

## IV. LA REMISIÓN

**DUEÑA** de abundante historia, tan vasta como las bases que la sustentan y los propósitos a los que mira, una progresista institución se abre ahora camino entre nosotros: la remisión parcial de la pena, según hemos optado por denominarla, que aquí sustituye en alguna medida a la condena indeterminada y alivia ciertas limitaciones de la libertad preparatoria. La remisión se halla en el centro de las ideas que han apoyado la pena indeterminada.

### A) INDETERMINACIÓN PENAL

Otra de las mayores luchas penales y penitenciarias se ha librado, y se libra todavía, en torno a la indeterminación penal, modo de realización, el más eficiente y consecuente, de la individualización.

Una vieja imagen que aproxima, con cierto éxito intuitivo, el tratamiento penal al médico, reclama que aquél cese, como concluye el segundo, cuando desaparecen las causas que lo motivaron. Y las causas desaparecen, evidentemente, al obtenerse la readaptación social del infractor.<sup>194</sup>

Aquella sencilla fórmula es válida para la corriente que quisiera ver en la pena un fin solitario: la readaptación. Mas cesa de tener eficacia cuando a la pena se asocia el objetivo de retribución: la medida de éste es, por cierto, mucho más relativa que la de aquélla. También lo es la medida de la ejemplaridad, que en principio requeriría el internamiento a perpetuidad, asociado a constantes indagaciones que permitiesen fincar una razonable correlación entre la pena y su impacto sobre la sociedad; la reclusión sólo cesaría con la general declinación de la criminalidad, de donde la cantidad de pena no quedaría supeditada ni al órgano público ni al delincuente, sino a la comunidad total. En efecto, ¿cómo decir que se ha agotado la necesidad de retribución? Y, ¿cómo decir que ha bastado el ejemplo? Tampoco es fácil precisar la medida de la expiación: al no venir al caso una materia física, cuya impureza se consume, la purificación del individuo se abandonaría, asimismo, al juicio arbitrario, que no deja de ser la sede de una justicia visceral, doméstica, imperfecta.

No acontece lo mismo con la readaptación social del sujeto. Aun en medio de un cúmulo de dudas y peligros, es hacedero precisarla con razonables probabilidades de acierto. Se contraen, pues, las fronteras del diletantismo y quedan satisfechas ciertas solicitudes de la política criminal: ni el peligroso es externado

ni el readaptado permanece inútilmente (para estos fines) en prisión.

Nos aproximamos, pues, al deslinde más cercano al correccionalismo y más distante del retribucionismo: hay hombres que jamás deberían ingresar a una prisión, como los hay que nunca deberían salir de ella. Con la indeterminación, cualquiera que sea el nombre que en definitiva se le asigne, estos *desiderata* se encuentran atendidos: la calidad y cantidad de pena se establecen en vista de la personalidad y de la corrección del justiciado.

Con base en las anteriores ideas, el sistema de indeterminación más atendible es el absoluto. Pero si es el que representa mayores ventajas para la preocupación terapéutica, también es el que ofrece inconvenientes mayores, de los que abajo nos ocuparemos, a la luz de la seguridad. De ahí que los juristas lo vean con antipatía. En todo caso, es la sede natural de las medidas asegurativas, tanto las que se aplican en libertad como las que aparejan internamiento reeducativo, curativo o inocuizador. Esto, porque en semejantes hipótesis dominan las consideraciones médicas a las jurídicas. Admitida socialmente esta reciente prevalencia, bien diversa de la que privó bajo el axiologismo, ha podido hacerla suya la legislación.

Vista por hoy con desconfianza la indeterminación absoluta, queda el campo franco a la relativa, cuya dinámica le aproxima cada vez más a la primera y le aleja de la vieja dosimetría penal. Esta tendencia resulta de las mismas fuerzas que se mueven en el seno de la indeterminación relativa, suerte de compromiso de escuelas, frágilmente concertado: no obstante su carácter de relativo, esto es, de parcial, de reticente, de contenido, semejante régimen se informa en las ideas de indeterminación, que no corresponden, en modo alguno, al retribucionismo. Éste, que ha obligado a la relatividad, es totalmente extraño al sistema. Sólo otro orden de ideas, tomadas de un campo del todo diverso, podrá impedir el abandono final del compromiso: la seguridad jurídica.

En varios planos se agita la indeterminación; son los mismos de la individualización, dado que aquélla no es sino la herramienta de ésta. Si ahora interesan el legal<sup>195</sup> y el jurisdiccional,<sup>196</sup> mucho más importa el administrativo (en mayor o menor medida también jurisdiccional, esto es, mixto, por el conducto, ya glosado, del juez ejecutor).

Salvo en los casos en que el juzgador marca a la administración sólo mínimos o sólo máximos de pena y endosa a aquélla la fijación final, que son casos de indeterminación seriada, la actividad judicial quisiera ser terminante: el cierre de una puerta que abrió la ley. Así, la misión administrativa devendría solamente verificadora.

Del juez se quiso hacer la boca que pronunciara las palabras

de la ley; algo semejante —y quizás tan imposible como aquello— se pretende del ejecutor: la boca que pronuncia las palabras del juez. Al silogismo jurisdiccional ha de agregarse ahora un silogismo administrativo cuya premisa mayor estaría integrada por los términos de la condena condicionante de la libertad, la menor por la verificación de que aquellos extremos se han satisfecho, y la consecuencia por la orden de libertad. ¿Qué papel jugaría aquí, entonces, el tratamiento? ¿Cuál sería la relación entre tratamiento y libertad, sea en su forma positiva: readaptación y excarcelamiento, sea en la negativa: persistencia de la peligrosidad y continuidad de la reclusión?

Los sistemas de indeterminación ejecutiva operan en función de referencias de diversa especie. La división primaria, que conduce al examen de los criterios de aplicación, distingue entre las referencias temporales y las de otra índole, subdivisibles, a su vez, en externas e internas. Mas de esto preferimos ocuparnos al hablar de la remisión parcial de la pena conforme a los regímenes empírico, por una parte, y lógico o científico, por la otra.

Con la remisión, de la que hablaremos, la libertad condicional o preparatoria y la retención, ambas viejas instituciones, se asocian a la indeterminación relativa administrativa. De tal suerte, deberían responder a los fines que aquélla atiende. Esto, por lo que hace a la preparatoria, conduciría a su otorgamiento fincado, por modo exclusivo, en la readaptación social del reo; nada tendrían que ver, entonces, el simple transcurso de cierto tiempo y la conducta observada durante él; tampoco deberían hacer mayor cosa en este terreno ciertas limitaciones que a menudo se asocian a la preparatoria: en orden a la reincidencia o a la infracción perpetrada.<sup>197</sup> De estos regímenes de exclusión legal, a priori, también habremos de ocuparnos.

Ahora bien, en cuanto a la retención hemos de advertir la necesidad de cambiar su vieja estructura disciplinaria; lo pertinente sería que evolucionase en el sentido de una medida de seguridad hasta asimilarse a la detención preventiva (a no confundir con la prisión preventiva), ya bien explorada.<sup>198</sup> También aquí hay poco que hacer con el paso de los años y la conducta observada, si es que se les pretende erigir en factores únicos del sistema; es preciso retornar a las fuentes de la indeterminación, es decir, a la individualización.

En todo caso, las restricciones temporales y materiales inherentes al régimen positivo de libertad condicional y retención, han abonado el campo para la remisión parcial de la pena. Con ésta, bajo uno de los regímenes en que se la conoce, quedan sorteados los obstáculos materiales y reducidos, por la conexión entre libertad preparatoria y remisión, los límites temporales mínimos de la prisión. Este doble alivio, que acentúa la indivi-

## LA REMISIÓN

97

dualización administrativa, no ha dejado de conmovier a la judicatura.

No es pacífica, ni podría serlo, la admisión de los sistemas de indeterminación penal administrativa. Ya hemos hablado de la existencia de un debate en torno a estos temas.<sup>199</sup> En él se plantean las ventajas y los peligros y de él resultan, a los efectos de la política criminal vigente, las concreciones del sistema. El correccionalismo, que carga el acento sobre las ventajas, no se deja seducir automáticamente por ellas, sin embargo; si bien no resuelve aquellas que tocan ciertos grandes temas del Derecho, sí repara en las deficiencias que una acción penitenciaria inteligente está llamada a disolver.

Por demás está reiterar que la ventaja suprema de la indeterminación es su carácter instrumental con respecto a la individualización. Realiza, de esta forma, la tendencia que ha dominado los segmentos sustraídos recientemente al Derecho penal: así, los de menores y alienados. Ahora bien, en la medida en que esta tendencia avance sobre el propio Derecho penal, medida que es ya sumamente apreciable, también se apoderará de éste la indeterminación, que así llegaría, ya liberada, al campo ejecutivo.

No podríamos desconocer los inconvenientes. Los más severos se plantean en un ámbito ajeno al penitenciario: el jurídico-político, donde están situadas las piezas fundamentales del régimen de Derecho que hoy impera. En esta virtud, las consideraciones penitenciarias se eclipsan y el problema queda sujeto a solución en otros planos, bajo el concurso de series de argumentos que no derivan, por fuerza, de las aportaciones penitenciarias.

En primer término, la indeterminación acarrea la decadencia de la seguridad penal: el *nulla poena sine praevia lege* cede. ¿Cuáles serían, efectivamente, la calidad y la cantidad de la pena? No otras, en resumen, que las que fije el ejecutor. Para el caso lo mismo da que se le llame administración penitenciaria que *giudice di sorveglianza*: se ha tornado a las penas arbitrarias. A esto se responde con un escamoteo: en rigor no se trata de penas, sino de medidas de curación, a la manera médica, o de educación, al modo del pedagogo. Mas tal cosa sólo resultaría cierta cuando la conducta humana quedase de plano despenalizada. Y esto, ¿no será acaso con motivo de la imposible desaparición del Derecho?

La misma crisis se suscita en el campo procesal, donde, sin embargo, alarma menos. Se está mejor preparado, por más familiarizado, con la declinación de la cosa juzgada en materia penal. Bajo un sistema de indeterminación absoluta ésta desaparecería, en la doble proyección material y formal. Así sucede con las resoluciones de internamiento de enajenados o de reeducación de menores. ¿Cómo oponer al tratamiento médico o pe-

dagógico la cosa juzgada? El terreno estaría mejor allanado, desde luego, si al lado de la revisión extraordinaria en favor del reo, que hasta hoy ha triunfado, hubiera prosperado la desfavorable. Si así se reconsiderasen la tipicidad y la responsabilidad, más fácilmente se reconsideraría la peligrosidad. No se trata, es claro, de instituciones mutuamente determinadas, pero sí de tendencias paralelas.

Por lo que atañe al campo penitenciario, la indeterminación suscita cuestiones concretas, que no suprimen, empero, sus virtudes, sino obligan a afinar su manejo. En este sentido, semejantes cuestiones no militan en contra, sino a favor del sistema: cuanto le depure le favorece, evidentemente. Los casos que se formulan son: ¿es la indeterminación un estímulo para la buena conducta? o bien, por el contrario, ¿es la indeterminación una fuente de ansiedad y, por ende, de mala conducta?

La ansiedad existe, sin duda, incluso bajo regímenes de perfecta determinación, cuando se aproxima la hora del excarcelamiento. De este fenómeno cotidiano suelen derivar consecuencias deplorables. Es aquí el campo de operaciones del tratamiento preliberacional. Y si se acentuara la indeterminación hasta el punto de que la prisión careciera, por completo, de fecha final, el tratamiento total debería replantearse para hacer frente a este viraje de la pena. Si de un replanteamiento menor han resultado sistemas tan importantes como son los de semilibertad, ni qué decir tiene que la reconstrucción sustancial de la pena obligaría a nuevos hallazgos.

## B) REGÍMENES EMPÍRICO Y LÓGICO

La remisión parcial, bajo nombres diferentes, tiene vieja raíz correccional.<sup>200</sup> Así, enlazó con las ideas morales de arrepentimiento y enmienda. El problema entonces, al igual que ahora, fue la verificación de las circunstancias que determinarían el excarcelamiento, mas entonces ofreció mayor volumen, debido a la extrema dificultad de apreciar razonablemente el arrepentimiento y la enmienda.<sup>201</sup> Con todo, no estamos ante un régimen inconsecuente con las ideas penales, porque en estos casos la remisión atendía al cumplimiento de los fines de la pena.

Hoy la remisión se discierne, al igual que cualquiera otra modalidad de indeterminación penal, bajo criterios empírico y lógico o científico. Los datos en que se funde determinan la adscripción.

En el dominio de lo empírico se hallan los criterios matemático y mecánico; aquél atiende sólo al transcurso de cierto tiempo para provocar la libertad del sujeto; el segundo, también desconectado de los fines de la pena, posee, sin embargo, mayor pretensión: reclama la reunión de otros elementos, no sólo tem-

## LA REMISIÓN

99

porales, para proveer a la libertad. Estos otros elementos son, en lo general, el trabajo y la buena conducta.<sup>202</sup>

A su turno, el sistema lógico se halla del todo dominado por el fin rehabilitador de la sanción: si el propósito de ésta es readaptar, libertad y readaptación correrán parejas; cuando la segunda falte, es decir, cuando persista la inadaptación del individuo, no habrá de producirse su externamiento, así se satisfagan otros factores, que suelen conformar el extremo matemático, cuantificable, pero solamente sugestivo o indicativo, del sistema: instrucción (educación), trabajo y conducta.<sup>203</sup>

Por demás está decir que cuanto tiene de certero el régimen lógico lo tiene de desacertado y peligroso el empírico, que es, sin embargo, el dominante, en la segunda de sus variedades que hemos mencionado. Nuevamente deberemos protestar contra una apreciación indebidamente ligera, que coloca en la base de sus resoluciones datos externos, engañosos, que permiten la manipulación de quien juzga por quien es juzgado. La opción por el lógico se funda en el carácter de juicio, no de cómputo, que éste tiene. Cómputo, no otra cosa, es lo que se practica al verificar escuetamente el número de días de labor y la conducta observada; juicio, en cambio, es lo que se realiza cuando se incursiona, con ánimo valorativo, en la personalidad del sujeto. Por ello hemos insistido en sustituir el problema matemático o mecánico por el juicio de personalidad.

Algún sector de la judicatura ha visto con desconfianza esta forma de remisión. Quizás de ello resultan las limitaciones impuestas por el criterio de restricción *a priori*. Al desgano que hay siempre en encomendar delicadas valoraciones a la administración penitenciaria (pero podrían serlo igual al juez ejecutor), se suma ahora otra objeción, fuertemente política: la atribución jurisdiccional resulta invadida; se provoca una colisión de funciones de la que sale malparado el principio de división de poderes.<sup>204</sup>

El argumento propuesto carece de fuerza de convicción, dado que la modificación en la cantidad de pena, necesariamente apoyada en el texto legal, no es un acto secundario, posee los mismos fundamentos, ya no objetados contemporáneamente, de la libertad preparatoria y de la retención.

Mucho se gana, desde luego, cuando la fórmula que en el Código penal se ocupa en la prisión supedita los extremos de ésta a las disposiciones ejecutivas especializadas; sin embargo, la ganancia es sólo en claridad, porque el reenvío no es sino el enlace explícito de una relación callada, que existe ya y que opera lo mismo, con o sin exposición. Es ésta la relación que debe existir, por supuesto: vigencia paralela de la norma sustantiva, que configura la pena, y de la ejecutiva, que la detalla y orienta.

Con la remisión abierta o limitada *a posteriori* contrasta la

cerrada o limitada *a priori*, sea legal, sea jurisdiccionalmente. He aquí otro desacierto que vicia las excelencias del régimen. En efecto, si la reducción penal tiene que ver sólo y simplemente con la readaptación del delincuente, mal podría excluirse de aquel beneficio a una categoría determinada de infractores o a un penado en particular, por vía de la declaración de peligrosidad social, sin conocer los resultados que arrojará la ejecución penitenciaria. Este juicio anticipado comporta un prejuicio incongruente con los fundamentos de la indeterminación penal.<sup>205</sup>

Toda valoración de personalidad, que es el verdadero proceso decisivo de la remisión, ha de ser por fuerza posterior al tratamiento. Las restricciones en función de un tiempo mínimo de pena cumplida son solamente referencias temporales razonables para anunciar el momento de la valoración, además, claro está, de necesarias concesiones al pensamiento tradicional, que no permitiría sacrificar la cosa juzgada de la resolución firme bajo revisiones absolutamente incondicionadas, que teóricamente podrían plantearse un instante después del pronunciamiento judicial. Es aquí donde perdura el compromiso.

Hay cuestión acerca del cómputo de la prisión preventiva para efectos de remisión penal. El asunto sigue, a nuestro juicio, la misma suerte que se imponga al cómputo de aquel tiempo en orden al cumplimiento de la prisión. A la solución técnicamente mejor informada se opone otra, que prevalece, cuyo apoyo es fundamentalmente humanitario; lo sería técnico, además, si variasen las condiciones de la cárcel preventiva y ésta se internara, con mayor franqueza, en el campo penitenciario.

En efecto, si entre prisión cautelar y prisión como pena media una radical diferencia en cuanto durante la primera está radiado el tratamiento resocializador, que constituye, en cambio, el contenido de la segunda, la consecuencia natural es que el tiempo corrido en preventiva no se abone al que debe curarse en prisión. Consecuencia chocante, sin duda, que no derivaría ni del retribucionismo ni del expiacionismo, pues en estos supuestos, quiérase o no, la sustancia del internamiento es una sola y la misma en ambos casos: la privación de libertad es dolorosa, aflictiva, sin ver que se trate de prevención o de castigo formal. Si lo que se busca es la represión, ésta comienza desde que el agente es aprehendido; si lo que se quiere es la reconstrucción, ésta sólo se inicia cuando entran en juego los elementos pertinentes para ello.<sup>206</sup>

Cobra gran importancia aquí determinar el órgano llamado a conocer del nuevo juicio de personalidad que se instaura para efectos de remisión parcial de la pena. No creemos conveniente multiplicar los entes carcelarios, creando una espesa burocracia en cuyos complicados caminos se extravíen o entren en conflicto las resoluciones. Por ello, el organismo que a nuestro parecer

debe hacerse cargo de estas cuestiones es el organismo técnico criminológico o consejo de que ya hemos hablado.

Efectivamente, considérese que ese organismo, integrado interdisciplinariamente, ha tenido bajo su cuidado la observación científica y sistemática, no epidérmica ni ocasional, del penado, a partir de su internamiento: fijó el diagnóstico y anotó el pronóstico; luego ha seguido la secuela del tratamiento, renovando los estudios y las conclusiones al paso que aquél progresaba; además, ha intervenido decisivamente en la concesión de los beneficios que aparejan la preliberación o un régimen de mayor confianza en el curso de la progresión del sistema. Es natural, por tanto, que el consejo así dotado de amplios conocimientos sobre la evolución del caso, adelante su parecer cuando venga a cuenta la remisión.

No pensamos, ni con mucho, en aligerar la gravedad de las resoluciones que aquí se tomen ni en esquematizar los procedimientos, a fuerza de concederles simplicidad y fluidez. Por otra parte, el consejo nunca ha funcionado como autoridad decisoria, ejecutiva, sino sólo (pero nada menos) como entidad consultiva, cuyas opiniones poseen, por cierto, toda la fuerza que les confiere su buena orientación técnica. Lo mismo puede y debe acontecer en el caso de la remisión penal.

Ahora, como antes, en el curso del tratamiento, el consejo emitiría un dictamen y la resolución final quedaría a cargo de otra autoridad, quizás ya no institucional, sino central. Todo esto es también factible, claro está, bajo el régimen del juez ejecutor; en la hipótesis de la remisión, sus funciones serían las mismas que le incumben hoy para efectos de liberación condicional. Así las cosas, el sistema jurisdiccional podría asumir, sin cambios importantes, el procedimiento que hoy se conduce bajo régimen administrativo.<sup>207</sup>

Otra cuestión trascendente que aquí se plantea es el carácter definitivo o precario de la remisión, en forma semejante a la que opera para la libertad preparatoria. Aun cuando la tendencia dominante apunta a la definitividad, la defensa social requeriría la revisión de este acuerdo administrativo cuando se advierte que la columna que lo soporta —la readaptación social— cae por tierra.<sup>208</sup>