

II. TRATAMIENTO PROGRESIVO TÉCNICO

EL RÉGIMEN penitenciario actual es el tratamiento progresivo técnico. La idea de tratamiento obsesiona todos los actos, todas las estructuras del sistema. Del régimen anterior ha tomado la idea de progresión, porque no podría alcanzarse de un solo golpe el propósito del internamiento. La serie de fases permite adecuar la terapia al caso individual y desarrollarlo metódicamente, hasta su remate. Un sistema que pierda de vista este proceso, así sea al través de sus dos fases sustantivas, está condenado al fracaso. Y del positivismo recogió nuestro régimen penitenciario la preocupación técnica, sustitutiva de la humanitaria, que a veces fuera, por cierto, profundamente inhumana. A lo empírico se sustituyó lo científico, como resultado de los conocimientos sobre etiología de la criminalidad. Ésta es otra conquista que tampoco podría ya cancelarse. Así pues, el tratamiento —diseño de la pena de prisión moderna— se desarrolla progresivamente, sobre base técnica. Ésta es la triple faz del régimen penitenciario.

A) FUNDAMENTO: ESTUDIO DE PERSONALIDAD

Va con demasiada prisa quien sostenga que la individualización es cosa de estos días. El primer trazo de su esquema parte de la discriminación entre dolo y culpa, entre menores y mayores, entre varones y mujeres, por ejemplo. Pero a ese primer trazo debieron suceder otros, hasta formar una serie de figuras concéntricas cuyo propósito total se cifra en la precisión y el afinamiento.¹⁰²

En las capas del dibujo global forman la individualización legal, la jurisdiccional y la administrativa; se escalonan condicionándose mutuamente, perfeccionándose y reclamándose la una a la otra. Podrían existir por separado, ciertamente, pero si sólo hubiese la legal ésta vendría seriación: un nuevo lecho de Procusto; la existencia sola de la jurisdiccional supondría la previa abolición del Derecho penal escrito y el regreso del Derecho arbitrario; no acontecería cosa diversa, sino la misma y agravada, si únicamente hubiese individualización administrativa.

Por otra parte, una sentencia absolutamente indeterminada, en calidad y cantidad, que sólo se limitase a verificar los supuestos de tipicidad y responsabilidad, sustraería un capítulo al trámite de la individualización; con este capítulo podrían ausentarse algunas preciosas garantías; en este terreno no parece prudente el contacto demasiado directo entre la ley y el administrador: precisa la interposición del juez.

Ahora bien, si el fenómeno de individualización no es nuevo, sí lo es la inquietud individualizadora decidida a fijar la sanción, por sobre todo, en la personalidad del justiciable. Hemos recordado ya que esto constituye uno de los fines específicos del proceso penal. También se ha insistido en que la individualización es el rasgo saliente de la actual política criminal, ocasión de síntesis entre las escuelas clásica y positiva.

Es sobre la individualización como se ha construido, operando mediante la institución del arbitrio,¹⁰³ la teoría del juez penal moderno:¹⁰⁴ la teoría del juez criminólogo. El proceso penal, calificado como "anacronismo incomprensible y sorprendente", que "lleva un retraso de más de cien años sobre su objeto", devendrá por fuerza jurídico-criminológico. Este hecho, extraño al enjuiciamiento civil, constituye una de las más serias y fecundas distinciones entre éste y el penal.¹⁰⁵ El último, entonces, habrá de aproximarse a ciertas formas de enjuiciamiento dominadas más por el interés individualizador que por la preocupación de verificar tipicidad y responsabilidad.

De hecho, la nueva dirección ha comenzado a operar con éxito discreto: el examen forzoso de personalidad en sede jurisdiccional y la posibilidad de escindir la instrucción en dos secciones, una de ellas formada por el expediente de personalidad, atraen cada vez mayor atención. El examen es particularmente necesario cuando se trata de determinar situaciones tales como la capacidad para delinquir o la peligrosidad social.¹⁰⁶ El juicio tradicional no sirve a estos últimos fines. Proponerlos legalmente, sin instrumentarlos procesalmente, equivale a asegurar un fracaso, por decaimiento o mal uso. Igual sucede cuando el legislador deja en manos del juez amplia potestad para individualizar la sanción con apoyo en la personalidad del enjuiciado.¹⁰⁷

Debemos recordar que todo un régimen procesal, el de los menores infractores, ha sido ganado ya por estas ideas, acaso (aunque no solamente) por la despreocupación gradual acerca de la tipicidad de la conducta y el interés creciente en la peligrosidad, en la temibilidad, sea revelada por la transgresión, sea bajo forma de potencialidad delictiva o predelinuencia. Aquí, la típica instrucción procesal se ha visto sustituida por el período de observación, o reabsorbida en éste, y a la indagación en la sala del tribunal o en el *locus delicti* ha relevado la exploración en clínica de conducta. Desde luego, no perseguiríamos tales extremos en Derecho penal: no pretendemos un Derecho penal de autor.

Si la individualización ha creado una nueva teoría del juez penal, también la ha formado del ejecutor penitenciario y, más ampliamente, de la ejecución carcelaria. Esto así, desde la creación de los primeros laboratorios de antropología criminal, con su triple propósito: conocimiento etiológico, fenomenológico y

terapéutico. No sería factible modificar este designio: sigue comprendiendo la tarea completa de la individualización penitenciaria.

Dentro del esquema propuesto acerca del tratamiento progresivo-técnico, que lo analiza en el fundamento, en el instrumento y en el desarrollo, habrá hora para revisar, bajo este último apartado, la inicial fase del sistema, que es, precisamente, la de estudio y diagnóstico, esto es, la de individualización preparatoria, la de estrategia del tratamiento; el resto es el despliegue de los planteamientos de la estrategia: es la individualización activa, en marcha, dinámica; la primera ha sido un corte total de la persona, una individualización por fuerza estática.

En todo caso, para fines penitenciarios son indispensables los elementos que sirvieron a la individualización jurisdiccional. Si se carece de éstos, en el caso de que los hubiere en la sede de juicio, además de la pérdida de tiempo en la reconstrucción, se corre el riesgo de incurrir en estimaciones enconradas y provocar, por ende, la perplejidad o el franco choque entre la individualización administrativa y la judicial. Ciertamente puede haber diversidad de criterios, pero a menudo el contraste en las conclusiones se debe sólo a un problema de incomunicación.

B) INSTRUMENTO: ORGANISMO CRIMINOLÓGICO

La criminología es una ciencia de aluvión. Este hibridismo ha deparado oposiciones constantes a su calificación como ciencia. Mas aquí, como en el caso del Derecho, esto carece de importancia. Lo que interesa es la asociación de conocimientos que le dio origen y que le otorga validez. Siendo su divisa, paráfrasis tomada en préstamo de la medicina, "no conocer delitos, sino delinquentes; no conocer delinquentes, sino hombres", la complejidad del objeto reclama complejidad disciplinaria.¹⁰⁸

La mixtura de la ciencia revierte sobre la prisión, guiada por la criminología, y tiene una inmediata consecuencia orgánica. Lo propio ocurre para el procedimiento penal: no sería posible sin organismo criminológico de diagnóstico, más o menos formalmente constituido, emprender el estudio de personalidad. En este orden de cosas, el juez está a merced de la pericia; su facultad de apartarse del dictamen, facultad formal, no le sujeta menos, materialmente, a éste.¹⁰⁹ Ello reitera la urgencia de que el juzgador posea formación vasta y especializada, extrajurídica, en ciencias biológicas y sociales.

La evolución operada en este campo exige, pues, una nueva, fundamental pieza del tratamiento: el organismo técnico penitenciario, de composición interdisciplinaria, que responda a la estructura del equipo criminológico. Esto marca, por lo demás, el final del "directorismo", posible cuando el régimen se guiaba

por el hilo conductor de la compasión, de la represión o del sentido común; no hay, en efecto, necesidad de cuerpos colegiados para administrar compasión, represión o sentido común.¹¹⁰

En el organismo, consejo o instituto de criminología¹¹¹ han de figurar los representantes de las varias disciplinas que concurren o deben concurrir en el tratamiento. Se han apuntado tendencias antropologista y sociologista en este sector. Estimamos que las especialidades representadas (diversa es la cuestión de cómo hayan de organizarse reglamentariamente estas representaciones, en cuanto a número de componentes y a derechos de cada uno de éstos), deben ser las atinentes al trabajo, la educación, el servicio social, la medicina penitenciaria —general y psiquiátrica— y la custodia, conducidas por los funcionarios directivos. En algunos países se ha estimado útil la intervención de ministros de los cultos. En rigor, lo es cualquier participación que haga luz, sin enervarlos, en el diagnóstico, el pronóstico y el tratamiento.¹¹²

A nuestro entender, la función auténtica del consejo es la que hasta ahora llevamos comentada, no la disciplinaria. No coincidimos, pues, con quienes lo transforman en tribunal de conducta, calificado para disponer sanciones previo el desarrollo, ante el propio consejo, de procedimientos contravencionales. Esta tarea tiñe al organismo ante los reclusos, inconvenientemente, de notas represivas. Y esto obstruye la ya de suyo difícil labor del consejo. Si no es amigo, el organismo criminológico debe ser, al menos, un cuerpo neutral a los ojos, exageradamente suspicaces, de los reclusos; para éstos, el juez es siempre el enemigo, pues se trata de condenados.¹¹³

La labor interdisciplinaria no puede ser ocasional ni reducirse a determinada fase del internamiento, como no podría ser episódica ni limitada la acción del médico en el curso de la enfermedad. Debe iniciarse al tiempo del ingreso del individuo a la prisión y cesar sólo con la libertad. El organismo que se limita a diagnosticar disuelve o mutila su sentido y se sustrae a la progresividad, que preside como hemos dicho, con las ideas de tratamiento y de técnica, la suma del régimen penitenciario. Se debe observar, además, que el concurso del consejo es indispensable en situaciones que se plantean bien avanzado el tratamiento: semilibertad, liberación condicional y remisión parcial de la pena.¹¹⁴

La actividad interdisciplinaria proyectada sobre el tratamiento necesita de una documentación, también interdisciplinaria, que biografíe, para cada caso individual, evidentemente, los planteamientos, progresos, regresos y sugerencias del sistema. Este expediente habrá de ser también jurídico-criminológico, pero mucho más lo segundo que lo primero, en contraste con su equivalente procesal, que es predominantemente jurídico.¹¹⁵

C) DESARROLLO: SUCESIÓN DE FASES. LA SEMILIBERTAD

Del primer momento de la aprehensión, en su hora absorbido por la pena, al acto de la liberación, con el que culmina el régimen penitenciario, pero no el tratamiento del delincuente, se plantea una sucesión de fases que conforman el fenómeno total del tratamiento.

El tratamiento penitenciario, por cierto, no podría arrancar más que de la sentencia firme de condena, siempre sujeta, dicho sea de paso, a las contingencias que resultan de la falta de cosa juzgada material en el Derecho procesal penal.¹¹⁶ Así, cuando se quiere aplicar tratamiento solamente al individuo de quien irrevocablemente se afirma su condición de criminal, la consecuencia sería no sujetar a tratamiento a persona alguna: consecuencia excesiva, claro está. Es preciso incurrir en la ficción de la cosa juzgada material, para efectos terapéuticos.

Por supuesto, sólo con reservas decimos que el encarcelamiento preventivo responde a los fines de la terapia. Ésta, en algunos casos, se halla expresamente prohibida durante esa fase, para la que sigue dominando la presunción de inocencia. Mas lo cierto es que la sociedad intenta siempre la formación o reforma de sus miembros, en su más amplio significado, y a este propósito no podría quedar sustraída la prisión. De hecho, los servicios de tratamiento suelen volcarse, acaso insensiblemente, sobre el preso preventivo, así sea en sus manifestaciones menos dispensables: la médica y la pedagógica.

Por otra parte, la presunción legal de inocencia rara vez se corresponde con una presunción material, que efectivamente someta a los servicios de prisiones. Será siempre difícil que éstos acepten la diferencia que media entre inculpado y sentenciado, y actúen en consecuencia. Nosotros no hallamos inconveniente en sujetar a tratamiento a los encausados, en tanto semejante régimen no exceda del que, en la sociedad libre, se impone un tanto difusamente a todos los hombres. En este orden de cosas, la enseñanza se transforma, casi, en propaganda; el trabajo forzoso es sólo trabajo posible, cuidadosamente orientado. En cambio, el servicio social y la asistencia médica son idénticos en cárcel preventiva y en penitenciaría.

Descartados, entonces, los asuntos de matiz, ¿qué diferencia mayor existe entre la atención al procesado y el tratamiento del culpable? Si esta situación parece inconveniente, el reproche habría de dirigirse, en todo caso, a la prisión cautelar en sí misma, cuyas paradojas son insoportables.¹¹⁷ Mantenido ésta, la aproximación entre penado e imputado fluye espontáneamente, aun fuera de todo propósito.

Dentro de la misma cuestión, se debe recordar la existencia, efectiva o reclamada, de servicios de investigación criminológica

para propósitos judiciales. Si a partir de éstos se elabora la historia clínica-criminológica del sujeto, una elemental prudencia aconseja poner por obra, de inmediato, las sugerencias que, expresas o entre líneas, derivan de las observaciones del equipo criminológico.

Lo anterior, más aún frente a la crisis que resulta del mero hecho de la privación de libertad: aquí, la falta de tratamiento oportuno tendría graves consecuencias, como también las arrojaría, por lo demás, observar impasiblemente un estado bien definido de peligrosidad. Otro enlace resulta del hecho de que, en muchos casos, los servicios de diagnóstico y tratamiento son comunes a procesados y sentenciados.

Sea lo que fuere de la atención a procesados, el régimen penitenciario en estricto sentido debe iniciarse con una fase de observación, que entre nosotros se suele designar como de estudio y diagnóstico.¹¹⁸ Es recomendable que su curso, no demasiado prolongado, se cumpla en instituciones especiales.¹¹⁹

Nuevamente aquí viene al caso, como vanguardia o premonición, el desarrollo en el régimen de menores infractores, donde ya se ha operado la nítida diferencia entre los centros de observación y recepción y los establecimientos destinados al tratamiento.¹²⁰ Es deseable que los paréntesis que encierran el tiempo de reclusión, esto es, el ingreso del condenado y la preparación de su egreso, tengan sede en establecimientos diversos, efectivamente especializados. Esto armoniza perfectamente con la idea de progresividad, para cuya historia no es desconocida, por cierto, la transferencia de los penados al impulso del cambio de fases.

Bajo el régimen progresivo clásico, cuyo esqueleto, fruto de inteligente meditación, conserva el moderno tras de haber introducido apreciables modificaciones de contenido, el tránsito de una a otra etapas era obra de la disciplina. Aquí, la reforma exterior oscureció el designio de reforma interior o, mejor todavía, se hizo de aquélla instrumento para la estimación de ésta. Es claro que la buena conducta propositiva fue el talón de Aquiles de todo el sistema.

Hoy se reconoce que la buena conducta es el menos fiable de los datos para el conocimiento de la personalidad: verdaderamente, el buen preso suele ser o, al menos, puede ser, un delincuente temible. No vale alegar en favor las virtudes de la adaptación, porque la carcelaria es, vista rigurosamente, adaptación a la anormalidad; la experiencia nuestra es que los reclusos mejor adaptados son los reincidentes y los habituales.¹²¹

Por todo ello, es imperativa la continuidad en el trabajo del organismo criminológico, en cuyas manos debe estar el pase de uno a otro periodo del régimen. La integración interdisciplinaria de aquél garantiza suficientemente contra los peligros y en-

pañes en que zozobró la progresividad clásica. Del modo que hay un fraude procesal, existe, aquí, el fraude penitenciario; poner en claro el engaño es una de las tareas obligadas del sistema progresivo.

Es evidente que largos años de encarcelamiento (e incluso algunos meses) lastran severamente al penado. Alguna vez lo hemos dicho: al paso que fuera todo se desarrolla y progresa, en el reclusorio el tiempo se suspende. La salida del reo equivale al encuentro con un mundo revolucionario. Sobre esto volveremos adelante. Baste ahora con decir que la acción de los elementos del tratamiento, así objetivos como subjetivos, tiende nada más y nada menos que a reducir aquella distancia, apresurando el tiempo interior de la cárcel, bajo la idea de que éste, acelerado, equivalga al de la libertad. No hay otra forma eficaz de tender el puente por el que transitará al reo a su salida.

El egreso no podría ser traumático o, al menos, no debería serlo. Vuelve aquí al caso la vieja imagen de la convalecencia, que no se apura de un solo golpe, sino pausadamente.

Es cierto que todo el internamiento responde a la idea de la preparación para la libertad, pero también lo es que el hecho mismo de la reclusión altera de continuo este propósito. Por ello debe ponerse especial cuidado en la preparación para la libertad inmediata; la otra, la anterior y más prolongada, lo ha sido para el excarcelado mediato. Es aquí donde se habla de la atención preliberacional.¹²² Nosotros haremos hincapié en la semilibertad: el reo está ya a cierta distancia de la prisión y de la libertad, de cara a ésta; es un semilibre, más que un semiprisionero.

La semilibertad puede analizarse en dos supuestos. Bajo el primero constituye un sustitutivo de la prisión;¹²³ aquí entran lo mismo otras penas limitadoras, pero no privativas de la libertad (y en tal sentido su historia es antiquísima y, más que sustituir a la cárcel, la precede), que ciertas instituciones recientes cuyo propósito es, en gran medida, evitar la reclusión del sujeto: así, algunas modalidades de la institución abierta y, sobre todo, el trabajo penal en libertad. Éste marca una de las grandes esperanzas penológicas, en cuanto mantiene el estado normal del sujeto y permite, a la vez, el tratamiento ambulatorio, la reparación del daño gracias al trabajo del reo y la persistencia corriente de la familia de éste. Sus escollos son, por lo demás, el hecho de que en muchos, muchísimos casos el tratamiento sería impracticable sin institucionalización, y la escasa preparación de la sociedad, en su conjunto, para aceptar de buen grado este género de medidas: en algunas comunidades la venganza privada remplazaría a la justicia, acusada de benevolencia rayana en la lenidad. Estamos, con todo, en el camino del futuro.¹²⁴

También puede la semilibertad quedar encuadrada como parte del sistema progresivo. Con atinada intuición, los regímenes clá-

sicos incluyeron alguna forma de libertad gradual antes de la definitiva. Actualmente, la semilibertad no sustitutiva de la prisión puede ser aplicada, en términos generales, conforme a dos modalidades: los permisos de salida, por una parte, y la asignación a un establecimiento abierto, por la otra. A su turno, entre los permisos citados los hay de varias clases: salida de fin de semana, salida entre semana con reclusión al final de ésta y salida diurna con institucionalización nocturna.

Enlazados o no con los permisos de salida, como fase posterior a éstos o concurrente con ellos, se sitúan las instituciones abiertas. Se las ha caracterizado por la ausencia de obstáculos físicos contra la evasión, la carencia del aparato carcelario contentivo e intimidativo tradicional, el sistema de confianza y el imperio de la autodisciplina.¹²⁵ Uno de los elementos sustantivos de estas instituciones es la posibilidad en que el interno se encuentra de realizar una vida corriente, exterior, no solamente institucional, sujeto a escasas y decrecientes limitaciones. La prisión abierta es, pues, la suma coordinada de todos estos elementos.

Existe cierta variedad de prisiones abiertas: desde las granjas o campamentos penales en que el recluso se entrega a faenas agrícolas y las instituciones industriales o semiindustriales que ocupan al interno en labores de esta índole, hasta las colonias penales formadas por internos que en ellas viven con sus familiares, pasando por los establecimientos en que los reos moran, especialmente a los efectos de pernoctar y tal vez de tomar sus alimentos, pero cuyo régimen supone la salida de aquéllos para cumplir con labores normales en completa libertad. Creemos que estos últimos merecen, más que cualesquiera otros, el calificativo de abiertos y que corresponden, con mayor fidelidad asimismo, a la idea de la paulatina reintegración del hombre a la comunidad ordinaria de sus semejantes.

Es indispensable puntualizar que la implantación del régimen de semilibertad comporta riesgos graves. De aquí no podría seguirse, sin embargo, ni la condenación total del sistema, ni siquiera su limitación a zonas rurales o escasamente criminógenas.¹²⁶

Los peligros se atenúan sustancialmente gracias a la selección escrupulosa —técnica, mejor que empírica, como en todo cuanto toca al régimen progresivo de este tiempo— de los candidatos a beneficiarse con aquél, pero en modo alguno es posible suprimir el riesgo de raíz. Se trata, empero, de un peligro razonable que debe ser corrido en servicio de los bienes, crecidísimos, que el sistema apareja. Como es evidente, un alto índice de fracasos (sería inquietante, ya, que excediera del diez por ciento, sobre todo corrida la primera fase de aplicación de la semilibertad, en los años de consolidación del régimen), traducidos en fugas, de-

litos por o contra los beneficiarios (estos últimos como expresión de venganza) e infracciones menores (alcoholismo, sobre todo), delataría deficiencias profundas en los criterios de selección y manejo de los penados afectos a la semilibertad.

Ante estas nuevas medidas penológicas es preciso estar en guardia lo mismo contra la timidez que contra el fracaso. El temor a afrontar los riesgos naturales que el ejercicio de un penitenciarismo progresivo involucra, opondrá a la semilibertad un cúmulo de razones o de sinrazones. Pero el fracaso reiterado en la aplicación de estos procedimientos provocará la reacción pública desfavorable y la marcha atrás más o menos apresurada.¹²⁷

Hemos hablado de instituciones en las que vivan, trátense o no de colonización penal, en una de sus fases más desarrolladas, los reclusos con sus familiares.¹²⁸ Esto suscita algunas reflexiones. Son dos los puntos de vista que sobre el particular entran en colisión.¹²⁹ Se hace ver, por una parte, que en las colonias penales donde los sentenciados residen con sus familiares quedan invertidos los términos de la cuestión, pues lo preciso es hacer del cautivo un hombre libre, no de éste un prisionero más. Diverso sería el caso si la familia se inicia entre penados, más siempre advendría la procreación, con lo que el tema quedaría planteado, nuevamente, en los términos anteriores. Se advierte, en contrario, que este régimen minimiza las notas represivas del cautiverio, fortalece el sentido de solidaridad social de los penados, conduce la vida de éstos bajo condiciones próximas a las de la existencia normal y previene o diluye los problemas fraguados en las cárceles al impulso de la soledad.

La solución de la antinomia podría hallarse en la restricción de estas prisiones-ciudad a cierto tipo de condenados: aquellos para quienes el delito haya sido un episodio a tal punto circunstancial, si tal cosa es rigurosamente posible, que no se encuentren descalificados para el retorno inmediato a una comunidad ordinaria. Es preciso, entonces, actuar casuísticamente.¹³⁰