

APORTES DE LA PSICOLOGÍA JURÍDICA AL DEVENIR DE LA NOCIÓN DE INIMPUTABILIDAD Y NO PUNIBILIDAD

CONTRIBUTIONS OF LEGAL PSYCHOLOGY TO THE EVOLUTION OF THE NOTION OF INIMPUTABILITY AND NON-PUNISHABILITY

de la Iglesia, Matilde; Rojas Breu, Gabriela¹

RESUMEN

Desde la Cátedra II de Psicología Jurídica, a cargo del Profesor Osvaldo Varela, Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires, con el patrocinio de la Secretaría de Ciencia y Técnica de la misma casa de estudios, se efectúa una reflexión que involucra múltiples variables en tensión permanente. Así, el presente trabajo responde a la necesidad, siempre inagotable, de abordar constructos que habitan el entrecruzamiento discursivo que soporta la Psicología Jurídica. En el marco de un proceso permanente de construcción/de-construcción centrado en la práctica profesional de la mentada especialidad, se focaliza en la práctica de la Psicología Jurídica en el ámbito tribunalicio, puntualmente en el fuero penal. Para este fin, se aborda la concepción de delito desde la teoría finalista del delito y sus implicancias para las valoraciones de variables subjetivas en un campo semántico signado por el dominio de lo universal. De esta manera, se analiza particularmente el artículo 34 inciso primero del Código Penal Argentino al tiempo que se debate su inscripción en el derecho penal de acto con la asistencia de líneas conceptuales aportadas por algunas consideraciones históricas ineludibles.

Palabras clave:

Psicología Jurídica, Imputabilidad, No punibilidad, Salud Mental.

ABSTRACT

From the Chair II of Legal Psychology, in charge of Professor Osvaldo Varela, Faculty of Psychology, University of Buenos Aires, with the sponsorship of the Secretary of Science and Technology of the same house of studies, we carry out a reflection that involves multiple variables in tension permanent. So, the present work responds to the always inexhaustible need to address constructs that inhabit the discursive intertwining that legal psychology supports. Within the framework of a permanent construction/de-construction process focused on the professional practice of the mentioned specialty, we will focus on the practice of legal psychology in the court environment, specifically in the criminal jurisdiction. To this end, the conception of crime will be addressed from the ultimate theory of crime and its implications for the assessments of subjective variables in a semantic field marked by the domain of the universal. In this way, article 34, first paragraph of the Argentine Criminal Code will be analyzed, while its inscription in the criminal law of the act will be debated with the assistance of conceptual lines provided by some unavoidable historical considerations.

Keywords:

Legal Psychology, Imputability, Non-punishability, Mental Health.

¹Universidad de Buenos Aires (UBA), Facultad de Psicología, Instituto de Investigaciones. Email: matdelai@yahoo.com.ar

INTRODUCCIÓN

El presente escrito se fundamenta en los desarrollos que se han realizado desde la Cátedra II de Psicología Jurídica, a cargo del Profesor Osvaldo Varela, de la Facultad de Psicología, de la Universidad de Buenos Aires, con el patrocinio de la Secretaría de Ciencia y Técnica de esta universidad. El trabajo que se realiza implica un proceso permanente de construcción/de-construcción centrado en la práctica profesional de la psicología jurídica, en sus diversos ámbitos de inserción profesional, así como en sus objetos de estudio e intervención, objetos susceptibles de ser caracterizados como complejos y dinámicos, en permanente tensión respecto de la arquitectura psicosocial. En esta ocasión se focaliza en la práctica de la psicología jurídica en el ámbito tribunalicio, puntualmente en el fuero penal, lo que implica atender a la intersección compleja y en tensión de dos discursos en muchos puntos divergentes, el del derecho y el de la psicología.

En tal marco de referencia, resulta necesario recordar qué se entiende por delito, para ello se recurre a la teoría del delito (Varela *et al.*: 2020, 2017). Dicha teoría, abordada desde la corriente finalista del derecho penal, está compuesta por aspectos positivos y aspectos negativos que se irán evaluando de manera estratificada. Aspectos positivos; conducta, típica, antijurídica, culpable. Aspectos negativos; ausencia de conducta, atipicidad, antijuricidad, inculpabilidad (Varela *et al.*: 2020, 2017; Zaffaroni, 1998).

El estudio de los mencionados aspectos, en su articulación con el artículo 34 del Código Penal de la República Argentina, determina la punibilidad, en tanto capacidad de reproche jurídico que se le puede hacer a una persona. La punibilidad implica que una persona posee la capacidad para comprender la criminalidad de sus actos, así como la voluntad para dirigir sus acciones (Varela *et al.*, 2017). En otros términos, imputar a una persona una acción es hacerla penalmente responsable de ella, por lo que la persona debe ser *libre* y estar en pleno dominio de sus actos al decidir si realiza u omite una determinada conducta. Lo expuesto implica atravesar las nociones de *inimputabilidad* y *no punibilidad*, conceptos solidarios, pero no equiparables. Asimismo, se efectúa una articulación con la Ley 26.657 (2010), Ley Nacional de Salud Mental, en pos de resaltar cuestiones ligadas al derecho a la protección de la salud mental y sus especificaciones respecto de los casos que abarcan la internación, en tanto medida curativa, en el marco del inciso primero del artículo 34 del Código Penal. Este punto resulta significativo considerando que desde 1921 dicho inciso no ha sido modificado en su contenido más allá de su letra.

También, se establecen las diferencias teóricas, que devienen en consecuencias prácticas, en lo referente al derecho penal de autor y el derecho penal de acto, toda vez que, el artículo 34 y la mentada teoría del delito incorporan el tema en sus análisis.

Se asiste en la actualidad a sucesivas solicitudes del conjunto social que pueden propiciar modificaciones en el ordenamiento jurídico positivo, por tanto, se impone una reflexión permanente desde la academia, incluyendo, entre otras, por ejemplo, lecturas transversales en clave histó-

ricosocial derivadas de la identificación de las distintas escuelas penales. La importancia de este recorte se desprende del impacto en sus protagonistas, en sus vidas, en una temporalidad que incluye pasado, presente y futuro.

METODOLOGÍA

La modalidad de investigación con la que se trabaja responde a los lineamientos del paradigma cualitativo. En tal marco se destaca la importancia de comprender los procesos históricosociales desde el lugar en que los propios actores significan los mismos. Perspectiva, esta, que contribuye a la comprensión de la cultura institucional a partir de su base simbólica y su incidencia en las dimensiones de la praxis humana. Se parte de una concepción de la persona como sujeto social, como autor y artífice del mundo, con la capacidad de otorgar sentido a su hacer y de crear, a través de sus actos individuales y colectivos, nuevas formas de relación con el ambiente y con los otros. Se entiende que todo producto de este sujeto social, acciones, pensamientos, sentimientos, formas de vincularse, además de la producción de bienes materiales son fruto de una labor colectiva, de una forma de vida en común, en un tiempo y espacio determinado. Proceso de carácter histórico/social/cultural/institucional que responde a un continuo *ir* y *venir* en la construcción siempre parcial, inacabada, del objeto de estudio.

El paradigma de la complejidad (Morin, 1994), al que se adhiere, impone reparar en las múltiples relaciones del entramado histórico/cultural que intervienen en la relación entre el investigador y el objeto de estudio, la institución patrocinante, las teorías y marcos referenciales, los pares y la sociedad de la que se es producto y productor (Lourau, 1989). Tal implicación involucra someter, permanentemente, al proceso de investigación a un análisis reflexivo (Guber, 2001), considerando la vigilancia epistemológica en el campo de las ciencias sociales como un compromiso ineludible del investigador (Bourdieu *et al.*, 2004).

El trabajo se sostiene en un diseño exploratorio-descriptivo, fundado en la posibilidad de la construcción del conocimiento y el abordaje de las instituciones que, se desarrollan a partir de las propias significaciones construidas en cada momento histórico/social/cultural, como ya se ha señalado. A tal fin se efectúa un rastreo bibliográfico y documental, así como normativo, inscripto en un despliegue reflexivo y crítico, con la asistencia ineludible de algunas consideraciones claves en materia de historia. En consecuencia, se puede decir que se realiza una labor arqueológica (Foucault, 1970), complementada con un análisis relativo a lo discursivo y a sus significaciones implícitas, para un análisis hermenéutico, y otro relativo al papel que ese discurso desempeña en el contexto social en que se inserta el escrito, para consideraciones biopolíticas (Foucault, 2007). Estos aspectos descansan respectivamente en tres dimensiones que a la vez delimitan y extienden la soberanía de la investigación marco de este escrito, histórico-genealógica, simbólico-imaginaria e institucional-organizacional. El campo semántico descripto deja por fuera otras variables intrínsecas en la materia que encuentran asilo en múltiples producciones y exceden el interés del presente artículo, sin que por ello se desconozca su relevancia.

PSICOLOGÍA JURÍDICA

El marco teórico de referencia de este escrito lo constituyen los desarrollos teórico-prácticos de la psicología jurídica, entendida como el entrecruzamiento discursivo del derecho y la psicología mediatizados por una demanda del Estado. Desarrollos que remiten a un campo de fuerzas en permanente movimiento, encarnadas, dichas fuerzas, en lo discursivo, lo comunicacional, así como en lo metadiscursivo y metacomunicacional. En tal sentido, las nociones de tiempo y espacio resultan fundamentales ya que solo a partir de las propias significaciones construidas en cada momento sociohistórico es que se podrá efectuar una comprensión del entramado significativo de ese momento y estimar de qué maneras esas significaciones intervienen en la construcción de la subjetividad de quienes son sus miembros, con la particularidad de que son a la vez quienes construyen dichas significaciones (de la Iglesia *et al.*, 2023). El despliegue de la psicología jurídica, en sus diversos ámbitos de inserción profesional da como resultado una práctica singular según los diversos contextos institucional. En el caso del presente escrito la práctica reviste características periciales ya que el ámbito de referencia es el tribunalicio y como su palabra lo indica refiere a la práctica de los tribunales. El desempeño de tal rol está previsto por la Ley de Ejercicio Profesional de la Psicología (Ley 23.277/1995) toda vez que, en su artículo 2°, establece que, se considera ejercicio profesional de la psicología a la aplicación y/o indicación de teorías, métodos, recursos, procedimientos y/o técnicas específicas en la emisión, evaluación, expedición, presentación de certificaciones, consultas, asesoramiento, estudios, consejos, informes, dictámenes y *peritajes*. Es decir que en el ámbito tribunalicio el psicólogo realiza peritajes, aunque los mismos adquieren particularidades distintivas según los distintos fueros. Tal distinción abarca desde cuestiones procesales y aspectos inherentes al rol (tipos de perito) hasta las temáticas que serán interrogadas en cada caso y las operaciones técnicas asociadas.

El Código Procesal Penal de nuestro país, en su artículo 253 establece que el juez podrá ordenar pericias siempre que le resulte necesario para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia respecto de una causa, para ello convocará especialistas en alguna ciencia, arte o técnica. En tal fuero, en términos generales, se dirimen cuestiones ligadas a la pertinencia o no de una sanción penal ante determinados hechos tipificados como delitos y el perito psicólogo es interpelado, por ejemplo, a responder interrogantes vinculados con el autor del delito, con la víctima y las circunstancias del hecho. Algunos de tales interrogantes se pueden derivar de la letra del artículo 34 inciso primero del Código Penal toda vez que, una pregunta, harto representativa de este fuero y nodal para la determinación respecto de si el autor de un hecho tipificado como delito puede o no soportar el reproche jurídico, consiste en determinar la capacidad de comprensión de la criminalidad del acto y la voluntad en la dirección de las acciones, conforme a derecho al momento del hecho. Cabe agregar que, lo concluido en la prueba pericial psicológica no es vinculante, descansando la facultad de concluir al respecto en la sana crítica e íntima convicción del juez (de la Iglesia *et al.*, 2020).

LA TEORÍA DEL DELITO

La teoría del delito cumple un rol fundamental en lo sociojurídico en tanto establece un criterio interpretativo de la norma jurídico penal, con la finalidad de delimitar el comportamiento de los actores sociales, en un tiempo y espacio determinado, conforme a los alcances normativos del tipo penal. Asimismo, se impone como metodología lógica y deductiva dirigida a limitar la arbitrariedad judicial y como mecanismo que garantiza un principio básico, el de igualdad, en una sociedad democrática. En un estado de derecho, el derecho penal tiene como cometido proteger los intereses sociales, tanto individuales como colectivos, considerados indispensables para asegurar una participación activa en la vida política y jurídica de la sociedad. Asimismo, vale la reiteración, se constituye en un medio preventivo, en un sentido disuasorio, motivando a los actores sociales a fin de que se abstengan de realizar conductas que afecten los bienes jurídicos, de no ser así, los que se aparten de la norma de conducta establecida, recibirán una sanción penal (Peña Cabrera Freyre, 2007, citado por Montes Huapaya, 2014). La teoría del delito establece fronteras respecto de aquellas conductas que pueden ser penadas, simultáneamente, establece los elementos concurrentes para que un hecho sea punible, es decir que refiere a cuáles son las características que debe tener una conducta para que pueda ser alcanzada por una pena.

La teoría del delito surge hacia finales del siglo XIX, en Alemania, tras la promulgación del código penal de 1871, bajo las conceptualizaciones de autores como Franz Ritter von Liszt, Ernst Ludwig von Beling y otros, pertenecientes a la corriente del causalismo positivista, pudiendo ser definido, el sistema causalista, como un sistema penal cerrado a cualquier valoración jurídicocultural o políticocriminal (Montes Huapaya, 2014). Esta corriente encuentra fundamento en los desarrollos de la Escuela Criminológica Positivista, la cual alcanzó su mayor adelanto de la mano de científicos de la talla de Ezechia Marco Lombroso -conocido bajo el seudónimo de César Lombroso- (1835-1909), el médico Enrico Ferri (1856-1929), el sociólogo Raffaele Garófalo (1851-1934), el jurista y el quizás menos conocido, en nuestras latitudes, Giulio Fioretti, así como de otro jurista, el austríaco Franz von Liszt ya referido (de la Iglesia & Varela, 2018).

Pero tal perspectiva, habría resultado insuficiente para explicar los fenómenos abordados. Así irían surgiendo diferentes posiciones, el neokantismo y la escuela neoclásica posibilitó la incorporación de un punto de vista axiológico a la teoría posibilitando un avance con relación al esquema clásico (Vega, 2011). En este marco el análisis de los fenómenos sociales, como el delito, requiere tener en cuenta valores y normas, en tal sentido las significaciones sociales adquieren relevancia. No obstante, resulta claro que la valoración de una interpretación conlleva un riesgo, que el intérprete sustituya los valores de la Constitución y de la Ley por su personal escala axiológica (Fernández Carrasquilla, 2002, citado por Vega, 2011). De todos modos, es dable decir que, los desarrollos neoclásicos allanaron el camino a la teoría finalista de la acción de Hans Welzel (1904-1977). El concepto, concepción o sistema finalista de delito creado por Welzel, a partir de los años 40 del siglo XX, parte del

concepto final de acción como conducta guiada por la finalidad. Se propicia así el ingreso al universo de lo subjetivo, partiendo de la premisa de que la conducta o accionar del hombre conlleva una finalidad, que el mismo tuvo en mira al desplegar su conducta (Varela *et al*: 2020, 2017).

La teoría del delito es una parte de la ciencia del derecho penal que se encarga de estudiar el fenómeno social que es la base de todo su andamiaje, centro de todo el sistema penal, el delito. Se trata de una teoría de imputación, se ocupa de considerar cómo una acción que lesiona o pone en riesgo un bien jurídico debe ser imputada a quien la realizó o a quien omitió realizarla. En tal marco, se considera conducta/acción a todo actuar que sea dirigido por la voluntad de quien lo realiza, por tanto, sólo las acciones humanas pueden constituirse en la base de la responsabilidad penal, culpabilidad (Varela *et al*: 2020, 2017). Y será a la psicología jurídica a quien acudirá el derecho en la búsqueda de un aporte científico especializado para la comprensión de las conductas asociadas a lo delictivo.

Téngase presente que cada elemento de los aspectos negativos de la teoría del delito se encuentra englobado dentro de las causales del artículo 34 del Código Penal. Si bien el desarrollo de la teoría del delito, en lo concerniente a sus aspectos positivos y negativos, no remite a los fines del presente escrito, resulta menester señalarlos y encuadrar en ellos la relación con el mencionado articulado del código penal ya que constituye el marco de la práctica pericial del psicólogo en fuero penal. Al estudiar el estatuto de un delito se toma en cuenta primero la conducta/acción, que sea típica y antijurídica, y luego al autor a fin de establecer la posibilidad de que sea reprochable su proceder. De este modo, de alguna manera, se anticipa aquello que luego se aborda en este escrito, y que ya fue enunciado, que remite al derecho penal de acto y de autor respectivamente.

Al enunciar que el delito es una conducta típica antijurídica y culpable estamos identificando los aspectos positivos que se desprenden de la mentada teoría. En efecto, esta teoría permitirá al jurista conceptualizar una determinada acción en términos penales. Ahora bien, en este punto conviene precisar cada uno de estos aspectos de la teoría del delito que lleven a confirmar la existencia de un delito o bien, afirmar lo contrario, es decir la ausencia o justificación del delito, a partir de los aspectos negativos.

La conducta en derecho penal consiste en una acción exteriorizada agenciada con voluntad por parte de una persona. Esto implica la vigencia de la voluntad, solidaria de una ejecución conducente a una meta. De esta manera, si esta dimensión (la voluntad) estuviera ausente, no es posible hablar de conducta en el derecho penal. Es decir, la involuntariedad determina *ausencia de conducta* en el sentido penal, primer aspecto negativo de la teoría del delito. ¿En qué casos puede haber una acción que no sea considerada conducta en el sentido penal? En casos en los que la motivación se deba a una fuerza física irresistible o se ejecute en estados de inconsciencia.

Ahora bien, ¿cualquier conducta es justiciable? No, debe ser típica, es decir, encuadrarse en un tipo penal, lo cual implica la vigencia del principio de legalidad. La tipicidad involucra diversas aristas cifrables en los siguientes tér-

minos: 1) Puede sancionarse la comisión de una acción prohibida (tipo activo) o la omisión de una conducta (tipo omisivo); 2) la conducta implica la representación del resultado y la voluntad e intención de producción del mismo (tipo doloso), o no implica intención de generar resultado sino que se incurre en violación del deber de cuidado (tipo culposos), o hay representación del resultado pero sin intencionalidad (dolo eventual); 3) Requieren de otras normas para ser interpretados (tipos abiertos) o no (tipos cerrados). La atipicidad se presenta en caso de error de tipo, el error de tipo psíquicamente condicionado y atipicidad conglobante. Sin intención de detenerse en este punto, es dable mencionar que el perito psicólogo podrá contribuir a dilucidar si variables psíquicas o psicopatológicas se encuentran involucradas en un resultado típico a partir de un supuesto erróneo (vg, producto de una alucinación).

La antijuricidad radica en lesionar el orden normativo sin causa que lo justifique. Su aspecto negativo se advierte en casos de legítima defensa, estados de necesidad y el legítimo ejercicio de un derecho.

Habiendo considerado la existencia de un injusto penal (conducta típica y antijurídica), se abre paso a la pregunta por la culpabilidad, centrada en el reproche. Es en este punto en el que la figura del perito, experto en salud mental, se apronta en el campo jurídico al servicio de identificar las aristas de la responsabilidad. ¿Qué es la culpabilidad desde el discurso jurídico? Es un juicio de reproche que tiene por función vincular al autor con su acto en clave de responsabilidad. La imputabilidad es su presupuesto (pero, claramente, no equiparable) toda vez que entiende que dicho reproche puede ser atribuido a determinada conducta. De esta manera, al servicio de la precisión, puede afirmarse que la *imputabilidad es la capacidad de culpabilidad*, es decir, *de soportar el reproche jurídico*. ¿Y cuáles son las condiciones para que alguien alcance esta capacidad? Poder actuar conforme a derecho. Esto se operacionaliza en dos ejes, poder motivarse en la norma y dirigir la acción conforme a la misma, lo que implica poseer capacidad para la comprensión de la criminalidad del acto y de autodeterminarse en la ejecución de una acción. Se entiende que este aspecto, entonces, descansa en variables propias del autor (sus condiciones obrantes al momento del hecho) y ya no del acto, pero siempre en relación a este. Si estas condiciones afectan la comprensión del carácter antijurídico del acto o la posibilidad de autodeterminación se estará en el campo de la inculpabilidad.

Ahora bien, es necesario abordar el artículo 34 del Código Penal toda vez que en él se establecen de forma exhaustiva quiénes no podrán ser penados por la comisión de un injusto penal.

ARTÍCULO 34, INCISO 1º, CÓDIGO PENAL

A continuación, se citará y comentará el inciso 1 del artículo 34 del Código Penal de la República Argentina, respecto de quienes no son punibles. Se pondrá atención en el hecho de que, tal consideración demanda el ejercicio de la práctica pericial, éste, implica para el perito psicólogo, en términos amplios, la evaluación del estado de salud mental de una persona. Dicha práctica, muchas veces, refiere a un

hacer conjunto (psicología y psiquiatría) bajo la modalidad de junta interdisciplinaria. Por otra parte, vale comentar que es necesario contar con el consentimiento informado de la persona que será evaluada, sin tal consentimiento, conforme a derecho, no es posible realizar la pericia.

No son punibles:

“El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que se absuelve a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se compruebe la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso.”

Este inciso implica una conjugación de elementos que refieren a aspectos jurídicos, psiquiátricos y psicológicos, en consecuencia, amerita una interrelación con la Ley Nacional de Salud Mental, (26.657/2010) y su decreto reglamentario (603/2013). Al hacerlo, dada la vigencia de ambos referentes legislativos, se estará efectuando una lectura a la luz de nociones y paradigmas que no existían al momento de la redacción del Código Penal, pero, en simultaneidad se evidencia que, ni aún frente al despliegue legislativo, tanto nacional como internacional en materia de derechos, resultan conmovibles determinadas líneas de pensamiento asentada en la criminología positivista lombrosiana (de la Iglesia & Varela, 2018).

Cabe considerar que, ante un conflicto entre ambas normas o superposición de objetos, la Ley 26.657/2010 debería primar por sobre la letra del Código Penal. Lo expuesto se desprende de la consideración de que el derecho a la protección de la salud mental, en los términos de la mencionada ley (artículo 2) remite a los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, adoptado por la Asamblea General en su resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991. Asimismo, la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud, para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud, del 14 de noviembre de 1990, y los Principios de Brasilia Rectores para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas, del 9 de noviembre de 1990.

La insuficiencia de las facultades mentales

Conforme a los postulados de la 10ª Conferencia Mundial de Promoción de la Salud (OMS, 2021), la deficiencia mental es definida como un trastorno fundado en la presencia de un desarrollo mental incompleto o detenido, caracterizado,

principalmente, por el deterioro de las funciones concretas de cada época del desarrollo y que contribuyen al nivel global de la inteligencia. Incluye, tal trastorno, las funciones cognitivas, las del lenguaje, las motrices y las de socialización; asimismo señala la OMS (2021) que, en estos casos la adaptación al ambiente está siempre afectada.

La deficiencia mental / retardo mental / retraso mental, remite a una afección que se diagnostica antes de los 18 años de edad y supone que quien la padece presenta un funcionamiento intelectual que se ubica por debajo del promedio. Es posible establecer distintos grados de deterioro a partir del retraso mental, desde el retardo leve o límite hasta el retardo con profundo deterioro. La disminución de la capacidad de aprendizaje y la persistencia del comportamiento infantil constituyen algunos indicadores del retardo mental. Las oligofrenias, en sus tres formas, según la profundidad del trastorno, son las entidades clínicas que se abordan respecto a la insuficiencia de las facultades mentales. Sus formas son la idiocia, la imbecilidad y la debilidad mental, según los lineamientos de Cabello (1982). En el origen de la descripción efectuada aparecen anomalías cromosómicas, genéticas o metabólicas, infecciones (como la toxoplasmosis congénita, la encefalitis o la meningitis), la desnutrición, los traumatismos y la exposición intrauterina a las anfetaminas, cocaína u otras drogas (Gardey, 2012). Por otro lado, vale mencionar, la existencia de *seudo cuadros*, es decir la presencia en una persona de una serie de síntomas similares a los referidos pero que no comparten la misma génesis; en tal sentido, el basamento de las limitaciones sería de otro orden, por privaciones varias, falta de estimulación, educación, oportunidades de desarrollo, etc. En estos casos se trataría de personas que no han logrado desplegar la funcionalidad de sus capacidades o han perdido dicha aptitud. La relevancia jurídico-penal de la insuficiencia intelectual estará condicionada al impacto que esta tenga en la capacidad de comprensión de la criminalidad del acto y dirección de las acciones en la persona que la padece (Rinaldoni, 2012). El perito en la evaluación de este ítem, por ejemplo, para la determinación del grado de desarrollo del nivel intelectual, debe recurrir a toda la información disponible biopsicosocial, incluyendo las manifestaciones clínicas y los hallazgos psicométricos.

Las alteraciones morbosas

Las alteraciones morbosas remiten, directamente, a la noción de enfermedad e implican un deterioro mental altamente significativo y/o un proceso de desintegración de la personalidad. Las alteraciones morbosas incluyen, en general, las psicosis en sus distintos tipos clínicos (esquizofrenia, paranoia, manía y melancolía), se suman las psicosis exógenas u orgánicas, es decir aquellas que pueden ser atribuidas a una alteración somática que afecte directamente al cerebro o que, afectando importantes órganos o sistemas funcionales terminen repercutiendo sobre la función cerebral. Por otro lado, se pueden ubicar algunos cuadros de neurosis graves, en tanto sus efectos sean equiparables a los de las psicosis, en tal sentido el perito deberá evaluar la pérdida del sentido o del juicio de realidad, o su deterioro en gradientes que interfieran mar-

cadamente con la introspección y la capacidad para afrontar las demandas de la vida diaria o mantener un contacto adecuado con la realidad. Los conceptos anteriores se pueden encontrar en las dos grandes nosografías actuales sobre enfermedades mentales, el DSM-V y la CIE-11.

Las alteraciones morbosas no deben en modo alguno entenderse como simples sinónimos de enajenación o alienación mental, sino de manera más amplia, comprensiva tanto de las enfermedades mentales rigurosamente delimitadas y descritas por las clasificaciones psiquiátricas, como por otros estados o situaciones que, como las neuropatías y aun las formas más graves entre las denominadas personalidades o constituciones psicopáticas, en las cuales puede, en circunstancias excepcionales, verse excluida la capacidad de comprender la criminalidad del acto o la posibilidad de dirigir su conducta (Rinaldoni, 2012). Cabe agregar que las psicopatías representan un problema complejo puesto que no afectan la inteligencia ni la voluntad, sino sólo la afectividad de la persona y desde dicha afectación la conducta. Sin embargo, hay autores que ubican alteración de la comprensión en su dimensión valorativa, lo que tracciona posiciones que fundan ricos debates y referencias inexorables para el perito psicólogo (Barbero y Salduna, 2009).

Los estados de inconsciencia

Los estados de inconsciencia remiten a una perturbación profunda de la conciencia, de carácter transitorio, la más de las veces. La psiquiatría dinámica entiende que la conciencia se vincula con la organización de la experiencia sensible actual, aludiendo al funcionamiento integral del aparato psíquico, sin desconocer la estructura biológica sobre la que se asientan diversas funciones. Considérese que, en condiciones normales la conciencia presenta lucidez y claridad, pero en determinadas circunstancias esa claridad puede debilitarse, desde una mínima turbiedad hasta la falta absoluta de conciencia. Dentro de los trastornos deficitarios de la conciencia se ubican la obnubilación de la conciencia (el grado extremo de obnubilación es el coma), el estrechamiento del campo de la conciencia, los estados crepusculares, los trastornos productivos de la conciencia, la expansión o exaltación de la conciencia y los estados oniroides entre otros:

“El estado de inconsciencia consiste en el desconocimiento, la irreflexión y la ignorancia, con predominio de lo instintivo y de los automatismos. Es la ausencia del juicio crítico de realidad, de intencionalidad, de trascendencia, de memoria de lo acontecido, de conexión con el mundo, de sentido común, así como de orientación del yo respecto de las vivencias y de lo vivenciado, y ausencia de un “darse cuenta de”.” (Silva, 2012, pp.20)

Un estado de inconsciencia puede ser el producto de un estado de ebriedad completa o darse en una ausencia epiléptica o en una intoxicación aguda por drogas o en una demencia avanzada. En la evaluación pericial de dichos estados, la cual siempre resulta retrospectiva (al momento de los hechos), la evaluación de la memoria ocupa un lugar significativo.

La afectación de la conciencia es un elemento que debidamente evaluada e informada podrá brindarle sustento a un juez para fundar el eximir de responsabilidad penal a una persona, siempre y cuando le impida comprender la criminalidad del acto o se vea afectada la facultad de dirigir su conducta. Vale aclarar que esta perturbación de la conciencia deberá ser accidental o fortuita, puesto que si tal estado ha sido generado intencionalmente serán de aplicación los principios de la *actio libera in causa* (acto libre por su propia causa).

El error o la ignorancia

El error remite a la falsa noción que se tiene sobre algo mientras que la ignorancia al desconocimiento, es decir que la ignorancia se caracteriza por la carencia total de conocimiento sobre una cosa, mientras que el error supone conocimientos equivocados. El error al que hace referencia este artículo tiene una función eliminatoria, pues declama la no punibilidad de aquellas personas que desconozcan la naturaleza de la criminalidad del acto (Varela *et al*, 2017). Ahora bien, ¿esto admite intervención pericial? Conviene afirmar que el juez dará lugar a esta intervención cuando encuentre elementos que lastimen su convicción. Los ejes siguientes son elocuentes al respecto.

Comprensión de la criminalidad del acto

La persona comprenderá la criminalidad de su acto, si sabe lo que hace y comprende el significado disvalioso del mismo. Dicha comprensión no significa sólo entender o conocer en un sentido racional o intelectual, sino que implica también vivenciar los valores: “(...) exige algo mucho más que una intuición sensible o intelectual: requiere una intuición emocional que supone adscribir cálida y emocionalmente al valor, que es, en definitiva, lo que insufla carácter delictivo al acto” (Frías Caballero, 1991:909/910). Justamente este rasgo puede verse comprometido en la psicopatía (Barbero y Salduna, 2009).

Dirigir las acciones

Una persona estará imposibilitada de dirigir sus acciones, cuando se vea impedida de gobernar su conducta o autodeterminarse, no obstante haber comprendido la criminalidad del acto. La autodeterminación refiere a la capacidad de control y de adaptación de la propia conducta a una situación en base a valores y/u objetivos. Hace referencia a la capacidad que tiene una persona para asumir la responsabilidad de sus actos desde el componente volitivo. La voluntad ocupa un papel protagónico en el domo de la conducta, pero hay ocasiones en las que no se pueden contrarrestar pulsiones/impulsos, es decir no puede efectuarse la inhibición de los mismos. ¿Por qué una persona puede responder involuntariamente? Puede ser por la existencia de una patología con sustrato orgánico y/o psíquico, compulsiones y/o impulsiones; o bien podría verse excluida la capacidad de control sobre la conducta en ciertos estados de embriaguez o en el curso de un síndrome de abstinencia, en los casos de dependencia a una sustancia tóxica.

Algunas observaciones sobre la función del perito psi

Tal como se enunciara *ut supra*, al perito se le demanda que pueda determinar si *al momento del hecho* el autor pudo motivarse en la norma y autodeterminarse. Esto supone reconstruir una escena pasada con indicadores actuales que permitan extraer la condición subjetiva del autor en los mentados términos. No obstante, es imperioso precisar un matiz conceptual, la imputabilidad o inimputabilidad no es un rasgo del autor del injusto sino una condición de la conducta. Esto obliga a repensar críticamente las lecturas positivistas que suponen la existencia de variables psicopatológicas determinantes y conclusivas. La capacidad de comprensión del sentido antijurídico del acto y de dirigir las acciones se desprenderán de indicadores y observables que no admiten divorcio del testimonio actual respecto a una escena pasada, allí donde el campo teórico cabalga con la práctica profesional de forma renovada en la fórmula del caso por caso. De esta manera, el mentado testimonio deberá aportar los insumos para trazar las coordenadas en las que se produjo el injusto penal y valorar el compromiso subjetivo implicado en el mismo. Las consideraciones psicopatológicas *per se* no son insumo determinante para considerar la capacidad del reproche jurídico. Afirmar lo contrario es permitir el retorno de un positivismo que debiera mantenerse en el ostracismo.

Articulación con la Ley 26.657 (2010) Ley Nacional de Salud Mental

El artículo 34 del Código Penal amerita una lectura biopolítica (Foucault, 2007), considerando que a partir del siglo XVIII los cuerpos aparecen, conforme a los desarrollos foucaultianos, como producciones determinadas por una multiplicidad de mecanismos de control y regulación. Dispositivos que se han impuesto por la legitimidad científica, toda una serie de discursos, técnicas y especializaciones que a través del saber-poder de la ciencia han producido “verdad.” (Foucault, 2002) Los últimos dos párrafos del primer inciso, han justificado su existencia en la *verdad* de la *peligrosidad*.

La noción de *peligrosidad*, devenida del paradigma del positivismo criminológico, atenta contra otras ligadas al paradigma de derechos respecto de las personas con padecimiento mental, de allí la necesidad de efectuar un análisis reflexivo tomando como referencia la ley que plantea el derecho a la protección de las personas en materia de salud mental. En tal análisis hay que reconocer que la ley de derechos a la protección de la salud mental es posterior al texto del inciso primero del artículo 34 del Código Penal, el cual no ha contado con modificaciones significativas desde 1921, pero la comprensión de éste a la luz de aquella resulta significativa dado que desde el año 2010 ambas normativas conviven, se encuentran en vigencia.

La letra en cuestión:

“Reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.”

En los demás casos en que se absuelve a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprabase la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso.”

En el marco de la articulación propuesta la *reclusión* podrá ser entendida como una internación involuntaria, con una finalidad terapéutica, adoptada frente a una posibilidad de riesgo cierto y/o inminente y, en tal sentido debería quedar desterrado el concepto de *peligrosidad*. Dicha internación involuntaria debería desarrollarse de la manera menos restrictiva posible respecto de los derechos de las personas con padecimiento mental y durar el menor tiempo posible, aunque cabe reconocer la particularidad del caso por caso. Asimismo, respecto de la posibilidad de externación, la Ley 26.657/2010 hace una mención explícita al artículo 34 del Código Penal, a saber, artículo 23:

“El alta, externación o permisos de salida son facultad del equipo de salud que no requiere autorización del juez. El mismo deberá ser informado si se tratase de una internación involuntaria, o voluntaria ya informada en los términos de los artículos 18 o 26 de la presente ley. El equipo de salud está obligado a externar a la persona o transformar la internación en voluntaria, cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 16 apenas cesa la situación de riesgo cierto e inminente. Queda exceptuado de lo dispuesto en el presente artículo, las internaciones realizadas en el marco de lo previsto en el artículo 34 del Código Penal.”

Ahora bien, si fue necesaria la excepción señalada, entonces se entiende que el resto de la ley, sí es aplicable a las personas que se encuentran dentro de las previsiones del artículo 34. En tal sentido debe comprenderse que las personas internadas en dicho marco, gozan integralmente de todos los derechos establecidos por la Ley 26.657/2010. Cabe agregar que el texto reglamentario de dicha ley, decreto 603/2013, estableció al hacer referencia al inciso 1 del artículo 34 que, se asienta “(...) en cabeza de la *Autoridad de Aplicación de la LSM -Ministerio de Salud-*, el deber de promover la creación de dispositivos intermedios destinados a alojar a personas alcanzadas por dicho artículo del Código Penal.”

Es decir que, el Ministerio de Salud es quien debe responder por la internación de las personas que implican un riesgo cierto y/o inminente en los términos del inciso 1 del artículo 34 del Código Penal. “La internación involuntaria (...) sólo podrá realizarse cuando a criterio del equipo de salud mediere situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros.” (Artículo 20, Ley 26.657/2010). Se entiende por riesgo cierto y/o inminente, según el texto reglamentario de la ley, a: “*Aquella contingencia o proximidad de un daño que ya es conocido como verdadero, seguro e indubitable que amenace o cause perjuicio a la vida o integridad física de la persona o de terceros.*”

Otro punto significativo, respecto de la articulación de normas que se ha enunciado, radica en la temporalidad de las internaciones involuntarias dictadas en sede penal. Se

ha asistido históricamente a situaciones en que algunas personas han permanecido en el encierro *manicomial* más tiempo incluso del que le habría correspondido en el supuesto de haber sido condenadas a cumplir el máximo de la pena previsto por el acto realizado. Al respecto, vale retomar lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en los autos *Antuña, Guillermo Javier s/ causa N° 12.434. (A. 987. XLVI)*:

"(...) el tribunal que dispone una medida de seguridad de naturaleza penal debe fijar el plazo máximo hasta el que la medida podrá extenderse, asegurando una razonable proporcionalidad entre el ilícito cometido y la medida ordenada, como la que aseguraría al limitar la pena que sería aplicable al caso si el imputado no fuera incapaz de culpabilidad."

De cumplimentarse lo expuesto una vez finalizado dicho plazo la persona ya no estaría afectada por la excepción contenida en el artículo 23 de la Ley 26.657/2010, es decir que su internación involuntaria podría trocarse en voluntaria y podría iniciarse un proceso de desinstitucionalización conforme a las dinámicas establecidas en la Ley 26.657/2010.

LA CULPABILIDAD EN EL DERECHO PENAL DE ACTO

El derecho penal de acto inhibe la posibilidad de responder penalmente a variables subjetivas. Sin embargo, el inciso primero del artículo 34 recae sobre la persona al momento de evaluar *"al que no haya podido al momento del hecho (...) comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones."* Es interesante en este punto destacar la perspectiva al respecto en la legislación francesa; el artículo 64 del Código Penal francés de 1810 establecía que, *"no hay crimen ni delito cuando el imputado actúa en estado de demencia en el momento de la acción"*. En este enunciado el foco recae en el acto, en el crimen/delito. Este texto es reemplazado por el artículo 122.1 en 1992 que reza: *"No es penalmente responsable la persona que estuviera aquejada, en el momento de los hechos, de un trastorno psíquico o neuropsíquico que hubiese anulado su discernimiento o el control de sus actos"*. De esta manera, aparece el sujeto de la acción de la mano de la valoración de la responsabilidad. Las implicancias teóricas en este punto son destacadas, toda vez que dista mucho pensar en la inexistencia del crimen/delito, de la responsabilidad que sobreviene o no al mismo. Pero en esta ocasión, cabe acentuar el rasgo expuesto, en el campo de la excepción aparece el sujeto en el Código Penal bajo el prisma de la evaluación, sin negar el derecho penal de acto. ¿Por qué? Porque el reproche recae sobre el acto. Y este reproche jurídico se superpone a la idea de la pena, lo cual no deja de ser un deslizamiento de sentido:

"Hay que decir sin embargo que, la lectura que liga indefectiblemente reproche jurídico y pena -como si no existiera entre tanto la posibilidad de una sentencia absolutoria- es precisamente, como tal, una lectura. Saldo de la operación de la elaboración doctrinaria. No es el Código el que liga exceptuación de punibilidad y exceptuación de reproche."

Más bien, ésta es una operación falaz de interpretación del Código a cargo de la Doctrina." (Llull Casado, 2012, p. 422)

La autora citada aumenta la precisión y observa que el Código Penal ubica en la excepción la *no punibilidad*, y no la *no imputabilidad*: *"Claramente la exceptuación es respecto de la pena -no respecto de la reprochabilidad."* (Llull Casado, 2012, p. 422). De esta manera, en pos de defender las garantías se puede incurrir en un movimiento de exclusión del sujeto del campo de interpelación, de privación de la imputación e, incluso, de la posible declaración de inocencia (Llull Casado, 2012).

Situado tal deslizamiento de sentido, con la misma lógica, la respuesta penal debe ser efecto de un acto tipificado conforme el principio de legalidad y no de la personalidad de quien agencie ese acto. El instrumento legal escrito, el tipo, recorta la acción conflictiva relevante (supuesto fáctico legalmente indicado) y funciona como pauta limitadora a la violencia selectiva del sistema penal (Zaffaroni, 1998). Ahora bien, esto da lugar a un interrogante clave, si el derecho penal de acto no se ve vulnerado por la consideración de características particulares del autor, ¿qué es lo que opera como umbral para determinar el pasaje al derecho penal de autor?

Para intentar responder tal interrogante, es dable referirse a los aportes centrales realizados por Zaffaroni (1998) de cara a esclarecer esta aparente contradicción. En efecto, el autor ubica la *garantía penal* como eje delimitador del mentado umbral. Pero antes de desplegar este punto, se impone reconstruir algunos de los elementos centrales de las coordenadas que plantean la tensión entre el derecho penal de acto y el de autor. El primero de estos polos reconduce a la *escuela de derecho penal liberal*, también conocida como *escuela clásica*.

Escuela de Derecho Penal Liberal

Esta escuela ubica en el centro de la escena judicial al acto delictivo, este acto, el delito, de acuerdo a la postura filosófica racionalista e iusnaturalista, es considerado un ente jurídico y producto de una abstracción. Se aísla el delito de su matriz originaria y se le imprime una estructura propia con significado jurídico autónomo (Varela & Rojas Breu, 2021). Es decir, que esta escuela realiza una maniobra radical por la cual extrae el acto y lo autonomiza de su autor, desalojando las variables subjetivas de los debates que puedan tener inscripción en sede judicial. La persona no es objeto de análisis en esta instancia, ni es principal destinataria del mensaje que pueda portar la reacción penal consecuente, toda vez que la pena tendrá como fin preservar el contrato social vigente y defender a quienes hayan contribuido con el depósito público de aquellos que lo amenacen, tal como señalara Beccaria en 1764. Esto *"surge de un principio a su vez autónomo, metafísicamente hipostasiado: el acto de la libre voluntad de un sujeto"* (Baratta, 2004, p. 31).

Ahora bien, ¿qué eventos se recortan como actos que impulsan la acción criminalizante? Aquel hecho que responda al silogismo predeterminado, es decir, dada una premisa mayor en la cual se anticipa el repertorio general de hechos tipificados como delitos, se procederá a verificar que la

ocurrencia de un hecho actual concorra con aquel lo cual motivará o no la sanción penal. En este sentido, la premisa mayor debe pensarse como la ley positiva y expresión que habilita el principio de legalidad. Este silogismo, entonces, excluye al autor: *“el reproche jurídico se piensa de manera mecánica para todo infractor. (...) la escuela clásica asumirá a modo de hipóstasis la libre voluntad del mismo para decidir si actuar conforme a derecho o de manera lesiva al respecto”* (Varela & Rojas Breu, 2021, p. 13). Esta libertad y agencia plena de los propios actos cursa con la desconfirmación de variables patológicas vinculadas con la persona de la autoría. De esta manera, la letra del artículo 34, supra expuesta, no tendría lugar y se demoraría en surgir. Esto lleva a insistir sobre la pregunta, ¿si la escuela de derecho penal que instala el derecho penal de acto rechaza consideraciones receptadas en la actualidad por el mentado artículo, se puede pensar que el mismo abona al derecho penal de autor? No, toda vez que el centramiento en el autor en sí mismo no alcanza para enmarcarse en este tipo de culpabilidad.

Pero volvamos un momento sobre la esencia del derecho penal de acto.

“Nuestra Constitución impuso desde siempre un derecho penal de acto, es decir, un reproche del acto ilícito en razón de la concreta posibilidad y ámbito de reproche, y rechaza toda forma de reproche a la personalidad del agente. No se pena por lo que se es, sino por lo que se hace, y sólo en la estricta medida en que esto se le pueda reprochar al autor.” (Corte Suprema de la Nación, 2005).

Es importante subrayar la articulación que la cita expone, el derecho penal de acto inhibe el reproche jurídico a la personalidad del autor. Esto dista mucho de considerar variables radicadas en aquella para fines diversos e, incluso, opuestos. Es el delito el que insta reacciones penales que están al servicio de preservar el contrato social y no la persona que delinque. Por lo tanto, es el conjunto social el enunciatario real de la respuesta que recae en la persona de la autoría. La culpabilidad, por lo tanto, no encuentra alojamiento en el proceso toda vez que *“el libre arbitrio la neutraliza y anticipa. De esta manera, la responsabilidad penal se encuentra homologada a la responsabilidad moral”* (Varela & Rojas Breu, 2021, p. 13).

Escuela de derecho penal positiva

Si sobre la hipóstasis del libre albedrío se desalojaba a la persona de la autoría del debate en sede judicial, ¿cómo entra la misma en escena, entonces? El positivismo realiza la maniobra inversa a la realizada por la Escuela Clásica, repone la elipsis implicada en la hipóstasis por la cual quien delinque es libre de actuar conforme a derecho y, contrariamente, centra su atención en la persona de la autoría, sujeto criminal. Este sujeto es capturado por redes de categorías que admiten predicción y medición y desplaza al acto delictivo como centro de la respuesta punitiva. En efecto, con la criminología positiva el delito cede su lugar al delincuente (Varela & Rojas Breu, 2021; de la Iglesia & Varela, 2018).

El abordaje de este sujeto criminal es solidario de ideas deterministas que instalan la *peligrosidad* como rasgo fundamental del mismo. El delincuente puede prescindir de su expresión, el delito, lo cual expulsa el principio de legalidad del reticulado conceptual de esta escuela. De esta manera, la libertad asumida por la escuela clásica es desplazada por el determinismo del positivismo y la reacción penal pasa de ser una medida de protección del contrato social a ser respuesta basada en la corrección. El paradigma etiológico y el correccionalismo son dos caras de un abordaje centrado en el sujeto en clave determinista, dejando en sombras la relevancia del acto:

“La escuela positiva, de esta manera, reacciona contra la elipsis en la que se pierde el individuo y busca arribar a una comprensión del delito que no se detenga en la tesis indemostrable de una causalidad espontánea por medio de un acto de libre voluntad y revierta el movimiento de abstracción respecto del delito y del autor para colmarlo de postulados naturalistas positivistas.” (Baratta, 2004: 32)

De esta manera, ubica a la persona de la autoría, al delincuente, en el centro de la escena, y en base a sus rasgos responderá con una pena leída en términos de corrección dando lugar al derecho penal de autor. Este punto es vital, las variables agenciadas por el sujeto serán causa de reproche. El nexo asume estatuto causal, la personalidad es motivo de reproche. Esto es muy distinto a asumir que atento a un probable reproche motivado en un injusto penal comprobado, es necesario valorar variables subjetivas para evaluar la capacidad para soportar el mismo. Y si lo que se reprocha son las personalidades *peligrosas*, se está ante rasgos predictores, esto supone ubicar el delito como un evento futuro y no pasado, desde la lógica positivista (de la Iglesia & Varela, 2018). De esta manera, todas las garantías penales y procesales trazadas por la escuela clásica son expulsadas por la escuela positiva. Junto a la consideración del autor, entonces, se anula la importancia del acto y todas las mentadas garantías. Este es el origen del límite férreo que se debe poner ante cualquier consideración del autor, en sede judicial, que abone estas lecturas lesivas no solo de las garantías del sujeto procesado sino de la seguridad jurídica misma.

EL DERECHO PENAL DE AUTOR EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 34

Recapitulando, la Escuela Clásica de Derecho Penal participa del origen de las garantías penales en un movimiento centrado en el acto, despojado de la persona de la autoría. De esta manera, instala 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 de la persona de la autoría, autor del crimen, que niega las consideraciones del mismo en sede judicial. La escuela positiva invierte la maniobra, preconiza a la persona en desmedro del acto y de garantías jurídicas. Pero estas alternativas oponen una tercera opción en la

doctrina actual y el corpus normativo toda vez que introduce 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* predelictual de corte positivista (Rojas Breu, 2021).

La culpabilidad por la vulnerabilidad

Resta agregar, al menos, otra línea de pensamiento con asiento con la *clínica de la vulnerabilidad* (Zaffaroni, 1998). El sistema penal opera de manera violenta y selectiva, razón por la cual las penas han perdido su sentido, su racionalidad (Zaffaroni, 1998). Esta afirmación opera como premisa necesaria para pensar en las coordenadas del umbral que separa el derecho penal de autor del derecho penal de acto, respecto a la lectura del artículo 34 inciso primero supra referido y de otros abordajes en materia de justicia, al momento de considerar aspectos propios de la persona de la autoría.

La clínica de la vulnerabilidad, funciona como una premisa necesaria para identificar criterios racionales que aprueben evaluaciones éticas desde las cuales pautar decisiones. En este sentido, contribuye a despejar variables e identificar aquellos aspectos que sean pasibles de reproches, dejando por fuera otros que serían solidarios de lógicas perversas y éticamente descalificadas. Tal como ha sostenido Zaffaroni, será más vulnerable aquel que tenga mayor probabilidad de ser capturado por el sistema penal. Pero, afirmar que la probabilidad es distinta para cada persona supone negar uno de los argumentos sostenidos por la Escuela Clásica, igualdad al momento de aceptar la renuncia. ¿Qué renuncia? La renuncia a una cuota de libertad por parte de hombres *libres e iguales*; renuncia que en pos de resguardar el contrato social acordado por seres independientes que suscriben desde escenarios equivalentes, sin coacción ni inequidad. Y este axioma se erige en el fundamento del derecho y del castigo (Varela & Rojas Breu, 2021). Pues bien, esta afirmación invisibiliza la desigualdad de la cual el sistema penal es un férreo defensor y reproductor. La clínica de la vulnerabilidad viene a echar luz sobre este tipo de violencia y cifra, en términos de probabilidad, la vulnerabilidad que descansará en dos ejes, el esfuerzo personal para la vulnerabilidad y la posición o estado de vulnerabilidad. El primero, consiste en el grado de esfuerzo que una persona realiza para colocarse en situación de vulnerabilidad y su respuesta penal es necesaria para no deslegitimar y, por lo mismo, debilitar el poder de la agencia judicial, necesario para limitar la violencia selectiva. A mayor esfuerzo personal, menor capacidad de esta agencia para detener la acción criminalizante. Contrariamente, la posición o estado de vulnerabilidad es predominantemente social (condicionada socialmente) y consiste en el grado de riesgo de ser capturado por el sistema penal por la sola pertenencia a una clase, grupo, estrato social, minoría, etc., siempre más o menos amplio, como también por encajar en un estereotipo, en función de características que la persona ha recibido (Zaffaroni, 1998). La vulnerabilidad recupera variables propias de la persona de la autoría del hecho y otras sociales a los efectos de

ofrecer un límite a la acción criminalizante: *“la culpabilidad por el injusto se convierte en una parte del planteo más amplio y abarcador de la culpabilidad por la vulnerabilidad y asume, dentro de ella, su valor negativo de límite máximo de irracionalidad tolerable”* (Zaffaroni, 1998, p. 275). Dicho en otras palabras:

“Puesta la agencia judicial en la necesidad de responder, no puede hacerlo en función de este orden de factores, sino de los que constituyen el esfuerzo personal por la vulnerabilidad, que, por otra parte, son los que constituyen la esencia del aporte que la persona hace para el sostenimiento del ejercicio de poder que la selecciona y criminaliza. Su poder reductor de la violencia selectiva llega hasta este límite, ante el cual debe detenerse, porque no le resta espacio de poder para avanzar más. Se trata del límite máximo de la violencia tolerable en que puede basar su respuesta definitiva y que, en cierta forma, es alimentado y sostenido por todos los anteriores límites o requisitos limitadores.” (Zaffaroni, 1998, p. 278)

El esfuerzo es menor conforme mayor es la posición de vulnerabilidad. Por lo tanto, la evaluación de las personas de la autoría del hecho está al servicio de identificar el límite del sistema penal, que se evidencia violento, en clave garante. Todo lo contrario, a lo postulado por la escuela positiva. De esta manera, la personalidad de quien delinque sostiene movimientos contrarios, si en el positivismo era la clave para plantear la *peligrosidad* y con ella la extinción de las garantías, con la clínica de la vulnerabilidad se convierte en un elemento clave para fortalecerlas. Y esta necesidad se desprende de la violencia legitimada pero privada de ética del sistema penal:

“Es absurdo pretender que los sistemas penales respetan el principio de legalidad, el de reserva, el de culpabilidad, el de humanidad y, sobre todo, el de igualdad, cuando sabemos que, estructuralmente, están armados para violarlos a todos. Lo que puede lograrse -y debe hacerse- es que la agencia judicial ponga en juego todo su poder en forma que haga descender hasta donde su poder se lo permita el número e intensidad de esas violaciones, operando como contradicción dentro del mismo sistema penal (...)” (Zaffaroni, 1998, p. 243).

De esta manera, así como se habló del derecho penal de acto y de autor, es dable preguntar si la culpabilidad por la vulnerabilidad es de acto o de autor. El divisor esclarecedor lo brindan las garantías penales, el discurso jurídico-penal tradicional desarrolló la antítesis entre “culpabilidad de acto” y “culpabilidad de autor”, inclinándose el derecho penal más garantizador fortalece la culpabilidad de acto, al tiempo que el más autoritario, el segundo. En este sentido, Zaffaroni entiende que cabe preguntarse dónde se inscribe la propuesta de una culpabilidad por la vulnerabilidad. Al respecto, aclara que la culpabilidad por la vulnerabilidad se atiene estrictamente a la culpabilidad por el acto, que opera como límite máximo de pena para luego afirmar que:

"(...) carece de todo sentido si se trata de uno u otro de los términos de la antítesis tradicional, aunque resulta claro que puede ser calificada como un desarrollo superior de la culpabilidad de acto hacia un concepto más limitativo de la responsabilidad criminalizante de la agencia judicial". (Zaffaroni, 1998, p. 286, 287)

Y carece de todo sentido la distinción porque lo que importa es la dirección impartida por la clínica de la vulnerabilidad y por el artículo 34. Esta dirección es opuesta a la señalada por el determinismo de la *peligrosidad*. Este determinismo reprocha el carácter o la personalidad signada por el estereotipo en el marco de una ampliación acusada del poder ilegítimo de la violencia del sistema penal. Contrariamente, los primeros, desalojan las cargas axiológicas montadas en estas "personalidades" y, en todo caso, tomará de ellas aquello que permita ejercer una pauta limitadora al ejercicio de la violencia del sistema penal: *"Siendo ello así, (...) nada obstaría a aceptar una "culpabilidad de autor" que restrinja la culpabilidad de acto, pues siempre sería más limitativa de violencia penal deslegitimada que la versión tradicionalmente aceptada por el derecho penal "liberal".*" (Zaffaroni, 1998, p. 287).

CONCLUSIONES

Las diferentes perspectivas de análisis crítico presentadas, desembocan en una serie de convergencias que objetan ciertas verdades instituidas. Al descomponer los axiomas postulados, se los ha interpelado para descubrir que se trata de un conjunto de ideas que se deberían debatir en términos éticos, tornando necesaria la incorporación y el afianzamiento de una perspectiva de derechos para aquellos que trabajan en el marco de la psicología jurídica en el campo penal. En tal sentido se propone una práctica, asentada en un paradigma de derechos, que actúe como línea de fuga. No se trataría aquí de un anacronismo sino de un posicionamiento concreto en relación al discurso jurídico y su materialización en la práctica judicial que funciona sin cambios cualitativos, en términos generales, desde aquel 1921 hasta la actualidad. Más de cien años de un ejercicio que no parece anoticiarse de la revisión, por ejemplo, de las nociones de la escuela criminológica positivista. En tal sentido resultan contundentes las referencias a los postulados de la ley de salud mental en tanto derecho a la protección de la salud mental en su articulación con el artículo 34 inciso 1 del Código Penal.

Una clínica de la vulnerabilidad implica un modelo de abordaje psicosocial, a partir de un movimiento, de una construcción que va de la praxis a la teoría y retorna a la praxis, en un movimiento espiralado, que posibilita una dialéctica. En tal sentido pensar en los aportes de la psicología jurídica al devenir de la noción de la inimputabilidad y la no punibilidad implica preguntarse sobre el impacto de la valoración de la subjetividad en las consideraciones sobre el reproche jurídico. Esto comporta la introducción del dominio de lo singular en la lógica de lo universal, con sentidos que han sido diversos según las propias finalidades que el derecho se ha impuesto para sí en el devenir histórico-social. El ejercicio profesional de la psicología jurídica en

este campo semántico y el abordaje de las condiciones de existencia y circulación de estos constructos reporta no solo consecuencias teóricas sino éticas y, ante todo, asistidas por insumos reflexivos y críticos. Estos insumos resultan imperiosos para la labor pericial allí donde una postura ingenua puede ser una herramienta de reificación de la violencia selectiva del sistema penal o bien un instrumento para su visibilización y limitación. El sujeto que soporte la pregunta sobre el reproche será el destinatario evidente, al tiempo que la seguridad jurídica no estará fuera del horizonte de la práctica.

En tal estado de situación, considérese frente a cada intervención, *prima facie*, que el núcleo de la noción de vulnerabilidad remite a la posibilidad de cada actor social de ser dañado por no poder acceder al efectivo cumplimiento del sistema de derechos humanos, postulado incommovible de la Constitución Argentina.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Baratta, A. (2004). Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico penal. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI.
- Barbero, N. y Salduna, M. (2009). La responsabilidad penal del psicópata. Revista Latinoamericana de Derecho. ISSN-e 1870-0608, N° 7-8, 2007. Recuperado el 30 de junio de 2023 de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2558897>
- Barukel, A. (2019). Responsabilidad, peligrosidad y simulación: prácticas judiciales en una institución psiquiátrica de la provincia de Santa Fe. *Delito y sociedad*, 28(48), 118-140. Recuperado el 28 de junio de 2023 de <https://dx.doi.org/10.14409/DYs.v2i48/8546>
- Beccaria, C. (1764). *De los delitos y de las penas*. Madrid, España: Aguilar.
- Bourdieu, P., Chamboredon, J. y Passeron, J. (2004) El oficio del sociólogo. Presupuestos epistemológicos. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI.
- Cabello, V. (1982). *Psiquiatría forense en el derecho penal*. Doctrina. Jurisprudencias. Pericias. Buenos Aires, Argentina: Ed. Hammurabi.
- Código Penal de la Nación Argentina. Recuperado 05 de febrero de 2022 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>
- Código Procesal Penal de la Nación Argentina. Recuperado el 31 de enero de 2022 de <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm>
- Corte Suprema de la Nación. (2005). Fallo Maldonado, Daniel Enrique y otro, s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado. Cusa N° 1174. Sentencia Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7/12/2005.
- de la Iglesia, M. & Varela, O. (2018). Antecedentes de la frenología en la psicología jurídica. En: Memorias X Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología. XXV Jornadas de Investigación de la Facultad de Psicología, XIV Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Buenos Aires, Argentina: Ediciones de la Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires. Recuperado el 20 de diciembre de 2023 de: <http://jimemorias.psi.uba.ar/index.aspx?anio=2018>

- de la Iglesia, M., Marqués, R., Rojas Breu, G. Vieyto, A., Llul Casado, V. (2020). Contextos institucionales en los que se desarrolla la práctica de la psicología jurídica. Buenos Aires, Argentina: Cátedra II Psicología Jurídica, Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires.
- de la Iglesia, M., Marqués, R., Rojas Breu, G. Vieyto, A., Llul Casado, V. (2023). La incidencia institucional en su dimensión sociocultural en la construcción de la subjetividad. Buenos Aires, Argentina: Cátedra II Psicología Jurídica, Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires.
- Foucault, M. (1970) La arqueología del saber. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI.
- Foucault, M. (2002) Historia de la sexualidad. La voluntad de saber. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI.
- Foucault, M. (2007) Nacimiento de la biopolítica. Curso en el Collège de France (1978-1979). DF, México: Fondo de Cultura Económica.
- Frías Caballero, J. (1991) Responsabilidad penal de las personalidades psicopáticas." En La Ley (1991-D). Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Gardey, A. (2012). Retardo mental. Recuperado 05 de febrero de 2022 de <https://definicion.de/retardo-mental/>
- Guber, R. (2001). La Etnografía, Método, Campo y Reflexividad. Buenos Aires, Argentina: Editorial Norma.
- Hernández Arguedas, F. (2015). La imputabilidad e inimputabilidad desde el punto de vista médico legal. Medicina Legal de Costa Rica, 32 (2), 83-97. Recuperado 01 de marzo de 2023, de http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152015000200010&lng=en&tlng=es.
- Ley 23.277 (1985). Ley de Ejercicio Profesional de la Psicología. Bs. As. Boletín Oficial. Recuperado 28 de noviembre de 2021 de <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20059/norma.htm>
- Ley 26.657 (2010). Ley Nacional de Salud Mental. Bs. As. Boletín Oficial. Recuperado 15 de junio de 2021 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/175000-179999/175977/norma.htm>
- Llul Casado, V. (2012). Aportes del psicoanálisis a la noción de responsabilidad para el derecho penal. En: Memorias del IV Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XIX Jornadas de Investigación VIII Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Buenos Aires, Argentina: Ediciones de la Facultad de Psicología. Universidad de Buenos Aires. Recuperado el 20 de agosto de 2023 de <https://www.aacademica.org/000-072/820>
- Lourau, R. (1989). El diario de investigación. Materiales para una teoría de la implicación. Guadalajara, España: Editorial Universidad de Guadalajara.
- Lourau, R. (1994). El análisis institucional. Buenos Aires, Argentina: Amorrortu editores.
- Montes Huapaya, S. (2014). Evolución de la ciencia dogmática. Recuperado el 20 de agosto de: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/05/doctrina38852.pdf>
- Morin, E. (1994). Introducción al pensamiento complejo. Barcelona, España: Gedisa.
- OMS (2021). 10ª Conferencia Mundial de Promoción de la Salud. Recuperado el 27 de agosto de 2023 de <https://www.who.int/es/news/item/15-12-2021-10th-global-conference-on-health-promotion-charters-a-path-for-creating-well-being-societies>
- Rinaldoni, M. (2016). Imputabilidad Penal. Recuperado 05 de febrero de 2022 de <https://www.buenastareas.com/ensayos/Causas-De-Inimputabilidad/56714151.html>
- Ríos, S. (2017). Interpretación del art. 34 inc. 1 del Código Penal Argentino a la luz de la Ley Nacional de Salud Mental. Consecuencias. La situación de las personas con declaración de inimputabilidad en la Provincia de Buenos Aires. En: Derechos En Acción, (4). Recuperado 06 de febrero de 2022 de <https://doi.org/10.24215/25251678e056>
- Rojas Breu, G. (2021). El sujeto de la pena en el derecho y la psicología: de la relación desmentida a la articulación estructural. En Memorias del 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. Buenos Aires, Argentina: Ediciones de la Facultad de Psicología. Universidad de Buenos Aires. Recuperado el 17 de agosto de 2023 de <https://www.aacademica.org/000-012/884>
- Silva, D. (2012). Aproximación psico-psiquiátrico-forense a los trastornos de conciencia. Recuperado 05 de febrero de 2022 de <https://www.acfra.org.ar/wp-content/uploads/2021/01/aproximacion-psico-psiquiatrico-forense-a-los-rastornos-de-conciencia.pdf>
- Varela, O. *et al.* (2020) (Comp.). Psicología Jurídica. 30 años construyendo saberes. Buenos Aires, Argentina: JCE Ediciones.
- Varela, O. y Rojas Breu, G. (2021). Acerca de la responsabilidad penal: reconstrucción y sistematización de sus acepciones teórico-conceptuales en el campo de la criminología. En: Constructos Criminológicos, 1(1), 7-26. Recuperado el 20 de julio de 2023 de <https://constructoscriminologicos.uanl.mx/index.php/cc/article/view/2>
- Varela, O., Puhl, S., Izcurdia M. (2017). Psicología y Derecho: aportes desde la subjetividad. Buenos Aires, Argentina: Ed. JCE.
- Vega, P. (2011). Apuntes sobre la evolución histórica de la dogmática jurídico-penal. En: Revista Perspectiva de las Ciencias Económicas y Jurídicas. Vol. 1 Nro. 1. La Pampa, Argentina: Universidad Nacional de la Pampa. Recuperado el 20 de enero de 2024 de: <https://cerac.unlpam.edu.ar/index.php/perspectivas/article/view/2992/2911>
- Zaffaroni, R.E. (1998). En busca de las penas perdidas. Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Fecha de recepción: 29 de agosto de 2023
 Fecha de aceptación: 31 de octubre de 2023