

I. EMPLAZAMIENTO EN LA LUCHA ESTATAL CONTRA EL CRIMEN

No surge la ejecución de penas, trátase o no de su sede penitenciaria, como un fenómeno inconexo de los restantes que tienen al delito y al delincuente por objeto. Profundamente vinculado a ellos, en ocasiones como consecuencia, a veces como causa, se inserta, por una parte, en el cuadro de las disciplinas penales, y por la otra, en el contexto de la política criminal, de cuyo éxito forma, en verdad, una de las piedras fundamentales.

El carácter por fuerza solidario de la ejecución penal con las restantes reacciones sociales contra el crimen debería ser tomado en cuenta, más a menudo y con mayor apremio, por quienes trazan y ejecutan la política criminal del Estado, so pena de caer en tareas fragmentarias, incoherentes, que conducen al derroche o a la desilusión o, al menos, a la obtención de resultados harto modestos.

Pero con lo anterior no se agota el ámbito de las conexiones de la ejecución penal; las tiene también —y hoy se procura, con creciente empeño, ponerlas de manifiesto— con los problemas generales del desarrollo, tema que desvela a la sociedad contemporánea, especialmente en una comunidad como la nuestra, puesta en el quehacer del desenvolvimiento.

La tarea total de prevención del delito y tratamiento del delincuente se halla ligada a las cuestiones de la planeación y a la política del desarrollo. El nuevo, lógico engarce, ha sido reclamado por los criminólogos. Y es así, entonces, como ingresa en este terreno un alud de conceptos nuevos (tomados de la economía,¹ de la sociología, de la demografía, etcétera) y se replantea la acción interdisciplinaria.²

A) MOMENTOS DE LA ACTIVIDAD PENAL. PERSPECTIVAS JURÍDICA Y SOCIAL

Cabe decir, de una vez, que la ejecución penitenciaria corresponde a uno de los momentos de la actividad estatal (o más ampliamente, social) contra el delito: el ejecutivo. Mas aquella no consume íntegramente esta fase de la acción: ha de compartirla con otras formas de ejecución: las que atañen a las restantes penas y a las medidas asegurativas.

Cuatro momentos en una hora general o, dicho de otro modo, cuatro afanes de una sola ocupación integran, lógica y cronológicamente, la lucha contra el crimen. Y de este *iter* se sigue, de nuevo, la necesidad de una política criminal unitaria y bien concertada. Los momentos son, según su orden de aparición en

la escena, de prevención, de conminación abstracta, de averiguación y enjuiciamiento³ y de ejecución. Podría decirse, en cierta forma, que el fracaso del precedente determina la aparición del siguiente. Una prevención afortunada, que lograrse el imposible ideal de erradicar el crimen, cerraría la puerta a las fases subsecuentes. Y si la conminación tuviera éxito (conminación que es desde determinada perspectiva, un nuevo aspecto del momento de prevención) no vendrían al caso ni persecución ni ejecución. Por fin, la falta de persecución, en su faz jurídica, hace impracticable la labor ejecutiva cuando se acepta, como ocurre en el Derecho contemporáneo, el principio de inevitabilidad del proceso penal.

La prevención, al igual que los más entre los restantes momentos anticriminales de que ahora hablamos, ofrece dos vertientes: la social⁴ y la jurídica, unidas en forma tal (nueva sollicitación para la política criminal) que la eficiencia de una se apoya en la eficacia de la otra. El dato social sin el jurídico, y viceversa, resultaría estéril.

En el área preventiva, la faz social se compone con las medidas que de hecho se aportan para la realización de los sustitutivos penales;⁵ la jurídica, a su turno, mucho más socorrida en la práctica que la primera, con olvido del carácter mutuamente determinante al que hemos aludido, no es otra cosa que la instrumentación superestructural de los sustitutivos.

La conminación penal, fase que parece resumirse, sólo, en el elemento jurídico, porque los hechos sociales que serían su segunda cara se hallan adscritos, más bien, a los momentos precedente y posterior, está cifrada en las leyes penales sustantivas.

Hay en la persecución penal, entendida en sentido lato, no simplemente como ejercicio de la acción penal o, menos todavía, como fase de este ejercicio,⁶ la misma doble integración que en el capítulo preventivo, porque al lado de la persecución jurídica, que se conforma al través de los procedimientos administrativo y judicial cuyo remate es la sentencia firme, se plantea la social, mediatizando, impregnando, fertilizando o frustrando a la primera: la reacción material, real, colectiva ante el delito, desde el primer acto de la pesquisa hasta el último del juzgamiento, planteada externa o internamente a la persecución jurídica; externamente, como presión, por lo regular traída en el conducto de los medios de comunicación masiva, e internamente como modificación directa del procedimiento o de las consecuencias jurídicas del delito. Esto último acontece, particularmente, cuando los órganos del juzgamiento no son ya objetos o destinatarios de la presión social, según ocurre con el juez letrado, sino portadores o instrumentos, ellos mismos, de semejante presión. Así sucede, *verbi gratia*, con el jurado.⁷ La diversidad de resoluciones en uno y otro casos, que conduce, por lo que hace

al jurado, a un progresivo *dilettantismo*, documenta estas afirmaciones.

Finalmente, en el periodo ejecutivo, al instrumento jurídico de aplicación compuesto por la ley y el reglamento penitenciarios, se une el ingrediente social: las medidas materiales de ejecución penal con criterios retributivo, expansionista, ejemplar o correctivo, siempre finalista, en suma, conducido por una valoración dada sobre el delito (acto biológico o moral, en sus formulaciones más radicales) y la pena.

Es en las medidas ejecutivas materiales donde se opera, a menudo, la revancha social contra el progreso de la ciencia, porque si ésta, que informa a la ejecución jurídica, se pronuncia por el correccionalismo, el hecho social, siempre a la zaga, actúa en favor de la retribución o de la expiación, trayendo formas de acción mecánicas, no orgánicas, al campo penitenciario. También ahora la presión se suscita externa o internamente. La última, que ni formal ni materialmente se detiene ante los muros de la cárcel, sugiere otra vez la necesidad de fijar especial cuidado en el personal carcelario.

El divorcio entre los datos social y jurídico de la ejecución, particularmente cuando las corrientes encontradas ganan, por la vía de la presión interna, la conducción de las cárceles, es, posiblemente, uno de los factores preeminentes en el fracaso del penitenciarismo más común. Las contradicciones y paradojas de mayor volumen obedecen a este divorcio hasta hoy insuperado.

B) ¿PROCESO CÍCLICO Y PRAGMATISMO?

Para la adscripción de la penitenciaria en la compleja enciclopedia de las ciencias penales, no obsta, por cierto, el regateo de la calidad de Derecho y la atribución, en cambio, de la de preceptiva.⁸ Carece de importancia práctica si el penitenciario es o no verdadero Derecho, como carece de trascendencia efectiva, porque no altera en lo mínimo su función ni estorba sus propósitos, que el Derecho sea o no verdadera ciencia. Los ríos de tinta gastados en esta controversia podrían haberse destinado, mejor, a reforzar la aplicación jurídica.

A pesar de lo dicho, hemos de observar que, en efecto, el Derecho penitenciario es una preceptiva, esto es, un recetario, un repertorio de reglas, en suma, una técnica para el castigo, la ejemplaridad, la expiación o la corrección.

Toda vez que la preceptiva se encuentra encerrada en fórmulas que desbordan el mero propósito técnico y, desde el punto de vista formal, reúnen las condiciones de lo jurídico, lo cierto es que estamos, objetivamente, ante un verdadero Derecho. ¿Ocurre otra cosa, acaso, con las demás disciplinas jurídicas? ¿No

hay en el desdén, entonces, más un prejuicio que un juicio, fincado sólo en el menor desarrollo legislativo y doctrinal del penitenciario, por contraste con la exuberancia sustantiva y adjetiva?

Es claro que el penitenciario será siempre una preceptiva, una técnica, porque de lo contrario sería inútil, y será además Derecho, en la medida en que sus mandatos se revistan formalmente con la fuerza de lo jurídico. Esto acontecerá sin término, aun cuando se realice la utopía que quisiera ver en el Derecho penal una medicina social.⁹

¿Subsiste la distinción radical entre ciencia causal explicativa y ciencias normativas dentro de la enciclopedia penal?¹⁰ ¿No existe, gravitando sobre el deslinde, fatigándolo, volviéndolo circunstancial, un proceso cíclico que acabará por crear —o re-crear— ciencias complejas, unitarias, metodológicamente impuras, pero quizás más eficaces en la lucha cotidiana contra el crimen? ¿No arribamos de nuevo a un pragmatismo,¹¹ que es, en definitiva, lo que verdaderamente interesa?

Dentro del proceso cíclico un primer estadio —dialéctico, como los posteriores— se caracterizó por el eclipse causal explicativo. Lo etiológico se subsumió en lo ético y, consecuentemente, en lo normativo no jurídico. De aquí resultó, indisputado, el predominio normativo axiológico.

En un segundo estadio, gestado a partir de los ingredientes que el anterior traía consigo, contradiciéndose, se afianzó la presencia del dato causal explicativo. El positivismo, que afirmó este predominio, recondujo el fenómeno total del delito, inclusive su tratamiento, a las disciplinas naturales y sociales.

El tercer estadio, por ahora vigente, ha querido ser de deslinde y, en cierto modo, de retorno. Con la decadencia del positivismo y su persecución, en suerte de cacería de brujas, vuelve a escena el normativismo, con el auge del estudio dogmático.

Empero, el positivismo conserva reductos, que no suponemos expugnables. En el área penal posee gran fuerza dentro de la teoría del delincuente, extremo de un binomio (delito-delincuente) promovido por el positivismo en su hora mejor.¹² En el terreno procesal cobra gradual vigor a través del procedimiento, cuya vida legislativa se inicia sistemáticamente, de examen de personalidad.¹³ Y en la órbita penitenciaria tiene su principal baluarte, hasta el grado de que no se ha podido hacer dogmática puramente penitenciaria ni segregación con nitidez, para efectos docentes y doctrinales, el Derecho penitenciario de la penología.

Una cuarta etapa podría ser de pragmatismo, dentro de un nuevo retorno, obediente al fenómeno cíclico: del formalismo al realismo, bajo la idea de que en Derecho la especulación teórica sin inmediata consecuencia práctica y sin asidero real directo es inútil. En la base de este movimiento se halla el dato

de que el Derecho es superestructural y, en esta medida, sólo instrumental.

Por lo demás, el tránsito no es de ningún modo privativo de la rama penal. Ha ocurrido ya en otros campos, como el del Derecho político, cada vez más impregnado por la ciencia política, ciertamente extranormativa.

Al docente interesan estas cuestiones, finalmente, porque importan a la tarea misma de la enseñanza y, en suma, de la misión universitaria, cuyo exclaustroamiento vuelve a urgir.¹⁴ Y al profesional le atañen, además, porque en el balance, que a veces es conflicto, entre el desarrollo teórico y la aplicación práctica es menester decidirse por ésta.