

UNIVERSIDAD DE GINEBRA
CERTIFICADO DE ESTUDIOS AVANZADOS EN JUSTICIA
JUVENIL



“Principio de legalidad versus principio de flexibilidad en la ejecución de las medidas privativas y no privativas de la libertad dentro del marco de la Justicia Juvenil Restaurativa”

TRABAJO DE FIN DE ESTUDIOS PRESENTADO POR:

SUSANA MARTA PERNAS

TUTOR/A:

ENRIQUE ARNAZ VILLALTA

En Buenos Aires, 16 de setiembre de 2019.

I.TITULO:

“Principio de legalidad versus principio de flexibilidad en la ejecución de las medidas privativas y no privativas de la libertad dentro del marco de la Justicia Juvenil Restaurativa”

II. RESUMEN: La revisión periódica de la pena impuesta por un delito que ha sido cometido por una persona que en el momento del hecho era menor de edad, entiendo que es uno de los aspectos más importantes dentro de los estándares de la Justicia Restaurativa, que a nivel nacional en mi país está aún pendiente, si bien hay ordenamientos provinciales que en sus leyes procesales lo contemplan. La propuesta que formulo invita a analizar los aspectos en los que se desenvuelve la ejecución de la pena, y particularmente haciendo referencia al tratamiento del menor declarado responsable y finalmente condenado, impulsando mecanismos que permitan al joven dar por cumplida su pena con antelación. Por supuesto, se deberán generar las herramientas jurídicas necesarias para implementar un nuevo sistema de ejecución, necesitando para ello contar con el consenso de los operadores judiciales, única forma de lograr éxito en el programa, permitiendo así una justicia diferente.

De allí que formule la contraposición entre el principio de legalidad que rige actualmente y el de flexibilidad que es al que considero debemos arribar con premura en mi país.

Esta idea se basa en la Convención de Derechos del Niño, y diversas directrices y observaciones que permiten la aplicación de esos mecanismos, y que por ello habiendo signado nuestro país dicha legislación y habiendo sido ratificada por el Poder Legislativo (ley 23849), entiendo que los programas que quiero llevar a la práctica están plenamente justificados de acuerdo con los estándares internacionales de derechos humanos en favor de los adolescentes infractores, sin victimizarlos y logrando su reintegración.

PALABRAS CLAVE: Principio de legalidad – Principio de flexibilidad – Justicia Juvenil Restaurativa – Ejecución de medidas privativas y no privativas de la libertad.

I.TITLE:

“Principle of legality versus principle of flexibility in the execution of private and non-custodial measures within the framework of Restorative Juvenile Justice”

II. ABSTRACT: I understand that periodic review of the penalty imposed on a person who at the time of the crime was a minor is one of the most important aspects within the standards of Restorative Justice, which at national level in my country is still pending, although there are provincial regulations that consider it in their procedural laws. The proposal that I formulate invites us to analyze the aspects involved in the execution of the sentence and in particular, those referring to the treatment of the minor declared responsible and finally convicted, promoting mechanisms that would allow the young person to consider his penalty completed before it is due. Of course, the necessary legal tools must be generated to implement a new enforcement system, in order to reach the consensus of the judicial operators, the only way to achieve success in the program, and therefore, create a different justice.

Thence, I formulate the counterposition between the principle of legality that currently rules in our country and that of flexibility that I consider should soon be implemented.

This idea is based on the Convention on the Rights of the Child, along with several guidelines and observations that allow the application of those mechanisms and which has been signed by our country and ratified by the Legislative Power (Law 23849). I understand that the programs I intend to implement are fully justified, in accordance with international human rights standards in favor of offending adolescents, in order not to victimize them and to achieve their reintegration.

KEYWORDS: Principle of legality - Principle of flexibility - Restorative Juvenile Justice - Execution of private and non--private measures of freedom

AGRADECIMIENTOS:

Son varias las personas a quienes deseo manifestar mi gratitud por los valiosos aportes que me brindaron a lo largo de estos estudios:

- En primer lugar a mi tutor, ENRIQUE ARNANZ VILLALTA, quien estuvo presente durante todo el curso apoyándonos y brindándonos sus conocimientos y permitió que pudieramos alcanzar esta meta y especialmente en el tema elegido que fue quien, con sus enseñanzas, me influyó en la elección del tema.
- A todos los profesores, especialmente a la Dra. MARY BELOFF, a quien tengo el placer de conocer personalmente y haber disfrutado y aprendido de sus enseñanzas y que es una excelente representante de mi país en el mundo. No sólo es una gran profesional sino una gran persona.
- Asimismo debo agradecer a la coordinadora del CAS, LISA MYERS, quien también estuvo pendiente de nuestros trabajos y brindándonos su apoyo.
- Por último debo manifestar mi agradecimiento a la UNIVERSIDAD DE GÈNEVE – SUIZA, por haberme brindado la oportunidad de ser parte de esta cursada, permitiéndome conocer no sólo excelentes profesores sino también compartir la experiencia de mis compañeros que me ayudó a adentrarme en un mundo JJR, que no se corresponde totalmente con mi práctica diaria.

II. INTRODUCCION

Dentro de los temas de Justicia Juvenil Restaurativa que mayor interés me han despertado es el de la ejecución de las medidas privativas y no privativas de la libertad, teniendo en cuenta lo dispuesto en los estándares internacionales y la legislación vigente en la República Argentina.

Conforme precisamente la Regla 13¹ de la Observación General 10, basada en el art. 40 de la Convención de los Derechos del Niño se va a tener en cuenta tanto en la elección de las medidas como en su aplicación las circunstancias del menor, su edad, como también en cada momento del procedimiento el crecimiento constante y dinámico de aquél, jugando así el principio de flexibilidad un papel muy importante, adecuado a los fines socializadores de la sanción impuesta, siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño. Ello precisamente lo diferencia del principio de legalidad, que es propio de los adultos que han sido condenados.

Este principio de flexibilidad permitirá cumplir con los postuladores resocializadores, ya que la revisión de la medida impuesta a través de los informes que periódicamente elaboren los técnicos y sean elevados al encargado de la ejecución, adaptará la misma a las circunstancias del menor, su evolución y así poder darla por cumplida, o modificarla pero nunca por más tiempo que el fijado en la sentencia.

Esta revisión periódica también está prevista en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokiio -regla 13.1).²

Asimismo, la Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa (2016) de la Conferencia de Justicia de los Países

¹ Observación General 10 Dignidad (art. 40.1) 13...."un trato en el que se tenga en cuenta la edad del niño y se fomente su reintegración y el desempeño de una función constructiva en la sociedad .Este principio se debe aplicar, observar y respetar durante todo el proceso de trato con el niño, desde el primer contacto con los organismos encargados de hacer cumplir la ley hasta la ejecución de todas las medidas en relación con el niño. Todo el personal encargado de la administración de la justicia de menores debe tener en cuenta el desarrollo del niño, el crecimiento dinámico y constante de éste, que es apropiado para su bienestar, y las múltiples formas de violencia contra el niño.."

² 10.3 "En el marco de cada medida no privativa de la libertad, se determinará cual es el tipo más adecuado de vigilancia y tratamiento para cada caso particular con el propósito de ayudar al delincuente a enmendar su conducta delictiva. El régimen de vigilancia y tratamiento se revisará y reajustará periódicamente, cuando sea necesario".

Iberoamericanos, es un cambio de paradigma muy importante ya que abandona el sistema tradicional que es más estructural, inquisitivo, tomando consideraciones más sociales o que tienen que ver con políticas focalizadas para determinados sectores de la población que necesitan tratamientos específicos. Establece que las respuestas a las infracciones penales juveniles no constituyan meras retribuciones punitivas o que se reduzcan al tratamiento psicosocial del infractor sino que comportan un proceso de reflexión y responsabilización individual y colectiva de cara a las consecuencias lesivas del acto, incentivando su reparación. De allí establece que los Estados respetarán el carácter educativo de las medidas a tomar respecto de los adolescentes que han infringido la ley penal, priorizarán la desjudicialización, las medidas alternativas a la privación de la libertad, y la reparación directa e indirecta por los daños causados por la infracción, tomando en cuenta las circunstancias particulares de vulnerabilidad de las partes implicadas.

En lo que es materia de este trabajo, los casos excepcionales de aplicación judicial de medidas privativas de libertad, aún de carácter preventivo, los adolescente **serán evaluados interdisciplinariamente de inmediato y alojados en espacios diferenciados según edad, sexo, estado de salud y circunstancias individuales de vulnerabilidad siempre en condiciones dignas a tenor de los estándares internacionales en la materia.**

Tomarán las medidas necesarias para que las autoridades competentes puedan valorar los impactos de las medidas privativas y no privativas de libertad, mediante informes biopsicosociales, información y propuestas proporcionadas por los propios adolescentes, por sus padres, parientes, referentes comunitarios y los profesionales competentes antes, durante y después de aplicarlas a las y los adolescentes en conflicto con la ley penal.

A su vez tomarán las medidas necesarias para que sus **autoridades competentes realicen revisión periódica** de las medidas socioeducativas aplicadas, y de las condiciones en las cuales se cumplen tanto en privación de libertad como en medidas alternativas a la privación de libertad. No se admitirán medidas por tiempo indeterminado, ni se admitirá bajo ningún concepto extensión de las mismas mas allá del plazo dictado en la sentencia.

Los Estados Iberoamericanos impulsarán la revisión y reformas normativas necesarias para que la aplicación de medidas privativas de libertad obedezcan a los principios de excepcionalidad, proporcionalidad, flexibilidad y tratamiento individualizado.

Tomarán las medidas necesarias para la implementación de sistemas de control, seguimiento y monitoreo eficaces y respetuosos de los derechos humanos de los adolescentes, respecto de las medidas privativas y no privativas de libertad.

El enfoque restaurativo **no excluye** la privación de libertad como una posibilidad o herramienta en la respuesta penal a ciertos delitos o infracciones de gravedad. Se entiende que debe ser utilizada como una medida excepcional, de último recurso y durante el menor tiempo posible. Se entiende que la privación de libertad no ha de suponer el aislamiento social, sino todo lo contrario, ha de contar con la participación social y comunitaria y a de tener una orientación exclusivamente educativa y pedagógica.

Su correcta ejecución pasa por considerar la clasificación, **la reparación, el tratamiento individualizado y la preparación para la libertad**, como elementos irrenunciables que refuercen los vínculos familiares y sociales, así como el respeto escrupuloso de los derechos fundamentales de los adolescentes privados de libertad. Todo basado en conocimiento científicos y empíricos.

Asimismo en el Decálogo Iberoamericano sobre Justicia Juvenil Restaurativa (aprobado el 7 de diciembre de 2017) y el Decálogo de los Fiscales Iberoamericanos sobre Justicia Juvenil Restaurativa aprobado en la XXVI Asamblea General Ordinaria de la AIAMP, celebrada en México del 5 al 7 de setiembre de 2018, se reitera el enfoque pedagógico de responsabilidad y redes de apoyo que respeten los derechos de los niños niñas y jóvenes incluyendo su reintegración social para que asuman un rol constructivo en la sociedad, para ello se generaran espacios de participación ciudadana a través de recursos y redes de apoyo comunitarias con el fin de brindar soporte y colaboración en la ejecución y seguimiento efectivo de todas las medidas adoptadas.

En igual sentido establece la excepcionalidad y duración de la privación de la libertad, alojados en espacios diferenciados en condiciones dignas, y las medidas siempre obedecerán a los principios de razonabilidad,

excepcionalidad, proporcionalidad, flexibilidad y tratamiento individualizado y diferenciado. La realización de informes especializados (biopsicosociales), relevantes sobre los NNA en conflicto con la ley penal y **revisión periódica de las medidas aplicadas** que no se admitirán por tiempo indeterminado, ni extenderse mas allá del plazo dictado en la sentencia. Asimismo se establecen sistemas de seguimiento y control de los procesos en que estén involucrados los NNA. Además se tendrán en cuenta la reiteración de infracciones lo que será valorado por el Ministerio Publico para resolver sobre la aplicación de medidas alternativas o terapéuticas o para la revisión de las medidas privativas de la libertad, sin que pueda convertirse en un impedimento para disponerlas.

Ahora bien, todos estos documentos obligan a los Estados a comprometerse en un nuevo paradigma en el tratamiento de los jóvenes en conflicto con la ley y la forma de reintegrarse a la sociedad teniendo en cuenta los principios de la Convencion de los Derechos del Niño, en especial el Interés Superior del Niño.

III. OBJETIVOS:

Presentado así el tema, este trabajo de investigación tiene por finalidad plantear la controversia entre principio de legalidad y principio de flexibilidad, y reflexionar sobre la necesidad o no de contar con una reforma legislativa para poder aplicar la revisión periódica de la pena impuesta prevista en la normativa internacional de la materia.

Este planteo se formula dentro de la normativa que rige en mi país -República Argentina- a nivel nacional, donde desde hace varias décadas se ha trabajado para la aprobación de un Régimen de Responsabilidad Penal Juvenil, inspirados en las prácticas de la Justicia Restaurativa, pero solamente algunas provincias lo han incorporado en su legislación procedimental. En lo que hace a nivel nacional se utilizan ciertas prácticas de justicia restaurativa como suspensión de juicio a prueba, conciliación, etc. pero en lo que respecta a la ejecución de la pena impuesta no hay ningún tipo de revisión periódica que permita observar al joven para ver sus logros en el cumplimiento de un programa que le permitan darla por cumplida o modificar el tipo de media privativa por una no privativa.

La legislación actual no regula ninguna revisión especial para el fuero penal juvenil, por lo cual se aplican los mismos mecanismos que para los adultos condenados.

Lo aquí investigado es a efectos de analizar la confrontación entre ambos principios: legalidad/flexibilidad, y determinar si de acuerdo a lo dispuesto en los estándares internacionales es posible la aplicación del segundo, aún no respetando el principio de legalidad que es el que rige.

Asimismo la inquietud planteada es determinar si en el caso de entender que en las medidas privativas y no privativas es posible su revisión periódica, si se cuenta con el plan individual e informes programados para poder analizar el cumplimiento de la sanción por parte del joven infractor.

Por último se indagará en la jurisprudencia del máximo Tribunal - Corte Suprema de Justicia de la Nación- a fin de analizar el criterio adoptado.

IV. MATERIALES Y METODOS:

Esta investigación tiene un carácter exploratorio descriptivo de tipo cualitativo y se procura construirla a través de la información recibida de las prácticas formales e informales utilizadas por la justicia nacional en las medidas privativas de la libertad y no privativas.

Por ello se utilizará el método inductivo yendo de lo particular a lo general, intentando la observación de las acciones utilizadas por los operadores judiciales y sociales, y de su análisis fundamentar luego los enunciados universales que deriven de esta investigación. Se tomará en cuenta especialmente la legislación internacional en la materia para poder analizar el contexto nacional.

V. DESARROLLO:

Como ya se indicara precedentemente el contexto nacional argentino tiene la particularidad de carecer de una ley de responsabilidad penal juvenil en la que se recojan los estándares de la normativa internacional de los derechos humanos y en especial la Convención de los Derechos del Niño, ya

que se encuentra vigente el Decreto Ley 22278³ y sus modificatorias. Pero no obstante ello, luego de ratificar la mencionada Convención de los Derechos del niño por el Congreso de la Nación ⁴y darle jerarquía constitucional con la modificación de la Carta Magna en 1994, se fue avanzando en esta materia y modificándose el paradigma reinante, teniendo especialmente en cuenta el interés superior del niño.

De tal forma en la actualidad se están adoptando en la práctica medidas alternativas (suspensión del juicio a prueba, conciliación, acuerdos reparatorios) con la intervención de las partes en la resolución del caso. De tal forma que el conflicto pueda resolverse en la primera instancia, evitando el proceso, como también se trata de evitar la privación de la libertad, como medida cautelar.

Pero al hablar del enfoque restaurativo debe observárase desde dos aspectos: 1) al que hace a esa primera etapa de evitar el proceso penal mediante dichas medidas alternativas y evitar la privación de libertad y 2) la aplicación de ese enfoque en la ejecución de las medidas privativas y no privativas de la libertad cuando el joven es declarado responsable del hecho que se le imputa y se le aplica una sanción. Es aquí donde es muy importante la aplicación de los mecanismos de la Justicia Restaurativa para lograr la reintegración del joven a la sociedad, mediante un tratamiento adecuado con la participación del adolescente, de la familia, de la comunidad, de la víctima y contando para ello con operadores especializados y en un ámbito acorde para su integración.⁵

Cuando el caso se judicializa, y el joven es declarado responsable debe decidirse por la necesidad o no de aplicar una medida restrictiva de la libertad. En este aspecto es de aplicación el art. 4 de la ley 22278⁶

³ De fecha 25-08-1980 y modificatoria 22803 de fecha 09-05-1983

⁴ Ley 23849 sancionada el 27-09-1990

⁵ Conforme Prof Victor Herrero , CAS Video introductorio al Modulo IV, Ejecución de medidas a través del enfoque restaurativo)

⁶ Art. 4. "La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el art. 2 estará supeditada a los siguientes requisitos: 1) Que previamente haya sido declarada su reponsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales, 2) que haya cumplido dieciocho (18) años de edad, 3) que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad. Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la

mediante la cual se evalúa la posibilidad de no aplicar una sanción. En ese momento el Juez tiene en cuenta los distintos informes presentados por los operadores sociales y/o psicólogos intervinientes y su desarrollo socio-educativo, sea que haya permanecido en libertad o internado. En general, dado que se juzgan delitos cometidos a jóvenes entre 16 y 18 años de edad, muchas veces cuando llegan a la mayoría de edad, no llegaron a tener un tratamiento que permita hacer una evaluación de un año como solicita la ley, pero los informes de evaluación indican su recuperación y los avances que había tenido.

En el caso de que sea necesario la aplicación de una sanción, la misma se adopta con fines socioeducativos para la rehabilitación del joven y que pueda reintegrarse a la sociedad en forma constructiva.

En estos casos la pena a fijarse es por el menor tiempo que corresponda siendo proporcional y racional con el hecho por el que se lo declara responsable y sus circunstancias. Debo mencionar que si bien la norma deja librado al juez aplicarla en su totalidad o reducida en la forma prevista para la tentativa, en general el criterio que se aplica es el de la reducción y es importante señalar a mi entender el fallo “Maldonado”⁷ de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el que resolvió que la pena tiene que ser adecuada al principio de culpabilidad disminuida por su inmadurez emocional y afectiva de acuerdo a las circunstancias mencionadas en su legajo de personalidad.

Pero si bien la imposición de sanción es con los fines señalados y observando su condición de menor infractor, de acuerdo al principio de especialidad, una vez que es condenado con sentencia firme es tratado con las mismas reglas que los condenados adultos. Es trasladado a un pabellón de jóvenes adultos del Servicio Penitenciario Federal, y a cumplir su condena sin revisión periódica y con informes periódicos que indiquen su evolución a fin de determinar la necesidad de continuar con la misma, o modificarla es decir cambiar el régimen o reducirla o más aun darla por cumplida antes del tiempo previsto para la misma.

Esta situación, prevista en la legislación internacional sobre la que me explayara, no está prevista dentro del ordenamiento interno. Es decir en este

*tentativa. Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso 2)”.
⁷ Fallos 328:4343*

aspecto, impuesta la sanción, la ejecución de la medida no varía con el régimen impuesto a los adultos. Es más, terminada la etapa de juicio oral y habiendo quedado firme la sanción impuesta, el principio de especialidad previsto en la Convención de los Derechos del Niño⁸ y la Observación General 10⁹ ya no se le aplica al menor (las autoridades, establecimiento, normativa, procedimiento).

En razón de lo expuesto, además de no aplicarse la remisión periódica de la sanción, tampoco se elabora un plan individual para el tratamiento de rehabilitación de ese menor para reintegrarse a la sociedad. No hay un programa especial o plan individualizado para el joven y sus necesidades.

De allí que me surge el interrogante que si se resolviera aplicar el principio de flexibilidad, fundamentado en la legislación internacional, como podría efectuarse ante la carencia de un plan individual de tratamiento, de operadores con especialidad, de un equipo interdisciplinario, del trabajo con la familia y los amigos, etc., de informes periódicos.

Como señala el Profesor Dr. Jean Zermatten se debe tener en cuenta en la ejecución de la pena, el desarrollo del niño, su evolución y el efecto que esa medida proporciona sobre sí mismo y modularlo para estar siempre en adecuación con sus necesidades.¹⁰

No es lo mismo su internamiento en establecimientos adecuados para menores, más allá de las falencias o escasez de medios que muchas veces tienen, con encontrarse privado de su libertad en un establecimiento carcelario, con un tratamiento similar a los adultos.

Pero si la Convención de los Derechos del Niño tiene rango constitucional (art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna) no podría aplicarse lo dispuesto en su art. 25 respecto de la revisión periódica de la sanción si se trata de una persona condenada por un hecho cometido cuando era menor de edad?

⁸ Art. 40 .."3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en.....

⁹ V. LA ORGANIZACION DE LA JUSTICIA DE MENORES. 90. "A fin de garantizar la plena aplicación de los principios y derechos enunciados en los párrafos anteriores, es necesario establecer una organización eficaz para la administración de la justicia de menores y un sistema amplio de justicia de menores. De conformidad con el párrafo 3 del artículo 40 de la Convención los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños en conflicto con las leyes penales....."

¹⁰ Zermatten, Jean, Video " Los derechos de la Convención en la ejecución de la medidas"

Antecedentes jurisprudenciales:

1) La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia dictada en el caso “Mendoza y otros vs Argentina”¹¹ señaló que en lo que hace a las medidas o penas privativas de la libertad de los jóvenes infractores de la ley penal, además de los principios de *última ratio*, y máxima brevedad y de delimitación temporal, rige el principio de **revisión periódica de las medidas de privación de la libertad de los niños**, y consiguientemente si las circunstancias han cambiado ya no es necesaria su detención y es deber del Estado ponerlo en libertad, aún cuando no haya cumplido la pena establecida. Hace referencia asimismo a la necesidad que los Estados establezcan en su legislación programas de libertad anticipada.

Asimismo el Tribunal Interamericano concluyó que la legislación penal juvenil de nuestro país no se ajusta a los estándares internacionales y por ello las autoridades “están sujetas al imperio de la ley”, motivo por el cual señaló que el Estado Argentino estaba obligado a adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar la protección del niño.

2) En el ámbito interno La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “A., C. J. s/homicidio en ocasión de robo, portación ilegal de arma de fuego de uso civil s/juicio s/casación”¹², se pronunció en igual sentido,

¹¹ Caso Mendoza y otros vs, Argentina sentencia de 14 de mayo de 2013. ...162 “Por lo que respecta particularmente a medidas o penas privativas de la libertad de los niños, aplican especialmente los siguientes principios: 1) de *ultima ratio* y de máxima brevedad, que en los términos del artículo 37.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, significa que “[l]a detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño [...] se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”¹¹, 2) de delimitación temporal desde el momento de su imposición, particularmente relacionado con los primeros, pues si la privación de la libertad debe ser excepcional y lo más breve posible, ello implica que las penas privativas de libertad cuya duración sea indeterminada o que impliquen la privación de dicho derecho de forma absoluta no deben ser aplicadas a los niños, y 3) la revisión periódica de las medidas de privación de libertad de los niños. Al respecto, si las circunstancias han cambiado y ya no es necesaria su reclusión, es deber de los Estados poner a los niños en libertad, aun cuando no hayan cumplido la pena establecida en cada caso concreto. A estos efectos, los Estados deben establecer en su legislación programas de libertad anticipada. Sobre este punto, el Comité de los Derechos del Niño, con base en el artículo 25 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que prevé la revisión periódica de las medidas que implican la privación de libertad, ha establecido que “la posibilidad de la puesta en libertad deberá ser realista y objeto de examen periódico”.

¹² Fallo CSJ 743/2014 de fecha 31 de octubre de 2017, ...”el principio según el cual la pena privativa de la libertad debe utilizarse durante el período más breve que proceda, contenido en el art. 37, inc b, de la

fundamentado en el juego armónico de los arts. 25¹³ y 37 b)¹⁴ de la Convención de los Derechos del Niño. Pero consideró que no puede justificarse que por.. *“vía pretoriana se arbitre o se tienda a arbitrar sin más, una suerte de régimen general sustitutivo del previsto en la ley 22278”* , ya que no podría dictar una norma general derogatoria de las disposiciones en cuestión (art.116 CN) entendiendo que estas son de una complejidad extrema..que ameritan un debate profundo y juicios de conveniencia que exceden la competencia de esa Corte.

En consecuencia, requirió 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 (art.75 inc.22, segundo párrafo) y en los términos ordenados por la CIDH en la sentencia dictada en el caso “Mendoza”.

VI. CONCLUSIONES:

Luego de expuestos los distintos antecedentes en este aspecto de la justicia restaurativa y analizados los distintos elementos normativos internacionales y jurisprudenciales concluyo que es imperiosa la aplicación del principio de flexibilidad a los efectos de que la pena impuesta cumpla con la finalidad socio educativa y resocializadora que es propia del derecho penal juvenil, pero realmente entiendo que sin la reforma legislativa no se logrará tal

Convencion sobre los Derechos del Niño está íntimamente vinculado con el deber de revisar periódicamente las medidas de privación de libertad de los menores infractores, que surge del artículo 25 de la misma Convención. Esto por cuanto el segundo precepto constituye el mecanismo para asegurar efectivamente, ya durante la ejecución de esta pena, el principio rector que emana del primero por el que las restricciones a la libertad personal del menor se reducirán a lo estrictamente necesario par promover su reintegración social y que este asuma una función constructiva en la sociedad”.

Art. 25 Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades comepetens para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que está sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.

¹⁴ Art 37 inc. b) ningún niño sea privado de su libertad legal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

fin. Pero tratándose de adolescentes hay que lograr a la brevedad la reforma legislativa que han requerido tanto la CIDH como la CSJ porque los jóvenes necesitan ser juzgados y cumplir su sanción dentro del principio de la especialidad y su revisión periódica es fundamental. Su desarrollo psíquico como físico es diferente del de los adultos.

2. Asimismo deberá trabajarse con los operadores judiciales, ONG, y la comunidad en general para lograr formar el equipo interdisciplinario que trabaje en forma coordinada para que el principio de revisión periódica de la pena pueda realizarse adecuadamente.

3 Es necesario trabajar sobre las dificultades que sufren en su detención (aislamiento y desconexión) que les provocan un gran deterioro para reingresar a la sociedad. Es necesario trabajar sus factores de protección para poder hacer frente a los riesgos que asumirán cuando retornen a su lugar de pertenencia.

“La privación de libertad conlleva una serie de consecuencias pues la situación de vida del adolescente/joven pues supone un impacto personal y social muy agudo al ser privados de sus costumbres relaciones de familia amigos y pérdida de vida propia y e intimidad sexualidad y posiblemente la alteración de factores psicológicos y emocionales. Pero ello... va a depender mucho del tipo de institución y programa o filosofía de los centros o de sus profesionales, de igual modo, va a depender del propio perfil e historia del adolescente y de sus circunstancias en la libertad... Dichos efectos negativos y perversos de la privación de libertad serán diferentes en función de la propia personalidad ...y del entorno familiar y social del que proviene si en ellos encontraba, de sus vínculos y los factores de protección o de vulneración en los que se encontraba.”¹⁵

Como señala el Profesor Tomas Montero Mendez, detrás de cada niño hay un mundo de posibilidades que es necesario explorar a fin de que pueda tener una conciencia mas positiva de sí mismo y de sus capacidades. Cada menor necesita una atención diferente en función de sus circunstancias personales y sociales por lo que debe individualizarse el programa a aplicar en

¹⁵ Herrero Escrich, “Reflexión sobre algunos efectos negativos de la privación de libertad”. Bibliografía CAS.

el tratamiento del menor y de allí que la gestión, control y organización del centro son fundamentales para lograr la reinserción del joven en la sociedad.

No podemos dejar de reiterar que la aplicación de medidas privativas de la libertad obedece a los principios de excepcionalidad, proporcionalidad, flexibilidad y tratamiento individualizado y que no se admitirán medidas por tiempo indeterminado, ni se admitirá bajo ningún concepto extensión de las mismas más allá del plazo dictado en la sentencia.

Por último, en razón de lo señalado, en el sistema nacional, si bien buscamos la reinserción social del joven y tenemos en cuenta el principio de responsabilidad del menor y que pueda reinsertarse en la sociedad mediante medidas socio educativas no es suficiente para llegar a tener una Justicia Restaurativa real, y como señala la Dra. Virginia Domingo de la Fuente en su artículo "*Justicia Humana, sanadora, participativa*", citando a Howard Zehr es necesario que pasemos del binomio delito-pena al binomio daño –reparación, contando con la participación activa y constructiva de toda las partes y la sociedad en especial. Es sano también para la víctima pues es parte en la solución del conflicto que la afectó.

Merece citarse la reflexión efectuada por la Dra Mary Beloff y colaboradores con relación a la revisión periódica: *"Solemos decir que los tiempos de los niños no pueden esperar a los tiempos que demoran los grandes debates de los adultos. En consecuencia, no parece razonable , pues , que si estamos de acuerdo en que el derecho internacional de los derechos del niño reclama la revisión periódica de las penas sigamos esperando una ley para comenzar a asegurar esos derechos. Es deber de los magistrados aplicar esas normas internacionales de manera directa y asegurar, mediante una interpretación progresiva de las normas del derecho común, su plena operatividad en los casos en los que deben intervenir"*.

Por último, siguiendo al Prof. Enrique Villalta Arnanz es importante trabajar sobre la iniciativa y autonomía personal del joven, prepararlo para la libertad y prepararlo para la libertad en libertad y que el amor es un elemento fundamental en la educación. **El joven necesita la caricia, los mimos, el amor, el afecto, el entendimiento. No sólo quererlo sino que se sienta querido.**

BIBLIOGRAFIA

BELOFF, Mary y otros *“La revisión periódica de la pena en la justicia juvenil. Una vez más, acerca del carácter programático u operativo de los tratados de derechos humanos”*, Revista de Derecho Penal y Criminología, Año VIII, N 07, agosto 2018, pag. 197/201.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N 10, *“Los Derechos de los Niños en la Justicia de Menores”*, 25 de abril de 2007

CONVENCION DE DERECHOS DEL NIÑO, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por la República Argentina mediante ley 23849 sancionada el 27-09-1990

Fallo “A.C.I. s/homicidio en ocasión de robo, portación ilegal de arma de fuego de uso civil s/ juicio s/casación” CSJ 743/2014, del 31 de octubre de 2017

Fallo “ Mendoza y otros vs Argentina” de la CIDH de fecha 14 de mayo de 2013

Ley 22278 de la República Argentina, de fecha 25-08-1980

REGLAS MINIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACION DE LA JUSTICIA DE MENORES, adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985, (Reglas de Beijing)

REGLAS MINIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LAS MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD, adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990 (Reglas de Tokio).