 13.634. En este sentido, el derecho del niño a ser escuchado ha sido reconocido y exigido al Estado Argentino, y en particular a sus jueces como órganos de este, tanto por el Comité de Derechos del Niño como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El primero le ha recomendado -en sus últimas Observaciones Finales respecto de nuestro país- que “*de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención y teniendo en cuenta la Observación general N° 12 (2009), relativa al derecho del niño a ser escuchado, vele por que se respete el derecho a audiencia en*

incumplimientos a las reglas de conducta oportunamente impuestas deben ser analizados teniendo en particular consideración el propio carácter de adolescente de la persona sujeta a proceso²⁰. Es decir, aun cuando su conducta procesal pueda ser valorada negativamente, el grado de incumplimiento no deber ser evaluado de la misma manera que respecto a un adulto.

b) i- El Arraigo en el país y las facilidades para abandonarlo o permanecer oculto

Si bien el hecho de poseer un domicilio fijo puede ser valorado positivamente, la falta de domicilio o la situación de calle de un menor de edad bajo ningún concepto puede ser tomada como indicador de riesgo procesal. En todo caso, el magistrado correspondiente podrá disponer como método para supervisar su sujeción al proceso la intervención del Centro de Referencia o bien el compromiso asumido por sus padres²¹.

Ello dado que la manutención de una residencia permanente puede ser en todo caso una carga de sus representantes legales, pero no del N, N y A sometido a proceso²². En este sentido, el estado de vulnerabilidad social de un adolescente –en este caso dado por la falta de un domicilio- no puede influir en la decisión de imponer una medida de coerción, so riesgo de recaer en el determinismo pobreza-delincuencia. Nótese que en definitiva el Estado es garante de brindarle una vivienda digna a todo N, N y A²³; resultando irrazonable

todas las actuaciones relacionadas con el niño, incluso sin previa petición de éste (CDN, Observaciones finales respecto de Argentina, 21/06/2010, párr. 37).

²⁰ Desde la medicina especializada en adolescencia, Abdala afirma que *“la rebeldía, la oposición, la terquedad, la independencia, el mal humor, la actitud antiautoridad, los cambios de estados de ánimo o lo inexplicable de ciertas conductas son lo observable de la suma de cambios psicológicos y orgánicos que no han finalizado aun de formarse”* (Abdala, Norberto, Revista Viva del 28.10.2012, p. 46).

²¹ Si bien los padres no deben responder por el hecho imputado por el principio de responsabilidad individual; sí tienen el deber de garantizar la sujeción del adolescente al proceso, dado su rol de representantes legales. Ello se traduce en la posibilidad de imponer durante el curso de la causa medidas concretas que los lleven a hacerse cargo de la conducta procesal de sus hijos; lo que conllevaría adicionalmente, en su caso, un reencauzamiento de su misión pedagógica.

²² Cfr. art. 18 de la CDN, reglamentado por el art. 7 de la ley 26.061.

²³ En particular, arts. 35 de la ley 26.061 y 34 de la ley 13.298. Véase en este sentido, el interesante fallo de la CSJN en “C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, Q. 64. XLVI, 24/04/2012.

que ese mismo Estado que no cumple acabadamente con sus obligaciones en relación con ese adolescente sujeto a un proceso penal, le exija poseer un domicilio fijo, so amenaza de que su inexactitud pueda configurar un indicio de fuga²⁴. Como he señalado, en todo caso se deben buscar vías alternativas de contacto con tales jóvenes.

Una segunda cuestión se relaciona con la factibilidad de abandonar el país. Conforme la Disposición N° 2656/2011 de la Dirección Nacional de Migraciones “*necesitan autorización para egresar del país las personas que no hayan alcanzado los DIECIOCHO (18) años de edad*”²⁵. Si bien siempre existe la posibilidad de abandonarlo ilegalmente, sólo en caso de contar con la correspondiente autorización podrán los adolescentes salir legalmente el país. Para ello deberán contar con el consentimiento de sus representantes legales, lo que dificulta en gran medida esta posibilidad de fuga. Por tanto, aun cuando existan otras circunstancias que parecerían tornar viable esta vía de eludir el accionar de la justicia—verbigracia la existencia de familiares en el exterior, buena posición económica—, lo cierto es que el requisito impuesto por la Dirección Nacional de Migraciones obsta en gran medida a su ejecución.

ii- La pena que se espera como resultado del procedimiento

La cuestión de la pena en expectativa presenta quizás la particularidad más importante. Recuérdese que conforme el art. 4 del decreto-ley 22.278 una vez que haya recaído auto de responsabilidad, cumplimentado el año de tratamiento tutelar y la persona imputada tuviere al menos 18 años de edad, “*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.*” En todos los casos la pena se impondrá si y sólo si, luego de analizar motivadamente su necesidad, el correspondiente juez o tribunal de responsabilidad penal juvenil así lo considera necesario²⁶.

²⁴ Cfr. art. 148 del cppba.

²⁵ Cfr. art. 1.

²⁶ Cfr. CSJN, in re “Maldonado”, cit., C° 22/23 y 35.

A la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁷ para el caso de que se encuentre justificada la necesidad de imponer una pena, su reducción deviene constitucionalmente necesaria por imperio del principio de culpabilidad toda vez que el estado de la madurez emotiva de los adolescentes se encuentra en pleno desarrollo y por ende la medida de la reprochabilidad debe ser necesariamente menor que la de un adulto. En este sentido, destaca que tener en consideración la edad del joven es una obligación estatal normada por el art. 40 inc.1 de la CDN²⁸. Teniendo en consideración ello, en la práctica diaria las y los Jueces de Responsabilidad Penal Juvenil a lo largo y ancho de la Provincia aplican con carácter general la reducción prevista por el art. 4 del decreto-ley 22.278²⁹, dato ontológico que no puede ser despreciado a la hora de valorar el riesgo procesal³⁰.

En consecuencia, al momento de analizar la pena que se espera como resultado del proceso a fin de evaluar el peligro de fuga, se debe tener en cuenta la escala penal con la reducción prevista por el art. 4 del decreto-ley 22.278. Aun

²⁷ Cabe destacar que conforme la propia CSJN “los precedentes deben ser [...] respetados por los tribunales de grado, por una importante y evidente razón de seguridad jurídica. La carga argumentativa de modificarlo corresponde a quien pretende apartarse del precedente, debiendo ser excepcional y fundada” (CSJN, “Schiffirin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa”, CSJ 159/2012 (48-S), 28/03/2017, C°).

²⁸ CSJN, in re “Maldonado”, cit., C° 7 y 37/40. Conforme la Corte Suprema “[La] incuestionada inmadurez emocional [del niño] impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se [le] formula [...] no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en el esfera emocional.” (C. 37). “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” (C. 40).

En el mismo sentido, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas afirmó que “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.”(CDN, Observación General n° 10, “Los derechos del niño en la justicia de niños, niñas y adolescentes”, 25/04/2007, párr. 10).

²⁹ Cabe mencionar que la Corte Suprema solo afirmó el deber de que, en caso de ser necesaria, la pena aplicable a un adolescente siempre debe ser menor que la de un mayor edad pero no hizo mención –al menos expresa- a que la misma debía reducirse al grado de la tentativa de conformidad con el art. 4 del decreto-ley 22.278. Ello fue lo que, en definitiva, los operadores del fuero en la Provincia infirieron del mencionado fallo.

³⁰ Adicionalmente, cabe destacar que en el Dpto. Judicial de Mar del Plata, los acuerdos de juicio abreviado a los que arriban las partes con un “techo” de pena rara vez superan el mínimo legal, teniendo en cuenta la escala penal con la reducción mencionada.

cuando en el comienzo del proceso resulta de imposible conocimiento el desarrollo del mismo –en razón de ello es que la pena en expectativa siempre debe ser analizada en abstracto³¹-, también se tiene que valorar la factibilidad de la no imposición de pena en todos los casos. Ello implica una importante reducción en el riesgo procesal. Piénsese, verbigracia, en particular en aquellos casos en que sólo para el caso de que se tomase la escala de la tentativa se permitiría la ejecución condicional de la condena –entre ellos delitos tales como robos agravados previstos por el art. 166 del Código Penal³²-.

Finalmente, no puedo dejar de mencionar que conforme el inc. 4 del art. 43 de la ley 13.634 “[e]n ningún caso procederá la prisión preventiva cuando el delito imputado tenga una pena en expectativa susceptible de ejecución condicional, conforme a lo previsto al artículo 26 del Código Penal”. Si bien el análisis específico de esta cláusula excede los alcances del presente trabajo, corresponde señalar someramente que su interpretación literal parecería no dejar margen para otras interpretaciones posibles³³; más aún cuando la misma es sustentada también por cánones interpretativos de vital importancia para nuestro ordenamiento jurídico, tales como el principio pro homine, el de mínima intervención del sistema penal y el interés superior del niño. En efecto, la prisión preventiva no resulta aplicable para todos aquellos casos en los que la escala penal contemplada para el delito que se imputa tenga un mínimo que no supere los tres años de prisión³⁴.

³¹ Lo contrario sería violatorio del principio de inocencia. Ello no resulta contradictorio con la de valorar la pena en expectativa teniendo en consideración la reducción a la escala de la tentativa, ya que esta se trata de una circunstancia de carácter general aplicable a todos los casos.

³² Abarcativo de un gran universo de casos. En este sentido, voto del Dr. Madina en fallo “F.A.R s/ Incidente de apelación” –Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Dpto. Judicial de Mar del Plata, Sala II, C.20.377, res. de 10/2011-.

³³ Señala Sagües que “una directriz muy repetida de la Corte Suprema puntualiza que “cuando la letra de la ley no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente”; predicando “la obligatoriedad (y no elusión) de la interpretación literal” (Sagües, Nestor, “Interpretación Constitucional y Alquimia Constitucional (El Arsenal Argumentativo de los Tribunales Supremos)”, Jurisprudencia Argentina, IV-9, 2003). “La interpretación literal o textual exige al intérprete la utilización de recursos hermenéuticos constituidos por datos concernientes: i) al uso común de las palabras en una determinada comunidad de usuarios, y ii) a las reglas gramaticales de la pertinente lengua natural” (Chiassoni, Pierluigi, “Técnicas de Interpretación jurídica. Brevario para juristas”, 2011, Marcial Pons, Madrid).

³⁴ En este mismo sentido se han expedido las Salas I y III de la Excelentísima Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del dpto. judicial de Mar del Plata en reiteradas ocasiones, afirmando que se está ante una “excepción imperativa para el Magstrado interviniente” (Sala I, C.C.E. s/robo agravado, C. 29.222, sent. del 07/07/2016 y C.M.A. y D.L.M s/lesiones leves, C. 30.126, sent. del 28/04/2017 y Sala III, V.L.A. s/robo agravado, C. 28.808, sent. del 16/03/2016, entre otras). No obstante, la Sala II aun cuando ha considerado como principio general que es

iii- La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopte voluntariamente, frente a él y a su víctima eventual

Este indicador resulta quizás el más problemático a la hora de analizar su compatibilidad con el bloque de constitucionalidad. Por un lado, por la prohibición convencional de encarcelar por deudas³⁵, y por el otro, por el principio de inocencia³⁶.

Respecto de la importancia del daño resarcible su única interpretación constitucionalmente viable es aquella que la asocia con el riesgo procesal que implica la responsabilidad patrimonial que le cabría al autor material de cierto acto ilícito. Es decir que a hipotética mayor importancia del daño, mayor será el compromiso económico que su autor deba asumir, y por ende mayor la expectativa del que mismo intente eludir el accionar de la justicia –incluso de la penal-³⁷. En el proceso penal juvenil, la responsabilidad solidaria de los responsables legales³⁸ de los adolescentes provoca de la disminución de tal riesgo forma considerable.

En cuanto a la actitud que el imputado adopte voluntariamente frente al daño cabe señalar que bajo ninguna circunstancia el hecho de adoptar una actitud pasiva frente a este puede implicar un aumento del riesgo procesal; ello, toda vez que se encuentra constitucionalmente vedado presumir que este es quien lo causó hasta tanto ello sea demostrado en un juicio oral y público cuya sentencia adquiera firmeza –ello por imperio del principio de inocencia que cualquier Estado de Derecho debe brindar a quienes habiten o transiten en él-³⁹.

vinculante la norma comentada, ha aceptado que en casos en los que el riesgo procesal resulte “*marcadamente excepcional*” pueda proceder la prisión preventiva (F.B.J.E. s/robo agravado, C. 30.094, sent. 28/04/2017, entre otras).

Corresponde incluso preguntarse si puede o no aplicarse la prisión preventiva a aquel universo de casos que resultan susceptibles de ejecución condicional sólo con la aplicación de la reducción prevista por el art. 4 de decreto- ley 22.278.

³⁵ Cfr. art. 7 pto. 7 de la CADH “*Nadie será detenido por deudas*”.

³⁶ Art.18 de la CN; reconocido asimismo en diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional; entre ellos, arts. 40.2 de la CDN y 8.2 de la CADH.

³⁷ Este indicador parecería tener mayor relevancia para aquellos casos en los que la acción civil se sigue en el propio proceso penal – cfr. arts. 12/14 del cppba y concordantes-.

³⁸ Cfr. art. 1754 del Código Civil y Comercial.

³⁹ En particular, en lo que respecta a la justicia penal juvenil, el Comité de Derechos del Niño ha sostenido que “*el niño tiene derecho a recibir un trato acorde con esta presunción, y todas las autoridades públicas o de otro tipo tienen la obligación de abstenerse de prejuzgar el resultado del juicio (...)*Debido a falta de comprensión del proceso, inmadurez, temor u otras razones, el

Respecto de la actitud frente a la presunta víctima, su falta de empatía tampoco podrá valorarse negativamente, toda vez que no puede exigírsele a una persona que el Estado considera inocente dicha actitud⁴⁰-a menos que su comportamiento implique el entorpecimiento de la investigación-.

Sin perjuicio de ello, podrá valorarse positivamente la actitud del adolescente acusado de cometer un hecho ilícito frente a la presunta víctima y su voluntad de reparación del daño. En este sentido, es objeto del proceso penal juvenil por imperio convencional que el/la imputado/a “*fortalezca el respeto (...) por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros*” como así también que “*asuma una función constructiva en la sociedad*”⁴¹; adicionalmente, son principios del fuero la solución alternativa de conflictos y la participación de la víctima⁴². En razón de ello, es que en su caso, se deberá tener en consideración su voluntad de resolver el conflicto.

iv. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad o no de someterse a proceso

Como ha sido destacado en el punto a.iv este es un indicador fundamental a la hora de valorar el riesgo procesal. En efecto, no hay forma más objetiva de evaluar la sujeción de una persona a un procedimiento que hacerlo a partir de su comportamiento en el desarrollo del mismo y en anteriores, para el caso de que hayan existido.

Me he referido a la importancia de brindarle al adolescente un espacio adecuado para ser escuchado al respecto. Ahora, me interesa poner el foco en otras tres especificidades respecto de la valoración del comportamiento en procesos anteriores.

La primera de ellas destacar que lo que debe evaluarse es el comportamiento concreto en cada uno de los mismos. Es decir, el dato de haber

niño puede comportarse de manera sospechosa, pero las autoridades no deben presumir por ello que sea culpable, si carecen de pruebas de su culpabilidad más allá de toda duda razonable” (CDN, Observación General n° 10, cit., párr. 42).

⁴⁰ Piénsese, verbigracia, qué podría esperarse de una persona que se encuentra injustamente sometida a un proceso penal.

⁴¹ Art. 40 CDN.

⁴² Cfr. art. 33 Ley 13.634.

tenido causas anteriores no puede ser valorado de *per se* en su contra –so amenaza de violar el principio de inocencia-; en todo caso, lo que se podrá valorar es su conducta procesal en cada uno de ellos.

La segunda es si corresponde o no valorar el comportamiento procesal en un proceso en el que el adolescente resultaba ser no punible. Por un lado, podría considerarse que al tratarse de una investigación y poseer el imputado el deber de estar a proceso, debería tenerse en cuenta. Sin embargo, por el otro podría argumentarse que su desenvolvimiento en investigaciones anteriores en las que resultaba no punible no podría aparejarle ningún tipo de consecuencia negativa. Si bien considero que ambas posturas resultan razonablemente defendibles, a mi criterio la actuación que haya tenido como joven no punible no puede ser valorada. En efecto, se trata de procesos cuyo objetivo consiste en conocer la verdad de los hechos sucedidos, en los que el Estado resigna su *ius puniendi*. Ese derecho a la verdad si bien le pertenece a la sociedad en su conjunto, la víctima como particular ofendida por su comisión es quien resulta ser el principal interesado en su conocimiento. Se trata de procedimientos que no permiten la toma de medidas de coerción⁴³, toda vez que en definitiva el Estado no está interesado en su sanción. En este sentido, parecería dificultoso poder merituar razonablemente tal comportamiento.

La tercera de las cuestiones se relaciona con el desarrollo progresivo de los adolescentes que debe considerarse de forma particular. Es decir, como se trata de sujetos cuya madurez emotiva se encuentra en pleno crecimiento, su comportamiento en procesos anteriores debe analizarse teniendo en consideración la referenciada característica. En efecto, la capacidad de inferir riesgo procesal de la conducta en anteriores procedimientos disminuye a medida que aumenta el periodo temporal entre los procedimientos; ello toda vez que el desarrollo madurativo bien puede generar mayor nivel de conciencia y responsabilidad en el adolescente⁴⁴.

⁴³ Más allá del constitucionalmente dudoso encierro de niños y niñas no punibles a partir de medidas de seguridad de conformidad con la ley 22.278.

⁴⁴ Desde el psicoanálisis se ha afirmado que la adquisición de la capacidad para percibir y comprender el medio social al que se pertenece y poder identificarse con las reglas que lo gobiernan es una función del avance de la edad y de la madurez; siendo la adaptación social un proceso gradual ligado con el desarrollo de los impulsos (cfr. Freud, Anna, "Normalidad y patología en la niñez", 1979, 12° reimpresión 2010 Paidós, Buenos Aires, p. 143).

c) Entorpecimiento en la averiguación de la verdad

La especificidad de los diversos indicadores que hacen al entorpecimiento de la investigación puede analizarse de forma conjunta. En particular, el no contar con el mismo estado de la madurez emotivo ni la experiencia de un adulto provoca que las posibilidades de tomar acciones concretas tendientes a ese fin sean menores. En este sentido, estará en mejores condiciones de alterar la prueba un mayor de edad.

Cabe destacar que en su caso la cautelar a tomar debe guardar relación de estricta proporcionalidad con la incorporación de la respectiva prueba al proceso. En este sentido, una vez producida, cesa el riesgo procesal que justificó el dictado de la medida. En efecto, para el caso de que la investigación de un delito tramite de forma paralela en el fuero juvenil y en el de adultos, deberá tenerse en cuenta la producción de medidas probatorias en ambos procesos⁴⁵. Verbigracia piénsese en un caso de robo en el que se encuentran imputados un adulto y un menor de edad, en el que la víctima dice estar en condiciones de reconocer a una persona, cuyas características fisonómicas coinciden con las del sujeto mayor de edad, explicando la víctima que ha sufrido amenazas. En su caso, producida la diligencia de reconocimiento en rueda prevista por los arts. 257/259 del cppba el riesgo procesal por entorpecimiento de la investigación se reducirá no sólo respecto del adulto, sino también del imputado adolescente.

Conclusión

A lo largo de este trabajo se demostró que existen circunstancias particulares que deben ser tenidas en cuenta por los operadores del fuero de responsabilidad penal juvenil a la hora de valorar cada uno de los diversos indicadores de riesgo procesal señalados por el art. 148 del cppba. Como se

⁴⁵ No es objeto de este trabajo analizar si el trámite paralelo de expedientes respecto de un mismo hecho resulta ser el proceso ideal. Sin perjuicio de ello, considero que vale la pena cuestionarse si la coexistencia de dos investigaciones paralelas con la intervención de dos Jueces de Garantías es lo mejor. En este sentido, pensar al fuero penal juvenil como fuero de atracción para este tipo de casos es una opción normativa a tener en cuenta. El juzgamiento de adultos y adolescentes en forma conjunta podría resultar un sistema que contribuya a visibilizar mejor lo sucedido en la fenomenología del hecho, reducir las molestias a las víctimas y ahorrar al Estado importantes recursos.

habrá podido observar estas tienden a disminuir el riesgo de fuga y de entorpecimiento de la investigación de un adolescente respecto de un adulto.

A casi diez años de la implementación de la ley 13.634 resulta necesaria la recepción normativa de parámetros valorativos del riesgo procesal que tengan en cuenta las especificidades del proceso penal juvenil. En este sentido, la imposición de toda medida de coerción deberá ser de carácter excepcionalísimo y tener en especial consideración las consecuencias jurídicas de ser menor de edad en todo el ordenamiento jurídico y el grado de madurez emocional en desarrollo de los jóvenes.

Durante los años en los que regía el Sistema Tutelar, los adolescentes fueron privados de la libertad inmotivadamente. El Juez de Menores podía disponer respecto de ellos discrecional e incluso arbitrariamente⁴⁶. Tomarse en serio la especificidad del fuero penal juvenil en el marco del Modelo de Protección Integral de Derechos implica necesariamente que se les garanticen todos los derechos y garantías que poseen los mayores de edad, y ciertas prerrogativas especiales justamente por su característica particular de N, N y A⁴⁷. En dicho marco, la especificidad de los parámetros de valoración del riesgo procesal deviene en una exigencia constitucional tanto para el encierro

⁴⁶ Aun resabios de dicho Sistema siguen vigentes en el decreto-ley 22.278. La CSJN ha sostenido que *“la ley 22.278, que es la pieza jurídica fundamental nacional en la materia [justicia penal de menores], prevé un sistema que se caracteriza por un gran poder para el juez de menores, quien luego de haber comprobado la responsabilidad penal del menor respecto en el hecho investigado, está facultado para absolverlo, para aplicarle una pena disminuida, en la escala de la tentativa (art. 4), e incluso cuando el menor no haya tenido ninguna vinculación con el hecho investigado puede disponer definitivamente de él, para el supuesto de que considere que se encuentra en un estado de abandono, peligro material o moral (art. 2 in fine ley 22.278)”* (CSJN, in re “Maldonado”, cit., C°. 24).

Ya en el año 2002, Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas mostró su *“profunda preocupación por el hecho de que [...] La Ley 22.278 [...] se basa en la doctrina de la “situación irregular” [y] no distin[gue] claramente entre los niños que necesitan atención y protección y los niños que tienen conflicto con la justicia”*(CDN, Observaciones finales respecto de Argentina, 09/10/2002). En el 2010 recomendó lisa y llanamente que se *“derogue la Ley N° 22278, relativa al régimen penal de la minoridad, y apruebe una nueva ley compatible con la Convención y las normas internacionales en materia de justicia juvenil”* (CDN, Observaciones finales respecto de Argentina, 21/06/2010, párr. 80).

⁴⁷ En este sentido, la CSJN ha destacado que *“Un sistema de justicia de menores, además de reconocer iguales garantías y derechos que a un adulto, debe contemplar otros derechos que hacen a su condición de individuo en desarrollo, lo que establece una situación de igualdad entre las personas, ya que se violaría el principio de equidad, si se colocara en igualdad de condiciones a un adulto cuya personalidad ya se encuentra madura y asentada, con la de un joven, cuya personalidad no se encuentra aún definitivamente consolidada.”* (L., L. A. s/ causa N° 5400, L. 1157. XL., 18/12/2007, C. 7). En el mismo sentido, in re “Maldonado”, cit., C°. 32 y 33; y CoIDH, OC-17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 28/08/2002.

preventivo de adolescentes como para la imposición de otras medidas de coerción.