

XIII Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología. XXVIII Jornadas de Investigación. XVII Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. III Encuentro de Investigación de Terapia Ocupacional. III Encuentro de Musicoterapia. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2021.

El sujeto de la pena en el derecho y la psicología: de la relación desmentida a la articulación estructural.

Rojas Breu, Gabriela.

Cita:

Rojas Breu, Gabriela (2021). *El sujeto de la pena en el derecho y la psicología: de la relación desmentida a la articulación estructural*. XIII Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología. XXVIII Jornadas de Investigación. XVII Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. III Encuentro de Investigación de Terapia Ocupacional. III Encuentro de Musicoterapia. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-012/884>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/even/zxp>

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

EL SUJETO DE LA PENA EN EL DERECHO Y LA PSICOLOGÍA: DE LA RELACIÓN DESMENTIDA A LA ARTICULACIÓN ESTRUCTURAL

Rojas Breu, Gabriela

Universidad de Buenos Aires. Facultad de Psicología. Buenos Aires, Argentina.

RESUMEN

La sanción penal formulada en los términos de la pena privativa de la libertad comporta una respuesta coactiva por parte de un agente estatal que interpela a un sujeto en su condición de responsable y, por tanto, punible. En este sentido, se impone la pregunta acerca de la función que cumple la pena y el derecho penal y qué sujeto destinatario define en su formulación. Del relevamiento de fuentes normativas y bibliográficas se desprenden diversas funciones en las que insiste un riesgo: el ostracismo del sujeto que es negado tanto por lecturas positivistas que se resisten al desalojo como por perspectivas críticas que lesionan la responsabilidad subjetiva para desplazarla a la estructura social y a la agencia judicial. La importancia de rescatar y preservar la dimensión subjetiva funda la motivación de este trabajo que ubica en las coordenadas antedichas la relevancia de recuperar una función alternativa del derecho aliada a un enfoque psicoanalítico: la función clínica del derecho.

Palabras clave

Criminología - Prisión - Vulnerabilidad - Función clínica del derecho

ABSTRACT

THE SUBJECT OF PENALTY IN LAW AND PSYCHOLOGY: FROM THE DISMISSED RELATIONSHIP TO THE STRUCTURAL JOINT

The criminal sanction formulated under the terms of the custodial sentence involves a coercive response by a state agent who challenges a subject in his capacity as responsible and, therefore, punishable. In this sense, the question is imposed about the function that the penalty and criminal law fulfill and which recipient is defined in its formulation. The survey of normative and bibliographic sources gives rise to various functions in which a risk insists: the ostracism of the subject that is denied both by positivist readings that resist eviction and by critical perspectives that damage subjective responsibility to displace it to the social structure and the judicial agency. The importance of rescuing and preserving the subjective dimension founds the motivation for this work, which locates in the aforementioned coordinates the relevance of recovering an alternative function of law allied to a psychoanalytic approach: the clinical function of law.

Keywords

Criminology - Prison - Vulnerability - Clinical role of law

Introducción

La sanción penal formulada en los términos de la pena privativa de la libertad comporta una respuesta coactiva por parte de un agente estatal que interpela a un sujeto en su condición de responsable y, por tanto, punible. En este sentido, se impone la pregunta de qué función cumple la pena y, junto a ella, el derecho penal. Pues según sus delimitaciones posibles se desprenderán consideraciones particulares para el sujeto interpelado aprehendido en clave correctiva, preventiva, ejemplificadora, o, incluso, en su condición de vulnerable. Diversas funciones del derecho y de la pena acuden a estos nombres: la prevención especial, la prevención general, la resocialización, la clínica de la vulnerabilidad. Ahora bien, la pregunta problema que se impone se puede formular en los sujetos términos: ¿qué sujeto penalmente responsable concibe el derecho penal y una de sus operacionalizaciones posibles, la pena? Al respecto, podemos anticipar aquí que el sujeto, en su condición de responsable, se ve recurrentemente amenazado con el ostracismo en el marco de una maniobra que, paradójicamente, procura su reinserción social.

Metodología

El trabajo se inscribe en un marco de coordenadas que incluyen los aportes del derecho penal, de la criminología y de la Psicología Jurídica entre sus referencias teóricas. El tipo de diseño será de carácter descriptivo e interpretativo. Las categorías de investigación serán de exclusivo alcance cualitativo, al tiempo que los procedimientos consistirán en el relevamiento de fuentes documentales y la revisión bibliográfica que permitan operar un movimiento de conceptualización teórica.

El sujeto de la pena en la normativa y la criminología aplicada

El primer recorte que debe hacerse en este punto obedece a la delimitación respecto de qué sujetos son capaces de soportar el reproche jurídico que gesta la pena. En tal sentido, el artículo 34 en su inciso primero del Código Penal de la Nación definirá por exclusión a aquellos sujetos punibles. Esto obliga a pensar en la articulación entre responsabilidad penal y culpabilidad: si

nos circunscribimos a la línea finalista, la doctrina referente a la teoría del Delito *ubica a la responsabilidad como efecto de la culpabilidad*: sólo será penalmente responsable quien haya sido considerado culpable. La responsabilidad es pensada como capacidad de respuesta por una culpabilidad y, por tanto, de soportar el reproche jurídico. La consideración de la culpabilidad es previa a la responsabilidad de un sujeto respecto de una acción (Zaffaroni, 2000). Por lo tanto, para analizar la responsabilidad es imperioso remitirse a la noción de culpabilidad y al elemento que la explica: el reproche jurídico. ¿Y cómo se responde a dicho reproche? Mediante la pena. De esta manera, la teoría referida incluye la subjetividad en clave de culpabilidad. *Esto distingue la regulación jurídica actual con la que operara conforme los criterios de la Escuela Clásica de Derecho Penal. Esta escuela introduce garantías que instalan a la ley positiva en tanto invariable no especularizable ni degradable, referencia ajena y universal libre del capricho del ejecutivo toda vez que es gestada por el poder legislativo y aplicada por el judicial. Sin embargo, estas garantías comportan un partenaire: la libre voluntad del autor del crimen. La doctrina actual y el corpus normativo introducen entonces la subjetividad interrogando dicha hipostasis del libre arbitrio pero, en términos de Zaffaroni (2005), para sumar garantías que limiten la criminalización y no para abonar criterios solidarios a la peligrosidad pre-delictual de corte positivista.*

*Ahora bien, considerado punible, el sujeto se ve interpelado por la pena. ¿Y qué espera la pena de él? Según el artículo primero de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (Ley 27.375/17), se espera que el/la interno/a condenado/a, a través de la pena entendida como tratamiento interdisciplinario adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta. ¿Qué sujeto se presupone? ¿Uno que no tiene la capacidad aún de respetar la ley? ¿De comprenderla? Vuelve la letra del artículo 34 inciso primero del Código Penal y se instalan dudas. Lo cierto es que la letra de aquel artículo concibe al sujeto de la pena como incapaz: incapaz de operar conforme a la ley, de comprenderla y de dimensionar el aspecto valorativo de su acto (en tanto grave). La pena se asume ahora con sesgo punitivo en tanto sanción pero esto es desmentido por la reaparición de una palabra expulsada otrora, la *rehabilitación*. Así, este artículo introduce una vacilación entre el *control* y la *sanción*, por un lado, y la patologización, por el otro. Pues al tiempo que establece lo supra citado, agrega que la pena debe procurar la *adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto*. De esta manera, el tratamiento interdisciplinario tendrá por fin sancionar, controlar, rehabilitar a un sujeto incapaz al momento de ser condenado pero no en la instancia previa que tiene por misión juzgarlo.*

Y el tratamiento penitenciario consiste en el abordaje integral de múltiples áreas tales como la educación, el trabajo, la salud psicofísica, la vinculación social, la seguridad interna (observan-

cia de las normas). La valoración de estas áreas se traducirán en el pronóstico de reinserción social, sin que en el mismo se contemple la pregunta del sujeto por su propio acto. Incluso en la actualidad, estas preguntas que pueden derivar en variables vinculadas a la culpa o al arrepentimiento estarían vedadas por criterios normativos explícitos. Por lo tanto, la *objetivación* de los avances en la Progresividad del Régimen Penitenciario niega la subjetivación del crimen y de la pena de manera explícita. ¿Desmentida posible del primer artículo de la ley supra citada? Es dable destacar, asimismo, que a estos criterios normativos se los acompaña en los últimos años de forma centralizada y generalizada a nivel institucional con referencias teóricas inscriptas en la *criminología aplicada*. El Modelo de riesgo, necesidad y responsividad es ejemplo de esto (Andrews & Bonta, 2009). Dentro de este modelo, se identifican factores de riesgo dinámicos y estáticos, pero en ningún caso se piensa en términos clínicos y estructurales considerando que valor y función tuvo el hecho para su autor. El delito parece ser considerado expresión de una problemática explicada por diversos factores, sin atender al mismo en términos específicos. El modelo de desistimiento (Maruna, 2001; Farrall, 2002; Laub & Sampson, 2003) impera en la actualidad, alojando en su seno variables conductuales, identitarias y sociales. Sin embargo, en la práctica actual prima la consideración de los factores protectores y se niega la posibilidad de interrogar por el hecho que traccionó al sujeto a su pena en clave de subjetividad. Por lo tanto, ¿cuál será la función del derecho desde la perspectiva normativa e institucional? La respuesta se demora en aparecer dado que contradicciones y desmentidas la integran. Sin embargo, sí es posible advertir que sea una función protésica en la línea de la rehabilitación, el control, la sanción o sea en la línea del modelo de riesgo, pareciera que el delito puede ser expropiado a su propio autor degradando, quizás, la función de sanción a la de punición.

En suma, desde el punto de vista normativo el fin de la pena es solidario de la prevención especial positiva y la prevención general al tiempo que sostiene el principio de resocialización y reedita, en su sesgo patologizante dado por el modelo de la rehabilitación, la concepción positivista del delincuente en tanto ser diferencial al que hay que corregir mediante el tratamiento penitenciario. El sesgo positivista, atenuado en su aspecto determinista, se niega a abandonar el escenario criminológico ahora reciclado por discursos que niegan su determinismo. Desde el punto de vista institucional, la responsabilidad subjetiva vuelve a encontrar el desalojo toda vez que los abordajes tratamientos no implican al sujeto en su pregunta por el delito. Contrariamente, la normativa interna actual explícita la exclusión de la misma. En este sentido, la pena es algo que se enuncia normativamente en determinado sentido para operacionalizarse institucionalmente en otro distinto: y en este deslizamiento, se licúa el sujeto que es discutido por interlocutores que, en aras de procurar su reinserción, terminan por excluirlo.

Nueva criminología: el sujeto vulnerable y la función limitante del derecho

La nueva criminología constituye un discurso que en la voz de agentes jurídicos de contralor dialogan con aquellos que ejecutan la pena en las unidades carcelarias. Ahora bien, la misma aloja una heterogeneidad discursiva que encuentra en un elemento estructural la clave para su delimitación conjunta: la la visibilización y el cuestionamiento del poder. En efecto, la nueva criminología va a centrar el objeto de la criminología ya no en el sujeto ni en su acto, sino en el sistema penal y la reacción social: “la criminología extiende su ámbito al “sistema penal” (...) y, en definitiva la íntima conexión con el poder. De la criminología centrada en la conducta criminal se pasó a la llamada criminología de la reacción social”. (Zaffaroni, 2003: 8). En este sentido, el delito no puede ser divorciado de su inscripción macrosocial dado que desde allí se define al tiempo que convoca a “un saber cuya delimitación epistemológica se produce por efecto de una ligación a una columna vertebral, que es el sistema penal y su operatividad” (Zaffaroni, 2003: 19). Y con este deslizamiento, se diluye la posibilidad de pensar en términos de responsabilidad subjetiva: contrariamente, la responsabilidad va a recaer ya no en el autor del acto delictivo, sino en el autor de su selección y de la reacción penal. En la agencia judicial.

En consonancia, es dable anticipar que el derecho penal tendrá por función limitar la violencia intrínseca a la vinculación pena/poder, violencia negada y legitimada por el modelo de ciencia positiva que opone con su asepsia las formulaciones que desmienten esta vinculación (Anitúa, 2005).

En este sentido, es inadmisibles considerar la criminalidad por fuera del discurso jurídico: el crimen es un comportamiento definido por el derecho, lo que desmiente el determinismo y la consideración del delincuente como un individuo diferente (Baratta, A, 2004: 22). El crimen, entonces, es efecto del derecho. Y el derecho es efecto de la política toda vez que opera cristalizando estructuras sociales y reproduciendo relaciones económicas en el marco de un determinado orden normativo de base estatal. La selección y construcción de este orden y el ejercicio de la autoridad son objeto de la política: el principio de uniformidad y la conservación coactiva revelan este origen (Rojas Breu, 2020). Este componente coercitivo, monopolio legítimo del poder estatal, sostiene y habilita el derecho que preserva la integridad de dicho poder estatal (Heller, 1992) y a su vez este está garantizado externamente por dicha coacción.

Ahora bien, si el orden social es político y de él se desprenden las diversas desviaciones tipificadas como delito, una conclusión se impone: la pena no es sino un hecho político: “La pena no es más que un hecho de poder y la teorización en torno de la misma no pasa de ser una tentativa legitimante de todo el ejercicio del poder penal” (Zaffaroni, R., 2012: 282). En tal sentido, si la pena es un hecho político, su fundamento va estar en la desigualdad que pretenda asistir, lo cual otorga al sistema penal un lugar privilegiado en de una operatoria selectiva y reproduc-

tora de violencia. Por lo tanto, el derecho legítimo deberá asumir una función limitante toda vez que es quien puede reducir la violencia y selectividad del sistema penal. Y para esto emplea insumos teóricos soportados en la *clínica de la vulnerabilidad*. Según la misma, la culpabilidad normativa, esto es, el reproche personalizado, vacila en estado crítico al advertir la deslegitimación del poder del sistema penal. La reproducción de la violencia y la selectividad de este sistema neutraliza este reproche, pues un juicio de reproche desigual está vacío de todo contenido ético (Zaffaroni, 2012: 265-270). De esta manera, la culpabilidad por el injusto cede terreno a la vulnerabilidad, entendida esta como el riesgo a ser seleccionado por el sistema penal. La clínica de la vulnerabilidad pasa así a integrar la culpabilidad por la vulnerabilidad que tiene por finalidad aumentar la capacidad de filtro de la agencia judicial (Zaffaroni, R., 2012: 270-281).

En este esquema, si el crimen es un hecho definido políticamente, la posibilidad de reproche a quien es seleccionado por su condición de vulnerabilidad no es legítima por lo que la respuesta penal carecerá de ética. En tal sentido, ¿quién asume la responsabilidad? Pues bien, lo será la agencia judicial. Y no solo en términos etimológicos, pues es quien responde ante el injusto, sino también en términos más profundos, pues si el poder ejercido por el sistema penal es ilegítimo, el imputado no tiene por qué responder legítimamente: “La responsabilidad es de la agencia judicial que debe responder ante el procesado y ante la comunidad, dando cuenta de la forma en que ejerce o administra su reducida cuota de poder limitador” (2012: 271). Huelga subrayar la función del derecho desde esta perspectiva: limitar la violencia del sistema penal aspirando a la etización del derecho penal. Ahora bien, en esta limitación ejercida y asumida desde coordenadas éticas se le expropia al imputado su capacidad de respuesta.

La pena subjetivable y la función clínica del derecho

De lo expuesto se desprende que la dimensión subjetiva ve recurrentemente amenaza su integridad en manos de una malla discursiva universalizante con sede en el discurso del derecho y en las referencias criminológicas asociadas. La hipóstasis del libre albedrío sostenida por la escuela clásica dando lugar a la responsabilidad moral (Baratta, 2004), el determinismo positivista, los postulados de la criminología aplicada y los de la nueva criminología dan cuenta de esto. Por tal motivo, la referencia a la *función clínica del derecho* es inexorable y relevante toda vez que en su universal inherente a su propia lógica discursiva no deja de alojar la dimensión subjetiva. Es desde esta función que se pueden articular formulaciones vinculadas a la función estructurante de la ley en el sujeto, la subjetivación de la falta mediante la culpa y el valor de la pena en esta red conceptual compleja. Desde este marco, se habilitan andariveles centrales para develar los nexos íntimos y estructurales entre la ley y la subjetividad, considerando que el impacto de una en otra da lugar a elementos de estructura. El sujeto implicado en su acto

desalojará aquí al individuo peligroso, al clásico dueño de sus actos y al vulnerable por condición. Contrariamente, asistimos aquí a un sujeto que no es ajeno a la causalidad psíquica que lo conmina a ser responsable: "...esa misma causalidad psíquica indica que el hombre es responsable de la posible deliberación (...), ya que no puede dejar de interrogarse por la implicación e involucración que le cabe en cada uno de sus actos" (Gérez Ambertin, M., 2006: 48). Por lo tanto, el acto no puede pensarse por fuera del sujeto al que cifra y la pena será una instancia de deliberación para que el sujeto subjetive su acto. En efecto, la responsabilidad no es sino un movimiento de deliberación respecto a esta implicación. De esta manera, la función clínica del derecho va a hacer lugar a la interpelación del sujeto a través de su falta para que la pena, en su valor de sanción, convoque a dicha deliberación: se piensa, entonces, en términos de sujeto implicado en su acto y humanizado en su responsabilidad.

Por tal motivo, la función clínica del derecho se cumple al operar una articulación entre el acto delictivo y su respectiva reacción penal en clave de implicación subjetiva, lo que permite que advenga la subjetivación de la sanción penal en relación con el acto: "de esta manera la subjetividad inscribe una articulación entre su falta y lo que señala la ley" (Gérez Ambertin, M., 2006: 52). La pena, entonces, será el vector que permita inscribir la articulación entre la lesión y la ley. En este sentido, es elocuente la distinción entre *sanción penal* y *castigo*, siendo imperioso subrayar la imposibilidad de operar deslizamientos de sentido en este aspecto: la penalización debe pensarse como espacio e instancia en la cual el sujeto interpelado por la legalidad *objetivice y subjetivice su falta* (Varela O, Rojas Breu, 2021). Si el penado no logra la subjetivación de la falta, la pena carece de sentido y se degradación a la condición de capricho:

Se trata, entonces, de subjetivar el crimen, asumir la responsabilidad consecuente y la pena que corresponde, de tal modo el reo sutura (...) su relación con el marco social en el que vive encontrando a partir de ello el verdadero sentido de la pena (Sarrulle, O., 2006: 35-36).

El derecho, desde este enfoque, encuentra en la pena la instancia que permita reponer el lazo del sujeto con el tejido social que lo convierte en culpable, es decir, que le permita inscribirse a partir de la culpa en el marco social que lo sanciona. Desde esta perspectiva, el delito será un acto objetivo y tipificado que cifra una verdad subjetiva cuya deliberación encuentra un soporte en la pena. La responsabilidad penal, entonces, debe traccionar a la *responsabilidad subjetiva* para que la pena tenga sentido. El reproche recaerá sobre el infractor pero para restar consistencia a este rótulo y habilitar la deliberación que revele la implicación del sujeto (Varela O., Rojas Breu, G., 2021). De esta manera, el derecho encuentra en lo universal la necesidad de habilitar un espacio y un tiempo de detención para hacer lugar a la elaboración de aquello que causa un padecimiento subjetivo cifrado en el delito, no expropiable al sujeto. La función clínica del derecho, en suma, va preservar el

lazo estructural entre la ley y el sujeto en términos de responsabilidad subjetiva instalando y preservando la subjetividad allí donde la norma, el estereotipo y el imperativo universalizan.

Conclusiones

La pena responde a funciones prescriptas en la normativa y en su denuncia crítica: prevención especial, general, promoción de la reinserción social, disminución de vulnerabilidad. Sin embargo, en ellas se resta el sujeto que gesta su invención. En tal sentido, ¿cómo pensar la reinserción del mismo cuando la misma respuesta penal, que no es sino social en su esencia, lo excluye desde sus propias formulaciones? La psicología jurídica en su desafío por alojar la dimensión subjetiva encuentra eco en la función clínica del derecho al momento de considerar la pena: pues la verdadera reinserción social solo es posible cuando se habilita el movimiento subjetivo de aquel que en su acto es incluido por la ley que habilita el lazo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Andrews, D. A. & Bonta, J. (1994). *The psychology of criminal conduct* [La psicología de la conducta delictiva]. (1ª ed.). Anderson.
- Anitua, G.I. (2005). *Historia de los pensamientos criminológicos*. Ed. Del Puerto.
- Baratta, A. (2004). *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico penal*. Siglo XXI.
- Farrall, S. (2002). *Rethinking What Works with Offenders: Probation, Social Context and Desistance from Crime* [Repensar lo que funciona con los delincuentes: libertad condicional, contexto social y desistimiento del crimen]. Willan Publishing.
- Gerez Ambertin, M. (Ed.). (2006). *Culpa, responsabilidad y castigo*. (Vol. 1). Letra Viva.
- Heller H. (1992). *Teoría del Estado*. FCE.
- Laub, J., y Sampson, R. (2003). *Shared Beginnings, Divergent Lives: Delinquent Boys to Age Seventy* [Comienzos compartidos. Vidas divergentes: jóvenes delincuentes hasta los setenta años]. Harvard University Press.
- Maruna, S. (2001). *Making Good* [Haciendo buenos]. American Psychological Association.
- Rojas Breu, G. (2020). Criminología del acto, política o de autor: las fórmulas de la sinécdoque y el imperativo de integración [Trabajo libre]. *XII Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología. XXVII Jornadas de Investigación. XVI Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR.. Facultad de Psicología - UBA*. Buenos Aires, Argentina.
- <https://www.aacademica.org/000-007/865>
- Sarrulle, O. (2006) El sentido de la pena en el derecho penal argentino. La culpabilidad en el derecho. En M. Gérez Ambertin (Ed.). *Culpa, responsabilidad y castigo*. Vol. 1 (pp. 31 -36). Letra Viva.
- Varela, O.H., Rojas Breu, G. (2021). Acerca de la responsabilidad penal: reconstrucción y sistematización de sus acepciones teórico-conceptuales en el campo de la criminología. *Revista Constructos Criminológicos* (en revisión).



Zaffaroni, E., Slokar, A. y Alagia, A. (2000). *Derecho Penal. Parte General*. Ediar.

Zaffaroni, E. R. (2003). *Criminología: aproximación de un margen*. Bogotá: Editorial Temis.

Zaffaroni, E. R. (2005). *En busca de las penas perdidas (Deslegitimación y dogmática jurídico-penal)*. Ediar.

Zaffaroni, E. (2012). *Estructura básica del derecho penal*. Ediar.