

Nº 3. Noviembre de 2019

CUADERNOS DEL DIPLOMA EN PENALIDAD JUVENIL

Argumentar y castigar.
Saberes y prácticas expertas
en la justicia penal juvenil



Grupo de Estudios sobre Infracción Adolescente



UNIVERSIDAD
DE LA REPÚBLICA
URUGUAY



COMISIÓN
SECTORIAL DE
INVESTIGACIÓN
CIENTÍFICA

Cuadernos del Diploma en penalidad juvenil
NÚMERO 3

ISSN: 2393-7742

Editoras:

Carolina González Laurino y Sandra Leopold Costáble
Coordinadoras del Diploma en Penalidad Juvenil

Asistencia a la Coordinación del Diploma:
Daniel Fessler

Coordinación ejecutiva: Casa Bertolt Brecht

Esta publicación fue apoyada por la Fundación Rosa Luxemburgo con fondos del Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo de Alemania (BMZ). El contenido de la publicación es responsabilidad exclusiva de los autores y no refleja necesariamente posiciones de la Fundación Rosa Luxemburgo.

Diseño: Diego García Pedrouzo

Impresión:
Depósito legal:

Montevideo, octubre de 2019

Sumario

Presentación	6
Prácticas judiciales y pericias profesionales: entre lo individual y lo institucional Lorena Vizcaíno Fernández.....	9
Supuestos de sentido común Valeria Juncal.....	23
¿De qué habla el saber técnico en la Justicia Penal Juvenil? Gabriela Olmos Young.....	37
¿Quién tiene la palabra? i) Reflexiones sobre dilemas éticos y políticos en la construcción de la verdad: los informes técnicos ii) Aproximación al campo conceptual de la Justicia Restaurativa Claudia Vinales García.....	51
Una sentencia de incontables medidas socioeducativas. El proceder de la Jueza y una aproximación a prácticas restaurativas Elvira Fernández Gabard.....	67
La implicación de la construcción del rol de género en la aplicación del derecho penal juvenil Leticia Claudino Gallardo.....	77
Presentación de la Coordinación del Diploma en Penalidad Juvenil.....	90
Presentación de los docentes del Módulo Intervenciones profesional.....	91

Presentación

El Diploma en penalidad juvenil constituye una propuesta de formación de posgrado inscripta en las actividades de enseñanza del Proyecto I+D Grupos Programa de estudio sobre control socio jurídico de infancia y adolescencia en Uruguay. Estudios sobre infracción adolescente, financiado por la Comisión Sectorial de Investigación Científica (CSIC) de la Universidad de la República (UDELAR) en el período 2015-2019. La primera edición del posgrado se inició en el año 2017, con el apoyo de UNICEF y la Casa Bertolt Brecht, cuyos aportes posibilitaron la invitación a profesores extranjeros que contribuyeron a trascender las investigaciones nacionales, así como a ampliar la cobertura de las becas estudiantiles.

Con el propósito de contribuir a la formación de profesionales vinculados al sistema penal juvenil y organizaciones de la sociedad civil especializadas en la temática, el Diploma encuentra su fundamento en la relevancia social que la temática adquiere en los últimos años en el país, así como en el lugar protagónico que la Universidad de la República está dispuesta a ocupar a los efectos de contribuir al estudio y a la búsqueda de soluciones de los problemas que, como éste, se definen de interés general.

Mediante esta publicación, que hemos denominado genéricamente Cuadernos del Diploma en Penalidad Juvenil, se persigue el propósito de contribuir a la comprensión y al debate fundado en relación a la infracción adolescente en Uruguay, mediante la difusión de la producción académica de los estudiantes de posgrado, que está integrado por abogados, trabajadores sociales, psicólogos, sociólogos, comunicadores y educadores sociales provenientes de distintos ámbitos de inserción profesional. Cada Cuaderno reúne los textos mejor evaluados en cada uno de los Módulos temáticos que componen la propuesta curricular: socio jurídico, socio histórico y cultural e intervenciones profesionales.

Este tercer cuaderno que se titula: *Argumentar y castigar*. Saberes y prácticas expertas en la justicia penal juvenil, reúne seis trabajos correspondientes al Módulo Intervenciones profesionales cuya elaboración programática y ejecución estuvo a cargo del profesor Daniel Díaz y las profesoras Raquel Galeotti, Carolina González Laurino, Laura López Gallego y Maria Cristina G. Vicentin.

En esta oportunidad, los estudiantes del Diploma fueron convocados a reflexionar acerca de los discursos expertos que se despliegan con respecto a la infracción adolescente. Para ello se puso énfasis en el análisis del equipamiento conceptual y metodológico de los profesionales actuantes con el fin de identificar los tipos de racionalidad y mecanismos ideológicos que le dan sustento a su producción discursiva. Asimismo, quienes escriben en este tercer cuaderno, fueron llamados a comprender particularmente la situación de las adolescentes mujeres que transitan por el Sistema Penal Juvenil uruguayo, reflexionando en torno a las relaciones entre género y derecho. Por último,

la propuesta del Módulo Intervenciones profesionales se abocó a visualizar la heterogeneidad de las prácticas de Justicia Restaurativa que se vienen desarrollando específicamente en Brasil, con el fin de explorar la ampliación de las formas de pensar y ejecutar la gestión de los conflictos mediante la implementación de medidas de reparación, restitución y servicios comunitarios.

En este conjunto de propuestas programáticas se inscribe la totalidad de los textos que componen esta publicación. Algunos de ellos se detienen en los discursos expertos provenientes del segmento ejecutivo del Sistema Penal Juvenil, mientras que otros analizan la construcción argumental de los actores del Poder Judicial. De esta manera, se evidencia una alianza discursiva y operativa entre los diferentes saberes convocados, que exponen en sus enunciados, señales de perdurabilidad de la perspectiva tutelar, al tiempo que priorizan una visión individualizadora del conflicto penal, dando cuenta de un supuesto carácter de peligrosidad de cada adolescente, antes que un acto penalmente reprochable.

Absolutizada la responsabilidad individual, no solo se diluye la consideración de otros factores intervinientes en la conflictividad penal, sino que esta construcción argumental resultaría apropiada por los propios adolescentes penalizados. Procurando contrarrestar estos efectos, algunos textos recuperan críticamente la perspectiva de la modernidad reflexiva y las posibilidades de convertirse en sujetos libres y autónomos para aquellos que se encuentran en situaciones de desventaja social, haciendo visible el carácter selectivo del Sistema Penal Juvenil que opera criminalizando la pobreza y construyendo versiones estereotipadas de adolescentes.

En este orden, se considera importante incorporar la perspectiva de género, principalmente porque se entiende que el derecho es una construcción de hombres para hombres, lo que pone en cuestionamiento los principios democráticos en un Estado de Derecho, que exige, desde estas producciones, revertir los criterios androcéntricos que hegemonizan la vida social.

Finalmente, contra toda naturalización de la privación de libertad como la mejor opción para sancionar las conductas infractoras, se propone explorar las opciones que ofrece la Justicia Restaurativa, en tanto posibilidad de gestión diferenciada del conflicto penal.

A través de estas páginas deseamos agradecer el apoyo de UNICEF y de la Casa Bertolt Brecht que financia esta serie de Cuadernos del Diploma mediante fondos proporcionados por la Fundación Rosa Luxemburgo. Se da continuidad así, a una línea de cooperación conjunta entre ambas instituciones con el Grupo de Estudios sobre infracción adolescente (CSIC, UDELAR) que posibilita la difusión de la producción académica resultante de la primera edición del Diploma en Penalidad Juvenil inscripto en el Departamento de Trabajo Social de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de la República.

Carolina González Laurino y Sandra Leopold Costáble
Coordinadoras del Diploma en Penalidad Juvenil
Montevideo, octubre de 2019

Lorena Vizcaíno Fernández

Licenciada en Ciencias de la Comunicación.
Universidad de la República. Integrante del
Equipo de Trabajo sobre Sistema Penal Juvenil
de la Casa Bertolt Brecht.

Prácticas judiciales y pericias profesionales: entre lo individual y lo institucional

Resumen

El presente trabajo se propone analizar las tensiones que derivan entre los debates establecidos tanto en el ámbito ético y político del universo jurídico como de la intervención técnica que tienen lugar en el marco de sanción y ejecución de medidas en el sistema penal juvenil uruguayo.

Se abordará el análisis de los dilemas que transitan las intervenciones profesionales partiendo de una comparación entre algunas visiones teóricas compartidas durante el transcurso del módulo, con fragmentos de un audio realizado en el marco de un taller de radio por adolescentes en situación de privación de libertad titulado “Jueces, defensores y fiscales”¹. La idea central del presente trabajo es, a través del discurso de los adolescentes plasmado en el audio, problematizar aspectos teóricos de las prácticas jurídicas, el rol de los informes periciales y las lecturas que diferentes actores no especializados hacen de los mismos.

Palabras clave: adolescentes, pericias, prácticas, discursos, expertos.

1. Audio completo en <http://berroalaire.blogspot.com/2013/08/jueces-defensores-y-fiscales.html>

Introducción

En la organización social actual, las relaciones de fiabilidad, tal como lo identifica Anthony Giddens (1994), son elementales para poder sortear el distanciamiento entre espacio y tiempo que se presenta como una consecuencia ineludible de la modernidad. Una fiabilidad que está “impregnada por la credibilidad en la establecida experiencia”. Entre esas relaciones de confianza necesarias, se encuentra la “fiabilidad en los sistemas” entendida como aquellos “compromisos anónimos” que desarrollan los sujetos para con los sistemas expertos nacidos en la modernidad que se expresan mediante distintos conocimientos técnicos que son plasmados en un sin fin de procedimientos específicos. Para el autor, la naturaleza de las instituciones modernas está “profundamente ligada” con estos mecanismos de fiabilidad en sistemas abstractos, como lo son los sistemas expertos. (Giddens, 1994: 81-88).

En el entendido de que el sistema penal se configura como una de las instituciones modernas que trae consigo sistemas abstractos destinatarios de fiabilidad y que, gracias a la globalización de muchos aspectos propios de nuestra época, casi nadie puede escapar por completo de ella. Tal es así que postulados como el de la igualdad jurídica continúan vigentes como una creencia común que sostiene a la desigualdad social producto, también, de una forma de organización económica, social y cultural propia de la misma modernidad.

En esta forma organizativa es donde tiene lugar lo que Ulrich Beck (1997) denomina “libertad impuesta” donde “la vida de cada uno no es una forma de existencia que uno mismo ha escogido, sino un principio estructural social y colectivo” donde se desarrolla un “individualismo institucionalizado” que no es otra cosa que una vida que transita por “una apretada red de instituciones -derecho, educación, mercado del trabajo, etcétera- que, so pena de castigo, de perjuicios (económicos), ‘condenan a la libertad’ (Sartre) a cada individuo”. (Beck, 1997: 22).

Es en este marco de individualismo institucionalizado es donde se suscitan las prácticas del sistema penal juvenil y configuran una línea de acción concreta por donde propongo desarrollar el análisis.

El recorrido del presente trabajo apuesta a un tránsito constante entre el plano individual y el institucional de prácticas y discursos profesionales, siendo el plano individual analizado desde la voz de adolescentes que describen y reflexionan sobre el sistema de justicia juvenil estando privados de libertad. Este discurso será puesto en diálogo con el plano institucional, el cual se centrará en un recorrido conceptual por algunas prácticas profesionales identificadas por los propios adolescentes como parte del proceso penal al que fueron sometidos.

El tránsito entre lo individual y lo institucional se subdivide en dos momentos principales. En una primera instancia, se presenta un intento de recorrida por la construcción de algunas prácticas jurídicas que tienen lugar en el sistema penal juvenil y los discursos expertos que las sustentan. Mientras que, en

un segundo momento, se buscará analizar aquellas tensiones éticas y políticas que se manifiestan en las intervenciones profesionales que se desarrollan y expresan en el recorrido del proceso penal adolescente.

1. Jueces, defensores, fiscales: entre la aplicación y la construcción del derecho.

En el marco de un taller de radio desarrollado en la Colonia Berro en el año 2014, un grupo de adolescentes privados de libertad describe sus vivencias durante el proceso judicial al que estaban siendo sometidos. En ese audio, titulado “Jueces, defensores y fiscales” los adolescentes expresan:

Yo no sé ni quién es mi abogado. Yo con las que hablé fue con la jueza y la fiscal, que me dieron la pena y acá se las estoy cumpliendo. (...) Para jueces y fiscales somos culpables hasta demostrar lo contrario. (Berro al Aire, 2014).

Por su parte, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, conocidas como Reglas de Beijing, en su punto 7.1 establecen que:

En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior.²

Comienzo este apartado presentando una contradicción explícita propia de la distancia que existe entre lo que dispone una norma general en materia de derechos humanos y la vivencia de un sujeto en particular sometido a un sistema penal específico. Esta distancia, pretende ser la excusa de un análisis más profundo entre las distancias existentes entre la construcción y aplicación del derecho penal juvenil.

En los sistemas penales modernos, la norma se aplica a través de la interpretación que de ella hacen los actores expertos en la misma. Tanto jueces, como fiscales y abogados definen estrategias de interpretación previo a llevar adelante un proceso judicial. Es entonces que surge la interrogante acerca de cuáles son las bases conceptuales que motivan a estos expertos a optar por una línea de interpretación por sobre otra.

2. http://poderjudicial.gub.uy/images/DD_HH_normas/Reglas_de_Beijing.pdf

Para Duncan Kennedy (2010), la creación del derecho se organiza por medio de instituciones judiciales y legislativas donde tiene lugar todo el entramado interpretativo de una estructura normativa. Para el autor, las interpretaciones nacen de una ideología política que influencia y orienta - en diferente grado - al trabajo judicial y al legislativo, provocando, a su vez, significados y efectos sociales en las decisiones judiciales cotidianas. Según el autor, cualquier juez, abogado o fiscal, en su carácter de operador del sistema, puede incidir en en la constitución del derecho - o en "lo que el derecho 'es'" - realizando el trabajo jurídico. (Kennedy, 2010: 31).

El despliegue de razonamientos y elecciones estratégicas por parte de los expertos judiciales enmarcan un trabajo jurídico que ha construido históricamente a las prácticas institucionales, tal como lo visualizan los adolescentes en su testimonio. Las referencias que los mismos hacen a la hora de describir sus vivencias dejan entrever algunas de las consecuencias que dichas interpretaciones y prácticas judiciales tienen a nivel individual.

"Hay jueces y jueces.
Hay algunos que te pueden dar la pena máxima
y hay otros que no".

Son los operadores jurídicos quienes aplican la ley para reafirmar la vigencia de la norma y es en ese contexto de estructura normativa donde la actividad judicial crea derecho. Pero dicha creación dista de conformar una uniformidad en su aplicación.

La distinción entre jueces que realizan los adolescentes en el audio, puede explicarse en lo que se denomina "la actividad de creación de derecho de los jueces", en donde, ante un conflicto determinado en el contexto de una estructura normativa, los jueces resuelven los problemas de interpretación "mediante un mecanismo que consiste en reformular alguna parte de esta estructura, y luego desplegar un repertorio de argumentos jurídicos" que funcionan como justificación de las sanciones. Pero, ¿cuáles son las bases en las que se construyen esos argumentos? ¿cómo influye la ideología en las decisiones judiciales? Para Kennedy, las decisiones judiciales tienen el objetivo de asegurar intereses ideológicos particulares y generales de clase relacionados con un "statu quo social y económico." (Kennedy, 2010: 29).

A pesar de esta clara influencia ideológica, el autor hace la salvedad de que si bien los jueces

trabajan para generar una correspondencia entre el derecho y la "justicia", conjuntamente con un ideal "legislativo" bajo la influencia de opciones ideológicas, esa labor siempre está restringida por materiales jurídicos frente a los cuales cada juez adopta una estrategia diferente, pero que, generalmente, no es posible determinar si una decisión judicial puntual podría verse modificada, debido a que el juez adoptó cierta estrategia y no otra.

En el caso del sistema penal juvenil uruguayo, la estructura normativa definida por el Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA) de 2004 y sus posteriores modificaciones delimita la coyuntura en la que emergen estas estrategias judiciales que dan lugar a ciertos marcos interpretativos comunes y consolidados. Estos patrones interpretativos comunes han sido expuestos en diferentes estudios sociales en base al análisis de expedientes judiciales.³

“Somos culpables hasta demostrar lo contrario”

Para el Observatorio del Sistema Penal (2017), el hecho de que en los tribunales de adolescentes de Montevideo se hayan consolidado ciertos marcos interpretativos provoca que sujetos y prácticas se terminen asociando automáticamente, fundiendo ciertas características sociales con determinados hechos, los cuales son orientados por móviles preestablecidos.” Si a esto se le suma el rol que asumen otras instituciones públicas, los medios de comunicación y las redes sociales frente a determinados hechos delictivos conforma una especie de “paquete interpretativo” sobre los mismos. (2017: 15).

Todos estos vicios del sistema conforman una serie de prácticas judiciales negativas que se evidencian a través de los discursos que los expertos jurídicos plasman en los expedientes. Los análisis de los mismos realizados en los últimos años coinciden en que la lectura de los mismos representa, a nivel general, a un trabajo mecánico donde la argumentación jurídica se repite y carece de elaboración por parte de una defensa que muchas veces no discute con la fiscalía.

A su vez, se conforma un proceso que va construyendo una “explicación” de los sujetos sociales, caracterizándolos y definiendo sus relaciones vinculares, estandarizando así una identidad que produce determinados rótulos. De esta forma, se va entrelazando a los fenómenos sociales con las formas en que ellos pueden comprenderse, tal es así que en diferentes expedientes judiciales se expresan causales similares que son las que dan sentido a la acción delictiva. Esta es otra práctica judicial negativa que implica utilizar aspectos vinculados a la vulneración social del adolescente para culpabilizarlo.

De un total de 1952 informes judiciales relevados por el Observatorio del Sistema Penal durante el período 2005-2013, se determina que, de las medidas cautelares dispuestas, un 80% corresponden a medidas privativas de libertad. La alta tasa de prisionización se traduce en que, para los jueces, el 80% de los adolescentes que ingresan al sistema representan un riesgo para la sociedad o se estima podrán no cumplirán con la medida sancionatoria.

3. Véase, por ejemplo, Privación de libertad en adolescentes: Análisis de las prácticas judiciales en Montevideo. Observatorio del Sistema Penal (2017), y, La construcción del discurso de la responsabilidad en el sistema penal juvenil, González Laurino y Leopold Costábile (2017).

Esto implica, no solamente que las prácticas judiciales no se ajustan a los estándares establecidos por la Convención de los Derechos del Niño (CDN) en 1989, sino que a través de sus prácticas dejan ver de manera explícita cómo el sistema, a través de esta incriminación preventiva, reproduce la representación social de algunas adolescencias y el estigma que sobre ellos recae.

2. “Si no tenés conducta, el juez no te da nada” Las tensiones en los informes periciales.

[...] Para pedirle algo a un juez, tenés que tener conducta. Si no tenés conducta, el juez no te da nada. Tenés que ir haciendo conducta. Estudiar, hacer PROCUL⁴, o hacer talleres. Todo lo que puedas hacer tenés que hacerlo porque eso va todo para el informe. Le podés decir que estás arrepentido, que estabas metido entre las drogas, que querés salir. Eso te ayuda un poco más. (Programa “Berro al aire”, 2014)

En el transcurso del proceso judicial en materia de penalidad juvenil, además de los discursos jurídicos expresados en las prácticas, ya mencionadas en el apartado anterior, existen otra serie de discursos plasmados en los informes que se adjuntan al expediente judicial: las pericias.

Carolina González Laurino (2011) plantea que el rol de los peritajes expertos es asesorar y orientar “las decisiones judiciales de prevención y punición de la conducta de los adolescentes.” Es en ese sentido que las pericias, mediante los informes presentados por los técnicos al juez, expresan valoraciones que trascienden lo estrictamente legal utilizando valoraciones basadas en calificaciones y reglas de corte ético y moral. (2011: 2).

Tanto el proceso de construcción de los informes que los jóvenes identifican en el audio, como las bases en las que se fundan los mismos, es definido por Carolina González y Sandra Leopold:

[...] los técnicos del área social y psicológica indagan en los mecanismos de introspección y asunción de las consecuencias de los actos de las personas, lo que los hace permeables al cambio y sujetos de adaptación social con posibilidades de flexibilidad en la proyección de su curso de vida. (González y Leopold, 2017: 61-62)

Estos aspectos, son los que en su testimonio los jóvenes resumen en la denominación “hacer conducta”. El término “conducta”, se define a nivel general

4. PROCUL es la sigla por la que se conocía a la Asociación Civil “Proyectos Culturales”, que desarrolló diferentes talleres socioeducativos en centros de privación de libertad de adolescentes hasta el año 2015.

como la “manera con que las personas se comportan en su vida y acciones”⁵. Desde su propia definición, los estudios sobre la conducta humana se vinculan estrechamente con aspectos propios del saber psiquiátrico y psicológico, en el entendido de que cuando nos referimos a ella no hacemos otra cosa que referirnos a aspectos propios del comportamiento como el conjunto de acciones que desarrollamos todos los sujetos, frente a los estímulos que recibimos y a los vínculos que establecemos con nuestro entorno.

Ese “hacer conducta” que los adolescentes reiteran y que definen como el paso más importante cuando se busca obtener algún rédito durante en el proceso judicial. Este tipo específico de comportamiento dentro de la institución que ejecuta la medida de privación de libertad, es presentado por ellos como algo ya establecido de antemano. En su discurso, los adolescentes confirman que existen ya una serie de acciones o pasos a seguir que conforman una comprobada receta que funciona para lograr beneficios a nivel judicial como pueden ser, por ejemplo, las salidas transitorias o la sustitución de medida⁶.

Michel Foucault (2000) analiza el rol de las pericias psiquiátricas en el marco del sistema penal, estableciendo que las mismas permiten “doblar el delito”, es decir que su utilización permite que en una decisión judicial el ingresen una serie de ponderaciones que no corresponden al delito mismo, sino que se presentan en el informe pericial como “la causa, el origen, la motivación, el punto de partida del delito”. En consecuencia, mediante la pericia, la práctica judicial saca a la luz una serie de conductas que se convierten en “materia susceptible de castigo”. (2000: 28).

El vínculo que la pericia establece entre la infracción legal y la conducta individual permite que la decisión judicial traspase los límites de lo estrictamente normativo para dar lugar al castigo de ciertos comportamientos expresados a través de calificaciones morales. Es allí que ocurre lo que Foucault llama “doble psicológico ético del delito”, dado que estos comportamientos, por sí solos, no serían objeto de sanción penal.

Para el autor, la psicologización del delito es posible gracias a que las pericias psiquiátricas generan un traslado del punto en el que se aplica el castigo por una infracción definida por la ley permitiendo que esta sea evaluada desde el punto de vista de lo psicológico moral. Para Foucault, la pericia legítima - en forma de conocimiento científico - la posibilidad de castigar algo más que la infracción, reubicando así a la acción punitiva propia del poder judicial en un marco más amplio de técnicas cuyo cometido es la transformación del individuo.

Carolina González Laurino y Sandra Leopold Costábile (2017) realizan un análisis de expedientes judiciales en materia penal juvenil en donde se confirman algunas de las afirmaciones realizadas por Foucault. Las autoras expresan que, a partir del análisis de una serie de informes tanto psicológicos como sociales incluidos en las sentencias judiciales, existe una tendencia a la indivi-

5. Diccionario de la lengua española <http://dle.rae.es/?id=AChkdr3>

6. Para quienes estén comprendidos en la ley 19.055 esto será posible una vez cumplido el año de privación de libertad.

dualización, donde recae sobre el adolescente la “la exclusiva responsabilidad de la elección, de la acción y de la posible superación de la infracción”, a la vez que se omiten datos sobre el plano más estructural, referido a los contextos socioeconómicos y culturales que podrían explicar los condicionamientos sociales en los que se desarrollan las conductas de los adolescentes juzgados (2017: 73).

Estas formas de evaluación basadas en aspectos psicológico-morales, nos muestra a un adolescente no solo culpable de una infracción de la ley, sino de una forma de ser. Estamos entonces, ante una duplicación doble, donde ya no solo se duplica el delito sino también al autor del mismo. Tal como lo expresa Foucault:

Lo que los magistrados y los jurados tienen frente a sí ya no es un sujeto jurídico, sino un objeto: el objeto de una tecnología y un saber de reparación, readaptación, reinserción, corrección. En síntesis, la función de la pericia es duplicar al autor, responsable o no, del crimen, con un sujeto delincuente que será el objeto de una tecnología específica. (Foucault, 2010: 34).

Este desdoblamiento es la base para los discursos periciales que describen a un adolescente que quiebra la ley debido a una falla, una debilidad o incapacidad que le es propia. En otras palabras, las pericias muestran a un sujeto que, como lo llamaría Foucault, se parece a su crimen, incluso antes de cometerlo.

Los expedientes analizados por González Laurino y Leopold Costáble se componen de reiteradas alusiones al modo de ser y vivir de los adolescentes juzgados como factores que, tanto explican la infracción como también la posibilidad de que el acusado asuma o no la responsabilidad por la misma.

“Le podés decir que estás arrepentido”

Si lo que el juez sanciona es una forma de ser propia de una conducta individual, toda actividad que demuestre un cambio en ella es valorada en el informe pericial como positiva, porque lo que demuestra son modificaciones conductuales vinculadas a aspectos morales.

Entre los diferentes cambios de conducta valorados a nivel judicial, los adolescentes mencionan al arrepentimiento como una de las modificaciones que más los “ayudan” ante la mirada del juez, hecho que se confirma en el análisis de González Laurino y Leopold Costáble como uno de los mecanismos clásicos que opera como atenuante ante la conducta juzgada.

Las autoras exponen cómo este concepto de origen religioso es utilizado en las distintas argumentaciones jurídicas de defensores, jueces y fiscales, sumado a descripciones de las características personales y familiares de los adoles-

centes son tomadas de los informes técnicos para ser reinterpretadas desde el punto de vista jurídico en la sentencia.

No solo es potestad de los roles expertos definir al adolescente acusado, sino también decir cuándo y cómo evoluciona mientras está privado de libertad, determinando el nivel de peligrosidad que representa para la sociedad, entendiendo que si en algún momento esta desciende el mismo podrá obtener de ello beneficios totales (liberación) o parciales (licencias, traslado a centros más abiertos o de semilibertad).

Para Foucault, la relación entre las pericias y la decisión judicial, que existe en todo el sistema penal actual, es aún más profunda para el caso de los tribunales de menores, donde la información con la que cuenta el juez, es “esencialmente psicológica, social, médica”. Por lo cual, los informes refieren más al “contexto de existencia, de vida, de disciplina del individuo”, que al acto mismo por el cual se lo está juzgando. Tal es así que, para el autor, el adolescente se presenta “ante un tribunal de la perversidad y el peligro y no ante un tribunal del crimen” (Foucault, 2010: 47- 48).

Pero, para el caso uruguayo, González Laurino y Leopold Costábile afirman que, la infracción es colocada en una “cadena de sentido” en la que esa información pericial brindada al juez - que de antemano se presenta como esencial para el proceso - transita por una “perspectiva extremadamente estrecha, que evalúa actitudes y proceder, con prescindencia de las condiciones de existencia de los sujetos involucrados” (2017: 72).

Consideraciones finales

A lo largo de este trabajo, intenté presentar una especie de diálogo entre los discursos de adolescentes en situación de privación de libertad con los diferentes postulados académicos que analizan el rol de los discursos expertos en materia penal juvenil. Este diálogo imaginario se basa en que estos discursos - como refiere Foucault - en última instancia tienen un poder de “vida y muerte”, un poder que no solo proviene de la institución judicial, sino que también de la institución científica, que es quien los dota de discursos de verdad formulados por personas calificadas.

El intento no fue otro que visualizar cómo estos discursos de verdad científica se consolidan en las voces de los adolescentes, quienes desde la experiencia conocen no solamente el funcionamiento de un proceso judicial, sino que también los discursos que operan en él.

Es la experiencia y el sentido de supervivencia lo que produce que estos adolescentes solo puedan leer al sistema desde el lugar de quien se sabe a sí mismo en una situación de desventaja respecto al resto del aparato judicial. Es allí que acontece lo que plantean González y Leopold:

[...] los adolescentes que transitan el sistema de justicia, parecerían verse obligados a producir un relato biográfico que muestre que comprenden la situación en la que se encuentran, reflexionen críticamente sobre los actos infraccionales cometidos y proporcionen pruebas de los esfuerzos que realizan para asumirse responsables y superarse a sí mismos (González Laurino y Leopold Costábile, 2017: 74).

“Yo le quería hablar, le quería explicar mis cosas, se las expliqué, pero a ellos no les importa lo que vos les expliques.” En su discurso, los adolescentes tienen claro que un proceso judicial los vuelve carentes de biografía y de contexto, a la vez que los sumerge bajo la lógica de los discursos de la responsabilidad que carecen de todo detalle referido a las condiciones materiales de su existencia y la de su familia.

Tanto en el proceso judicial como en el discurso de sus muy diversos actores, impera un “idealismo hermenéutico”, que despoja a los adolescentes de todos aquellos aspectos situacionales o estructurales que configuran su existencia, para ponderar solamente la conducta no deseada y transformarla en una característica propia —y a veces única— de ellos (González Laurino y Leopold Costábile, 2013).

Analizando sus expresiones, puede determinarse que los adolescentes no solo escuchan una y otra vez los discursos de responsabilidad individual ante los hechos, sino que se apropian de los mismos y los repiten, muchas veces reduciendo la lectura de su situación y su proceso a través de una imagen de sí mismos estrechamente vinculada a características que les son impuestas por las diferentes agencias que componen el sistema penal.

Es en este punto en que se vuelve a presentar la selectividad del sistema como fenómeno social de los procesos penales actuales, donde en materia de minoridad aparece ligado a la inexistente co-responsabilidad social ante la infracción. Tal es así que cuando se realizan monitoreos estadísticos sobre la temática, los datos de nivel de socioeconómico siguen ubicando a los adolescentes más pobres como los que tienen mayores posibilidades de ser captados por el sistema.⁷

La selectividad del sistema sumada a la asociación casi directa entre conducta y delito que es reflejada en la pericia, habilita y respalda un imaginario social que reproduce el discurso de que ciertas conductas violentas se producen sólo en aquellas adolescencias atravesadas por la vulneración y el abandono.

Que la pregunta que se hace el sistema penal juvenil siempre apunta a “¿quiénes?” y no a “¿por qué?”, alimenta a un entramado social que configura a una opinión pública donde - con cada hecho delictivo que cobra notoriedad - se

7. Según el Observatorio del Sistema Penal, el 42,6 % de los jóvenes que ingresan a la órbita del sistema penal juvenil provienen de los dos municipios donde se concentran las regiones más vulnerables desde el punto de vista socioeconómico.

define esa asociación casi natural en la que estas adolescencias son las portadoras exclusiva de las conductas de trasgresión a la norma causantes de la violencia social, mientras se deja de lado la posibilidad de que existan otras adolescencias posibles de ser captadas por el sistema de justicia.

Esta selección criminalizante opera, tal como lo plantea Eugenio Raúl Zaffaroni (1991) en función de “estereotipos criminales alimentados con toda clase de prejuicios (clasistas, sexistas, racistas, etc.)”, que no son más que los instrumentos selectivos utilizados tanto por la policía como por los actores judiciales que conforman el sistema penal. Son ellos quienes —mediante su poder punitivo alimentado históricamente por los discursos de la verdad científica— determinan la prisionización, y es a través de su ejercicio que los adolescentes captados por el sistema se vuelven aún más vulnerados de lo que ya venían (1991: 187).

La frase donde uno de los adolescentes expresa que “somos culpables hasta que se demuestre lo contrario” podría resumir todo el recorrido por el sistema penal juvenil que ellos mismos describen en el audio. Esta frase, no hace otra cosa que reafirmar lo que Zaffaroni define como estar presos por tener “cara de delincuente”, en otras palabras, por poseer aquellas características personales que activan a las agencias penales.

En resumen, son los discursos que el propio sistema produce, los que impulsan a estos adolescentes a apropiarse un papel que les es dado en el marco de un proceso de criminalización que emerge de reglas más morales que legales.

Referencias bibliográficas

- Beck, U. (1997) *Hijos de la Libertad*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- Giddens, A. (1994). *Consecuencias de la modernidad*. Madrid, Alianza Editorial.
- González Laurino, C. (2011). *El peritaje experto en contexto de la infracción adolescente en Uruguay*. Trabajo presentado en las X Jornadas de la Facultad de Ciencias Sociales, UdelAR, Montevideo, 13-14 de setiembre 2011. Recuperado de: <http://cienciassociales.edu.uy/wp-content/uploads/2013/archivos/Ponencia%20omesa%20Sandra%202.pdf>
- González Laurino, C. y Leopold Costábile, S. (2013). *De crisis y reformas. El actual funcionamiento del sistema penal juvenil en Uruguay desde la perspectiva de sus actores y expertos*. En: C. González Laurino, S. Leopold Costábile, L. López Gallego y P. Martinis (Coords.) *Los sentidos del castigo. El debate uruguayo sobre la responsabilidad en la infracción adolescente*. Montevideo, CSIC. UDELAR – Trilce. pp. 45 - 69
- González Laurino, C. y Leopold Costábile, S. (2017). *La construcción del discurso de la responsabilidad en el sistema penal juvenil*. En: R. Abella y Fessler, D. (Coords.) *El retorno del "estado peligroso". Los vaivenes del sistema penal juvenil*. Montevideo, Casa Bertolt Brecht - Grupo de Estudios sobre Infracción Adolescente, CSIC, UDELAR. pp. 53 - 75
- Foucault, M. (2000). *Los anormales. Curso en el Collège de France (1974-1975)*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- Kennedy, D. (2010). *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno.
- Observatorio del Sistema Judicial (2017). *Privación de libertad en adolescentes: Análisis de las prácticas judiciales en Montevideo*. Montevideo, Fundación Justicia y Derecho, UNICEF. Recuperado de: http://observatoriodeljudicial.org.uy/wp-content/uploads/2017/08/Privacio%CC%81n-de-libertad_web.pdf
- Proyectos Culturales (Productor). (2014). *Jueces, defensores y fiscales* [Audio en Podcast] Recuperado de: <http://berroalire.blogspot.com/2013/08/jueces-defensores-y-fiscales.html>
- Zaffaroni, E. (1991). *La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo, Cuadernos de la cárcel*. Buenos Aires, Edición Especial de Derecho Penal y Criminología de *No Hay Derecho*.

Valeria Juncal

Licenciada en Sociología. Universidad de la República. Educadora Social. Centro de Formación y Estudios del Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay.

Se desempeña profesionalmente en el Instituto Nacional de Inclusión Social Adolescente. Docente en el Instituto de Formación de Educadores Sociales.

Supuestos de sentido común

Resumen

El artículo presenta reflexiones en torno a la aplicación del derecho en el ámbito de las intervenciones judiciales sobre adolescentes sometidos a proceso penal en nuestro país, y su relación con la construcción de la norma jurídica.

Como reflejo de las contramarchas que se han producido en el ámbito procesal penal, se presentan las modificaciones a las que se sometió el Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA) en los últimos años.

Se exponen algunos dilemas éticos y políticos que forman parte de los informes periciales elaborados por profesionales del ámbito ejecutivo penal, y el lugar que ocupan en la determinación de la pena impuesta al ser interpretados por profesionales del Derecho.

Surgen reflexiones sobre los discursos de producción de verdad y su relación con las formas de ejercer la justicia.

Se presentan las principales ideas desarrolladas por teóricos de la modernidad reflexiva, y los supuestos que intervienen en la constitución de individuos autónomos y libres.

Palabras clave: adolescentes, derecho, informes, vulnerabilidad, modernidad

Introducción

Para presentar una mirada sobre la aplicación del derecho en el ámbito de la justicia penal juvenil en nuestro país, es preciso señalar que el mismo opera sobre una sub categoría de la adolescencia caracterizada por adolescentes y jóvenes pertenecientes a los sectores sociales más vulnerables.

Esto ha sido ampliamente analizado por estudiosos del tema, y se constata al visualizar la población que ocupa los establecimientos de privación de libertad dispuestos para el cumplimiento de las penas.

El sistema penal juvenil opera bajo mecanismos de selectividad, es decir dentro del universo de personas que cometen infracciones, únicamente son seleccionadas un conjunto de ellas que comparten características comunes relacionadas con situaciones de pobreza social y económica.

Dicho esto, nos situamos en un marco para el análisis acerca de la relación entre la construcción del derecho y su aplicación práctica, partiendo de la idea de selectividad como sugerente de un sistema penal juvenil en el que persisten lógicas asociadas al Paradigma de la Situación Irregular. Los instrumentos que se utilizan en la argumentación y determinación judicial, aplicados durante el proceso penal, tienen el particular efecto de producir un discurso de verdad sobre el sujeto, y de acuerdo al caso, son utilizados para fundamentar una idea preestablecida que tiene consecuencias en la determinación de la pena a imponer.

Por otro lado, entendemos que la preocupación por los adolescentes captados por el sistema penal parece verse debilitada, al igual que la idea de progreso como proyecto social. Cuando hablamos de preocupación lo hacemos en el sentido de cuestión que ha ocupado un lugar central en la agenda social y política y que ha estado representada en las ideas de rehabilitación, reeducación, responsabilización, y reinserción a lo largo de los últimos quince años.

De este modo planteamos algunas reflexiones que pretenden aportar en el supuesto de un particular sentido común que se ve reflejado también en el ámbito procesal penal y de ejecución penal adolescente en nuestro país.

1. Sentido común y política en la aplicación de la norma jurídica

En los últimos años en nuestro país viene siendo fuerte la incidencia política y social en torno a la legislación sobre infracción adolescente, atravesada por fuertes impulsos de reformas que se han concretado en nuevas leyes que modifican el Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA).

Estos cambios en la legislación referente a los adolescentes que incurren en infracciones, surgen en un contexto caracterizado por marcadas desigualdades sociales aún persistentes en nuestro país, producto de la imposición del neoliberalismo como modelo regulador de todos los ámbitos de la vida social.

En este escenario se han ido robusteciendo las políticas en materia de seguridad ciudadana, impulsadas por algunos sectores de la sociedad, por actores políticos, y amplificadas por los medios de comunicación. Como reflejo de esto, el ámbito de la justicia penal juvenil fue una de las que más transformaciones sufrió en la última década, y es casi directa la relación entre las demandas crecientes de mayor seguridad con las reformas legislativas en materia penal adolescente. La relación parece obvia si pensamos en términos de que los cambios en la sociedad requieren de adecuaciones normativas y legales que den respuesta a los problemas sociales, como en este caso al delito adolescente. Pero sin embargo si tomamos el criterio de selectividad, el cual es constatado en términos prácticos por las características de la población que se encuentra en los establecimientos de privación de libertad, podemos suponer que estos cambios en la penalidad adolescente, en términos prácticos, no tienen que ver con la mejora en la seguridad de los ciudadanos. Parecen más bien estar relacionados con un endurecimiento de las penas y los plazos que recaen sobre aquellos que tradicionalmente han sido captados.

De acuerdo con la teoría del conflicto, desde nuestro punto de vista, es más fácil explicar los avatares entre lo mediático, los productos jurídico penales y las prácticas institucionales, tanto más cuando las cuestiones de seguridad ciudadana, en el campo mediático, también son una cuestión conflictiva entre oposición y gobierno. Es en buena medida por estas razones, que los cambios institucionales ocurridos en nuestro derecho, a partir de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CND) y del CNA, son híbridos y conflictivos, con marchas y retrocesos (Uriarte, 2013: 145).

En relación a esta idea decimos entonces que los reclamos por mayor seguridad tienen implícita la idea de mayor represión a quienes son seleccionados por el sistema, y los cambios en la legislación en materia penal adolescente han sido contundentes en esta línea.

Según los planteamientos de Uriarte (2013), en la construcción del sistema penal juvenil uruguayo priman normas ligadas a lo procesal penal, y algo sobre la ejecución penal, con poca o nula influencia de análisis teórico específicamente en materia penal juvenil. Esto a su vez, se ve reforzado por la escasa discusión política en ocasión de la aprobación de leyes que cambian las normas de los procedimientos penales, incidiendo en la esfera de la ejecución penal. Nos referimos a las sucesivas modificaciones al CNA.

Aportando a la reflexión en torno a la relación entre la construcción y la aplicación del derecho, nos interesa tanto considerar la idea de selectividad, como la noción del derecho penal de autor. Entendemos que existe una relación implícita entre ambas nociones; la selectividad con la que opera el sistema penal pone el foco sobre aquellos individuos que parecen aproximarse más al perfil del delincuente construido, es decir los pobres. Se prioriza, de esta manera a las personas sobre los posibles hechos en los que participaron.

Este tema conlleva diversas discusiones que se han generado entre los distintos profesionales que estudian la temática. En el marco de estas reflexiones acordamos que el derecho penal de autor solo podría aplicarse cuando se trata de minimizar los efectos negativos que produce en un adolescente el sometimiento al proceso judicial. Aún en esta situación cabría preguntarse si es a través del ámbito penal que el Estado interviene, o bien debería hacerse presente a través de las políticas sociales. En este sentido la normativa vigente establece que:

En materia de responsabilidad penal de adolescentes, nunca podrá fundamentarse ni motivarse el mayor rigor de una medida cautelar o definitiva en las situaciones de pobreza, exclusión, marginalidad social o en la falta de contención familiar que sufriera el adolescente. Estos supuestos, por el contrario, motivarán a las fiscalías y a los tribunales competentes a una adecuada protección de derechos (CNA, Art. 76).

Sin embargo, en la aplicación de la norma jurídica hallamos que sigue primando la mirada desde el derecho penal de autor, que se ve reforzada en la solicitud de los letrados de un informe técnico que exponga, entre otros aspectos, el resultado de evaluaciones realizadas por funcionarios expertos. Tal mirada está presente en lo establecido en la propia norma señalando que en las situaciones de pobreza y exclusión debe primar un enfoque de protección. Esta primacía del enfoque de protección no parece ser materia del sistema penal, y es peligroso que lo sea cuando define penas que son incompatibles con la función de protección de derechos. “Culminada la audiencia de formalización, se efectuará un informe técnico, el cual deberá realizarse en un plazo máximo de quince días e incluirá una evaluación médica, psicológica, socioeconómica, familiar y educativa”. (CNA, Art. 76).

El propio CNA, que ha sido sucesivamente modificado en los últimos años, no está ajeno a las contradicciones que se han venido produciendo en materia de adolescentes protagonistas de infracciones. En la construcción y aplicación del Derecho, Uriarte dice que convive en el sistema penal juvenil, el poder punitivo y el poder adulto y que ambos luchan por salirse del marco del derecho que los contiene. Esto se ve reforzado por las influencias socio políticas presentes en el escenario actual donde se definen los principales temas que han sido colocados en la agenda de debate masivo, entre ellos la seguridad como el principal.

Una de las últimas reformas del CNA está contenida en la Ley N° 19.055 que, entre otras medidas, establece la pena mínima de doce meses de privación de libertad para los delitos gravísimos, y la obligatoriedad de la internación provisoria. Podríamos pensar que independientemente de quién es el adolescente sujeto a proceso, se aplica la norma orientada por el derecho

penal de acto. Sin embargo, como venimos diciendo, la selectividad que opera previamente ya en la etapa de la detención policial, hace pensar que el enfoque del derecho penal de autor está fuertemente presente en sentido negativo. Decimos negativo porque sostenemos que podría aplicarse una mirada de autor positiva que contrariamente al endurecimiento de las penas pueda considerar, en el peor de los casos, la situación social como un atenuante al momento de disponer la sanción, y en el mejor de los casos una exigencia de intervención de las políticas sociales de protección.

Es así que en los casos regulados por la ley N°19.055, la negativa a la aplicación de una medida alternativa encuentra su fundamento únicamente en la norma jurídica, esto independientemente de las posibilidades reales del adolescente de cumplir una medida alternativa, descartando del análisis cualquier dato que refiera a la trayectoria de vida de los y las adolescentes sometidas a proceso (Díaz y Fernández 2017: 129).

En este punto es preciso reflexionar sobre el derecho en cuánto disciplina que tiene por finalidad la seguridad jurídica, es decir resolver casos, dar por cerrada discusiones en torno a los casos que se presentan, o en cambio el derecho como disciplina que tiene por finalidad hacer justicia. Si consideramos la primera idea estamos ante un positivismo jurídico que define su objeto de estudio a partir del cual orienta sus intervenciones. Si en el ámbito de la justicia adolescente partimos de la idea de selectividad como forma de intervenir en el escenario de infracciones protagonizadas por adolescentes, estamos considerando una ciencia jurídica que en realidad es derecho positivo que se ocupa de saldar conflictos sociales mediante procedimientos penales.

Kennedy, analiza el significado y las consecuencias sociales que producen las decisiones tomadas en el ámbito judicial. Para ello realiza un análisis de las interpretaciones de la norma y las decisiones adoptadas por los jueces con el fin de investigar las influencias que tienen los proyectos ideológicos, como el liberalismo y el conservadurismo, sobre la creación judicial del derecho. Hace referencia al comportamiento estratégico de los jueces como “(...) la elección, fundada en motivaciones externas de trabajar para desarrollar una de las posibles soluciones del problema jurídico en cuestión en lugar de otra”. (Kennedy, 2010:28).

Por su parte los estudios realizados por Bardazano (2008), sobre la aplicación del derecho y las implicancias que esto tiene en las instituciones sociales, nos alerta sobre la importancia de las decisiones judiciales en el ámbito de construcción de las políticas públicas. Plantea que cuando los jueces toman ciertas decisiones sobre un caso y lo hacen trascender socialmente, no están cumpliendo con la función de resolución de conflictos únicamente, sino que, de alguna manera están dirigiendo finalidades sociales. Es en este sentido que la autora sostiene que los jueces hacen política.

2. Instrumentos de decisión empleados en el ámbito judicial

Las interpretaciones de la norma en el caso del CNA dejan poco margen para desplegar estrategias que puedan dar lugar a decisiones no previsibles por la propia norma, pero entendemos que hay rendijas a través de las cuáles es posible reinterpretarla buscando efectos en su aplicación. En este asunto es clave el consenso entre la institución que dispone las penas y la que las ejecuta, o al menos la no contradicción, y en este vínculo interinstitucional procesal penal y ejecutivo penal juegan un rol central los informes elaborados por el saber técnico a solitud del Poder Judicial.

Es a principios del siglo XX donde los discursos científicos son generadores de prácticas de corrección social para controlar y prevenir conductas desviadas, donde la idea de sujeto correcto tiene que ver con aquél que se ajusta a las disposiciones médicas y al mismo tiempo a lo que se adecua socialmente. Es la época de gran fuerza del modelo higienista como discurso y práctica de regulación social basada en políticas de control poblacional. Este modelo de atención-control poblacional que tenía como objeto central a los más jóvenes y a los pobres, logró gran aceptación y construyó legitimidad social acerca de las conductas normalmente aceptadas, mezcladas con ideas moralizadoras acerca de lo bueno y lo malo. La vigencia de estos conceptos en las prácticas judiciales aplicadas a los adolescentes es constatada por la aplicación de criterios de selectividad y por los resultados de las pericias que generan los informes técnicos solicitados por el Poder Judicial en la etapa de investigación de los hechos.

Foucault ha sido uno de los máximos estudiosos de este tema, y entre sus innumerables aportes nos interesa referirnos a la claridad con la que señaló lo que llamamos selectividad del sistema penal, y su relación necesaria con la aplicación del derecho penal de autor sobre el que anteriormente reflexionamos.

Los aparatos disciplinarios jerarquizan, uno con relación a los otros, a las “buenas” y a las “malas” personas. A través de esta microeconomía de una penalidad perpetua se opera una diferenciación que no es de los actos, sino de los individuos mismos, de su índole, de sus virtualidades, de su nivel o de su valor. La disciplina al sancionar los actos con exactitud calibra los individuos “en verdad”; la penalidad que pone en práctica se integra al de conocimiento de los individuos (Foucault, 2008: 211-212).

En la práctica judicial se utiliza el instrumento de la indagación como una de las etapas del proceso de judicialización en el ámbito de la justicia adolescente. La indagatoria es una etapa del proceso judicial destinada a reunir elementos probatorios sobre la participación del adolescente en un hecho tipificado como infracción; el tipo de participación puede ser en calidad de cómplice, coautor o autor. Al mismo tiempo, aún dentro de la etapa de indagación, se utiliza el informe técnico producido a partir de la pericia como parte relevante en la determinación del Juez, lo que asimilamos a lo que Foucault denominó el

examen. El autor decía que a partir de problemas judiciales se inventó también el examen como técnica de control social que dio lugar al surgimiento de disciplinas como la psicología, psiquiatría, y sociología entre otras (Foucault, 2008).

El examen como instrumento de control social aplicado en el ámbito judicial, se constituye en un elemento sumamente importante en el marco del proceso judicial adolescente, fundamentalmente en la etapa que dura la medida cautelar, que se puede extender por unos 150 días de privación de libertad, aún sin haber sido declarado responsable por una infracción.

Mientras dura el proceso de indagación, de reunión de pruebas, de investigación judicial, más precisamente en un plazo de veinte días desde el inicio de la privación de libertad como medida cautelar, se produce el informe técnico como resultado de la pericia. Este tipo de informes sociales, psicológicos y pedagógicos, son elaborados desde el ámbito de ejecución de las medidas y enviados al Juez previo a la determinación de la sentencia, y en la etapa donde el adolescente se presume inocente. Aún estos informes tienen un peso importante en la determinación judicial, incidiendo en el destino de los adolescentes que podrán ser privados de libertad o enviados con sus responsables.

Foucault hablaba de la relación entre la verdad y la justicia, y decía que tanto la indagación como el examen constituyen dos formas de producción de verdad. Los informes periciales presentados en el marco de la indagatoria judicial poseen el poder de verdad, no sobre el delito que se investiga, sino sobre el sujeto.

[...] uno de los supuestos más inmediatos y radicales de cualquier discurso judicial, político, crítico, es que existe una pertenencia esencial entre el enunciado de la verdad y la práctica de la justicia [...] en el punto en que se encuentran la institución destinada a reglar la justicia por una parte, y las instituciones calificadas para enunciar la verdad por la otra [...] en ese punto se formulan enunciados que tienen el estatus de discursos verdaderos, que poseen efectos judiciales considerables y que tienen, sin embargo, la curiosa propiedad de ser ajenos a todas las reglas, aún las más elementales de formación de un discurso científico; de ser ajenos también a las reglas del derecho [...] (Foucault 2007: 24-25).

El informe que proporciona datos de la vida del sujeto, tiene cierto poder como generador de discurso de verdad interpretado por los responsables de hacer justicia. Las implicancias de estos informes elaborados por profesionales del ámbito ejecutivo penal leídos por parte de profesionales del ámbito judicial procesal-penal han sido analizadas por González (2013), quién parte de la idea de la utilización de las categorías de riesgo y de vulnerabilidad social en los informes como pertenecientes a dos universos conceptuales diferentes. La autora analiza las consecuencias que produce la interpretación de los informes

por parte de profesionales del Derecho, quiénes reinterpretan el lenguaje especializado de quiénes elaboran los informes a lo que debe sumarse la complejidad del uso indiferenciado de las categorías de riesgo y vulnerabilidad social presente en el texto escrito.

Cuando los especialistas en Derecho leen el informe pericial del área social, psicológica o psiquiátrica, no poseen los sistemas de decodificación necesarios para interpretar el lenguaje especializado del perito, por lo que los códigos especializados de una disciplina específica se decodifican con las herramientas que el experto en derecho posee, que es profano en otros lenguajes. En este escenario, es que, en su lectura, el lenguaje especializado del perito se reinterpreta con la codificación del lenguaje cotidiano, transformándose en un discurso leído desde el sentido común (González Laurino, 2012: 53-54).

El informe generado a través de la aplicación de técnicas periciales a los adolescentes sometidos a una medida cautelar privativa de libertad cumple una función de detección del desvío dado que son interpretados por los expertos judiciales como insumo clave para determinar la mejor medida que se ajuste a la normalización del sujeto desviado, y los establecimientos penitenciarios parecerían estar dispuestos para tal fin. Pero estos informes, productos de la pericia, también cumplen con la función de doblar el delito recayendo sobre aspectos de la personalidad del sujeto, y no sobre el hecho delictivo. En la base de esta idea están los argumentos del Paradigma de la Defensa Social, que concebía un sujeto delincuente por naturaleza, caracterizado por un conjunto de signos deficitarios muy presentes en los resultados de las pericias. Los datos recogidos en estos informes, analizados en forma separada de la esfera penal, se podrían interpretar como consecuencias de la ausencia o fracaso de las políticas estatales del sistema de protección (concepto de vulnerabilidad social), sin embargo, todo indica que son interpretados para aumentar la responsabilidad del sujeto (concepto de riesgo social), en el hecho que se le imputa. En el propio CNA, que opera como marco de actuación estableciendo garantías procesales, estos conceptos aparecen en forma confusa, dejando vacíos de interpretación que quedan librados a las orientaciones conceptuales e ideológicas de quiénes inciden en la determinación judicial, y en el propio Juez.

¿Es posible suponer que el Estado a través de la imposición de penas cumple con la resocialización de aquéllos a los que no ha llegado antes? La infracción adolescente y las respuestas a la misma desde las políticas estatales forman parte de las lógicas neoliberales, son producto de estas, un producto necesario dentro de este modelo. Si suponemos un Estado que aún no ha alcanzado, a través de sus políticas sociales, a aquéllos sectores más vulnerables de la sociedad, no deberíamos suponer que se hará presente bajo políticas punitivas para cumplir con la finalidad de protección.

3. Dilemas de la autonomía y la vulnerabilidad

Si en la modernidad tardía el individuo es responsable de sus elecciones, no serán las instituciones estatales las que se harán cargo de sus equívocos, y mucho menos la institución penal que ha sido concebida para cumplir con funciones bien diferentes.

En épocas de modernidad reflexiva, o sociedad del riesgo como ha sido denominada por Beck, los individuos poseen mayor libertad de decisión que en la sociedad industrial. El concepto de sociedad del riesgo “designa una fase del desarrollo de la sociedad moderna en la que los riesgos sociales, políticos, económicos e individuales tienden cada vez más a escapar a las instituciones de control y protección de la sociedad industrial” (Beck, 1997: 18).

El individuo se libera de las instituciones que en la sociedad industrial lo limitaban; ya no es la pertenencia a la clase lo que nos hace individuos, sino múltiples variables como ser la flexibilización del trabajo o los reclamos por derechos, entre otros. Para el autor el pasaje de la modernidad simple a la modernidad reflexiva consiste en una transformación que va destruyendo las bases de la primera modernidad, y comienzan a estallar, multiplicándose, las categorías sociales.

Este pasaje se produce de forma involuntaria para los individuos, es decir que la denominada sociedad del riesgo no es algo que los sujetos puedan controlar. Sin embargo, Beck plantea que se trata de una sociedad democratizadora en la medida que afecta a todos por igual, desconociendo las diferencias sociales y el concepto de clase social. Afirma que este pasaje no se produce como resultado de la crisis del capitalismo, sino que contrariamente es consecuencia de su éxito. Se opone a marxistas y funcionalistas sosteniendo que la transición entre uno y otro tipo de sociedad se realiza de forma apolítica y sin necesidad de una revolución.

La relación de la sociedad del riesgo con el concepto de modernidad reflexiva, en los términos planeados por Beck, tiene que ver con esa transición producida en forma autónoma y no percibida desde la sociedad industrial hacia la sociedad del riesgo. En ese tránsito tiene lugar el “proceso de individualización” generado por la crisis o el agotamiento de la cultura industrial caracterizada por lo colectivo como forma de significar y tramitar los asuntos de interés común, a través de organizaciones y agrupaciones sociales. Este proceso de individualización, dice Beck, hace recaer sobre el propio individuo las decisiones, pero es liberador en tanto le permite liberarse de la sociedad industrial para tomar riesgos asociados a la responsabilidad en las decisiones asumidas y sus consecuencias, siendo el propio individuo el responsable de sus derechos y obligaciones. “Las oportunidades, amenazas, ambivalencias biográficas que anteriormente era posible superar en un grupo familiar, en la comunidad de aldea o recurriendo a la clase o grupo social tienen progresivamente que ser per-

cibidas, interpretadas y manejadas por los propios individuos” (Beck, 1997: 21).

La concepción de Beck supone que ante este sujeto liberado se presentan oportunidades, ya no relacionadas con las instituciones, y que el aprovechamiento de las mismas depende de sus propias decisiones, así como la responsabilidad ante el éxito o fracaso de las mismas. Esta supuesta autonomía de los sujetos frente a las estructuras no está despojada de riesgos que enfrentar, los cuáles deben ser evaluados, y para ello está el asesoramiento y la información proporcionada por los sistemas expertos.

Por su parte Giddens (1994), habla de la fiabilidad en los sistemas expertos sosteniendo que la misma está en la esencia de las instituciones modernas ligadas a la fiabilidad en los sistemas abstractos. Esta información proporcionada por los sistemas abstractos no exime de responsabilidad a los sujetos sobre las consecuencias de las decisiones tomadas. Plantea que los individuos son libres de elegir un estilo de vida y que este está estrechamente relacionado con la constitución de la identidad del yo e incluso los individuos que viven en condiciones desfavorables pueden optar por su estilo de vida. En realidad, también desconoce a las desigualdades como factor central en la toma de decisiones de los sujetos.

Nos interesa reflexionar sobre las características de este proceso de individualización en el marco del sistema penal adolescente considerando en particular la responsabilidad ante las decisiones de aquéllos que se encuentran en situaciones de desventaja social y económica. Es obvio decir que para afirmar que un individuo es libre de decidir en principio deberíamos pensar en que tiene la posibilidad de optar ante diferentes alternativas que puede transformar en oportunidades o no. También podríamos pensar que las oportunidades no son el resultado de decidir entre distintas alternativas, sino que son formas de distribución igualitaria de un conjunto de bienes y servicios socialmente necesarios y valiosos en términos de calidad de vida, bienestar individual y colectivo. Pero si se trata de alternativas, es interesante nuevamente la idea de selectividad con la que opera el sistema penal adolescente, en tanto debería incidir en la decisión judicial el análisis de las circunstancias particulares que desencadenaron en el hecho, considerando las posibilidades de opción que tuvo el sujeto entre incurrir o no en un acto de estas características.

Cabe preguntarse sobre las posibilidades, o mejor dicho sobre las oportunidades que tienen en la sociedad del riesgo los individuos que han sido largamente postergados por las políticas sociales y económicas. En este sentido Castel, habla de “individuos por defecto” para representar a los individuos que no poseen los soportes mínimos que les posibiliten niveles de autonomía e independencia. “Poder realizarse como un individuo libre y responsable, o incluso, más modestamente, poder conducirse como un actor social independiente, es tributario de condiciones —las llamaré “soportes”— que no están dadas de entrada ni a todos” (Castel, 2010: 304).

Estos soportes de los que habla Castel, podemos relacionarlos con la idea de vulnerabilidad y de vulnerabilidad al sistema penal. La noción de vulnerabilidad, en el ámbito de la justicia penal adolescente, está hermanada con la idea de las circunstancias y con el criterio de selectividad. Sin embargo, es preciso diferenciar cuando hablamos de vulnerabilidad y cuando hablamos de circunstancias personales dado que se corre el riesgo de caer en visiones que criminalizan la pobreza y responden al binomio abandono-infractor, haciendo una regresión hacia el paradigma de la Situación Irregular y la Defensa Social.

La ausencia de soportes, traducida en factores de vulnerabilidad social, obstaculiza el proceso de realización individual como sujetos libres y responsables. Esta falta de soportes incide de forma negativa en el proceso penal de los adolescentes siendo doblemente condenados, por la infracción y por la falta de contención familiar entre otros factores no relacionados con el delito. De este modo la vulnerabilidad social, objeto de políticas de protección y promoción, expone a los sujetos a mayores niveles de vulnerabilidad ante el sistema penal.

Uriarte (2007), sostiene que, desde un enfoque crítico, han surgido líneas de interpretación de la vulnerabilidad como criterio de selectividad del sistema penal y como criterio alternativo para operar positivamente la institución total. La vulnerabilidad vista de esta forma está definida como vulnerabilidad al sistema penal, es decir como la probabilidad de ser seleccionado por el mismo. El sistema opera de forma selectiva; del conjunto de conductas descriptas como infracciones, sólo algunos casos son selectivamente procesados por el sistema, y la función preventiva del sistema penal se ve fuertemente cuestionada en la medida que estructuralmente opera de forma selectiva.

Consideraciones finales

Las contradicciones del propio CNA, así como de la finalidad de las pericias e informes técnicos, y de la finalidad socioeducativa de las penas, forman parte de una actualidad jurídica, social y política que ha dejado atrás los discursos sobre rehabilitación y resocialización asociada a la función normalizadora. Lo más llamativo es que estos discursos en la última década fueron fuertemente cuestionados, y lo más preocupante es que no han surgido nuevos discursos claros desde la esfera de las políticas en relación a este tema.

Parecería que estamos en un momento caracterizado por una indiferencia acerca de lo que sucede con los adolescentes que son captados por el sistema penal. La sospecha de una desidia generalizada, a la cual no escapan los sistemas expertos y que se traduce en decisiones e intervenciones teñidas por un sentido común construido muchas veces de forma inadvertida. El antes y el después de la aplicación del castigo, y su impacto en la trayectoria de los adolescentes, no parece ocupar un lugar de preocupación en el ámbito penal. Contrariamente se refleja un énfasis puesto en el castigo en sí mismo.

Estos supuestos pueden estar relacionados con la fugacidad, la falta de discusión, y profundización en algunos asuntos centrales que no logran resolverse, en cuyo trámite prima un particular sentido común.

De esta manera se activa una respuesta inmediata, que no soluciona, pero parece solucionar. Tiene que ver con que el sistema penal cumpla con la función de apartar de la circulación, al menos por un lapso razonable de tiempo, a los adolescentes y jóvenes cuyo “estilo de vida” opaca las luces de la modernidad reflexiva.

Referencias bibliográficas

- Bardazano, G. (2008). *Literalidad y Decisión. Interpretación, justificación y estado de derecho*. Montevideo, Carlos Álvarez Editor.
- Beck, U. (1997). La reinención de la política: hacia una teoría de la modernidad reflexiva, en: Beck, U., Giddens, A., y Lash, S. *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno*. Madrid, Alianza Universidad.
- Castel, R. (2010). *El ascenso de las incertidumbres. Trabajo, protecciones, estatuto del individuo*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- Código de la Niñez y la Adolescencia. Ley N° 17.823. Uruguay. Séptima Edición actualizada con las reformas introducidas por la ley N° 19.551. Principios y procedimientos del proceso penal.
- Díaz, D. y Fernández, M. (2017). Constitucionalidad y derecho de defensa-los adolescentes frente a la ley 19.055. En: *El retorno del “Estado Peligroso”. Los vaivenes del sistema penal juvenil*. Fessler, D, y Abella, R. (Comps.) Montevideo, Casa Bertolt Brecht - Grupo de estudios sobre infracción adolescente, CSIC. UDELAR.
- Foucault, M. (1996) *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona, Gedisa.
- Foucault, M. (2007) *Los anormales*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, M. (2008). *Vigilar y castigar*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores.
- Giddens, A. (1994). *Consecuencias de la Modernidad*. Madrid, Alianza Universidad.
- Giddens, A. (1995). *Modernidad e identidad del yo*. Barcelona, Península.
- González Laurino, C. (2012). *Los discursos expertos sobre la responsabilidad en la infracción adolescente*. Montevideo, CSIC UDELAR.
- Kennedy, D. (2010). *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*. Buenos Aires, Siglo veintiuno Editores.
- Uriarte, C. (2007). *Sistema de ejecución de medidas a jóvenes en infracción. Proyecto de trabajo para el Instituto Técnico de Rehabilitación Juvenil (INTERJ)*. Montevideo.
- Uriarte, C. (2013). La cuestión de la responsabilidad en el derecho penal juvenil. En: *Los Sentidos del Castigo. El debate uruguayo sobre la infracción adolescente*. C. González Laurino, S. Leopold Costáble, L. López Gallego y P. Martinis (Coords.). Montevideo, CSIC. UDELAR - Trilce.

Gabriela Olmos Young

Educadora Social. Centro de Formación y Estudios
del Instituto del Niño y Adolescente del
Uruguay. Se desempeña profesionalmente
en el Instituto Nacional de Inclusión
Social Adolescente

¿De qué habla el saber técnico en la Justicia Penal Juvenil?

Resumen

El nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA), en consideración al interés superior del niño como persona que se encuentra en etapa de crecimiento y por ende con autonomía progresiva, estructura un proceso penal que consagra una importante serie de garantías propias del debido proceso, que permiten descubrir la adhesión a un derecho penal mínimo para las personas en la franja etaria que va de los 13 a 18 años de edad. Sin embargo, algunas de sus disposiciones resultan radicalmente contradictorias con los principios y normas de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CDN). La alianza entre los saberes técnico profesionales, a través de sus informes de pericia, y el poder judicial, muestran resabios de una concepción tutelar que juzga aspectos psicológicos de la persona dando cuenta de un supuesto carácter de peligrosidad antes que un acto penalmente reprochable.

Palabras Clave: Justicia Penal Juvenil, CNA, informes técnicos

Introducción

En el trabajo nos proponemos indagar sobre el sentido de las intervenciones técnicas en el ámbito de la Justicia Penal Juvenil. Aspiramos a poner en relación aquellas demandas que, desde la legislación vigente en materia de infracción penal adolescente, se dirigen a los equipos técnicos del sector de ejecución de medidas. Pondremos énfasis en los informes periciales que el texto del CNA solicita en la etapa de diligenciamiento de pruebas a los equipos técnicos del Instituto Nacional de Inclusión Social Adolescente (INISA). A través del análisis de una selección aleatoria de 3 informes periciales correspondientes al año 2018, procuraremos interrogar acerca de los sentidos asumidos por los profesionales de INISA en sus respuestas al poder judicial. Por último, procuraremos vincular este análisis con el lugar que nosotros entendemos se les destina a las prisiones en el mundo contemporáneo y cuánto inciden las prácticas concretas de los diferentes actores del sistema penal juvenil, específicamente en este caso las intervenciones técnicas, en la validación de las medidas punitivas privativas de libertad como respuesta a un reproche penal. Intentaremos acercarnos a los supuestos teóricos que subyacen a dichas respuestas y en qué medida acompañan los avances - retrocesos legislativos en la materia, hacia una Justicia Penal Juvenil más garantista. Nos proponemos que el resultado de este trabajo constituya un avance para el trabajo final de la diplomatura en el que daremos continuidad al análisis en esta misma dirección. Es probable que en esta etapa nos acerquemos más a una instancia de formulación de preguntas que promuevan un proceso de reflexión, antes que al alcance de respuestas concluyentes.

Fundamentamos la importancia del estudio del tema en la afectación en términos de consecuencias, que todas estas intervenciones producen en la población afectada. En un contexto histórico que pone énfasis en la responsabilidad individual del éxito y del fracaso de los desempeños de personas y comunidades, las respuestas sociales frente al fracaso individual del adolescente infractor, tenderán a ser respuestas punitivas de carácter excluyente. Entendemos que este trabajo tiene sentido en tanto aporte a una lectura crítica de la intervención profesional en el ámbito de la justicia penal juvenil, y que ello alimente la discusión y el desarrollo del pensamiento crítico en torno a la búsqueda de alternativas.

1. Consideraciones de la legislación vigente en materia de Justicia Penal Juvenil que dan sentido a la intervención técnica en el sector de ejecución de medidas, en la etapa previa al dictado de sentencia.

El Estado uruguayo por Ley N° 17.823 sanciona el CNA que deroga el Código del Niño de 1934 adecuando así la legislación interna a la CDN. Ello en el marco

de un consenso respecto de la condición jurídica de las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho en tanto ciudadanos, cuanto por su condición de personas en etapa de crecimiento. Desde esa premisa es que les reconoce un conjunto de derechos específicos y se explicita que siempre debe priorizarse su interés, por sobre cualquier otra consideración.

El proceso de armonización de la legislación nacional en materia de infancia adolescencia al texto de la CDN estuvo plagado de avances y retrocesos, en los que la promulgación de la ley N° 19.055 constituyó un punto álgido de giro punitivo. Este proceso se vio permanentemente permeado por dos concepciones de la infancia. Por un lado, expresa el esfuerzo por la construcción de un derecho más garantista acorde a los principios de la CDN y por otro, se mantienen disposiciones que habilitan la discrecionalidad en distintos ámbitos por parte de los operadores, denunciando la supervivencia de la doctrina de la situación irregular (Deus, Lamas y Palummo, 2013)

El nuevo CNA, en consideración al interés superior del niño como personas que se encuentran en etapa de crecimiento y por ende con autonomía progresiva, estructura un proceso penal que consagra una importante serie de garantías propias del debido proceso, que permiten descubrir la adhesión a un derecho penal mínimo para las personas en la franja etaria que va de los 13 a 18 años de edad. Sin embargo, algunas de sus disposiciones resultan radicalmente contradictorias con los principios y normas de la CDN.

Los Juzgados Letrados de Adolescentes serán en primera instancia quienes entiendan en todos los procedimientos que cobren lugar por infracciones adolescentes. Serán de competencia exclusiva en materia de responsabilidad penal juvenil, pero estos funcionarán solo en Montevideo por lo que en el resto del país serán los Juzgados Letrados de Primera Instancia quienes ocupen ese lugar; esto supone que ciertas garantías mínimas se vean diluidas según la zona de residencia.

Los adolescentes sometidos a proceso judicial serán pasibles de una pena, que el CNA denomina medida socio-educativa pero que no pierde su carácter de pena; en este sentido, su inimputabilidad solo refiere a que evaden el campo sancionatorio de los adultos.

El CNA establece en qué casos se puede intervenir punitivamente delimitando el poder punitivo: ello requiere que el injusto jurídico suponga una conducta, definida por acción u omisión. Una antijuricidad: que define una relación de contradicción entre esa conducta y la ley penal. Tipicidad que implica el encuadre de la conducta en relación a una previsión legal. Culpabilidad que señala el límite de lo que puede imputarse al sujeto (Deus, Lamas y Palummo, 2013).

En el derecho penal juvenil la culpabilidad debe funcionar como límite al poder punitivo adulto y ello implica valorar la capacidad del joven en función de su desarrollo para determinar la posibilidad de que este conociera la antijuricidad, capacidad que deviene de su autonomía progresiva.

Si bien en lo que respecta a los tipos delictivos el CNA se remite al código Penal exceptuando las penas y la graduación de las mismas, el juez de adolescentes tiene limitaciones a su discrecionalidad no pudiendo imponer medidas más severas que las solicitadas por el fiscal. La necesidad de establecer la privación de libertad como último recurso y la obligatoriedad de fundar su decisión a partir de la preservación del interés del adolescente constituyó un avance hacia un derecho penal mínimo, que pocos años más tarde, con la promulgación de las leyes N°19.055, N°18.777 y N°18.778, se vieron afectadas.

No obstante, los avances garantistas en materia de legislación penal juvenil y más allá de los retrocesos impuestos por las modificaciones legales mencionadas, ya la redacción inicial del CNA incluía dos artículos que a nuestro entender dan cuenta de las barreras borrosas entre la doctrina de la protección integral y la doctrina de la situación irregular. El artículo 74 habilita intervenciones arbitrarias estableciendo que “en situaciones de peligrosidad manifiesta, se adoptarán medidas que fueren compatibles con la seguridad de la población y los propósitos de recuperación del infractor” (CNA, Art. 74).

Este artículo contradice la perspectiva de derechos y denota resabios de la doctrina de la situación irregular. Habilita a sancionar al adolescente por lo que es, o por lo que puede llegar a ser, estableciendo una relación más con un derecho penal de autor que con un derecho penal de acto. En tanto los criterios de peligrosidad refieren a formulaciones de tipo psicológica o médica que homogeneizan criterios de clasificación de personalidad profundamente estigmatizantes, determinan una peligrosidad manifiesta o latente en el individuo eliminando así las mínimas garantías brindadas por un derecho que solamente reprocha conductas antijurídicas. Estas categorías psicológicas pasan a ser el objeto de reproche en sustitución del reproche a una acción penalizada. Desde el criterio de peligrosidad se juzga al individuo por lo que es y no por lo que hizo.

Roxín destaca, “que el derecho penal del hecho (acto) es una regulación legal en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente” y no a la forma en que el individuo se conduce en la vida o a los peligros que su forma de conducirse encierre para otros en un futuro. El derecho penal de autor vincula la pena a la personalidad del autor y dependiendo del grado de disocialidad del mismo define la sanción penal. Desde esta perspectiva es el autor quien se convierte en objeto de censura legal, su forma de existencia resulta ser la base del reproche (Roxín apud Bacigalupo, 1999).

La particular contradicción entre este artículo 74 con la definición de un derecho penal mínimo, de acto, nos resulta de particular interés a los efectos de analizar la trascendencia de lo que se escribe e informa al juez desde el ámbito de los saberes técnico-profesionales. Son en última instancia ellos, quienes deberán definir sobre el carácter de peligrosidad de los adolescentes afectados. Serán estos profesionales quienes desde su saber-poder (Foucault, 1989) terminarán influyendo en la consolidación de un derecho más o menos garantista.

El CNA establece el concepto de derecho penal de acto: “*son consideradas infracciones a la ley penal las acciones u omisiones dolosas consumadas, cometidas en calidad de autor o coautor, tipificadas por el Código Penal y las leyes penales especiales*” (CNA, art 69, inciso 1) y “*las acciones u omisiones culposas consumadas*” (CNA, art 69, inciso 2).

En el artículo 71 del CNA se expresa que: “solo puede ser sometido a proceso penal especial regulado por este código el adolescente a quien se le pueda atribuir material o psicológicamente un hecho constitutivo de infracción a la ley penal”. (CNA, art 71).

Y más adelante define que: “La existencia de una infracción debe ser consecuencia de su acción u omisión” (CNA, art 71).

En el artículo 76 el CNA propone entre las diligencias probatorias necesarias y una vez culminada la audiencia de formalización que se efectúe “un informe técnico, el cual deberá realizarse en un plazo máximo de 15 días e incluirá una evaluación médica, psicológica, socioeconómica, familiar y educativa” (Art. 76, inciso C).

No obstante, el mismo artículo 76, en su inciso A expresa que “en materia de responsabilidad penal de adolescentes, nunca podrá fundamentarse o motivarse el mayor rigor de una medida cautelar o definitiva en las situaciones de pobreza, exclusión, marginalidad social o en la falta de contención familiar que sufriera el adolescente” (CNA, art 76, inciso A).

A partir de las dudas respecto a la definición del grado de peligrosidad estipuladas en el artículo 74, sumadas a los informes técnicos solicitados en la etapa de las diligencias probatorias es que intentaremos comprender qué es lo que se les solicita a los saberes técnicos en la etapa pericial, cómo describen esta demanda judicial y en base a qué elementos responden. Qué priorizan, sobre qué informan, qué concepciones subyacen a la selección de esa información y qué relación tiene ello con la formación específica de los profesionales intervinientes.

La primera pregunta que nos surge es en procura de comprender el sentido de los informes técnicos en la definición de un proceso penal adolescente. Información que se solicita en un plazo breve de tiempo. Ello supone invariablemente la transición de una discusión jurídico penal a una discusión técnica, que opera subyacentemente como un derecho penal de autor. Es en definitiva quien brinda elementos, en un lenguaje no jurídico, pero que termina incidiendo, cuando no definiendo, sobre el destino del involucrado (González Laurino, 2013). La exigencia de los informes técnicos hace suponer que estos deberían ser considerados previo al dictado de sentencia. Es allí que encontramos la importancia del análisis que nos proponemos en el siguiente capítulo del trabajo.

2. Preguntas para comprender el sentido de los Informes Técnicos

Se tomaron tres informes al azar, de adolescentes internados en cumplimiento de medidas cautelares de privación de libertad en el Centro de Ingreso Estudio Diagnóstico y Derivación (CIEDD) durante el año 2018. En relación a los mismos lo que se plantea en el trabajo es formular preguntas a los mismos, de manera de aproximarnos a la comprensión del sentido que los técnicos dan a esos “datos calificados” que relevan y a través de los cuales asesoran al Poder Judicial.

De los tres informes analizados se infiere que la información se recaba sobre la base de entrevistas al adolescente sujeto a proceso y el o los adultos responsables de su núcleo familiar. En uno de los casos se expresa haber consultado a educadores sin definir acerca de qué se les consultó. Y en los tres informes se indica que se consultó con el legajo móvil que, para la fecha, 20 días corridos y continuos; en que este debe entregarse a la sede para ser considerado, es improbable que contenga más datos que los aportados por el técnico al momento de redactar su informe. Quienes tenemos experiencia de trabajo en INISA y permanente acceso a dichos legajos sabemos a ciencia cierta que los mismos se alimentan casi que exclusivamente de la producción técnica, alguna observancia de conducta y los oficios judiciales correspondientes a cada actuación.

Otra fuente de información resulta de la aplicación de técnicas de evaluación: los tres adolescentes fueron sometidos a la aplicación de los mismos instrumentos de medición y pronóstico: Test de coordinación viso-motora (Lauretta Bender), Test de matrices progresivas de Raven para medición de coeficiente intelectual y dibujo de figura humana de Karen Machover que da cuenta de aspectos emocionales y de personalidad.

A partir de la aplicación de estas herramientas se valoran indicadores de: para el caso 1 (rapiña en G^o de tentativa)- agresividad, impulsividad, escases de recursos yoicos, dificultades en los vínculos interpersonales, baja autoestima, labilidad emocional, tendencia a la satisfacción inmediata de sus deseos, razonamiento de tipo concreto; para el caso 2 (no se especifica delito en informe)-tendencia de pasaje al acto, inseguridad, inestabilidad emocional, tendencia a razonar de forma concreta enfocado en la acción, gran monto de agresividad, culpa; para el caso 3 (delito de rapiña) se observan pensamiento integrado y coherente, sin trastornos de conciencia, con nivel intelectual superior a la media, con capacidad de trabajar con contenidos abstractos, extraer conclusiones, resolver problemas nuevos y aprender de las nuevas situaciones. Este es el único, de los tres casos en que se abre la posibilidad de que el cansancio producido por el sometimiento a la prueba (test) pudiera incidir en un descenso de su rendimiento. También en este caso se expresa que los factores ambientales y la desmotivación pudieran atentar contra una mejor puntuación en los resultados.

¿Sobre qué bases se seleccionan estos tres modelos de Test? Es la primera pregunta que se nos ocurre formular. Ningún instrumento de medición es inocuo y

no siempre son aplicables a cualquier contexto ni a cualquier grupo poblacional. ¿Es posible considerar alteraciones en los resultados del test de figura humana en individuos poco o nada acostumbrados a dibujar o escribir? ¿Es posible que puedan no comprender las consignas en el test de Raven, que por otra parte exige una gran capacidad de concentración por la extensión del mismo? ¿Están los técnicos de INISA lo suficientemente familiarizados con la aplicación de esas herramientas como para garantizar una adecuada lectura de los resultados? ¿Es posible que el adolescente simplemente no desee, puesto que no le encuentra sentido, comprometerse con el cumplimiento de las consignas? No obstante, todas estas interrogantes específicas, dirigidas a la validez científica de las técnicas de medición aplicadas, la discusión más profunda debe darse sobre el objeto del que desean expresar algo. Ese objeto es la personalidad del adolescente.

Estos aspectos sobre los que “se dice” en el informe permiten, o bien explicar en elementos de su personalidad la participación en el hecho delictivo que se le imputa, o bien predecir a partir de su detección, conductas futuras vinculadas a la posibilidad de reincidencia. A la probabilidad de que en un futuro cometa otro hecho que lesione a terceros. ¿Se mide la potencialidad de riesgo? Referir a estos aspectos en un informe que oficia en instancias de diligenciamiento de pruebas constituye sin duda una postura intelectual desde la defensa social, desde la situación irregular. Más allá del acto se evalúa al autor y su grado de peligrosidad. La a- criticidad en los instrumentos seleccionados y los contenidos sobre los que se informa probablemente obtenga consecuencias en las definiciones judiciales diferentes a aquellas que se proponían. Los conceptos que se manejan en uno y otro ámbito no necesariamente constituyen una misma lógica y no necesariamente son decodificados por el nuevo intérprete en el mismo sentido que los propuso el emisor.

Como segundo aspecto que abordan los tres informes aparecen las situaciones familiares, se pronuncian sobre la composición del núcleo familiar, las formas de subsistencia del núcleo, inserción en el mercado laboral, antecedentes familiares de privación de libertad, cantidad de hermanos y escolarización de cada uno. Divorcios y diferentes rupturas familiares, calidad y ubicación de la vivienda, antecedentes de consumo de sustancias psicoactivas en la familia, etc.

Otro aspecto abordado por los informes refiere a la escolaridad, en dos de los casos se define que fue expulsado en primer año de ciclo básico (tiene actualmente 17 años y no superó ese nivel de escolaridad) y luego optó por incursionar en changas. En el segundo caso tras reiterados fracasos abandona en el primer nivel de enseñanza básica (15 años) procurando integrarse a divisiones inferiores de fútbol profesional sin éxito. Que participó de actividades en centros juveniles pero que actualmente se muestra desmotivado frente la posibilidad de participar de actividades “provechosas”. En el tercer caso no ingresa a ciclo básico luego de haber concluido la educación primaria con 15 años de edad. (Actualmente tiene 16 años), y se informa que incursionó en algunas “changas”.

Así el contenido de los informes continúa refiriéndose a diferentes aspectos vinculados a la higiene y presentación personal, a la experiencia en consumo de sustancias, al grado de influencia que tiene sobre ellos, el grupo de pares con quienes se vinculan.

Una lectura rápida de todos estos datos dirige la mirada casi sin quererlo a la definición de situaciones vitales que por no estar sometidas a los controles institucionales normalizadores de la infancia adolescencia, se hallan en situación de riesgo y por ende contribuyen a la construcción del “individuo peligroso”. Esta afirmación cobra fuerza si comprendemos que al final de cada uno de los tres informes, la sumatoria de los elementos se completa con una recomendación de Privación de Libertad. “No estarían dadas las condiciones para una convivencia en régimen de libertad” es la frase con que finalizan los tres informes en cuestión. La pregunta es si estas mismas condiciones de vida ¿fueran observadas en otros adolescentes no imputados penalmente, les habilitarían a convivir en un régimen de libertad? Estos mismos adolescentes, ahora imputados, de no haber sido captados por el sistema penal, ¿eran aptos para un régimen de convivencia en libertad? ¿Cuándo, en qué momento se determina esa aptitud? ¿Sería factible deducir de esta lógica que todo adolescente que crezca en situaciones de exclusión social no cuenta con aptitudes para la convivencia social? ¿Deberá ser encerrado entonces, casi que preventivamente? Parecen razonamientos que conducen a una lógica que legitima y profundiza la segregación social sobre determinados sectores de la población.

Todos los elementos brindados en los informes podrían dar cuenta de una situación de vulnerabilidad, de derechos no contemplados si son leídos desde el paradigma de la protección integral. Los mismos debieran alimentar la interrogante de si estos adolescentes víctimas de una situación de injusticia social, podían haber actuado conforme a derecho. Además, habría que cuestionarse, desde una visión retributiva del castigo, si estos adolescentes víctimas de la exclusión social, víctimas de una sistemática injusticia estructural son participantes voluntarios y activos de este intercambio recíproco de bienes y beneficios y que por ende comparten y comprenden la ley. ¿Es esta su ley? Pero esta no fue la lectura que se hizo sobre la misma base de información. Esto es lo que con mayor contundencia muestra que no existe adecuación jurídica que se sustente fuera de los ámbitos y de los actores que la imponen. La discusión teórica y política sobre los que se asienta la legislación no se ha dado lo suficiente, en todos los estratos permean contradicciones que invariablemente perjudican a los adolescentes afectados, quienes generalmente observan el proceso al que son sometidos como convidados de piedra.

Por último, otro aspecto sobre el que hacen hincapié los informes refiere al tema de la responsabilización del adolescente frente a la causa que se le imputa y a la conducta mostrada durante el cumplimiento de la medida cautelar. En uno de los casos se expresa “No es posible a través del material con el que

se cuenta llegar a comprender su postura ante los hechos que se le imputan”. En otro expresa que “admite su participación en el hecho y que no se percibe empatía con la víctima”. En el tercero se informa que el adolescente “asume el rol interpretado en el ilícito”, vinculando su conducta a la influencia del grupo de pares y al consumo de sustancias.

El primer aspecto supone cierta obligatoriedad del imputado de confesar su participación en la causa, de admitir su culpabilidad en ella. ¿Y si esa no fuera la estrategia de defensa planteada por su patrocinador? El segundo implica suponer que un individuo sometido al cumplimiento de una medida punitiva debe comprometerse en el cumplimiento de la misma. ¿Debe mostrar adhesión al tratamiento que se le impone y adecuar sus conductas según las exigencias del establecimiento de reclusión? Es la pretensión definida por Foucault como la aplicación del poder sobre el cuerpo del criminal. Se presupone que debe ser dócil, cooperar con los interrogatorios técnicos, cumplir con las normas de convivencias previstas, colaborar con la administración de su tiempo en el encierro. ¿Es esta forma de adaptación la que esperamos de un adolescente de entre 13 y 18 años? ¿Es esto propio de la etapa de adolescencia? ¿Serían estas conductas normalizadas en cualquier otro adolescente?

En este diálogo entre saberes técnicos provenientes del área del trabajo social y fundamentalmente de la psicología parecieran confundirse conceptos que manejados por ambas disciplinas, refieren a sustentos diferentes. ¿Cómo se decodifica el concepto de responsabilidad en una y otra disciplina? ¿A cuál de ambas definiciones deben referirse los informes dirigidos al poder judicial? Sin duda refieren a contenidos bien disímiles a aquellos que provienen de mundo del derecho penal. Resulta imprescindible acercarse al concepto jurídico del término y asimilar que asumir la responsabilidad en este caso, tal como es solicitada en los informes, podría igualarse a auto inculparse penalmente. La autoinculpación no constituye prueba suficiente para la imputación de un delito y esto que constituyó todo un avance histórico en materia de garantías procesales, fue uno de los elementos sustantivos para erradicar los métodos de tortura aplicados con el objetivo de alcanzar la deseada confesión. Nadie está, en el marco de un derecho garantista, obligado a declarar contra sí mismo y ello no puede usarse en su contra. Tampoco y en el mismo sentido ningún individuo está siquiera obligado a declarar.

La responsabilidad reprochada al adolescente debe guardar relación con la responsabilización progresiva, en función de la edad y del principio de especificidad. Supone además definir el espacio que el adolescente tuvo para optar por una conducta alternativa a la opción delictiva (Uriarte, 1999).

Los informes concluyen aportando elementos que ubicados en aspectos a “trabajar en el adolescente” parecen dar lugar a los contenidos de la intervención en privación de libertad. El común denominador refiere a la intervención sobre aspectos de la personalidad de los adolescentes: impulsividad, agresivi-

dad, dificultades a nivel vincular, tratamiento por abuso de sustancias, proyección de vida laboral o educativa, intervención porque “el joven está al dictado de sus impulsos”.

Estos elementos propuestos como contenidos para trabajar en el encierro refuerzan la adhesión a un paradigma que considera el delito como producto de carencias individuales, de una suerte de falla social producida por el ambiente “enfermo” en que fue criado. Por ende, propone una intervención sobre esas carencias con la pretensión de modificar al “delincuente” durante su tiempo en cuarentena, para devolverlo “curado”, “reformado”, “rehabilitado” a la sociedad.

Ello no solo supone desconocer las causas sociales que explican el delito, sino por sobre todas las cosas implica desconocer que el sistema penal es profundamente selectivo y que en tanto define los tipos penales al mismo tiempo define al delincuente. Estas posturas no cuestionan al derecho como construcción social e histórica que en definitiva defiende los intereses hegemónicos de las clases dominantes y que penaliza con mayor severidad los delitos cometidos por las clases subalternas. Castiga la violencia visible y directa de los delitos contra la propiedad con mayor severidad que los llamados delitos de cuello blanco y que todas aquellas violencias invisibles que devienen de una vida en condiciones de “ser excluido”.

Como se cita en Gargarella, Duff expresa que “el hecho de que ciertos ofensores sean víctimas de una situación de sistemática injusticia estructural, los provee de una defensa parcial o completa para sus acciones”. Afirma que esas acciones pueden ser “excusadas como consecuencia de la coacción propia de las circunstancias, por ejemplo, o la falta de oportunidades para acceder a bienes normalmente disponibles por medios no criminales”. (Duff, 1986: 229 apud Gargarella, 2011).

Finalmente, agrega: “...no hemos tratado al ofensor como a un ciudadano. Las dramáticas condiciones sociales que afectaron el derecho de alguien de vivir una vida decente, no necesariamente exculpan al ofensor, pero pueden condicionar la posición del Estado para condenarlo” (Duff, 1986: 229 apud Gargarella, 2011).

Consideraciones finales

Larga bibliografía se ha desarrollado sobre los daños psico-sociales producidos por el encierro y sabido es que la cárcel no es una institución educativa. No fue creada para ello sino para la aplicación de una pena. Una pena siempre constituye un sufrimiento. Y en tanto implica infligir un dolor, las condiciones de vida que se desarrollen en su interior siempre supondrán una reducción en la calidad de vida de los internos. Allí radica su supuesto poder disuasivo, de manera que las condiciones de vida de las prisiones, como lo definiera Foucault (1989), siempre estarán determinadas por las condiciones de vida de las clases

más pobres. No constituyen ni centros de tratamientos para las adicciones, ni lugares ideales para la educación de los adolescentes, ni centros de capacitación laboral o bolsas de empleo para el ingreso al mercado laboral. Esto es lo que como técnicos debemos tener claro. ¿Cuál es nuestra función en ellas entonces?; quizá debamos conformarnos con estudiar detalladamente cuales son los daños que el encierro produce y comprometer nuestros esfuerzos en desarrollar estrategias de intervención que apunten a reducir los daños producidos por el encierro. Para ello resulta imprescindible revisar nuestra alianza con el poder judicial y redefinir el tipo de información que le brindamos en función de aclararnos para qué lo hacemos.

Pareciera que aún se mantienen como criterios de información “valiosa y calificada” aquellos surgidos en la modernidad en relación al amparo/protección del menor abandonado/peligroso. El interés por las familias y los menores detalles de sus integrantes, ocupaciones, los elementos que puedan dar cuenta de cuidados negligentes, nivel de ingresos, estabilidad familiar, relaciones conyugales, higiene, consumo de sustancias y antecedentes penales, entre otros, denuncian la coexistencia de un dispositivo tutelar donde los profesionales, en términos de Donzelot colonizan y custodian las familias pobres bajo sospecha, y particularmente la madre pobre y sin educación. La función de nodriza que la sociedad moderna le otorgara a la mujer/madre, continúa siendo permanentemente cuestionada por los servicios estatales de vigilancia detrás de la consigna de discretas protecciones. (Donzelot, 1990).

Si bien quien está sometido a proceso es el adolescente pareciera que en tanto él conforma un producto individual no normalizado, su familia negligente en el cumplimiento de su función y única responsable por el presente delictivo de su hijo, es también plausible de ser sancionada y sometida a múltiples interrogatorios. Se pretende además que colabore en ello, que desnude su desgracia frente al poder técnico y brinde detalles de su vida privada sin conocer el uso que podrá darse a toda esa información.

Foucault vislumbraba que:

Se ha podido estudiar en este sentido la evolución de los exámenes periciales médico-legales en materia penal, desde el acto “monstruoso” problematizado a comienzos del siglo XIX hasta la aparición de individuo “peligroso” – a la que es imposible conferir un significado médico o un estatuto jurídico- y que constituye sin embargo la noción fundamental de los exámenes periciales contemporáneos. Los tribunales al plantear en la actualidad al médico la cuestión propiamente hablando sin sentido: ¿Es peligroso este individuo?, cuestión contradictoria respecto a un derecho penal basado únicamente en la condena de los actos, postula la unión de naturaleza entre enfermedad e infracción (Foucault, 1992: 85).

Pareciera no ser suficiente con que el adolescente reconozca que es el autor de los delitos aceptando el reproche penal y acepte su castigo. “Se le pide mucho más; más allá del reconocimiento de sus acciones se le exige una confesión, un examen de conciencia, una explicación de sí mismo, una aclaración de lo que es” (Foucault, 1992: 232-233). Esto pareciera ser lo que se le pide a él y a su familia.

Sin pretender arribar a conclusiones acabadas y a partir del proceso de reflexión iniciado en el presente trabajo vinculado al contenido de los informes periciales en el marco de la justicia penal juvenil, entendemos que lo que se viene produciendo, es la instalación de un discurso que refuerza una lógica de saber/poder asociada a los procesos de responsabilización individual frente a la infracción penal juvenil. Se desliga del debate en torno a la infracción adolescente, la implicación del Estado en el diseño e implementación de políticas de protección social para los desafiados del sistema de garantías sociales y termina no solo naturalizándose la medida privativa de libertad de adolescentes, sino que se llega a considerar la mejor opción para su proceso de crecimiento e inserción social. Las posturas que explican las causas del delito en el mal comportamiento de los individuos sin atender a las causas sociales, parecen desconocer aspectos estudiados sobre el tema, que explican cómo los gobiernos se rinden a la tentación de apoyarse en la policía, los tribunales y la prisión para refrenar los desórdenes generados por el desempleo masivo, la generalización del trabajo asalariado precario y el hundimiento de la protección social y como ello devino en un hiper encarcelamiento como singular política contra la pobreza. (Wacquant, 2008)

En síntesis: falta mucho debate todavía.

Referencias bibliográficas

- Castel, R. (1986). De la peligrosidad al riesgo En: *Materiales de Sociología crítica*. Madrid, La Piqueta.
- Código del Niño (1991). Anotado y concordado por Metallo, M. y Horihuela, B. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- Código de la Niñez y la Adolescencia en Uruguay. Ley N° 17.823 (2004). Montevideo, FCU.
- Donzelot, J. (1990). La policía de las familias. Valencia, Pretextos.
- Deus, A.; Lamas, B. y Palummo, J. (2013) en: <http://www2.convivencia.edu.uy/web/wp-content/uploads/2013/12/El-proceso-Penal-Juvenil-en-Uruguay-a-partir-del-C3%B3digo-de-la-Ni%C3%B1ez-y-Adolescencia.pdf>
- Erosa, H. e Iglesias, S. (2000). La construcción punitiva del abandono. Montevideo, Serie materiales de apoyo de Cenfores- INAU.
- Foucault, M. (1992). La vida de los hombres infames. Buenos Aires, Altamira, Nordan comunidad.
- Foucault, M. (1989). Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión. México, Siglo Veintiuno.
- Gabin, B. y De Martino, M. (1998). Hacia un enfoque integral de la minoridad infractora. Montevideo, Carlos Álvarez Editor.
- García Méndez, E. y Carranza, E. (1994). Del Revés al Derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una Reforma Legislativa. Buenos Aires, Editorial Galerna. UNICEF, UNCRI, ILANUD.
- Gargarella, R. (2011). El Derecho y el castigo: de la injusticia penal a la injusticia social. Buenos Aires, *Derechos y Libertades* N°25, Época II.
- González Laurino, C. y Leopold Costábile, S. (2011). Discurso del riesgo y prácticas diagnósticas con niños y adolescentes en el ámbito socio judicial. Montevideo, CSIC, UDELAR.
- González Laurino, C. (2013). Los discursos expertos sobre la responsabilidad en la infracción adolescente. Montevideo, CSIC, UDELAR.
- Roxin, C. (1999). *Derecho Penal-parte general*. Buenos Aires, Hammurabi.
- Uriarte, C. (1999). Control institucional de la niñez adolescencia en infracción. Un programa mínimo de contención y límites jurídicos al Sistema Penal Juvenil. Montevideo, Carlos Álvarez Editor.
- Wacquant, L. (2008). *Las cárceles de la miseria*. Buenos Aires, Manantial.

Claudia Vinales García

Educadora Social Centro de
Formación y Estudios del Instituto del Niño y
Adolescente del Uruguay. Coordinadora del
Área Conflicto con la Ley del Instituto Nacional
de la Juventud, Ministerio de Desarrollo Social.

¿Quién tiene la palabra?

i) Reflexiones sobre dilemas éticos y políticos en la construcción de la verdad: los informes técnicos.

ii) Aproximación al campo conceptual de la Justicia Restaurativa

Resumen

Conformando parte del discurso de la verdad, los informes técnicos, se dan en el marco de un complejo entramado de encomendados legislativos, institucionales, programáticos, profesionales y humanos. La construcción de la verdad y, con ello, las decisiones que la definen y los límites que establece, ponen en juego definiciones de poder. Echar luz sobre ciertos procesos necesariamente conlleva contextualizar tiempos, espacios e historia.

Modernidad tardía o reflexiva, son algunas de las formas que se encuentran para denominar al período actual con la consolidación y complejización de un modelo socioeconómico que se retroalimenta desde y hacia ciertos pilares en los que se identifican la incertidumbre, la inseguridad, el temor, el individualismo, entre otros fenómenos epocales.

¿Quién tiene la palabra? se pregunta este trabajo, procurando aproximar reflexiones sobre las palabras expertas en este entramado social y en el contexto económico global, al tiempo que se propone indagar acerca de las alternativas, es decir cuando el *otro* no es tan *otro*. Se trata de una aproximación al modelo de la Justicia Restaurativa como posibilidad de promoción de recomposición del tejido social sobre el fortalecimiento de la fragmentación.

Palabras clave: informes técnicos, verdad, individualismo, justicia restaurativa

Introducción

El presente trabajo curricular corresponde al tercer módulo del Diploma en Penalidad Juvenil denominado “Intervenciones profesionales”. El trabajo anterior se cerraba con algunas preguntas y reflexiones que se retoman en este como punto de partida: ¿cómo poder construir diálogos morales sin ir a moralizar? ¿Cómo intentar dialogar en la moralidad del otro sin colocarlo en la frontera de la otredad? Y desde ahí, ¿cómo proteger?, ¿cómo acompañar procesos sin tutelar?

Algunas de las prácticas que dan cuerpo a estas preguntas se plasman en los discursos que diagnostican-evalúan-informan-pronostican a través de informes respaldados en el saber, en la verdad, que otorgan la experticia y, sobre todo, el rol que se ocupa el experto.

La Convención de los Derechos del Niño en 1989 el Código de la Niñez y la Adolescencia del 2004 trajeron consigo un nuevo lenguaje y una nueva serie de denominaciones bajo el paraguas-paradigma de la protección integral. De esta manera, desde el plano legislativo, se propuso una concepción desde una perspectiva de derechos, en la que las acciones de amparo enmarcadas en lo tutelar devienen en protección integral, y las acciones de castigo de la conducta en infracción mutan hacia medidas de carácter socioeducativo con perspectiva de rehabilitación social.

El cambio histórico desde entonces permite vislumbrar un entramado híbrido de prácticas donde continuidad y transformaciones se entremezclan. Permanece entonces la tensión entre la niñez-adolescencia objeto de tutela, de castigo y de control con la perspectiva del sujeto de derechos, de cuidado, de protección, con capacidad de opinión y de decisión a ser considerada y respetada.

Un escenario rico que habilita la observación y el análisis de esta conjunción de paradigmas son, justamente, los “discursos expertos”⁸. Discursos desde el saber y la experticia, plasmados en informes elaborados por técnicos desde las instituciones con relación a un proceso diagnóstico o de seguimiento con adolescentes. El marco se ofrece tanto desde instituciones de protección como del sistema penal adolescente, en particular, cuando esos informes se dirigen al Juez de la causa.

Comenzar este análisis conlleva un primer mojón sobre que corresponde detenerse tratando de echar luz a los paradigmas que envuelven los informes técnicos: cabe preguntarse entonces, ¿dónde se centra la observación, la descripción y el análisis sobre el sujeto? Y, al mismo tiempo, ¿qué dice esa observación, descripción y análisis, de quien observa?

8. Se toma la expresión utilizada por Carolina González en su obra *Los discursos expertos sobre responsabilidad adolescente*, como producto de su trabajo de investigación que toma como objeto de estudio los *discursos expertos* en torno a la infracción adolescente a partir de los informes técnicos que surgen de expedientes judiciales en el año 2009 en los juzgados adolescentes de Montevideo. En las definiciones que dan punto de partida a su trabajo plantea “en el campo de la infancia, la adolescencia y la familia, así como en otras áreas de conocimiento, es posible reconocer ciertos usos lingüísticos en los discursos, que identifican influencias teóricas y metodológicas en el tratamiento de las cuestiones que cada época social y cada período histórico problematizan” (2013: 11-12).

El foco es, por tanto, el sujeto, la persona adolescente que llega, a través de un largo y complejo proceso de selección, a la situación que se impone al equipo técnico institucional en relación con la identificación de las posibles causas y motivos individuales y de contexto que preceden; las características presentes que refuerzan e invalidan alternativas; así como de las proyecciones anticipatorias y preventivas de trayectorias de vida.

1. Modernidad e individualismo

La Modernidad, como proceso socio-histórico, económico y cultural, es denominado así por varios autores (Castel, Giddens, Beck, por citar solo algunos de ellos), al período de fines de siglo XVII y gran parte del siglo XX en referencia al mundo occidental.

Finalizando el siglo XX y en estos primeros años del XXI los mismos autores han planteado ajustes a esa denominación que ya no expresa por sí misma las características, dimensiones e intensidad que toma en estos tiempos.

De esta manera surgen denominaciones como “hipermodernidad” para Robert Castel; “segunda modernidad” o “modernidad reflexiva” en palabras de Beck y “modernidad tardía”, para Giddens, tratando de definir con ella la complejidad y la multiplicidad de dimensiones que requiere un análisis sociohistórico de la contemporaneidad.

Esta segunda modernidad, enmarcada por un desarrollo del capitalismo mundial integrado (Castel, 2010), se caracteriza por el reinado de la incertidumbre, cuyo origen se encuentra en el funcionamiento de lo social, pero cuyas implicancias y respuestas se concentran en lo individual. Castel, en este análisis, describe una sociedad de individuos, donde las incertidumbres de la mano del retraimiento del sistema de protección social constituyen características inalienables de esta hipermodernidad.

Para esto hay que aplicarse a imaginar en qué pueden consistir las protecciones en una sociedad que se vuelve cada vez más en una sociedad de individuos. El hecho de existir como individuo, y la posibilidad de disponer de protecciones, mantienen entre sí relaciones complejas, pues las protecciones derivan de la participación en colectivos. (Castel, 1997: 466)

9. Desde una perspectiva crítica, el sistema penal se caracteriza por la selectividad en su ingreso y permanencia. La definición de delito en el marco legislativo y con ello, la de la pena, es parte de esta selección que define algunos delitos mediante categorías “durisimas”, “inarcables”, con mínimos perceptivos y otros con penas más flexibles y excarcelables. Se define quiénes deben cumplir medidas en el encierro y quienes pueden acceder a otras posibilidades, así como qué acciones se consideran de mayor impacto y daño a una sociedad y cuáles en menor grado. Los Centros de privación de libertad de adolescentes, así como las Unidades penitenciarias de adultos alojan en una amplia mayoría a varones, jóvenes, provenientes de contextos de zonas urbanas pobres con importantes carencias socioeconómicas, expulsados/desertores del sistema educativo formal, con experiencias laborales en tareas poco calificadas, puntuales, ocasionales, en general informales o por cuenta propia (Censo Nacional de Reclusos, 2010 y Morás, 2016).

En esta línea, Castel citando a Marcel Gauchet, en lo que el autor denomina individualismo de masas haciendo mención de un “proceso antropológico de alcance general” que interviene afectando el frágil equilibrio alcanzado en la sociedad salarial entre la promoción del individuo y las libertades individuales y la pertenencia y respaldo, a “colectivos protectores”. En este proceso de resignificados, Castel comparte la pregunta: “¿Qué puede significar hoy día, y qué puede decirse de ser protegido?” (1997: 466)

El análisis de Castel propone una perspectiva sumamente crítica de este proceso de individualización, adjetivándolo como individualismo negativo. En este sentido afirma que “en una sociedad hiperdiversificada y corroída por el individualismo negativo, no hay cohesión social sin protección social” (Castel, 1997: 478)

Pero la individualización *llegó para quedarse*, por lo que todo proceso socio-histórico deberá pensarse en construirse con o desde los procesos individuales. Cabría en este punto preguntarse si “se ha llegado”, como situación novedosa en esta modernidad tardía o reflexiva, o si aspectos de la individualización estuvieron presentes desde la Primera Modernidad e incluso les dieron sostén y sentido a los principales movimientos en línea con los Derechos Humanos y con la defensa de las libertades individuales. Se encuentra, sin embargo, en estos tiempos, “una expresión más individual del individualismo”, con profundos deterioros en los lazos sociales, en los encuentros de semejantes en lo colectivo.

No nos engañemos: ahora, como antes, la individualización es un destino, no una elección. En el país de la libertad de elección individual, la opción de escapar a la individualización y a la participación en el juego individualizado no está en absoluto a la orden del día. [...] Los riesgos y las contradicciones siguen produciéndose de manera social; es sólo el deber -y la necesidad- de hacerles frente lo que está siendo individualizado (Bauman, 2016: 22-23).

Esta línea de análisis en la perspectiva del individualismo positivo permite una comprensión más amplia de las juventudes en esta modernidad reflexiva con relación al mundo occidental y a aquellas franjas socioeconómicas burguesas, comprendidas en el acceso a las políticas de libertades individuales y sus protecciones. En una aproximación a la preocupación y reflexiones que propone Beck cuando hace mención a “los hijos de la libertad”¹⁰, haciendo referencia a los

¹⁰ En 1997 Ulrich Beck escribe *Los hijos de la libertad* (1999), haciendo referencia a los jóvenes nacidos en Europa occidental en las décadas del sesenta-setenta. En una era democrática, lejos de tiempo de la guerra, con un marcado crecimiento económico, un proceso de consolidación de derechos y libertades individuales, sin las preocupaciones vividas por sus generaciones anteriores, que encuentran una nueva moral en las expresiones individuales y algunos puntos de lo colectivo, en la participación y los vínculos de pareja y familia, en sus temas de preocupación política desde una aparente apolítica. La descripción de estos tiempos y de los hijos de la libertad según Beck encuentra en esta región y en particular en Uruguay semejanzas con las generaciones nacidas en las décadas del noventa y dos mil: habiendo superado tiempos violentos de dictadura, con una consolidación de un Estado democrático a través de la ampliación del ejercicio de derechos y libertades individuales, vinculado a etapas de crecimiento económico junto a una expansión de la economía de mercado mundial. Las semejanzas se encuentran en que la libertad ya viene dada, no hay que luchar por ella o sufrir

jóvenes y sus nuevas preocupaciones sociales, sus nuevas formas de participar en lo colectivo y de vincularse en una nueva moralidad, propone que en el discurso mismo del derrumbe de valores, a saber, el miedo a la libertad, el miedo, asimismo, a los hijos de la libertad [...] ¿cómo puede compatibilizarse el anhelo de autodeterminación con el anhelo igualmente importante de comunidad? ¿Cómo es posible ser individualista y a la vez asimilarse al grupo? (Beck, 1999: 11).

De esta manera Beck propone la aceptación de una expresión *positiva* del individualismo, de “hacer el esfuerzo de no continuar satanizando”, sino de reconocerlo como un producto “deseable e inevitable” del desarrollo democrático (1999:16).

Para Beck (2016, 1999) existe una distinción entre los procesos de individualización y el de individuación. En línea con la ampliación de las libertades, aumenta la adjudicación-asunción de responsabilidades individuales en correlación con lo colectivo, integrando al tiempo la valoración individual y la colectiva. Este proceso orientado a la realización personal en diálogo con lo colectivo es lo que el autor define como proceso de individuación. El proceso de individuación tiene por tanto el punto de partida de la decisión, de la autoafirmación, de las libertades de decisión en ejercicio pleno, en el cual el sujeto opta, decide, en su individualidad, compartida o dirigida hacia el colectivo. Esta perspectiva de Beck con relación a este proceso es la que se asocia con la denominación de individualismo positivo. Otra es la situación del proceso de individualización, donde el sujeto como tal carece o disminuye en sus posibilidades de elección-decisión de querer-poder, a su vez, decidir. Por el contrario, se ve responsabilizado de dar respuesta a las dificultades de origen social, pero que, al expresarse en su marco individual, se distancia de las causas-origen-contexto para invisibilidad de un marco donde parece que todo ya viene dado, lo que falta es la voluntad-interés-capacidad de cada individuo.

Dentro de otra perspectiva y acercando el foco del análisis a las adolescencias vulneradas en esta modernidad reflexiva, González Laurino y Leopold Costábile (2009) se orientan en la perspectiva de Castel en tanto afirman que, el asumir los supuestos que devienen de la llamada individualidad positiva aplicados a las situaciones de vulneración de derechos, propone una serie de respuestas de responsabilidad individual por “decisiones socialmente condicionadas”.

Las consecuencias que esta aplicación del paradigma de la modernidad reflexiva a los análisis microsociales trae consigo una responsabilización individual por la situación de pobreza. [...] En sus derivaciones sociales, la aplicación del paradigma del individualismo positivo a las situaciones de pobreza, analizadas en función de toda la batería de indicadores de orden material y simbólico, parece tener consecuencias similares a la aplicación paradigmática de la doctrina tutelar de la situación irregular (González Laurino y Leopold Costábile, 2009: 96).

su falta.

2. La verdad, el poder. ¿Quién tiene la palabra?

Del capítulo anterior deviene el cuestionamiento a las respuestas de responsabilidad individual que se les exige a sujetos (en nuestro análisis, adolescentes), por acciones y decisiones que fueron condicionadas en gran parte por lo social. Pero, permanentemente, es considerado-evaluado-diagnosticado aquello que el sujeto dice, hace o es capaz de hacer. De esta manera la capacidad de comprender, de sostener un espacio o una propuesta, de motivación, de comunicación asertiva, de vinculación positiva, entre otras, son comúnmente evaluadas desde el foco individual, desde el sujeto con relación a sí mismo. Negando o minimizando, de esta forma, que toda habilidad social se da siempre en diálogo con un otro-institución que comprende, sostiene, motiva, comunica asertivamente, se vincula positivamente, o no.

Sin embargo, las contradicciones conforman el camino cotidiano de interjuego teoría-praxis-teoría. De esta forma tanto la definición del campo de trabajo como el diagnóstico inicial¹¹ se consideran indispensables en toda práctica que implique trabajo directo, para poder empezar a actuar. El diagnóstico individual permite justamente individualizar la propuesta de trabajo y no estandarizar las respuestas de manera que, a determinadas problemáticas similares, se propongan iguales respuestas, iguales intervenciones.

No obstante, las mismas palabras que singularizan al sujeto pueden jugar el doble papel de reforzador de estigma¹² que consolidan y perpetúan como condición inherente al «ser» una condición posiblemente transitoria y eventual, del «estar» en determinada situación. Desde la antropología, Mèlich (2009) aporta a la interpretación parafraseando a Karl Jaspers en la idea que cada ser humano se constituye a través de situaciones, es en situación, pero la situación no conforma todas las dimensiones del ser.

Que cada ser humano sea «en situación» significa, para Karl Jaspers, que su modo de ser tiene, al mismo tiempo, límite y posibilidad. Este es un aspecto esencial, puesto que combina los dos elementos que he expuesto al principio: la naturaleza y la condición, el mundo y la vida. En toda situación hay un «margen de acción». En otras palabras, las situaciones se encuentran, y no se puede salir de una situación sin entrar inmediatamente en otra, pero, al mismo tiempo, las situaciones se transforman, puesto que siempre existe la posibilidad de transformarlas (Mèlich, 2009: 116).

11. Llámese «estado de situación», puntos de partida

12. Estigma: noción incorporada por Edwing Goffman en su obra de 1963, haciendo referencia a aquellos atributos que ofician como profundamente desacreditadores para la vida social, a la vez que el sujeto incorpora el estigma como parte de su construcción identitaria. El estigma, según el autor, puede atribuirse a tres grupos de causas: a condiciones físicas; a condiciones étnica raciales, a la vinculación con el ejercicio de determinada acción (por ejemplo: prostitución, acto delictivo).

Las palabras expertas, por tanto, pueden definir un «estar en situación» como punto de partida en una trayectoria de vida en movimiento, tanto como inmovilizarla en la condición de permanencia del «ser». Esto es una cualidad de poder que conlleva lo que se enuncia. Retomando lo que se enuncia sobre el «ser» a través de los discursos expertos nos acerca al pensamiento de Foucault:

Lo importante, creo, es que la verdad no está fuera del poder, ni sin poder [...] La verdad es de este mundo; está producida aquí gracias a múltiples coacciones. Y detenta en él efectos regulados de poder. Cada sociedad tiene su régimen de verdad, su política general de la verdad: es decir, los tipos de discursos que acoge y hace funcionar como verdaderos o falsos; los mecanismos y las instancias que permiten distinguir los enunciados verdaderos o falsos, el modo como se sancionan unos y otros; las técnicas y los procedimientos que están valorizados para la obtención de la verdad; el estatuto de aquellos encargados de decir qué es lo que funciona como verdadero (Foucault, 2017: 187).

En esta cadena conceptual en la definición de «la verdad» a través de los discursos técnicos, González Laurino y Leopold Costábile incorporan a la problematización las nociones de riesgo vinculadas al diagnóstico inicial con capacidad para poder proyectar posibles futuros, más o menos certeros, conformando parte del discurso de la verdad así también como de la inamovilidad, en la categoría de ser y no estar. De esta manera, el conocimiento profesional contribuye a la elaboración de perfiles de riesgo, generando una conciencia del riesgo. “A través del diagnóstico social, la vida de individuo queda expuesta al juicio experto que recorre toda la trayectoria biográfica del sujeto, al que se responsabiliza de los riesgos asumidos a partir de las decisiones adoptadas a lo largo de su vida” (González Laurino y Leopold Costábile, 2009: 18).

Los discursos del riesgo, así planteados, responsabilizan (o culpabilizan) al sujeto de su condición social, de los sentidos y las habilidades que se construyen sinérgicamente en ella y de las acciones y conductas que se generan en ese mismo entramado. Con relación a los informes técnicos, las nociones de riesgo acercadas al análisis del sujeto permiten acercar las posibilidades de acción, de cambio, de lo posible. En el contexto del informe técnico (que incide en una pena, tanto como en la definición del tratamiento o del proyecto de intervención considerado adecuado para el sujeto), aunque se mencione el condicionamiento del contexto social ajeno a la voluntad del sujeto, se centra la mirada en lo posible y, esto que se vislumbra como posible o no, queda remitido al plano individual. El desafío se define en el diálogo de ese marco de decisión del sujeto con el contexto real de posibilidad. Pero este desafío no siempre se explicita en estos informes expertos, quedando sobrecargado el lugar de capacidad y decisión individual.

Este diagnóstico social, supone un sujeto en proceso de individuación, con importantes niveles de autonomía, informado y autoconsciente (González Laurino y Leopold Costábile, 2009: 19). No da cuenta por tanto del contexto heterogéneo y desigual que conforma también el entramado de posibilidades y sentido, con relación al sujeto y a las «decisiones» que toma.

...si la fragilidad de los sujetos está relacionada con la constatación experta de fallas en el sistema social de protecciones, la responsabilidad de las decisiones individuales adoptadas en este marco de elección limitado debería ser socialmente compartida. De esta manera, la adopción de un marco garantista de protección integral de derechos implica un señalamiento en los déficits del sistema de protección social, colocando el debate sobre la transgresión adolescente en contexto de la responsabilidad social (González Laurino y Leopold Costábile, 2009: 97).

Sin embargo, como se ha compartido en este trabajo, no hay palabra de ningún informe que no se contextualice en un tiempo y modelo sociohistórico. Volviendo al análisis desde una perspectiva macrosocial, las nociones de riesgo y de confianza, conforman el esquema medular de este período modernidad tardía, parafraseando a Giddens cuando define que las mismas son de especial aplicación en circunstancias de incertidumbre y elección múltiple (Giddens, 1995).

Para los lazos humanos, la crisis de la confianza es muy mala noticia. [...] las redes de vínculos humanos han pasado a convertirse en territorios fronterizos donde cada día hay que librar escaramuzas de reconocimiento. [...] Las relaciones humanas, en definitiva, han dejado de ser ámbitos de certeza, tranquilidad y sosiego espiritual. En lugar de ello, se han convertido en una fuente prolífica de ansiedad. Lejos de ofrecer el codiciado descanso, prometen ansiedad perpetua y una vida en constante alerta. (Bauman, 2014: 94).

La modernidad es una cultura del riesgo. No quiero decir con ello que la vida social implique de por sí más riesgos que en épocas anteriores: no es este el caso de la mayoría de las personas en las sociedades desarrolladas. El concepto de riesgo es más bien fundamental para la manera como organizan el mundo social tanto los actuantes profanos como los especialistas técnicos (Giddens, 1995: 12).

El informe técnico se construye y constituye como una «verdad» en este proceso, desde la especificidad de la función y el rol que se ocupa, pero ligado a las funciones generales del dispositivo de verdad (Foucault, 2017). Este proceso,

en la mirada de Foucault, se produce en el mismo juego de los mecanismos de poder y no podrían analizarse fuera de esta consideración. No considerar parte del análisis de la construcción de la verdad desde y hacia las palabras en los informes expertos en el entramado de poder, podrían reforzar la violencia que significa el ejercicio de poder negado-invisibilizado-naturalizado.

Hay efectos de verdad que una sociedad como la occidental -y ahora podemos decir la sociedad mundial- produce a cada instante. Se produce verdad. Esa producción de verdades no puede dissociarse del poder y de los mecanismos de poder, porque estos últimos hacen posibles, inducen esas producciones de verdades y, a la vez, porque estas mismas tienen efectos de poder que nos ligan, nos atan. Lo que me preocupa son esas relaciones verdad/poder, saber/poder (Foucault, 2012: 73-74).

3. Justicia restaurativa

En este mismo contexto social de modernidad reflexiva, existen otras alternativas al abordaje de los conflictos sociales porque así puede entenderse y definirse el delito / la infracción a la norma: un conflicto social que hay que abordar desde lo social.

Desde el punto de partida en esta concepción, se intenta colocar la co-responsabilidad sobre la mesa. El sujeto es responsable (de su acción, de su conducta), pero en tanto existe como parte de un tejido social.

La propuesta es el encuentro hacia la recomposición de ese tejido social, en sentido opuesto a las respuestas de evasión del conflicto (y exclusión del “problema”) tendientes a reforzar o consolidar el quiebre de ese entramado. En esta línea, el denominado *tejido social* se encuentra asociado a un proceso sociohistórico configurado por una serie de vínculos sociales e institucionales tendientes a favorecer la cohesión y la reproducción de la vida social.

La Justicia Restaurativa se presenta en este contexto como una posible herramienta tendiente a ser más eficaz en la resolución de conflictos en un contexto social. La perspectiva sobre la que se trabaja pone el foco en la víctima, como una forma de facilitar la restitución ante el hecho ocurrido, así como en relación con el ofensor y la comunidad. La Justicia Restaurativa, por tanto, es un proceso mediante el que las partes involucradas en un hecho que causó ofensa se reúnen para decidir colectivamente como superar el hecho tanto como las implicaciones a futuro.

La Justicia Restaurativa trae consigo un modelo diferente de justicia donde el castigo no es una alternativa. Por ello es también un modelo filosófico y cultural. Porque el castigo posee una gran base de constructo histórico-social mediante el cual toda conducta *transgresora de la norma* a la que no se le otorga un castigo construye una sólida vivencia de aquello como impune. La idea

que sostiene que si no hay castigo directo habría impunidad, vivencia este instrumento como injusticia. Proponer alternativas a este sentido común que da, justamente, sentido (de pertenencia, de lo común) conlleva claridad y coraje contra el orden de lo instituido, contra el marco de seguridad que ofrece lo conocido. Preguntarse “cómo innovar en el campo de la resolución (pacífica) de conflictos sin crear instrumentos aditivos a la pena de prisión especialmente en este escenario hiper-encarcelamiento”¹³ puede dar inicio a la problematización y a la definición del campo, alcance y límites de la Justicia Restaurativa.

Los mecanismos del modelo de Justicia Restaurativa, en la línea de poder constituirse como nuevo paradigma de justicia, además de implicar modelo consensual, participativo, conciliatorio y preocupado por las consecuencias materiales y emocionales, se presenta como respuesta a las dificultades estructurales de las que el sistema judicial forma parte, como la selectividad penal, antes mencionada.

4. Orígenes de la Justicia Restaurativa

En el marco de luchas y movimientos con dimensiones restaurativas por los derechos de los prisioneros y las alternativas a la prisión, tiene su auge en la década del setenta. En 1977 el psicólogo Albert Eglash elabora el concepto de justicia restaurativa, relacionado a tres dimensiones: retributiva, distributiva y reparadora. En el mismo año Nils Christie propone un artículo que titula “Los conflictos como pertenencia” en el que plantea que “el Estado ha robado el conflicto entre los ciudadanos”. En esta línea Christie sostiene que “el conflicto y problemas sociales son partes inevitables de la vida y por tanto no puede delegarse todo en los profesionales” (Christie, 1977).

Las prácticas de Justicia Restaurativa han existido en la historia de la humanidad como forma de resolución de conflictos en el ámbito comunitario. De este modo, en el ejemplo de Nueva Zelanda¹⁴, las bases programáticas de la Justicia Restaurativa toma como sustento el modelo aplicado históricamente por los pueblos originarios.

En el año 2001, en el marco del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, en Ottawa, Canadá, se genera una reunión de grupo de expertos en Justicia Restaurativa. De esa instancia surgen la Declaración de Principios Básicos de Justicia Restitutiva¹⁵ en materia penal que comprende una serie de definiciones que procuran dar un marco y unificar criterios en las terminologías utilizadas.

De este documento se acuerda, entre otros puntos: a) por “programa de justicia retributiva” todo programa que utilice procedimientos retributivos e intente

13. Vicentin, Ma. Cristina. Material de apoyo clases del Diploma, agosto 2018.

14. Nueva Zelanda crea en 1989 el *Children Young Persons and their Families Act 1989 - Oranga Tamariki* <https://www.ms.govt.nz>.

15. En el marco del documento mencionado, se encuentra el mismo significado y utilización de término para la Justicia Restitutiva (como aparece en el mismo) que para la Justicia Restaurativa (como se viene mencionando en este trabajo)

lograr resultados restitutivos; b) por “proceso restitutivo” entender todo proceso en el que la víctima y el ofensor y otro miembro de la comunidad, participen activa y conjuntamente en la resolución del conflicto. Dentro de procesos restitutivos se encuentran la mediación y la conciliación, entre otros; c) de este modo, por “resultado restitutivo” se entiende un acuerdo logrado como resultado del proceso antes descrito; d) define como “partes” de este proceso a la víctima, el ofensor y otras personas involucradas o afectadas; f) define, asimismo, la figura del “facilitador” como una persona cuya función será la promoción de la participación de las partes en el proceso de manera justa e imparcial.

Pero la Justicia Restaurativa es un campo en construcción. Por tanto, las luchas de definiciones y sentido continúan en los ámbitos de las prácticas tanto como en el ámbito académico y legislativo. De esta forma se encuentran líneas de fundamentación en la Justicia Restaurativa más anárquicas y tendientes al abolicionismo penal como horizonte, otras en líneas más religiosas en el orden *del perdón*, así como otras que se mantienen en la línea punitiva, aunque proponiendo penas alternativas con un perfil restaurativo.

Una perspectiva política - filosófica (Walgrave¹⁶) propone la Justicia Restaurativa como un movimiento social que procura la transformación de la forma cómo las sociedades perciben y responden al crimen / al conflicto, tendientes a la restauración de daños en el tejido social, hacia la supresión del sistema penal.

Pero, el ámbito de definición y discusión de la Justicia Restaurativa tiende predominantemente a pensar sobre los conflictos, los crímenes y las respuestas más que sobre discusiones profundas sobre una teoría o filosofía de la justicia. Sin embargo, ambas perspectivas dialogan y se construyen sinérgicamente.¹⁷

Aún bajo el mismo paraguas argumental son los argumentos que dotan de sentido las acciones. Jaccoud (2005) proyecta la necesidad de distinguir cuando el sistema estatal propone al ofensor la posibilidad de reparar los daños causados en detrimento de la pena prevista para su delito, considerando estas acciones en mayor sintonía con lo Restaurativo. Por otro lado, plantea la preocupación en considerar restaurativas, prácticas en línea con lo retributivo, en un sistema estatal que no transforma la finalidad de las sanciones (manteniendo la finalidad punitiva), pero que propone una dimensión “restaurativa” en la modalidad de aplicación de las sanciones.

5. Algunas características de la Justicia Restaurativa

Para Scuro Neto (2005) algunas de las características sugeridas para la Justicia Restaurativa y traducidas en posibles prácticas concretas, serían: a) las infracciones no son actos lesivos solo para la ley y el Estado, por encima de

16. Vicentin, Ma. Cristina en material de apoyo clases del Diploma Penalidad Juvenil agosto 2018 en referencia a Walgrave, L. (2008), *Restorative Justice, Self-Interest and Responsible Citizenship*, Cullompton: Willan Publishing.

17. Vicentin, Ma. Cristina.

todo lo son para los individuos y los relacionamientos, pues resultan en daños para las víctimas, las familias, las comunidades y los propios infractores. Los crímenes tienen, por tanto, dimensiones individuales y sociales; b) el control de la criminalidad es también responsabilidad de la comunidad, y no solamente del sistema penal de justicia; c) el objetivo esencial del proceso legal es hacer justicia a través de reconciliación entre las partes y la reparación de los daños causados; d) el compromiso del infractor es asumir la responsabilidad y reparar el daño realizado antes que de cumplir una pena o pagar una multa. La pena, el castigo, no son suficientes para cambiar comportamientos; e) los conflictos son mejor resueltos facilitando el involucramiento de las víctimas, los infractores, las familias y las comunidades. La víctima es central en el desarrollo del proceso y en la solución de los problemas creados por el delito y f) los énfasis están en el diálogo entre todas las partes involucradas por el acontecimiento, por lo que la comunidad resulta ser facilitadora del proceso restaurativo.

La Justicia Restaurativa plantea un cambio en la relación individuo-sociedad en lo que concierne al poder: opuesto a la definición vertical de lo que se considera justo, la Justicia Restaurativa propone la horizontalidad y pluralidad de aquello que es considerado justo para los involucrados en una situación conflictiva (situación de infracción) (Rozende, 2005: 60)

Continuando el análisis, Mylène Jaccoud (2005) plantea hacer foco en ciertas alertas que se deben tener en cuenta al momento de analizar las prácticas restaurativas, identificando y diferenciando con ello, dos perspectivas: una minimalista y otra maximalista.

En la tendencia maximalista, la autora menciona a Walgrave (1999)¹⁸ como uno de sus defensores, considerando que la Justicia Restaurativa debe “transformar profundamente el modelo retributivo” debiendo también estar integrada al sistema de justicia estatal. La tendencia minimalista plantea que los procesos retributivos deben ceñirse únicamente a los casos donde haya voluntad de las partes. Sin embargo, en la línea de análisis del Walgrave, se plantea el dilema que, de convocar los procesos restaurativos solo en los casos estrictamente voluntarios, lleva a la aplicación de la justicia restaurativa a “pequeñas causas” (Jaccoud, 2005: 172).

La misma autora propone que, la perspectiva minimalista es, en la actualidad, la dominante (para el caso brasileño), donde algunas prácticas restaurativas son aplicadas en el ámbito del sistema penal o en alternativas en el poder judicial. Sin embargo, muchas veces estas prácticas tienden a contribuir, a opa-

18. Jaccoud, M. (2005) en referencia a Walgrave, L., (1999). “La justice réparatrice: à la recherche d’une théorie et d’un programme,” in *Criminologie*, Vol. 32 (1): pp. 7-29.

car o hacer más difusos los límites, los objetivos que se propone el paradigma la Justicia Restaurativa (Jaccoud, 2005: 172).

Finalmente, Jaccoud propone que es necesario distinguir entre: 1) un sistema de justicia estatal que cambie para valorizar la reparación de los daños causados a la víctima invitando al ofensor a contribuir con ello en sustitución de la pena. Para la autora, en este caso (pese a permanecer en la voluntad de las partes) se trata de ejemplo de Justicia restaurativa, no de retributiva. Plantea entonces que la diferencia está en la finalidad, en cómo se vivencia el proceso para el ofensor: si se comprende que se trata de una pena alternativa (pero pena al fin) o si se comprende en la posibilidad de corrección de un daño producido; 2) un sistema de justicia estatal que no transforma la finalidad de las sanciones (manteniendo la finalidad punitiva), permanece retributivo en su esencia. En este sentido la autora se pregunta las iniciativas restaurativas utilizadas como “complementos” de las sanciones no pasaría a ser un factor para su endurecimiento.

6. Metodologías propuestas en el ámbito de la Justicia Restaurativa

Como en el propio campo de definición y alcance de la justicia restaurativa se ofrece como un terreno en disputa, asimismo se continúa cuando se analizan las metodologías que contempla (o no) el paraguas restaurativo. Aun así, es posible asociar tres formas de llevarla a la práctica: mediación, círculos y Family Group Conferences. 1)- Mediación: se trata de un ámbito de diálogo entre la víctima y el ofensor, mediado por una tercera persona especializada en la función. Se propone el intercambio en relación con el conflicto, las dimensiones que afectó y las posibles vías de resolución con un acuerdo y plan de acción. 2)- Círculos: se trata de una ronda de diálogo que lo promueve desde la horizontalidad de los involucrados. Participan la víctima y el ofensor, así como otros miembros de la comunidad relevantes para cada parte, contando con una persona en rol de facilitador (quien no juzga ni opina, solo facilita el intercambio). Se promueve que la lógica sea de responsabilidad colectiva. 3)- Conferencias de grupos familiares (FGC- Family Group Conferences): participan las partes involucradas en un formato de conferencia conversacional y un facilitador especializado quien procura la conducción del diálogo. Se promueve el intercambio y la participación, procurando el logro de acuerdo como resultado que aprueba el grupo.

Consideraciones finales

¿Quién tiene la palabra?, se preguntaba al inicio de este trabajo. Es posible tener la palabra desde la experticia, en el inter-juego de la-tarea-encomendada y el-rol-asumido, que puede traducirse, para el caso de análisis de este trabajo, en informes técnicos. Aun así, la definición del paradigma, reflejo de las pa-

labras que nombran y describen al otro, es una decisión activa. Es una decisión política. Por ello cada participación en la construcción de la verdad, como plantea Foucault, es necesario sea, a sabiendas; desnaturalizando conceptos, disrumpiendo, cuestionando y proponiendo.

Cerrando este trabajo de análisis, los desafíos son varios.

Lograr definir e identificarse en el entramado de poder como parte del engranaje de una compleja maquinaria, puede ser el inicio de un vínculo menos tutelar y más cercano a la comprensión del otro como sujeto pleno de derechos.

Intentar poner en diálogo las brechas entre el sistema social que se expresa en los informes expertos de hoy, que analizan, diagnostican y castigan, y cómo serían esos informes si se aplicaran principios y conceptos restaurativos.

“Embarrase” en las contradicciones de las prácticas supone que, a mayor profundización del análisis, mayormente visibles se tornan las dimensiones de tensión y conflicto.

Encontrar en el hoy las rendijas de lo posible, potencialmente capaces de generar quiebres mañana, o si la inercia dominante condena a quedarse por acá nomás, por lo conocido, a pesar de sus altos costos sociales.

Reconocerse parte del engranaje de un todo porque los procesos sociales contemplan (cobijan y contrastan) cada proceso individual que se construye hacia adentro de la individualidad (con ella y no sin ella) y hacia afuera (con los otros y no sin ellos). Necesariamente con los tiempos, los ritmos y el espiralizar del desarrollo humano en los encuentros con los otros (no tan otros).

Referencias bibliográficas

- Bauman, Z. (2014). *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores*. Buenos Aires, Paidós.
- Beck, U. (1999). *Hijos de la libertad*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- Beck, U. y Beck-Gernsheim, E. (2016). *La individualización. El individualismo institucionalizado y sus consecuencias sociales y políticas*. Barcelona, Paidós.
- Castel, R. (1999). *La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*. Buenos Aires, Paidós.
- Castel, R. (2010). *El ascenso de las incertidumbres. Trabajo, proyecciones, estatuto del individuo*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- Christie, N. (1977). *Los conflictos como pertenencia*. En *De los delitos y de las víctimas*. (1992) J. B. J. Mayer (Comp.). Buenos Aires, Editorial AD-HOC. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/01/doctrina40529.pdf>
- Foucault, M. (2017). *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. Madrid, Alianza Editorial.
- Foucault, M. (2012). *El poder, una bestia magnífica. Sobre el poder, la prisión y la vida*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno.
- Foucault, M. (2009). *La ética del cuidado de uno mismo como práctica de la libertad*. Entrevista con Michel Foucault realizada por Raúl Forget-Betancourt, Helmut Becker y Alfredo Gómez-Muller el 20 de enero de 1984. Publicada en Revista *Concordia*, 6 (1984: 96-116). Disponible en: http://www.topologik.net/Michel_Foucault.htm
- Giddens, A. (1995). *Modernidad e identidad del yo*. Barcelona, Península.
- González Laurino, C. (2013). *Los discursos expertos sobre la responsabilidad en la infracción adolescente*. Montevideo, CSIC. UDELAR.
- González Laurino, C. y Leopold Costáble, S. (2009). *Discurso del riesgo y prácticas diagnósticas con niños y adolescentes en el ámbito socio-jurídico*. Montevideo, CSIC. UDELAR.
- González Laurino, C.; Leopold Costáble, S. López Gallego, L. y Martinis, P. (Coords.) (2013). *Los sentidos del castigo. El debate uruguayo sobre la responsabilidad en la infracción adolescente*. Montevideo, CSIC. UDELAR, Trilce.
- Jaccoud, M. (2005). Principios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa. En: *Justiça Restaurativa: coletânea de Artigos*. Ministério da Justiça; PNUD. Brasília. pp.163-186.
- Mèlich, J-C. (2009). Antropología narrativa y educación. *Teoría De La Educación*. Revista *Interuniversitaria*, 20. Recuperado de <http://revistas.usal.es/index.php/1130-3743/article/view/986/1084>
- Morás, L. E. (2016). *Los enemigos de la seguridad. Desigualdades y privación de libertad adolescente*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- Rozende Melo, E. (2005). Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais. Un ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. En: *Justiça restaurativa: coletânea de Artigos*. Ministério da Justiça. PNUD. Brasília. pp. 53-78.
- Scuro Neto, P. (2000). *A Justiça como fator de transformação de conflitos: princípios e implementação*. Disponible en: <http://restorativejustice.org/10fulltext/scuro2.pdf>

Elvira Fernández Gabard

Educadora Social. Centro de Formación y Estudios del Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay. Sub Directora Programática en el Instituto Nacional de Inclusión Social Adolescente.

Una sentencia de incontables medidas socioeducativas

El proceder de la Jueza y una aproximación a prácticas restaurativas

Resumen

El 29 de agosto del año 2017 dos adolescentes reciben sentencia por haber sido encontrados responsables de una infracción gravísima tipificada como rapiña.

El contenido del fallo es lo que se propone disgregar para comprender y examinar cuáles fueron los argumentos esgrimidos por los actores intervinientes en la audiencia de dictado de sentencia, analizando así, la solicitud de ambas Defensas, el pedido Fiscal y la fundamentación que la Jueza da a la sentencia definitiva. Y examinar qué tanto tiene, o puede haber tenido, de relación con prácticas restaurativas la sentencia impuesta.

Palabras clave: interpretación jurídica, penalidad juvenil, justicia restaurativa, Uruguay

Introducción

Mauricio y Carlos (nombres ficticios) ingresan al entonces Centro de Ingreso, Estudio, Diagnóstico y Derivación (CIEDD) del Instituto Nacional de Inclusión Social Adolescente (INISA) en fecha 1 de junio del año 2017 para cumplimiento de una medida cautelar privativa de libertad hasta el dictado de sentencia definitiva. Casi tres meses después asisten a la audiencia de dictado de sentencia con la certeza de que recibirían, al menos, doce meses de una medida socioeducativa privativa de libertad. Asisten con la certeza que les es transmitida por corresponder cuando se les informa por parte del personal técnico responsable que, al tratarse de una infracción gravísima, la medida privativa de libertad tendrá un mínimo de 12 meses de duración y se cumplirá en el Centro que INISA disponga. A su vez se puede desprender que esto era la regla para el resto de los adolescentes que compartían las instalaciones con Mauricio y Carlos.

En la audiencia de dictado de sentencia el fallo de la Sra. Jueza Letrada de 1° Instancia de 1er. Turno de la Ciudad de Carmelo, declara a ambos adolescentes, responsables en calidad de autores por el delito de rapiña.

...imponiendo como medida privativa de libertad el arresto domiciliario por el período de 16 meses con descuento de la cumplida, en un régimen de semilibertad asistida de cuatro horas diarias de lunes a viernes bajo la supervisión de educadores de INAU, institución que le brindará asistencia psicológica y orientación para su reinserción social [...] los adolescentes deberán concurrir cada 15 días a esta Sede a entrevistarse con la suscrita acompañados de referentes e informarán el avance en su formación y diseño de su proyecto de vida [...]

Razón por la que luego de culminada la audiencia de sentencia, ambos adolescentes no son conducidos nuevamente a la capital del país para dar cumplimiento a una medida socioeducativa privativa de libertad en centros de INISA, sino que son entregados a sus referentes familiares responsables para dar cumplimiento a lo anteriormente citado.

Al dar lectura entera de lo sucedido en la audiencia de sentencia se desprende cómo fue el accionar de los distintos actores implicados en la misma; los adolescentes, ambos defensores, Fiscalía y qué toma de estos la Jueza para concluir su fallo es lo que intentaremos dilucidar.

Cabe mencionar que a los seis meses de iniciado el procedimiento para ambos jóvenes se suspende el mismo por un recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

1. El Código de la Niñez y la Adolescencia para Mauricio y Carlos

Establezcamos un breve, pero necesario marco para comprender cómo debe funcionar el sistema de justicia juvenil para Mauricio y Carlos.

El Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA) es el instrumento jurídico que Uruguay sanciona (en el año 2004) para dar cumplimiento a la ratificación de

la Convención de los Derechos del Niño (CDN), sustituyendo entonces al Código del Niño (del año 1934).

El CNA define (en su Art. 1) que se entiende por adolescente a las personas mayores de trece y menores de dieciocho años de edad, así como establece que *adolescente infractor* es quien sea declarado responsable por sentencia ejecutoriada, dictada por Juez competente, como autor, coautor o cómplice de acciones u omisiones descritas como infracciones a la ley penal. En el año 2013 se aprueba la Ley N°19.055 que modifica el CNA, en relación a la infracción tipificada como rapiña, estableciendo que la medida cautelar privativa de libertad será preceptiva cuando el proceso refiera a las infracciones gravísimas, estableciendo una duración no menor a doce meses de medida socioeducativa privativa de libertad. Previamente a la aprobación de esta modificación no estaba establecido ni que para las infracciones gravísimas la medida cautelar tuviese que ser preceptivamente privativa de libertad y hasta el dictado de sentencia, ni que si el adolescente se encontrase responsable de un delito de esas características su medida debería ser una medida socioeducativa privativa de libertad y por un mínimo de doce meses de duración.

Por este motivo se podría suponer que tanto Mauricio como Carlos deberían pasar su medida cautelar en un Centro de INISA y al recibir sentencia por el delito de rapiña continuar los meses que le dicten también en la Institución.

Estas modificaciones al CNA se dan en contraposición a lo estipulado en la CDN y resto de instrumentos internacionales. De hecho, en la Observación General n°10 del Comité de los Derechos del Niño del año 2007, se exhorta a los Estados parte a reducir la prisión preventiva, en el entendido que atenta contra el principio de la presunción de inocencia que una medida cautelar sea preceptivamente privativa de libertad.

2. La audiencia de sentencia de Mauricio y Carlos

Habiendo pasado ochenta y nueve días desde la internación de ambos adolescentes en el Centro de Ingreso, Estudio, Diagnóstico y Derivación de INISA, ambos son conducidos a la Ciudad de Carmelo para el dictado de sentencia definitiva en fecha que el Juzgado había estipulado.

La audiencia se inicia preguntándole a los adolescentes cómo han pasado su estadía en el Centro de internación. Ambos, individualmente, contestan acerca de que extrañan, informando de las actividades que les ofrecen en el Centro y expresando arrepentimiento sobre la trasgresión cometida:

...yo me quiero quedar con mi familia para demostrar mis capacidades, que fue un error, que estoy arrepentido, que quiero una oportunidad. Quiero terminar 5° artístico y ser alguien [...] pasamos 23hs encerrados en una celda, de vez en cuando tenemos liceo, salimos 45

minutos nada más al patio [...] nos fuimos adaptando, hay de toda clase, nosotros somos los más tranquilos...

En un repaso del proceder de Fiscalía, Defensores y Jueza se encuentra que la Fiscalía refirió a que la conducta de los adolescentes al momento del hecho es la que se encuentra tipificada en la figura infraccional de rapiña en calidad de autores responsables, excluyendo las agravantes por no corresponder en este tipo de procesos, y entendiendo como aplicable el agravante de haber empleado arma de fuego. Fiscalía menciona que uno de los adolescentes carece de antecedentes y que el otro registra tres antecedentes por hurto. Solicita se condene a ambos adolescentes por el delito de rapiña y se les imponga una medida socioeducativa privativa de libertad de 18 meses.

Las defensas de ambos adolescentes discrepan y se oponen a lo requerido por el Ministerio Público. Ambas defensas mencionan los principios de la CDN y las medidas alternativas a la internación y hacen hincapié en que para ambos adolescentes desde los informes técnicos realizados en el Centro de INISA surge la inconveniencia de que los adolescentes permanezcan privados de libertad, por lo que solicitan que la medida sea para un adolescente el arresto domiciliario y para el otro un régimen de libertad asistida.

En las consideraciones que realiza la jueza para concluir la sentencia definitiva se encuentran varios argumentos. El primero es que expresa no corresponder computar las circunstancias agravantes, justificando esto en artículos de la CDN y de la Constitución de la República, expresando que este enfoque pretende acentuar el concepto minimizador del sistema de control socio-penal. Presenta como atenuante la confesión, la colaboración con las autoridades, la primariedad en el caso de Mauricio y el contexto y periplo vital en el caso de Carlos.

A continuación, dedica una considerable extensión a detallar los informes técnicos realizados desde el centro de privación de libertad. De estos desprende que refieren aspectos de ambas historias de vida como complejas, expresan sus características psicológicas, menciona que ambos tienen buen nivel pedagógico e interés por aprender, que ambos han trabajado en el centro de forma correcta en las actividades y talleres y que, por la conjunción de estos motivos, los informes técnicos afirman que para ambos adolescentes están dadas las condiciones para que cumplan una medida no privativa de libertad.

La jueza esgrime aludiendo al Art. 95 del CNA que la internación de un adolescente fuera de la jurisdicción de su domicilio se limitará a lo mínimo posible, y que ambos han cumplido su medida cautelar en un centro alejado de su comunidad y con una población más conflictiva y que, de acuerdo con los informes referidos no considera conveniente se mantenga la internación de los adolescentes.

Como se enuncia en la audiencia de sentencia definitiva por los distintos actores, este caso adquiere un valor necesario para sustentar el fundamento

del fallo. Los enunciados adquieren un valor, una carga, por estar afirmados por esos actores. Si bien la magistrada agrega argumentos de elaboración propia para sustentar su fallo, también dedica gran parte de su argumentación a citar lo elaborado por los técnicos de INISA. La jueza no necesariamente debe comprender cómo esos informes técnicos han sido elaborados, qué técnicas han realizados los psicólogos de la institución para arrojar sus conclusiones, ni cómo la maestra afirma sus fundamentos pedagógicos, pero confía en el discurso de estos actores. Al entender de Giddens esta conjunción de discursos técnicos, profesionales especializados en la materia que forman parte del sistema de justicia juvenil, es posible definirlos como sistemas expertos, en el entendido que son “logros técnicos o de experiencia profesional que organizan grandes áreas del entorno material y social en el que vivimos” (Giddens 1994: 37). No es de interés de la magistrada indagar en la forma de obtención de la información para la realización de los informes, ni comprender cómo el personal técnico relaciona la infracción cometida por el adolescente con su contexto de vida familiar y social. Manifiesta confianza en el sistema experto del que es parte y le es útil su contenido para la fundamentación del fallo. De hecho, la magistrada le da una de las al menos dos interpretaciones posibles, a los enunciados de los informes técnicos, que refieren, por ejemplo, a la historia de vida de Carlos. Si bien podría haber usado esta información, sobre la carencia de adultos referentes y la incurrancia en otros delitos, para justificar una medida privativa de libertad en un centro de INISA debido al riesgo social, le da el uso opuesto. La situación de Carlos de riesgo social, que no cuente con apoyo paterno, que su familia no haya podido apoyar su escolaridad ni evitar el consumo de sustancias psicoactivas, en vez de ser entendida como una amenaza y poder dotarlo de peligrosidad, se consideran atenuantes para la sentencia definitiva.

3. La Jueza en la audiencia de Mauricio y Carlos

La Jueza Letrada de la Ciudad de Carmelo efectúa un fallo en el cual corresponde detenerse. Como primera medida para mencionar que no dispone un centro adecuado en dependencias de INISA en la ciudad de origen, por lo que, en consecuencia, su fallo es, seguramente, casi que único en su contenido. Lo primero que enuncia es que dispone para ambos adolescentes una medida de privación de libertad de arresto domiciliario (medida que en el CNA no figura explícita como tal), a su vez agrega que la medida será cumplida en un régimen de libertad asistida (la libertad asistida es por sí misma una medida no privativa de libertad), y a su vez se agrega que ambos adolescentes deben concurrir a la sede a entrevistarse con la magistrada e informar sobre su formación y proyecto de vida. La confusión jurídica que conlleva esta aglutinación de medidas que conforman una misma sentencia no es lo que principalmente importa en esta instancia, pero sí refuerza la visión de que la magistrada buscó los meca-

nismos que consideró oportunos para librar a ambos adolescentes de cumplir una medida socioeducativa privativa de libertad en un centro de INISA, manifestando, por tanto, la confianza que el sistema experto le confiere, y haciendo referencia a instrumentos internacionales que no son habitualmente utilizados como primer instrumento para tomar las decisiones, por lo que dio relevancia a unos artículos del CNA para quitarle importancia a otros. “El derecho no puede y no debe ser identificado pura y simplemente con la ley descrita” enunciaba Wolkmer cuando describe al derecho como instrumento de lucha, de liberación y de defensa contra la dominación, lo que denominó positivismo jurídico de combate, y enuncia uno de sus tres frentes de lucha, el uso alternativo del derecho como la práctica interpretativa hecha por los jueces progresistas para beneficio de los sectores menos favorecidos (Wolkmer 1995: 144-146). La magistrada realiza su propia interpretación de los instrumentos jurídicos a su alcance para determinar un fallo que considera oportuno para ambos adolescentes. No resulta relevante en esta instancia conocer si la Magistrada actúa siempre bajo esta línea de pensamiento jurídico, o adjudicarle corrientes de pensamiento que le puedan resultar ajenas, sino que su fallo proporciona formas de comprensión.

Resulta posible consignar que el fallo de la magistrada, dado su contenido, es innovador, y producto de su creación, por lo que parecería ser un fallo que sale de la norma. ¿Cuál es la diferencia la interpretación jurídica que realiza esta magistrada respecto a la que realizan sus pares en iguales circunstancias?

La magistrada realiza una interpretación jurídica propia del derecho, atribuye significado a enunciados jurídicos de las fuentes del derecho (en este caso, por ejemplo, a artículos del CNA y CDN), lo que no conduce a una interpretación únicamente válida y correcta (Bardazano 2008: 42-43). Así como posteriormente le tocará al Tribunal de Apelaciones de Familia, que actúa e segunda instancia, realizar su propia interpretación del derecho al tener que pronunciarse por el recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

4. La posibilidad de prácticas restaurativas

La magistrada manifiesta en la sentencia en primera instancia que la medida impuesta es seleccionada siguiendo criterios de proporcionalidad e idoneidad,

La finalidad de las medidas es aportar en cada joven involucrado en conductas infraccionales elementos que le permitan construir ciudadanía responsable.

Este enunciado da cuenta de un aspecto que pretende con la medida a imponer. No menciona en todo el desarrollo de la audiencia la noción que implica que los adolescentes deben ser castigados por el hecho cometido. Por lo

expuesto, parecería entender el castigo como la respuesta social y política que fue construida y que se pretende representar en los instrumentos legislativos.

La magistrada toma en cuenta el relato de los adolescentes sobre las situaciones vividas en su internación cautelar para argumentar acerca la no pertinencia de su retorno a un centro privativo de libertad, aludiendo al desarraigo que esto produciría en los adolescentes. Si bien toma el saber experto del personal técnico de la Institución no adjudica a los centros de privación de libertad la misma fiabilidad, ni comparte que un proceso de internación en una institución total llevaría a buen puerto.

Si la institucionalización total genera condicionamientos negativos que deterioran a las personas institucionalizadas y además, por mucho que mejoremos las instituciones, jamás podremos suprimir totalmente estos condicionamientos y sus efectos deteriorantes, la institucionalización jamás podrá tener un efecto resocializador (Zaffaroni, 1991: 45).

La magistrada refiere entonces a la responsabilización de los adolescentes con la construcción de ciudadanía responsable, buscando por todos los caminos posibles, evitar la privación de libertad en un centro de INISA alejado de la comunidad de pertenencia de los adolescentes. Su concepción, que tiene su origen en el CNA, pero elude la reforma de la Ley N.º 19.055, se sostiene sobre la idea que, aunque la sanción que se impone pueda ser interpretada negando su carácter penal-punitivo o tomando el lado penal de la medida, es una medida socioeducativa.

Si bien queda clara su voluntad de no aplicar una medida de privación de libertad en INISA, expresando la intención de construcción de ciudadanía responsable para con los adolescentes, omite hacer mención en todo el proceso a la víctima, sobre todo, teniendo en cuenta que toma el atenuante el arrepentimiento de ambos adolescentes, y que del relato de los mismos en la audiencia surge probado que en el momento del empleo del arma de fuego para la sustracción del dinero en el local comercial el adolescente que empuñaba el arma pide en voz alta perdón por el hecho, podría haber involucrado en la conjunción de medidas de la sentencia alguna que involucre a la víctima.

El procedimiento de restauración significa cualquier proceso en el que la víctima y el ofensor y, cuando proceda, cualquier otro individuo involucrado o miembro de la comunidad afectada por el crimen, participen juntos y activamente en la resolución de los problemas nacidos del crimen, generalmente con ayuda de un facilitador (Resolución 2002/12, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas).

Esta noción del procedimiento de restauración menciona los tres aspectos significativos que deben participar en un proceso de restauración; la víctima, el ofensor y otro individuo o miembro de la comunidad afectado por el hecho. Si bien se entiende que la justicia restaurativa pretende ir paralelo al sistema actual de justicia juvenil, ya que de por sí busca ir más allá de la condena y del castigo y aborda las causas y consecuencias de las trasgresiones, por medio de formas que promuevan la responsabilidad, la curación y la justicia (Marshall, 2005), resultaría posible incorporar prácticas restaurativas a las medidas socioeducativas impuestas, como, por ejemplo, la mediación. En este sentido se entiende que la mediación contribuiría al fortalecimiento del adolescente, adicionando la concepción de responsabilidad como un acto individual que implica el entendimiento del adolescente como sujeto pleno de derecho.

Consideraciones finales

Poner en diálogo a los actores intervinientes en la audiencia de sentencia definitiva de Mauricio y Carlos, permitió ver los roles que cada cual cumple y cómo son reconocidos para la fundamentación del fallo por parte de la magistrada.

La jueza sanciona a los adolescentes por el hecho cometido, y no al hecho que cometieron los adolescentes. De haber sancionado la infracción de rapiña, el fallo hubiese sido otro, similar al propuesto por fiscalía, o similar a la mayoría del resto de las sentencias dictadas con otra interpretación jurídica.

Se debe mencionar que, si bien la magistrada hace su interpretación de la legislación en materia de penalidad juvenil para argumentar su postura, habrá que esperar el fallo del Tribunal de Apelaciones de Familia, que se expedirá al respecto por haber interpuesto recurso de inconstitucionalidad, por lo que existe la posibilidad de que el esfuerzo de la magistrada en la sentencia sea revocado por los ministros del Tribunal de Apelaciones que entiende en la materia. Por lo tanto, resta saber si el tiempo de cumplimiento de la medida impuesta, antes de que la misma se suspenda, fueron en vano, se continuará de igual forma, o pasarán a cumplir lo restante en régimen de privación de libertad en Centro de INISA.

Referencias bibliográficas

- Bardazano, G. (2009). *Literalidad y decisión. Interpretación, justificación y estado de derecho*. Montevideo, CSIC. UdelaR. Carlos Álvarez Editor.
- Castel, R. (1986) De la peligrosidad al riesgo. En: *Materiales de Sociología crítica*. Madrid, La Piqueta.
- Código de la Niñez y la Adolescencia, Uruguay, Ley 17.823 (2004).
- Giddens, A. (1994) *Consecuencias de la modernidad*. Madrid, Alianza Editorial.
- González Laurino, C. (2013). *Los discursos expertos sobre la responsabilidad en la infracción adolescente*. Montevideo, CSIC, UDELAR.
- Kennedy, D. (2010). El comportamiento estratégico en la interpretación jurídica. En: *Izquierda y derecho*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno.
- Marshall, T. (1996). *The evolution of restorative justice in Britain*. *European Journal on Criminal Policy Research*, v. 4, n. 4. Heidelberg: Springer, 1996. en Vicentin C. s/d.
- Wolkmer, A. (1995). *Sociedad civil, poder comunitario y acceso democrático a la justicia*. Disponible en: <https://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/Sociedad%20civil%20y%20poder%20comunitario.pdf>
- Zaffaroni, E. (1991). *La Filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo*, Cuadernos de la cárcel. Buenos Aires, Edición especial de Derecho Penal y Criminología de No Hay Derecho.

Leticia Claudino Gallardo

Licenciada en Trabajo Social. Facultad de Ciencias
Sociales. Universidad de la República.
Trabajadora Social en el Programa de Inserción Social
y Comunitaria del Instituto Nacional
de Inclusión Social Adolescente.

La implicación de la construcción del rol de género en la aplicación del derecho penal juvenil.

Resumen

El siguiente documento constituye un análisis cualitativo que pretende ser una aproximación en torno al tema de género y derecho penal, particularmente en base a la problematización respecto a la fantasía de la construcción objetiva de las normas jurídicas y a su aplicación igualitaria, específicamente en el campo de la penalidad juvenil y género en Uruguay. Se considera importante señalar que, al momento de hablar de selectividad penal, también debemos incorporar la perspectiva de género, principalmente por el hecho de que el derecho es una construcción de hombres para hombres lo que pone en cuestionamiento los principios democráticos en un Estado de Derecho.

Palabras clave: penalidad, género, neutralidad del derecho.

Introducción

Este artículo pretende ser un acercamiento a la reflexión en torno a la problematización del supuesto de neutralidad del derecho y su aplicación, puntualizando en la implicancia de la perspectiva de género en el comportamiento estratégico de los jueces. El mismo constituye un análisis cualitativo, tomando como fuente dos publicaciones en un medio de comunicación, el portal de noticias de Subrayado de Uruguay en el año 2016. Este análisis pretende ser una articulación teórica, de una elección de contenidos trabajados en la signatura Adolescentes Mujeres y Sistema Penal Juvenil y Los discursos expertos en la valoración de la infracción adolescente.

Para ello se atiende a lo señalado en el texto de Larrauri (1994) en cuanto a la consideración de que el derecho es una construcción androcéntrica. Como agudamente observa la autora,

«el concepto filosófico del contrato social (o la posición inicial elaborada por John Rawls, 1972) está basado en la asunción de que los legisladores racionales (o los filósofos del derecho) harán normas justas en tanto sepan que no estarán exentos de ellas sea cual sea la posición que eventualmente lleguen a ocupar en la vida. Pero los legisladores del pasado sabían que no iban a acabar siendo mujeres y eran incapaces de apreciar lo que significaba ser mujer y qué era o no relevante si efectivamente hubiesen sido mujeres (Larrauri, 1994: 7).

Teniendo presente esta concepción de la construcción de las normas jurídicas se busca visualizar su afectación en adolescente mujeres, comprendiendo los límites del alcance del análisis de un caso, se busca exponer lo ejemplarizante del caso con la intención de contribuir al análisis del derecho penal desde una perspectiva de género.

El documento se divide en cuatro apartados: En el primero se trabaja el rol del Juez y la fantasía de la neutralidad y en el segundo se aborda el género y su implicancia en la aplicación del derecho. Se pretende construir el marco teórico adecuado para el análisis en relación con los supuestos de neutralidad del juez y su conflicto de rol, en el reconocimiento de la existencia de implicancias ideológicas en la elección de soluciones a problemas jurídicos, matizado por el concepto de género, como construcción social y cultural que atraviesa la acción de los operadores jurídicos en tanto son sujetos que participan y forman parte de una sociedad y cultura determinada. El tercer apartado: «Elecciones jurídicas en base a construcciones de rol de género» constituye el análisis de cómo ejecutan su rol los jueces, y las construcciones de rol de género que se identifican, trabajado a través de la publicación de una noticia en un medio de comunicación. Por último, el cuarto apartado comprende las consideraciones

finales donde se plantean algunas interrogantes que buscan ser una invitación a profundizar en la reflexión e investigación en torno a las posibilidades de la aplicación de un derecho con perspectiva de género.

1. El rol del Juez y la fantasía de la neutralidad.

«En la justicia de acuerdo al derecho», la justicia es trascendencia, y por lo tanto inasible, mientras que el derecho es facticidad, el peso muerto del pasado, la compulsión del texto (Kennedy, 2010: 78).

En este trabajo se pretende realizar un análisis de las implicancias y mecanismos que operan en la decisión tomada por el poder judicial, en primera instancia, a través de la noticia tomada en consideración. Para este análisis es preciso exponer algunas nociones respecto a los elementos que intervienen la toma de decisiones. Particularmente se toman los aportes de Kennedy (2010), este autor analiza las actuaciones de jueces norteamericanos, ofreciendo tipologías, que no serán analizadas a los fines de este capítulo, pero si se tomaran en forma ilustrativa las tensiones que se entienden aplican para este artículo. En este sentido resulta oportuno problematizar el lugar de neutralidad que se le otorga en el imaginario social a los jueces.

A veces resulta evidente que los jueces se sienten compelidos por los materiales a alcanzar determinadas soluciones sin tomar en consideración sus propias preferencias legislativas, o incluso contra ellas. Sin embargo, siempre aspiran a generar un efecto retorico particular: el de la necesidad jurídica de sus soluciones, sin considerar la ideología. Trabajan para lograr este efecto pese a que sabemos que el comportamiento estratégico es una posibilidad inerradicable de la interpretación, entendiendo por comportamiento estratégico la elección, fundada en motivaciones externas, de trabajar para desarrollar una de las posibles soluciones del problema jurídico en cuestión, en lugar de otra (Kennedy, 2010: 28-27).

Kennedy expone claramente en su trabajo como los jueces en su toma de decisiones, aclarando que comprende todo el proceso judicial no solo el momento de sentencia, suelen seleccionar una determinada solución y posteriormente construyen los argumentos que las justifiquen. Es así como, “en cada caso, la decisión judicial funciona para asegurar ya intereses ideológicos particulares, ya intereses generales de clase de la *intelligentsia* relacionados el statu quo social y económico” (Kennedy, 2010: 29-30). En esta lógica las elecciones de los

jueces son estratégicas, esto es “decidir cómo desplegar el trabajo de investigación y razonamientos jurídicos [...]. Cualquier operador jurídico, abogado o juez puede influir en lo que el derecho «es» realizando trabajo jurídico” (Kennedy, 20010: 31).

Con lo expuesto se logra problematizar la idea de un derecho abstracto, objetivo, al que los operadores jurídicos, en particular, los jueces, alcanzan de forma objetiva, en la creencia de la posibilidad de construcciones e interpretaciones neutras del derecho en general y de la norma en particular. Si este «cielo de conceptos jurídicos» presentado por Ihering (1992: 76) no es alcanzado e interpretado clara y objetivamente por los operadores jurídicos, queda preguntar acerca de los modos y mecanismos que operan en este proceso de elección de «soluciones a problemas jurídicos». Al respecto plantea Kennedy que,

los relatores escriben proyectos de sentencia que están «orientados por el resultado», en el sentido de que el juez dicta una elección normativa, y el trabajo de los relatores es producir la mejor argumentación jurídica en su apoyo. Y los jueces mismos, cuando trabajan en salas, a menudo se encuentran en la posición de tener que producir la mejor argumentación que pueden para una elección normativa que difiere significativamente de la que estiman más acorde a la fidelidad interpretativa (Kennedy, 2010: 31).

Aquí, ya no se habla de una visión del juez como aplicador de métodos neutrales de decisiones judiciales, sino que aparece necesariamente la noción de que los resultados jurídicos devienen “de la persecución de proyectos ideológicos. Esta estrategia parece exponer la indeterminación del nivel superficial del discurso en pos de acceder al nivel «real», que es la ideología” (Kennedy, 2010: 45-46). Esto entra notoriamente en contradicción con el imaginario antes planteado respecto a las posibilidades del juez como interprete objetivo del derecho, pudiendo ser el operador jurídico consciente o no de esto, lo que llevará a que pueda vivirlo como una contradicción con su rol, y por tanto, una tensión a tener presente en su ejercicio profesional, siendo lo más saludable antes que la negación de la existencia de este conflicto.

Según mi modo de ver, un juez que vivencia el conflicto de rol «está en lo correcto», porque realmente hay un conflicto al interior de su rol, de manera que su única alternativa a la negación es reconocer que no puede hacer su trabajo de la manera en que se supone que debe hacerlo (Kennedy, 2010: 72).

Por otro lado, la exigencia de este rol tiene que ver directamente con lo que representa socialmente la figura del juez, idealmente el juez es el que aplica

la justicia. No se trata en este punto de que las personas en una sociedad no logren comprender lo subjetivo y abstracto del concepto de justicia, sino, principalmente, de una necesidad de la sociedad, para sostener el ideal de que está vertebrada por criterios justos. Aparece así, la construcción de la noción del derecho como ideal que, a pesar de ser una construcción de los hombres, es colocado en un plano fuera de la mano del hombre, precisamente, como se menciona anteriormente, es en el cielo de los conceptos jurídicos. Los jueces cumplen, en una representación de la sociedad, la función precisamente de aplicar estos conceptos, puros, neutros y principalmente justos en el imaginario.

Acertadamente Kennedy afirma que existen motivos para que el público niegue la ideología en la decisión del juez, o al menos

pueden tener un interés especial en el carácter no conflictivo del rol, en la posibilidad de que éste sea desempeñado sin que la ideología participe en el proceso de decisión.

En la noción de juzgar sin ideología surgen dos tipos de intereses: (a) la gente quiere creer en ella porque no hacerlo provocaría angustias basadas en la centralidad de los jueces en el sistema político, y (b) la gente quiere creer en ella porque la creencia satisface, a cierta distancia, desde una cierta lejanía social, una agradable fantasía sobre la posibilidad de ser en el mundo (Kennedy, 2010: 73).

El negar el conflicto del rol del juez, habilita a la sociedad la misma tranquilidad que le aporta la creencia de la existencia de un derecho igualitario, ideal, exento de los vicios del hombre, ajeno a intereses particulares y desentendido de las miserias del mundo.

2. El género y su implicancia en la aplicación del derecho

2.1 El género como construcción social

En este punto se toman los aportes de Marta Lamas (1996), quien plantea que,

el género como simbolización de la diferencia sexual, se construye culturalmente diferenciado en un conjunto de prácticas, ideas y discursos entre los que se encuentran los de la religión. [...] Los procesos de significación tejidos en el entramado de la simbolización cultural producen efectos en el imaginario de las personas (Lamas, 1996: 336).

La autora analiza como la clasificación que las sociedades realizan en torno a los sexos, es dicotómica, de hombre/mujer no constituye una realidad bioló-

gica sino, que se trata de “una realidad simbólica o cultural. Esta dicotomía se refuerza por el hecho de que casi todas las sociedades hablan y piensan binariamente, y así elaboran sus representaciones” (Lamas, 1996: 340). Esto tiene implicancias directas en las formas de pensar y actuar de las personas dependiendo del lugar que ocupen en esta clasificación.

Las representaciones sociales son construcciones simbólicas que dan atribuciones a la conducta objetiva y subjetiva de las personas. El ámbito social es, más que un territorio, un espacio simbólico definido por la imaginación, y determinante en la construcción de cada persona: la conciencia está habitada por el discurso social. Aunque la multitud de representaciones culturales de los hechos biológicos es muy grande y tiene diferentes grados de complejidad, la diferencia sexual tiene cierta persistencia fundante: trata de la fuente de nuestra imagen del mundo, en contraposición con otro. El cuerpo es la primera evidencia incontrotable de la diferencia humana (Lamas, 1996: 340).

A través de esta definición de género vemos como a partir de una diferencia biológica, la sociedad en su conjunto ha ido construyendo una diferenciación en la distribución de los roles. Partiendo de esta diferenciación biológica se han supuesto y atribuido diferencias en las capacidades de cada sexo, el hecho de nacer con determinado sexo trae una carga cultural con relación a lo que se espera, y, esta diferenciación lleva entrelazada, relaciones de poder en las que devienen relaciones de dominación, que deja a un género subordinado al otro. Esta diferenciación ya denominada como diferenciación de género se va reforzando a través de las instituciones creadas y reproducidas en base a estas lógicas androcéntricas.

Como forma de visualizar este proceso de diferenciación de género en Uruguay se considera pertinente realizar una mirada desde Barrán a la imagen de la mujer y específicamente a lo que él dio a llamar “la separación de los sexos” y la “mujer dominada”. En la época “bárbara” los sexos estaban mezclados, refiriendo a la convivencia en los espacios, situación que cambia con el disciplinamiento, acorde a las necesidades de la modernización (1860-1920). Los espacios y las prácticas de las mujeres fueron modificados, en todos los ámbitos (educación, salud, cultura, etc.) siendo muy ilustrativo de este proceso de separación de los sexos, el ejemplo tomado por Barrán de la publicación en Semanario «Rojo y Blanco», donde aparece una fotografía de la huelga de cigarreros, describiendo el autor, “hombres y niños están en la calle y las mujeres dentro del edificio del Centro Internacional, asomadas a los balcones” (Barrán, 2009: 325).

Esta creciente diferenciación operada en todos los ámbitos derivó en una diferenciación tal que, hombres y mujeres no solo se veían diferentes los unos a los otros, sino como opuestos, en algunos casos plantea el autor, como “enemi-

gos ideológicos”. Este enfrentamiento devino en una relación de dominación del hombre sobre la mujer, esa mujer, inmersa dentro del poder burgués, moldeó su sensibilidad y su conducta combinando sus características sexuales con los valores que la cultura dominante la impulsó a internalizar. De este modo la madre fue madre “abnegada”; la compañera del hombre, esposa “casta”; el biológico contacto de la mujer con el mundo de la materia y la naturaleza (la concepción), fue misterio peligroso y acechante; y la especificidad de su sexualidad, la hizo ver como araña devoradora gastadora de la “energía” masculina y del dinero del hombre, “cuajada”; “económica”, ordenada y trabajadora en el manejo de la casa; y modesta, virtuosa y púdica con su cuerpo (Barrán, 2009: 339-347).

Este concepto en cuanto al rol impuesto a la mujer permite comprender la construcción sociohistórica del rol de la mujer y del hombre esperados por la sociedad. Así se visualiza como imperan estas representaciones de género en la construcción del derecho y en la aplicación de las normas, esto es en las elecciones de soluciones de los jueces, que forma parte del componente ideológico que opera en el conflicto de rol.

La aplicación del derecho en mujeres

Teniendo presente lo planteado en el primer apartado desde los aportes de Kennedy (2010), se busca matizar el problema del supuesto de la neutralidad en la aplicación de la norma con el concepto de género. Particularmente Larrauri (1994), al momento de tratar la posibilidad de neutralidad del derecho, específicamente cuando implica a una mujer, diferencia su tratamiento en función de si se trata de un sujeto «activo», esto es acusada en la comisión de un delito, o «pasivo» cuando es víctima. Al respecto y para los intereses de este trabajo se toma de la autora las observaciones respecto a las diferencias con las que se sanciona y lo que se sanciona en cuanto se trata de un delito cuando la acusada es una mujer. En este sentido, señala la autora en su investigación que, “el tipo de faltas por el que se arresta a las chicas jóvenes sean mayormente comportamientos irregulares o inmorales («impropios de una chica»)” (Larrauri, 1994: 4).

A su vez realiza algunas puntualizaciones pertinentes frente a las argumentaciones que afirman la existencia de «caballerosidad», lo que también resulta sexista, cuando se refiere a la menor cantidad de mujeres sancionadas por el sistema penal. Puntualiza. Particularmente, en la consideración de que,

la mujer puede recibir un trato más benévolo cuando el delito o su situación personal responda a las expectativas de comportamiento femenino. Sin embargo, recibirá un trato más severo cuando el delito no sea específicamente femenino o cuando ella no se adecue a la imagen de mujer convencional (casada, con hijos, dependiente económicamente, respetable...) (Larrauri, 1994: 9).

Lo que se expone, refiere a la afectación que tiene el género en el tipo de delito que se le imputa a una mujer y la dureza de la sanción con relación a la divergencia entre su acción y el rol esperado social y culturalmente construido. Cuando de la mujer se trata, señala Larrauri, la sociedad, previo a una instancia judicial, se plantea la familia como una institución y espacio de control y modelador del comportamiento de la mujer en acuerdo con las construcciones de género vigente. Por este motivo los tribunales constituyen una instancia a la cual las mujeres llegarían cuando la familia no ha logrado este propósito, o cuando la mujer, no ha internalizado las pautas del rol asignado. Esto tiene, en sí mismo, otras consecuencias, en términos de sanción judicial, adjuntándose otra sanción no necesariamente verbalizada,

la mujer que carece del control informal representado por la familia es la que recibe todo el peso de la ley (11); ella es doblemente desviada, al haber vulnerado el código penal y el código normativo que regula los comportamientos adecuados a cada género. Y es que, como ya afirmara Lombroso, «por ser una doble excepción —individual y social—, la mujer criminal es un monstruo» (Larrauri, 1994: 9).

Esto trae aparejado también significaciones que tiene para una mujer o un hombre la sanción de la privación de libertad, no por cuestiones biológicas, sino, justamente, por las construcciones sociales de género, que deviene en particularidades en las características de los centros de privación de libertad, el trato, las propuestas de «reinserción», la continuidad de los vínculos afectivos durante el tiempo de privación de libertad. Todo esto explica cómo “la cárcel es de por sí una pena más severa para la mujer” (Larrauri, 1994: 14). Se entiende de esta manera que,

el sistema penal, en su trato a las mujeres, es un reflejo de la posición social, aún subordinada, de las mujeres; en este sentido, no crea las diferencias, pero se recrea en ellas. (Larrauri, 1994: 16).

De esta manera podemos atender la perspectiva de género como mediación a considerar en la contemplación de la ideología que atraviesa no solo al derecho, sino a los jueces, y por tanto variable que interviene en su comportamiento estratégico.

3. Elecciones jurídicas en base a construcciones de rol de género

Habiendo realizado una síntesis en relación con el comportamiento estratégico de los jueces, a su conflicto del rol, lo que requiere de una comprensión crítica respecto a la fantasía de neutralidad del derecho y particularmente de las decisiones de los jueces y en referencia a las construcciones de género, se

pretende visualizar, cómo operan estas lógicas a través del análisis de un caso expuesto en los medios de comunicación. Se toma así, la presentación en el portal de *Subrayado*, el seguimiento de una noticia de 2016 sobre la imputación de un delito de homicidio a una adolescente. En dos días este portal expone la noticia con un sentido y una orientación. Las formas de denominar resultan ilustrativas de los roles que se pretenden construir, particularmente de lo que se espera socialmente de una mujer, una mujer adolescente.

En lo que sigue se expone lo publicado en el portal de noticia, omitiendo datos que pueden resultar irrelevantes para los fines de este documento, pero que podrían significar una exposición de la adolescente, lo que resulta contrario a los intereses de quien suscribe, ya que lo que se busca es identificar y problematizar las nociones de género que subyacen en la noticia y sus implicancias para quien se le imputa el delito. El lector podrá incluso sumar más reflexiones acerca de esta noticia ya que se presentan una multiplicidad de líneas de análisis de las cuales solo se abordarán los elementos referidos al comportamiento estratégico del juez, atravesado por sus construcciones de género, así como los otros enjuiciamientos no jurídicos.

Noticia 1 Titular: *“Policía (...) investiga caso de feto sin vida encontrado en un baño.”*

Cuerpo de la noticia:

El feto, de 8 meses de gestación, fue encontrado sin vida en el baño junto a su madre, en circunstancias que la policía busca aclarar. [...] En las últimas horas, un feto de 8 meses de gestación fue encontrado muerto en un baño. Según la información primaria, una joven de 17 años dio a luz en ese lugar, donde ambos fueron encontrados por un familiar. Personal de Policía Técnica trabaja en la escena, para determinar las circunstancias en las que murió la criatura (Subrayado 1).

2° noticia Titular: *“Joven de 17 años a INAU por homicidio de una beba [...]”*

Cuerpo de la noticia:

Las otras siete personas que fueron indagadas quedaron en libertad. De todos modos, continuarán las actuaciones. La Justicia [...] dispuso el inicio de un procedimiento infraccional por homicidio con sus agravantes a la adolescente de 17 años que mató a su beba recién nacida [...]. La beba falleció por ahogamiento. Un familiar encontró a la joven y al cuerpo sin vida de la niña en el baño y posteriormente llamaron a la Policía. La menor fue internada en un establecimiento de INAU con medidas de seguridad mientras que las otras siete personas que fueron indagadas por el caso quedaron en libertad (Subrayado 2).

Si bien, no constituye cometido de este trabajo el análisis de los medios como productores y reproductores de sentido, se toma este portal justamente como ventana de acceso a las acciones del sistema penal. Resulta inevitable de todos modos, señalar como se van modificando las expresiones, en relación a la referencia a la adolescente a partir del momento en que se conoce el hecho que deviene en un problema jurídico a resolver, y luego de la actuación del juez, disponiendo las medidas de privación preventiva, durante el proceso judicial, esto quiere decir, que se está bajo el principio de presunción de inocencia establecido en el artículo 74 del Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA).

El proceso judicial otorga a los medios así construir otros sentidos a un mismo hecho, así, se pasa de hablar de «feto sin vida», a hablar del «homicidio de una beba», lo que lleva a que los medios desconozcan, sin plantearlo en términos de ingenuidad, el principio de presunción de inocencia, para decretar antes que exista el fallo judicial final, que «mató a su beba recién nacida». Por lo expuesto, se pone en conocimiento que se trata de una adolescente que parió en un baño, que las condiciones de esa situación, es sometida a proceso de investigación, y que se somete a privación de libertad preventiva. También es posible reconocer la indagación de terceras personas, que no son privadas de libertad, pero de quienes no se aportan mayores datos, quiénes son, qué es lo que las coloca en carácter de indagados. Se observa, entonces la decisión de los operadores jurídicos de la de privar de libertad, en forma preventiva, a la adolescente, por lo que es posible inferir la existencia de un estado de vulnerabilidad por el contexto de haber parido en un baño.

Sin contar con las resoluciones escritas de la actuación del sistema penal, a través de la noticia es posible acceder, en forma incipiente, pero ilustrativa, a la construcción de género que atraviesa estas decisiones. Puede que no importen las otras personas indagadas porque ya hay un culpable que satisface las necesidades del público. Se trata de una adolescente mujer, una mujer que «dio a luz», que «mato a su beba». Ella doblemente desviada, tomando los aportes de Larrauri, ya declarada por los medios de comunicación como homicida, y por el sistema judicial también, ya que el establecer la privación de libertad preventiva parece y tiene que ver más con un principio de aplicación de la solución judicial, una sentencia no escrita mientras transita el tiempo de la construcción de la argumentación y sin consecuencias para una investigación que parecería saldada. También le corre la otra sanción, la que desde el inicio de la indagación policial se aplica, la correspondiente a la falta cometida contra los normas culturales y sociales respecto al rol construido de género. La sanción por no ser mujer casta, madre, dadora de cuidado. Principalmente, la sanción, por sobre todas las cosas, por negarse al rol más demandado socialmente a las mujeres, el de la reproducción.

El juez pudo tomar determinado material jurídico, como lo referido en el artículo 74, respecto a los derechos y garantías del procedimiento (CNA), para pro-

poner, por ejemplo, prisión domiciliaria durante el período de investigación, atendiendo por ejemplo a la situación de vulnerabilidad, o esperar a despejar el hecho de estar en estado de shock. Incluso los criterios biológicos aquí si tienen lugar, considerando la objetividad de una situación de parto y los efectos físicos y emocionales, problematizado aún más en las condiciones que se da el parto. Esta elección de orientación en la decisión del juez se corresponde con lo planteado por Kennedy en relación con la falsa creencia de la neutralidad de los jueces y la afectación que tiene para las mujeres expuestas al sistema penal frente al atravesamiento de las construcciones de género que en estos opera, habilitando la reproducción de estos estereotipos que colocan a la mujer en un lugar de desventaja y vulnerabilidad al sistema penal.

Consideraciones finales

A través de la noticia presentada, es posible problematizar como el público accede a través de esta ventana —los medios de comunicación—, a la fantasía de la existencia de un derecho neutral, y al supuesto equívoco de que en el accionar de los jueces no existen conflicto de rol, lo cual refuerza que los principios en los que se fundamentan las soluciones: son objetivos, por tanto, verdades absolutas, aportando como plantea Kennedy, tranquilidad al público. Para este caso, las construcciones de género que se asignan a partir de la diferenciación dicotómica de los sexos, a través de la cual se le confieren roles estereotipados a hombres y mujeres, operan en estas decisiones y aparecen, al igual que el derecho, como cuestiones objetivas neutrales. Se evita así, el pensar que la ley no funciona como abstracto alejado al cual se accede objetivamente, la aplicación del derecho. Por el contrario, el acceso público a la ley está sujeto y mediado, necesariamente, por la subjetividad, por construcciones androcéntricas. Por otro lado, se abren interrogantes respecto a la necesidad de incorporar la perspectiva de género en los operadores jurídicos, así como el reconocimiento de la existencia de estas construcciones de roles estereotipados en la toma de sus decisiones, pero esta interrogante puede llevar incluso a la pregunta sobre las posibilidades de asumir esta tarea en un derecho construido por hombres, entre tanto la pregunta que se toma aquí como principal es ¿existe en materia de derecho la posibilidad de deconstruir criterios androcéntricos?

Referencias bibliográficas

- Barrán, J. (2009). *Historia de la sensibilidad en el Uruguay*. Montevideo, Ediciones de la Banda Oriental.
- Lamas, M. (1996). El género. La construcción cultural de la diferencia sexual. Uso, dificultades y posibilidades de la categoría «género». México, Programa Universitario de Estudios de Género. pp. 327-366. Recuperado de http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/practicas_profesionales/825_rol_psicologo/material/descargas/unidad_2/optativa/usos_dificultades_posibilidades_genero.pdf
- Ihering, R. (1992). *Jurisprudencia en broma y en serio. Los fundamentos de la ciencia del hombre*. Buenos Aires, CEDAL. pp. 76-84.
- Kennedy, D. (2010). *El comportamiento estratégico en la interpretación jurídica*. En: Izquierda y derecho. Buenos Aires, Siglo Veintiuno.
- Larrauri, E. (Ed.) (1994). *Mujeres, Derecho penal y criminología*. Madrid, Siglo Veintiuno.

Fuentes documentales

- Ley N.º 17.823 (2004) Código de la Niñez y la Adolescencia.
- Subrayado 1. Recuperado de <https://www.subrayado.com.uy/policia-rocha-investiga-caso-feto-vida-encontrado-un-bano-n53458>
- Subrayado 2. Recuperado de <https://www.subrayado.com.uy/joven-17-anos-inau-homicidio-una-beba-rocha-n53521>

Presentación de la Coordinación del Diploma en penalidad juvenil

Carolina González Laurino. Doctora en Sociología y Ciencias Políticas, opción Sociología. Universidad de Deusto. Licenciada en Sociología y en Trabajo Social, Universidad de la República (UDELAR). Investigadora activa del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) de la Agencia Nacional de Investigación e Innovación (ANII).

Correo electrónico: carolina.gonzalez@cienciassociales.edu.uy.

Sandra Leopold Costáble. Doctora en Ciencias Sociales, con especialización en Trabajo Social. Universidad de la República (UDELAR). Magister en Trabajo Social. Universidad Federal de Río de Janeiro y UDELAR. Especialista en Políticas Sociales, Asistente Social, UDELAR. Investigadora activa del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) de la Agencia Nacional de Investigación e Innovación (ANII).

Correo electrónico: carolina.gonzalez@cienciassociales.edu.uy.

Coordinadoras del Grupo de Estudios sobre infracción adolescente, CSIC y del Diploma en penalidad juvenil del Departamento de Trabajo Social de la Facultad de Ciencias Sociales de la UDELAR. Docentes e investigadoras en Régimen de Dedicación total del Departamento de Trabajo Social de la Facultad de Ciencias Sociales de la UDELAR.

Asistente de la Coordinación del Diploma en penalidad juvenil

Daniel Fessler. Doctorando en Historia, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación (FHCE), Universidad de la República (UDELAR). Magister en Ciencias Humanas, opción Historia Rioplatense, FHCE, UDELAR. Licenciado en Historia, FHCE, UDELAR. Investigador activo del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) de la Agencia Nacional de Investigación e Innovación (ANII).

Correo electrónico: danfessler@gmail.com

Presentación de los docentes del Módulo Intervenciones profesionales

Daniel Díaz (Facultad de Derecho, Universidad de la República). Magíster en Derechos de Infancia y Políticas Públicas, (Udelar). Maestrando en Sociología Jurídica, Facultad de Derecho Universidad Nacional de La Plata Argentina (UNLP). Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Docente Asistente en el Instituto de Sociología Jurídica de la Facultad de Derecho (Udelar). Director de la Unidad de Sumarios del Instituto Nacional de Inclusión Social Adolescente.

Correo electrónico: dandiven@gmail.com

Raquel Galeotti (Facultad de Psicología, Universidad de la República). Doctoranda en Psicología (Facultad de Psicología. Magíster en Derechos de Infancia y Políticas Públicas (2012) por Universidad de la República (Udelar)- UNICEF. Licenciada en Psicología (1997) por la Facultad de Psicología de la Universidad de la República (Udelar). Perito Psicóloga en Instituto Técnico Forense del Poder Judicial. Docente Asistente en Programa Psicología y Derechos Humanos del Instituto Psicología y Salud de la Facultad de Psicología de la Udelar.

Correo electrónico: raquelgaleotti@gmail.com

Carolina González Laurino (Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de la República). Doctora en Sociología y Ciencias Políticas (opción Sociología) por la Universidad de Deusto, España. Licenciada en Sociología egresada de la Universidad de la República (Udelar). Licenciada en Trabajo Social por la Udelar. Docente e investigadora del Departamento de Trabajo Social de la Facultad de Ciencias Sociales de la Udelar. Editora de la revista *Fronteras*. Investigadora activa del Sistema Nacional de Investigadores de la Agencia Nacional de Investigación e Innovación (ANII). Co-coordinadora del Programa de estudio sobre control socio jurídico de infancia y adolescencia en Uruguay. Estudios sobre infracción adolescente financiado por la Comisión Sectorial del Investigación Científica (CSIC) de la Universidad de la República en el período 2015-2019.

Correo electrónico: carolina.gonzalez@cienciassociales.edu.uy.

Laura López Gallego (Facultad de Psicología, Universidad de la República). Doctora en Psicología Social (2016) por la Universidad Autónoma de Barcelona. Magíster en Psicología Social (2006) por el Departamento de Psicología Social de la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB). Licenciada en Psicología

(2000) por la Facultad de Psicología de la Universidad de la República (Udelar). Docente e investigadora del Instituto de Psicología Social de la Facultad de Psicología de la Udelar. Investigadora activa del Sistema Nacional de Investigadores de la ANII. Trabaja líneas de investigación que vinculan género, sistemas penales juveniles y prácticas psi.

Correo electrónico: lauralopezuy@hotmail.com

Maria Cristina G. Vicentin (Pontificia Universidad de San Pablo). Doctora en Psicología Clínica en la Pontificia Universidad de San Pablo, Magister en Psicología Social en la Pontificia Universidad de San Pablo, Licenciada en Psicología en la Pontificia Universidad de San Pablo. Coordinadora del Programa de Reorientación profesional en salud y del Programa para el Trabajo en Salud y Salud Mental. Consultora en políticas públicas para la infancia, asistencia social y derechos humanos. Líneas de investigación: procesos de subjetivación y formas jurídicas, dispositivos clínico-institucionales en salud mental y subjetivación.

Correo electrónico: cristinavicentin@gmail.com

