

III. RELACIÓN CON LAS DISCIPLINAS Y LAS FUNCIONES PENALES

LA RELACIÓN preferente entre la ejecución penitenciaria y las ciencias penales, preferente con respecto a la liga entre aquélla y otras disciplinas normativas, no es otra cosa que una consecuencia de la interconexión que existe, según hemos visto, entre los diversos momentos y casos de la lucha estatal contra el crimen. De estos vínculos habremos de ocuparnos en seguida.

A) CON LAS JURÍDICAS

Algo más que vínculo ha querido verse aquí. En fases distintas de la evolución ejecutiva la idea de relación estuvo desplazada por la de confusión. Pero al imperialismo de otras disciplinas se opone hoy el propósito descolonizador del Derecho penitenciario, que ha ganado puntos decisivos en el proceso de autonomía.

a) Régimen sustantivo

Durante mucho tiempo el Derecho penitenciario fue apéndice del penal, inserto como desarrollo, más o menos anecdótico o sistemático, de la teoría jurídica de la pena. Y fue, por cierto, con la de muerte²² (cuyo volumen cualitativo impresionó tanto como el cuantitativo de la prisión, una vez que ésta se transformó, recientemente, en el modo común del castigo, trascendido su periodo de mera prevención procesal),²³ el supuesto de pena que consiguió el más prolijo análisis por parte del penalista. Todos los esfuerzos hechos para atraer la atención hacia otras sanciones, así la de multa, dotada de novedosos planteamientos, resultaron frustrados.

El carácter ancilar del penitenciario con respecto al penal se reflejó en las tres dimensiones que más importan: la legislativa, por cuanto la materia figuró, por lo que hace a sus trazos fundamentales, en los Códigos penales sustantivos, situación que en alguna extensión perdura; la doctrinal, en cuanto la teoría penitenciaria se asoció a las obras de Derecho penal (lo mismo aconteció, dentro de cierta escuela, en el caso del procedimiento criminal), y la docente, como lógica consecuencia de lo anterior.

En fuerza de todo ello, ocurrió que a menudo la función penitenciaria se encomendó, ya dentro del periodo científico o constructivo de la ejecución carcelaria, a los penalistas. Dejando de lado éxitos individuales, someros o relevantes, se olvida que el penitenciario no puede ser entretenimiento de penalistas, apén-

RELACIÓN CON LAS DISCIPLINAS Y LAS FUNCIONES 35

dice o brazo menor del Derecho material. Mucho menos puede serlo la función penitenciaria, que reclama, como la penal o la procesal lo solicitan, la entrega de la especialización.

Cierto es, por otra parte, que entre las materias penal y penitenciaria cabe distinguir con facilidad diferencias y coincidencias. Las segundas atienden, en síntesis, al dato final: ambas materias se consolidan en los propósitos de servir (en general) a los fines del Derecho y (en particular) a la política criminal.

Las diferencias son palmarias: el penal establece y desenvuelve las teorías de la ley punitiva, del delito, del delincuente y de la pena, acaso también de la medida de seguridad; el penitenciario, en cambio, sólo tiene que hacer con la ejecución de la pena privativa de libertad, sea ésta múltiple, sea única, como es la razonable tendencia del presente.

Mas resultan, del enlace, algunas sugerencias que es conveniente retener. La que mayormente nos interesa es el principio de legalidad, tenazmente defendido por el Derecho penal y todavía hoy a veces cancelado: por la escasa legislación moderna que ha vuelto al régimen de *analogía legis y juris*,²⁴ y por el régimen particular de los menores infractores. Esto último, retirado el Derecho tutelar de la infancia y la adolescencia del propósito sancionador, tiene importancia relativa; es menester, sin embargo, vigilar de cerca la destipificación de las conductas antisociales juveniles, ventana por la que puede asaltar la arbitrariedad. Lo primero, en cambio, restablece la crisis de los dogmas de legalidad.²⁵

En cierto modo, el terreno perdido se gana por otro conducto: la entrada de la legalidad estricta en el terreno de los expedientes de seguridad: *nulla medida sine lege*.²⁶ ¿Podría decirse también “no hay peligrosidad sin ley”, y suponer que esta fijación de fronteras basta, de una vez por todas, para generalizar la recepción del estado peligroso sin delito?

Tradicionalmente la ejecución penitenciaria ha tenido escaso desarrollo legal. El penado se convirtió en “cosa de la administración”. A su condición de “sujeto” de la ejecución se sobrepuso la de “objeto”, que también lo es, ciertamente, mas no en exclusiva.²⁷ De aquí a aceptar que el reo es “cosa de la administración” no hay más que un paso, apurado cotidianamente.

Sería progreso fundamental del sistema penitenciario la introducción de un dogma *nulla executio sine lege*, con el mismo carácter corriente de su equiparable penal. Pero es claro que a la estricta legalidad ejecutiva sería indispensable acoplar, por una parte, la cuidadosa instrumentación del régimen de tratamiento, de manera que fuese completa la captación legal de todas las posibilidades y necesidades de terapia, y por la otra, una cierta flexibilidad que permitiese al ejecutor conducirse con soltura, al modo que lo hace el juez dentro de un generoso

36 RELACIÓN CON LAS DISCIPLINAS Y LAS FUNCIONES

sistema de arbitrio. Sólo podría tratarse, en resumen, de una legalidad *sui generis*.

De la legalidad, transformada acaso en reglamentariedad, importa especialmente el régimen de sanciones: precisión en la falta y en su castigo. Las lagunas en este ámbito son constantes celadas puestas al ejecutado.

No podríamos dejar de lado la meditación sobre la conveniencia de traer aquí (como al régimen pleno de las contravenciones) gran parte del bloque de la parte general del Derecho penal, en especial las excluyentes de incriminación.²⁸ Es preciso admitir, con algunas limitaciones dictadas por la práctica, que cuanto suprime el carácter delictivo de una conducta impide, asimismo, su naturaleza contravencional.²⁹

Además, puestos en el trance de la legalidad, la realidad penitenciaria exige una detallada publicidad interna del sistema. El reiterado secreto de éste (que a menudo encubre la falta de apoyo legal o reglamentario de la acción autoritaria) es otra fuente de sorpresas para el reo. Basta pensar en las injusticias mayúsculas a que aquí también conduce el dogma, razonable e irracional a la vez: la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento. Felizmente, comienza a abrirse paso la publicidad del régimen de vida carcelaria entre quienes se hallan sujetos a él.³⁰ Esto se apoya, además, en un hecho de gran peso: el cambio radical que representa el paso de la libertad a la reclusión. Esto obliga a reconstruir, minuto a minuto, la vida entera del individuo.

b) Régimen procesal

Es aquí donde más escollos halla el deslinde, porque si ha cedido, verdaderamente, la pretensión absorbente del Derecho penal, no ha ocurrido lo mismo con la del Derecho procesal penal. Ésta se conserva hoy con vigor y densas razones en su apoyo, acaso como consecuencia del profundo influjo del proceso civil sobre el penal, influjo que, para el caso de la ejecución, se manifiesta inclusive entre los más notables defensores de la autonomía procesal penal.⁸¹ No deja de ser ésta, en el fondo, una lección reveladora sobre la dudosa, radical diferencia que se quiere encontrar entre los procesos civil y penal.

Más allá del debate teórico cuentan argumentos prácticos, sentimentales: la atención del procesalista por el Derecho penitenciario se ha traducido en la humanización de éste.⁸² No hay tal, sin embargo. La humanización del sistema penitenciario no se debe a los procesalistas, y quizá ni siquiera a los juristas. Llegó bajo el impulso de la filantropía humanitaria. Aquí, como en otras áreas, la acción y la bibliografía renovadoras no fueron obra de juristas: el político, el médico, el filántropo iniciaron

la reconstrucción... pese, en veces, a la oposición resuelta de algunos profesionales del Derecho, cuya disciplina les ha hecho partidarios, a menudo, de las soluciones conservadoras.

Hoy el humanitarismo carcelario se inscribe en las perspectivas tradicionales; mas en el principio de la llamada escuela penitenciaria fue el factor progresista. Hasta cierto punto el jurista sigue estando, frente a la administración de justicia como fenómeno total, en situación de recuperar terreno perdido. La ganancia corre a cargo de las profesiones médicas y sociales, cuya mala inteligencia con la jurídica continúa siendo, aún ahora, fuente de problemas.⁸³

1. *¿Fase procesal?* Es innegable la existencia de un proceso civil de ejecución, en sede jurisdiccional. Con alguna excepción menor, que en ninguna forma alcanza a quebrantar la regla, la ejecución civil persevera como materia procesal, puesta en manos del juzgador.

Correlativamente se plantea, para el ámbito penal, la presencia de dos fases procesales: la cognitiva y la ejecutiva. No cesa la jurisdicción con aquélla, sino penetra en ésta, de tal suerte procesalizada. Y tal corriente no se detiene, como es claro, en el recinto de la ejecución penitenciaria; llega hasta la ejecución de todas las penas, incluso la capital. Tanto el carcelero que custodia al preso como el verdugo que priva de la vida al condenado forman parte del oficio ejecutivo penal. Esta consecuencia extrema no es en modo alguno la reducción al absurdo propuesta por los seguidores de la corriente administrativista; se trata de una consecuencia aceptada, de modo expreso, con gran pureza lógica, por el jurisdiccionalismo.⁸⁴

La solución está, a nuestro modo de ver, en el planteamiento mismo de la naturaleza del proceso, por una parte, y en la indagación sobre las figuras autoritarias que participan en el acto ejecutivo y en torno a las funciones que se les confieren.

Es sorprendente el hecho de que una vez establecida, en uno u otro sentido, la naturaleza del proceso, establecimiento laborioso que reclama abundante esfuerzo científico, no se agoten las consecuencias.

Se piensa, predominantemente, que el proceso es una relación jurídica. Para la esencial validez de esta tesis no obsta la asunción de elementos de la teoría de la situación. Tampoco importa a nuestros fines que la compleja relación se desarrolle de ida y vuelta entre los tres sujetos procesales, juez, actor y demandado (aquí, inculpado), o sólo entre dos de ellos, actor y demandado, o únicamente, por fin, entre juez y actor, por una parte, y juez y demandado, por la otra, sin planteamiento de deberes y derechos directos entre las partes.⁸⁵

Es evidente que la subsistencia del proceso depende de la

38 RELACIÓN CON LAS DISCIPLINAS Y LAS FUNCIONES

persistencia de la relación. Y en el caso penal, una vez dictada sentencia firme la relación cesa (prescindimos deliberadamente, ahora, de los recursos extraordinarios que dan lugar, después de la sentencia firme, a una nueva, distinta relación procesal), porque juzgador y acusador desaparecen del panorama, al paso que la figura del imputado experimenta un cambio sustantivo: a diferencia de la calidad de sujeto que hasta ahí ha ostentado, salvo acaso el episodio del procedimiento administrativo previo al jurisdiccional, llega a ser también objeto, ahora de la ejecución penal.

El juzgador desaparece total o parcialmente; en esta última hipótesis, vuelve a la luz en ciertos incidentes del periodo ejecutivo, en que se establecen relaciones transitorias, mas no ya con el inculpado de entonces, ni mucho menos con el acusador, sino con la administración penitenciaria. Así, en el incidente de libertad preparatoria.³⁶ Excepción de lo dicho es el juez ejecutor, del que nos ocuparemos especialmente.

Por su parte, el acusador público se ausenta en los mismos términos que el juzgador. Si alguna vez reanuda su contacto con el penado, es en calidad de inspector, y entonces realiza, es claro, función muy distinta de la que antes desempeñó, y de tal suerte la liga jurídica de la que es sujeto le vincula sólo, también a él, con la administración penitenciaria.³⁷

Ahora bien, el acusador particular, donde existe, o el querrelante mínimo, entre nosotros, juegan algún papel en el curso de la ejecución penitenciaria. Así ocurre con el perdón del ofendido, versión tardía, negocial o mayestática, del consentimiento del legitimado,³⁸ en el supuesto de los denominados delitos privados. Este indulto privado riñe con los principios públicos de la represión penal y hace caso omiso de los propósitos de la pena.³⁹ Dificilmente podría hallarse ejemplo más acabado de perduración privatista en la provincia penal. Aquí deberían reiterarse todos los argumentos que sobre esta base se enderezan contra la acción privada, particular o popular, considerablemente agravados.

También existe intervención ejecutiva del particular interesado al amparo de las normas sobre reparación del daño privado causado por el delito. Aun cerrada la puerta de la renuncia, no lo está la de la composición. Y esto afecta a la liberación del reo por el camino de la libertad preparatoria. De nuevo queda la libertad, con o sin readaptación social, que aquí se ha olvidado también, en manos particulares.

Alguna otra figura procesal resta por recordar: el defensor. Al tradicional abandono del condenado por éste, consecuencia de la cesación de sus funciones típicas, se quiere oponer una nueva conducta de activa intervención en el tratamiento, que sería efecto de nuevas funciones, sociales, atípicas de una profesión

RELACIÓN CON LAS DISCIPLINAS Y LAS FUNCIONES 39

liberal. El defensor de oficio debe atender no sólo al bienestar material de su defenso, sino también promover su readaptación o regeneración. Así lo determinan algunos ordenamientos.⁴⁰ Empero, también aquí la inercia burocrática ha despertado una revolución de los hechos contra el código.

2. *Una nueva figura de la ejecución: el juez.* La tesis jurisdiccionalista cobra o pierde apoyo en función de las autoridades que participan, de hecho y por derecho, en la ejecución de penas. Debemos ser cautelosos aquí, sin embargo, porque no siempre coinciden la designación y las funciones: no basta con denominar juez al funcionario para que sus tareas sean verdaderamente jurisdiccionales, y es cosa de todos los días, también en la administración penitenciaria, observar el cumplimiento de tareas de jurisdicción por funcionarios administrativos. Sobre esto volveremos líneas abajo.

Con todo, el jurisdiccionalismo gana terreno ahí donde actúa el juez ejecutor, giro amplio con el que es posible cubrir todas las particulares designaciones nacionales.⁴¹ Esto acontece en Italia y Francia, especialmente, no exclusivamente.⁴² Por lo demás, las tareas del *giudice di sorveglianza* son diversas en alguna medida de las del *juge de l'application des peines*, su colega francés, venido a la vigencia hace apenas algo más de una década. Se trata, pues, de una figura dinámica, en busca aún de perfil definitivo, inacabada, vista con extraordinario recelo por la gran mayoría de los países, no obstante el optimismo de sus naciones de origen.

El *giudice* italiano opera en el doble campo de las penas y de las medidas, principalmente en éstas. El Código y sus documentos expositivos han sentado su carácter administrativo, que la doctrina objeta. ¿Cabría hablar de administración, preguntamos, transcribiendo simplemente uno de los textos oficiales, si se dice que "el juez inspector es una especie de magistrado dentro del establecimiento, que interviene cuando en el curso del cumplimiento de la pena deban modificarse las condiciones o el tratamiento del condenado o cuando haya que tutelar derechos subjetivos del mismo"? Poco importa que se provea mediante modestas órdenes de servicio.

Un examen macizo de la gestión del *giudice* en las medidas de seguridad lleva también a defender su carácter jurisdiccional: actúa un verdadero juez, no un funcionario administrativo; el procedimiento, rodeado de formas judiciales, no puede desenvolverse *inaudita altera parte*; junto al Ministerio Público se halla el justiciable, candidato a la medida de seguridad; se practica un juicio de peligrosidad, que puede importar la modificación de la sentencia precedente; la resolución ha de ser motivada; el decreto, por último, es impugnabile.⁴³

40 RELACIÓN CON LAS DISCIPLINAS Y LAS FUNCIONES

También en Francia es esclarecedora la génesis del juez ejecutor. El *juge*, en efecto, nace tanto de una preocupación legalista y garantizadora, como del interés en dotar de eje orgánico a la ejecución penal, presidida por nuevas ideas correccionales. Igualmente aquí se suscita la cuestión del carácter jurisdiccional o administrativo de este juez, que sin sustituir a las autoridades carcelarias internas posee poderes amplísimos: en cuanto al tratamiento institucional, en asuntos orgánicos, en materia de libertad condicional, de condena condicional y de liberados, y aun en el régimen y la colocación de los vagabundos. Sus determinaciones en orden a la condena y a la liberación condicionales afectan directamente la situación jurídica del reo.⁴⁴

Ha habido, al lado de la satisfactoria experiencia real, referida con entusiasmo, un cúmulo de reparos. Su ambigüedad convierte al *juge* en "una especie de satélite independiente siguiendo una trayectoria autónoma entre la órbita judicial y la órbita penitenciaria". Cuando se subraya la ausencia de control judicial y administrativo sobre el *juge* y el peligro que para la libertad individual significan sus amplios poderes, se incurre en la más severa paradoja: ¿acaso la simple existencia de este magistrado, orgánicamente un auténtico juez, no constituye o debe constituir la garantía que reclama todo el temor acumulado tras el juez ejecutor? ⁴⁵

3. *Razones del jurisdiccionalismo.* A poco que se indague en la historia y en el sentido del juez ejecutor, así el *giudice di sorveglianza* como el *juge de l'application des peines* o las figuras que de ambos descienden, en leyes y proyectos, se advierte que el sustrato de su existencia es, en primer término, el temor a la arbitrariedad en el recinto penitenciario, con tanta frecuencia ejercitada, y secundariamente, el propósito de concertar en unas solas manos, para dotarlo de unidad técnica, el tratamiento resocializador.

Lo dicho revela una creciente desconfianza en la administración, al par que una confianza creciente, absoluta o relativa, esto es, sin o por contraste con aquélla, en los dispensadores profesionales de justicia.

La mera presencia de un juez en la prisión es un alivio para el penado, en la medida en que la formación del juzgador (que podría ser entendida, y a menudo así lo es, como deformación por parte de ciertos miembros del equipo de tratamiento) tiende a preservar, hasta por mera inercia, los derechos del ejecutado. Esta preservación puede ofrecer también una ventaja política: la tranquilidad de la opinión pública, a menudo atareada en la censura a los procedimientos carcelarios, o en el peor de los casos el endoso a la judicatura de las críticas que, de otra forma, caerían sobre el Poder Ejecutivo.

RELACIÓN CON LAS DISCIPLINAS Y LAS FUNCIONES 41

El fenómeno a que estamos aludiendo enlaza con el juego de dos corrientes, de diverso signo, que actualmente operan en el panorama penal. Por una parte se promueve la despenalización de ciertas conductas, lo que implicaría la desaparición de todo procedimiento acerca de ellas, al caer fuera de la ilicitud y dejar sus autores, por ende, de ser procesables, o bien, la reducción de rango del procedimiento, que de judicial pasaría a ser administrativo, al descender el ilícito de la gravedad del penal a la levedad del contravencional.

De otra parte, también se halla vigente la inquietud por llevar a los procedimientos administrativos las formas y garantías típicas de los procedimientos judiciales, que amparan mucho mejor que aquéllos los derechos humanos.⁴⁶ En la misma línea se inscribe la tendencia a reforzar los elementos acusatorios del procedimiento frente a los inquisitivos, así se trate de los trazados, por razón natural, bajo el dominio de la inquisitividad: el de menores de edad, por ejemplo.⁴⁷

En otra oportunidad planteamos una interrogante: ¿es aconsejable "judicializar" la ejecución de las penas privativas de libertad y, en mayor o menor grado, la de las medidas de seguridad? Ésta es una cuestión de política a la que es posible responder afirmativamente, aunque sin perder de vista que tal respuesta apareja, tácitamente, la descalificación del Poder Ejecutivo para el desempeño de una faena típicamente ejecutiva. Y téngase en cuenta que la idoneidad no sólo obedecería a razones técnicas, que sería en fin de cuentas lo de menos, sino al temor, legalmente avalado, justificado, a la irrupción de la arbitrariedad, que es, a no dudarlo, lo de más.

Obviamente, lo que en verdad interesa es entregar la ejecución a manos expertas, diestras en el tratamiento y respetuosas del ser humano, al parejo, sustrayendo en cambio tal ejecución a las manos ásperas y aptas para faena empírica que reiteradamente la han manejado. Que sean aquéllas judiciales o administrativas depende, en suma, de otros factores. Será necesario ponderarlos antes de adelantar cada solución nacional. En este terreno, como en otros más, dudamos de las soluciones demasiado generales.

¿Podría ser juez ejecutor el mismo que intervino en el proceso? Creemos que debe rechazarse esta difundida pretensión. El juez del proceso se encuentra realmente desligado del hecho penitenciario, cuya entraña ignora por completo. Su incorporación a los incidentes de la fase penitenciaria ha sido un fracaso, improvisada y enervadora. Lo que es menester subrayar, en cambio, es la urgencia de que el juez posea sólida formación criminológica.⁴⁸ El juez ejecutor debe ser jurista criminólogo. Ésta es la respuesta a las razones que le dan origen: preservación de los derechos y control técnico unitario del tratamiento.⁴⁹

42 RELACIÓN CON LAS DISCIPLINAS Y LAS FUNCIONES

B) CON LAS NO JURÍDICAS

Hay ciertas afirmaciones tradicionales que se encuentran en franca bancarrota. Una de ellas es la que postuló pacíficamente, durante mucho tiempo, que criminología, criminalística, medicina forense, penología y otras ramas del saber penal extranormativo, eran ciencias auxiliares del Derecho penal. Hoy, esta formulación es inaceptable, como lo es también cualquiera otra que, similarmente, busque hacerlas auxiliares del Derecho procesal penal o, en su caso, del penitenciario.

Sin duda, tales ciencias han dejado de ser auxiliares para trocarse en fundamentales: con la jurídica, son ciencias fundamentales de la administración de la justicia penal.⁵⁰ Sin ellas, verdaderamente, sería impracticable la justicia penal en el sentido en que hoy la entendemos. Y, por cierto, no cabría ya comprenderla en ninguna acepción que marginase a las disciplinas llamadas causal explicativas. La tendencia inversa es, en cambio, la perfilada en el más inmediato porvenir: dominio de las ciencias médicas y sociales, sumisión de la penal jurídica. Contra esto es preciso, también, permanecer en guardia, porque lo que reforzaría el entendimiento plenario del individuo podría cancelar los derechos humanos. También aquí es urgente la síntesis.

a) *Criminología*

Las relaciones entre criminología y ejecución, y el cúmulo de posibilidades y sugerencias que de ellas resultan, han sido sometidas a revisión pormenorizada. En rigor, semejante repaso es consustancial a la criminología misma y, por lo menos, a la más reciente etapa de la ejecución penitenciaria. Así, la meditación sobre estas vinculaciones es cosa cotidiana. Por otra parte, la liga es algo más que un puente, y debe seguirlo siendo: es un caso de mutua, creadora influencia.

Si el antiguo estado carcelario, de mera contención o sanción, y aun el encarcelamiento correccionalista de orientación moral, pudieron explicarse sin la criminología, el actual tratamiento penitenciario es inabordable sin ésta. La razón es teleológica: al para qué de la vieja prisión, empeñada en el arrepentimiento y en la enmienda, cuando no en el simple terror, no debió interesar el estudio profundo de la dinámica del delito. O bien: tal estudio se sustituyó por un juicio previo, por un prejuicio: la razón última del mal comportamiento sólo podría ser moral; únicamente moral, en consecuencia, podría ser la curación. Nos hallamos en la fase en que la demencia, sancionable con máximo rigor, es simple resultado de una vida de perversidad deliberada.

Hablamos de una mutua influencia. En primer término, de la cárcel sobre la criminología. El trabajo científico en prisión

figura en la génesis de la criminología: ésta nació antropológica, y la antropología criminal fue, ante todo, penitenciaria. El ligamen conserva una doble proyección: deben ser las prisiones, pero no siempre lo son, laboratorios de criminología (investigación junto a tratamiento y docencia es la tríada institucional de nuestro tiempo); además, y es ésta la segunda proyección, hija de la primera, el carcelero tiene hoy la nueva vocación de criminólogo.⁵¹ Estamos ya en el segundo término de la influencia.

El influjo de la criminología sobre la prisión ha sido profundamente transformador; mejor aún, revolucionario: deshizo sin excepción la base conceptual de la cárcel y edificó una nueva estructura sobre el terreno baldío. Claro está que hablamos esquemática, típicamente, porque entre las grandes contradicciones de la prisión mayoritaria actual, entre los problemas fundamentales de la ejecución penitenciaria, se encuentra su inadecuación práctica a las nuevas ideas. Ésta es la brecha penitenciaria que ha conducido a la negación de la pena privativa de libertad.

En todo caso, creada por el trabajo en prisión, la criminología determinó un distinto rumbo del penitenciarismo, al eliminar el humanitarismo clásico y sustituirlo por el tratamiento científico basado en el estudio de la personalidad. Todo el régimen penitenciario moderno, al que adelante nos referiremos, tiene aquí su punto de partida.

b) *Criminalística*

En el contexto de la acción estatal y social contra el crimen la pesquisa sucede a la prevención fallida; precede, en cambio, a la ejecución, y se halla en sus antípodas. Empero, resurge en el momento penitenciario como instrumento de aclaración de los delitos que forman la "criminalidad de la prisión".

La complejidad social conduce a la complejidad criminal, como un fenómeno a la vez histórico y material. Históricamente, la delincuencia evoluciona: de la fuerza a la astucia.⁵² Pero no creemos que ahí se detenga el desenvolvimiento criminal: ahora renace la violencia, mas con un dato diferencial (lo cual significaría evolución en el seno mismo de la violencia): se colectiviza, a la fuerza del individuo sigue la fuerza del grupo. La violación, delito atávico, se perpetra, cada vez más, colectivamente; contra este nuevo modo del desbordamiento sexual reacciona severamente la punición. Otro hecho de la violencia contemporánea son los motines, los disturbios callejeros, los alzamientos, que también están en boga.⁵³

Materialmente, la progresiva complejidad criminal se manifiesta en un doble sentido: despersonalización de la víctima o falta de reproche moral del acto, por una parte, y especialización, por la otra.

44 RELACIÓN CON LAS DISCIPLINAS Y LAS FUNCIONES

Al primer supuesto mencionado pertenece el auge de los delitos en materia de estupefacientes, donde el deliciente profesional no dirige el golpe contra un sujeto determinado al que se busca victimar, a diferencia de lo que ocurre, normalmente, en el delito tradicional, y el no profesional suele entender que su tráfico está exento de reprobación ética. A la segunda hipótesis pertenecen ciertos acotamientos criminales: delincuencia rural frente a la delincuencia urbana, los mayores de entre ellos. Y luego, en la urbana: ⁵⁴ delincuencia en los almacenes, delincuencia en los grandes conjuntos habitacionales, ⁵⁵ delincuencia de bandas, asaltos a bancos, robo de automóviles, etcétera. Por esta vía de la especialización se llega a un segmento más, con su peculiar tipología: la criminalidad carcelaria. Una criminalidad especial reclama tanto una criminología (etiología y tipología) como una criminalística particulares.

Interesa establecer una distinción. La cárcel es una *civitas* singular, con su característica patológica: es la patología dentro de lo patológico, un acentuamiento, un agravamiento de la enfermedad social. Esta patología se resuelve en un doble modo de desviación: el delictivo y el no delictivo. Al segundo pertenecen, por ejemplo, los suicidios, la intoxicación, el homosexualismo y algunas formas de resistencia colectiva, de amotinamiento ⁵⁶ y de evasión. ⁵⁷ El primero, en cambio, compone la criminalidad de las prisiones, en sentido estricto. Un ojo penetrante no hallaría, por lo demás, diferencia sustantiva.

Homicidio, lesiones, robo, daño, abuso, violación, evasión, amenazas (extorsión), portación de armas, cohecho y comercio de estupefacientes componen la criminalidad corriente de los reclusorios, en los que asume, con frecuencia, características singulares.

La criminalidad sexual ofrece sorprendente frecuencia. ⁵⁸ No englobamos, claro está, el homosexualismo voluntario, también cosa cotidiana. La violación es una consecuencia más del penitenciarismo represivo, que se niega a aceptar la plenitud del ser humano y pretende tratarle acumulando cortapisas al curso normal de sus apetitos. ¿Qué clase de sublimaciones se quiere provocar en estos sujetos elementales? Por lo demás, también conviene advertir que la violación tiene, en muchos casos, más el sentido de un acto de humillación y dominio (al que han llegado conflictos sociales, *v. gr.*, raciales) ⁵⁹ que de satisfacción instintiva.

En cuanto a los delitos en materia de estupefacientes, hemos escrito que los adictos son, de hecho, los reclusos de más difícil manejo, y en torno a ellos se hila la mayor parte de la criminalidad de las prisiones: a su desasosiego o a la presión del mercado obedecen, con estimable frecuencia, homicidios, lesiones, robos, asaltos, tráfico y cohechos. Tampoco son raros los suicidios entre los toxicófilos, que a veces se quitan la vida, sin propósito

RELACIÓN CON LAS DISCIPLINAS Y LAS FUNCIONES 45

de hacerlo, por mal cálculo sobre la calidad de la sustancia que consumen o acerca de la dosis que se aplican. Agréguese que la tensión psíquica de la vida carcelaria favorece en forma determinante la iniciación en la toxicofilia, especialmente entre sujetos jóvenes carentes de recia construcción espiritual, reciedumbre que no es, por cierto, característica de la población reclusa.⁶⁰

En la prisión, la pesquisa tiene un contenido más rico que en la vida libre: no sólo se trata de atrapar al responsable, sino además de esclarecer su personalidad. No se está en el inicio de un camino que le conducirá, como culminación, al tratamiento; se halla en el tratamiento mismo, fallido, por cierto. Este afán de esclarecimiento íntimo y de terapia, que no puede perderse en ningún acto ejecutivo, por más que se halle conectado con una nueva conducta criminal, sugiere el empleo de procedimientos comúnmente rechazados dentro del marco de un enjuiciamiento criminal ordinario.

¿Han de abrirse paso en la prisión el suero de la verdad y el polígrafo? Para la indagación policial se encuentran regularmente proscritos: el derecho a la inviolabilidad de la intimidad es el más firme, el más recio reconocimiento del interés individual que entra en conflicto con el social en el curso del procedimiento. Ni siquiera la voluntad del imputado remueve la defensa del interés individual. La confesión así tomada se repudia, aun cuando los defensores de estos métodos prefieren no hablar de confesión, sino de pericia.⁶¹ Mas quizá otra sea la solución si el suero y el detector se emplean para fines de tratamiento. Empero, en este terreno movedizo, ¿cómo discernir cuándo su uso se contrae a la terapia y cuándo alcanza a la investigación? Porque en las comunidades delictivas conocer es, con suma frecuencia, simultáneamente indagar, en el sentido policial del término.

c) *Penología*

El deslinde entre penología y Derecho penitenciario es fuente de problemas. No basta con afirmar, para separarles, la naturaleza preceptiva del último; hemos visto que, para fines prácticos, las penetraciones son intensas. Sería preferible, en todo caso, seguir el curso de éstas y reforzarlas. De ello saldría bien parado, animado, el penitenciarismo.

Otra fuente de confusiones es el contraste entre penología y ciencia penitenciaria. Aquí acontece algo semejante a lo que sucede con los Derechos ejecutivo penal y penitenciario: la sinonimia errónea, la equiparación entre género y especie. A aquellas dos, haciéndolas una, se las caracteriza como "la ciencia del tratamiento del delincuente". Si esto es así, al Derecho penitenciario resulta ser el instrumento jurídico del tratamiento.⁶²