

CRONOS Y LA APORÍA DE LA PENA INSTITUCIONAL (ACERCA DE LA INTERDISCIPLINARIEDAD CONSTRUCTIVA DEL DERECHO PENAL CON EL DERECHO DE EJECUCIÓN PENAL)¹

E. Raúl ZAFFARONI

La ejecución de la sanción civil ofrece pocos problemas, porque la misma no altera la naturaleza de lo dispuesto en la sentencia. Algo parecido sucedía cuando el poder punitivo se limitaba a las penas físicas (azotes, muerte). Desde que dominan las penas institucionales (prisión), la situación varía fundamentalmente, porque la ejecución de lo dispuesto en la sentencia altera la naturaleza del objeto: la sentencia impone una pena que, por lo general, implica una injerencia en la existencia de la persona; es decir, la toma o expropiación de un tiempo existencial de la misma, pero que no puede expresarse en esos términos, sino en tiempo físico o lineal.

La contradicción entre el tiempo físico de la condena y el tiempo existencial del padecimiento de la pena se pone de manifiesto por el absurdo cuando se pronuncian condenas de penas que exceden el tiempo existencial de la persona, lo que las leyes modernas tratan de impedir por varios medios y con dispares racionalizaciones para evitar que la misma se acentúe hasta lo irracional.

El tribunal penal no puede hacer otra cosa que pronunciarse en términos de tiempo físico o lineal, pero sabe que la ejecución de su pronunciamiento no puede hacerse sino en un tiempo existencial. Se trata de dos conceptos fundamentalmente diferentes de tiempo: el tiempo mensu-

¹ A mediados de la década de 1960, un ámbito del pensamiento penal —la prisión— encontraría en Sergio García Ramírez a uno de los teóricos latinoamericanos que con mayor agudeza supo formular notables inquietudes y pródigas producciones académicas. Baste como enumeración hacer referencia a sus liminares obras *Represión y tratamiento penitenciario de criminales* (1962) y *El individuo ante la ejecución penitenciaria* (1971), que nos informan de su penetrante análisis y su sólida convicción humanitaria. A su persona y esa impronta, vaya en homenaje este ejercicio, con la colaboración de Alejandro Alagia y Alejandro W. Slokar.

nable, asimilable al espacio, y el tiempo vivenciado:² la pena se pronuncia en el primero y se ejecuta en el segundo.

En otras palabras, la ejecución del pronunciamiento condenatorio penal implica el trato concreto a una persona que en ese tiempo tiene las necesidades fisiológicas, afectivas, intelectuales y sociales, que son propias de cada uno conforme a sus concretas características personales, y que se vivencian en un proyecto existencial que envuelve el tiempo como esencia. Esa persona debe ser tratada durante un tiempo con todo ese conjunto de necesidades y, en cada momento, la coerción pública debe seguir teniendo un límite que no puede ser establecido de antemano en la sentencia, pues ésta sólo se expresa en tiempo lineal y no existencial.

La pena de la sentencia es muy poco más que el límite del calendario y del reloj para un futuro sentimiento existencial: lo poco más de esto que puede hacer es señalar muy genéricamente los contenidos del sufrimiento futuro (institucionalización total, sometimiento a instrucciones o a vigilancia, etcétera), pero la condena siempre es un momento limitativo dentro de un curso fáctico de inflicción de sufrimiento —limitativo o condicionante del proyecto existencial del penado— que se desenvuelve en el tiempo de cada quien.

Como consecuencia de esto, resulta que inevitablemente el tiempo físico puede dimensionarse en un único acto, pero el tiempo existencial no puede expropiarse sino en una larga sucesión de actos. Para cualquiera de estos actos debiera haber límites, pero es imposible imponerlos todos de antemano y, más aun, llevarlos a cabo con igual intensidad de sufrimiento en el tiempo existencial de cada persona, que es por esencia un dato individual y dinámico.

Esta disparidad ha dado lugar a que en todos los tiempos se haya tratado de normar la ejecución de las penas, particularmente las institucionales, para regular los actos con que se hace efectivo el sufrimiento durante el tiempo autorizado por el tribunal. Recuérdese la vieja obsesión por la igualdad del sufrimiento en las penas físicas, que llevó a Bentham

2 Minkowski, Eugene, *El tiempo vissuto. Fenomenología e psicopatología*, Turín, 1971, p. 14; Messuti de Zavala, Ana, *El tiempo como pena*, Córdoba, Argentina, 1989; en sentido parecido, aunque refiriéndose al “tiempo-ilusión de la física”, Prigogine, Ilya, *El nacimiento del tiempo*, Barcelona, 1991, p. 22; Prigogine, Ilya, *¿Tan sólo una ilusión? Una exploración del caos al orden*, Barcelona, 1993, p. 121. Todo ello invita a descartar una idea absoluta del tiempo que sirve de marco vacío, como las defendidas por Newton o Leibniz que lo estimaban algo absolutamente homogéneo, en donde ningún instante del tiempo difiere de otro instante del tiempo, que es considerado con indiferencia de las cosas que contiene.

a proyectar su máquina de azotar y a los franceses revolucionarios, a la invención de la guillotina.³ Pero lo cierto es que estas regulaciones no siempre son funcionales para garantizar límites a los actos de sufrimiento, sino que con demasiada frecuencia se limitan a privilegiar casi exclusivamente el orden en las instituciones totales, escudándose en un discurso de mejoramiento de la persona (las ideologías “re” de la prevención especial positiva), lo que da por resultado un doble autoritarismo: el de la función tácita (seguridad institucional) y el de la propia función manifiesta (negación de la persona).

Estas normas son necesarias para que funcione cualquier institución en la que se llevan a cabo los sufrimientos limitados en la sentencia, pues toda institución requiere una ordenación administrativa, sin la cual no puede funcionar, y, por otro lado, también tiene que disponer de alguna directiva de trato respecto de las personas institucionalizadas. En la República Argentina, los reglamentos penitenciarios del siglo pasado⁴ son la primera manifestación normativa de esta naturaleza.⁵

Esta necesidad desconcertó a la doctrina, pues, por un lado, se trataba de disposiciones de orden administrativo; por otro, eran necesarias directivas de trato que no podían alterar la naturaleza de la pena pronunciada en la sentencia, por lo cual la relación íntima con el derecho penal (que regula su pronunciamiento) es innegable; por último, el peso de la tradición que regula la ejecución de las sanciones de las restantes ramas del derecho —y del mismo derecho penal respecto de las penas corporales— en el ámbito procesal tampoco es evitable. No es de extrañar, por ende,

3 Dumont, Esteban, *Teoría de las penas y de las recompensas. Obra sacada de los manuscritos de Jeremías Bentham, juriconsulto inglés, por Esteban Dumont, traducida al español de la tercera edición publicada en Francia, por D. L. B.*, Barcelona, 1838, t. I, p. 72; en el original francés, París, 1825, t. I, p. 92, y Arasse, Daniel, *La ghigliottina e l'immaginario del terrore*, Milán, 1988.

4 La primera ley penitenciaria argentina completa y sobre la que se elaboraron las posteriores fue el Reglamento Provisorio de la Penitenciaría, Buenos Aires, 1877, sancionado por el gobernador Carlos Casares, especialmente sus artículos 44 a 146, que configuran un completo programa de trato de los presos.

5 El tema quedó durante largo tiempo en una zona nebulosa entre el campo jurídico y el de una técnica que se llamó “ciencia penitenciaria”, cercana a la criminología. En esta zona indeterminada pueden citarse numerosas obras: Berenger, *De la repression penale. De ses formes et de ses effets*, Rapport faits a l'Academie des Sciences Morales et Politiques, París, 1855; Salillas, Rafael, *La vida penal en España*, Madrid, 1888; un trabajo pionero en América Latina fue el del paranaense Chaves, João, *Sciencia Penitenciaria*, Lisboa, 1912. Sobre la dinámica ideológica en Francia, Badinter, Robert, *La prison republicaine*, París, 1992.

que se las haya considerado de naturaleza administrativa,⁶ penal⁷ y procesal,⁸ según la preferencia de los diferentes autores y tiempos.

Su naturaleza no es indiferente en cuanto a las consecuencias y en lo que hace a la misma técnica de legislación de la materia: si es derecho penal, debe respetar la legalidad y todos los principios que hacen a su interpretación; si se trata de derecho administrativo, nada de esto tiene lugar; y si es derecho procesal, siguiendo la doctrina dominante, tendría aplicación en escasa medida.

Estas discusiones no se resuelven con la mera consideración del mismo como disciplina autónoma, criterio que se sostuvo primero con el nombre de derecho penitenciario (dado el alto predominio de las penas privativas de libertad y la principal preocupación en las mismas como resultado de la necesidad de orden en las prisiones) y luego como derecho de ejecución penal, derecho penal ejecutivo o ejecutivo penal.⁹ Pese a la consagración de su autonomía científica, siguió discutiéndose acerca de la aplicación de la ley más favorable (*lex favorabilior*) o de la ley “más idónea para la resocialización” (*lex aptior*),¹⁰ dejando a salvo sólo la legalidad de la pena impuesta.¹¹

La discusión acerca de la autonomía no se resolvió del todo, puesto que un sector doctrinario continuó considerando que abarcaba disposiciones de las tres disciplinas,¹² por oposición a otro que defendía la misma.¹³

Planteadas la cuestión acerca de su autonomía en términos de pura naturaleza jurídica de sus normas, es natural que, como todas las cuestiones

6 Así, De Mársico, Alfredo, *Diritto penale, parte generale*, ed. actualizada por Mario Mazzanti, Nápoles, 1969, p. 343; Grispigni, Filippo, *Derecho penal italiano*, trad. de Isidoro de Benedetti, Buenos Aires, 1949, t. I, pp. 288-289, y Ferruccio Falchi, *Diritto penale esecutivo*, Padua, 1934-1935.

7 Tal parece haber sido el criterio de la Unión Internacional de Derecho Penal y el de Gómez, Eusebio, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, 1939, t. I, p. 117.

8 Pessina, *Elementi*, Nápoles, 1882, I, p. 7 dividía el procedimiento en judicial y ejecutivo; entre nuestro autores, Jofré, Tomás, *Código de Procedimiento Penal de la provincia de Buenos Aires*, 1973, p. 280.

9 En este sentido, Novelli, Giovanni, “La autonomía del derecho penitenciario”, *Revista Penal y Penitenciaria*, núms. 29-30, julio-diciembre de 1943, pp. 425-468; Siracusa, N., *Istituzioni di diritto penitenziario*, Milán, 1935; Bernaldo de Quiroz, Constanco, *Lecciones de derecho penitenziario*, México, 1953, pp. 12-16; Bettiol, 718, y Chiossone, 209.

10 Luder, Italo, *El sistema jurídico de la ejecución penal*, La Plata, 1959, p. 13.

11 Cuello Calón, Eugenio, *La moderna penología*, Barcelona, 1958, p. 10; Beristáin, Antonio, *op. cit.*, p. 83, y Luder, Italo, *La dogmática ejecutivo-penal*, en LL, 132 (1968), pp. 1,258-1,264 (1,260).

12 Así, Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal*, trad. de J. J. Ortega Torres, Bogotá, 1954, I, 52, y Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español*, 1969, I, 23.

13 Cuello Calón, *op. cit.*, nota 11, p. 12; García Ramírez, Sergio, *El artículo 18 constitucional*, México, 1967; Jescheck, *Tratado de derecho penal, parte general*, Granada, 1994, p. 15, quien habla también de “derecho registral penal” como parte del derecho penal ejecutivo.

análogas, tenga un interés que escasamente supera lo puramente académico y especulativo, pero que raramente lleva a consecuencias prácticas. Las normas de ejecución penal no pueden afectar garantías constitucionales, sea cual fuere su naturaleza, y la determinación a este respecto dependerá del alcance que se le otorgue a la disposición constitucional en cuestión y no de la naturaleza penal, procesal, administrativa o autonomía de la ley penal ejecutiva de que se trate. Lo que es indudable es que existe —y no puede faltar— un

conjunto de normas positivas que se relacionan a los diferentes sistemas de penas; a los procedimientos de aplicación, ejecución, o cumplimiento de las mismas; a la custodia y tratamiento; a la organización y dirección de las instituciones y establecimientos que cumplen con los fines de la prevención, represión, rehabilitación del delincuente, inclusive aquellos organismos de ayuda social para los internados y libertados.¹⁴

Cualquiera sea su naturaleza y ubicación legal, en todo el mundo civilizado hay leyes que regulan este ámbito de la realidad y que, necesariamente, guardan una estrecha relación de complementación y accesoriadad con el derecho penal.

Esta complementación y accesoriadad no prejuzga acerca de su autonomía científica, que puede tenerla como la tiene el derecho procesal penal.¹⁵ Tampoco implica esto hacer juicio acerca de la conveniencia de su codificación, materia en que las opiniones han estado también divididas,¹⁶ pero respecto de la cual la tendencia codificadora parece triunfar en las últimas décadas. Mucho menos aun se trata de ignorar su carácter científico-jurídico, que pone de manifiesto la intensísima actividad internacional, fundamentalmente con las reuniones y congresos convocados principalmente a partir del de Londres de 1872¹⁷ (Estocolmo, 1878; Roma, 1885; San Petesburgo, 1890; París, 1895; Bruselas, 1900; Buda-

14 Pettinato, Roberto, "Relaciones entre el derecho penal y los sistemas penitenciarios", *Memoria de la Primera Mesa Redonda Centroamericana de Derecho Penal*, San Salvador, 1961, p. 13.

15 Afirma con razón Malo Camacho, *Manual de derecho penitenciario mexicano*, México, 1976, p. 13, que "la esfera de conocimiento de cada una de ellas se observa estrechamente relacionada, pero al mismo tiempo totalmente independiente".

16 Novelli, *op. cit.*, nota 9, pp. 436 y ss.

17 Sobre su preparación en el Congreso de Cincinatti en 1870, el resumen del delegado colombiano, Enrique Cortés, *La cuestión penal*, Nueva York, 1871; en cuanto al Congreso: *Stato attuale della riforma penitenziaria in Europa e in América, ossia raccolta delle relazione presentate al Congresso Penitenziario di Londra di delegati governativi*, Roma, 1874. En Argentina, es necesario recordar el Congreso presidido por Norberto Piñero: *Trabajos y Actas del Congreso Penitenziario Nacional*. Buenos Aires, 1914.

pest, 1905; Washington, 1910; Londres, 1925; Praga, 1930; Berlín, 1935 y La Haya, 1950). El Congreso de La Haya de 1950 fue el XII Congreso Penitenciario Internacional, último convocado por la Convención Internacional Penal y Penitenciaria; a partir de entonces, esta tarea pasó a incumbir a la Organización de las Naciones Unidas, que realizó hasta el presente los Congresos de Ginebra (1955 y 1975). Este carácter científico se pone de manifiesto también en la importante producción bibliográfica acerca del tema, particularmente en las últimas décadas.¹⁸

Como si esto no fuese suficiente, los penitenciaristas tienen también sus propias figuras científicas, independiente de las nuestras, aunque no puedan ignorarse sus íntimas vinculaciones filosóficas e ideológicas. Así, John Howard, Concepción Arenal,¹⁹ el coronel Montesinos,²⁰ el capitán Maconochie, etcétera.²¹

La actividad y cooperación internacional en la materia ha dado por resultado, en el Congreso de Ginebra de 1955, la aprobación de las famosas Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, revisadas en Kyoto en 1970. Estas reglas han disipado muchas de las objeciones que se formulaban a la codificación del derecho de ejecución penal, habiéndose propuesto, incluso, la redacción de un Código Tipo de Ejecución Penal Latinoamericano.²²

En cuanto a los trabajos legislativos nacionales más recientes, tiene especial importancia la Ley sobre Ejecución de las Penas Privativas de Libertad del 16 de marzo de 1976,²³ que es resultado de un proyecto cuya

18 No es fácil obtener una idea aproximada de su magnitud. Al efecto, es conveniente revisar la bibliografía indicada por García Ramírez, *Represión y tratamiento penitenciario de criminales*, cit., nota 1, pp. 367-375; Bergalli, Roberto, *Readaptación social por medio de la ejecución penal*, Madrid, 1976; Kaufmann, Hilde, *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Buenos Aires, 1977, y Muñoz Conde, Francisco, *La readaptación social del delincuente: análisis y crítica de un mito*, Bogotá, 1982.

19 Arenal, Concepción, *Obras completas*, Madrid, Reus, 1895-1905; Campoamor, Clara, *El pensamiento vivo de Concepción Arenal*, Buenos Aires, 1939; Gómez Bustillo, Miguel R., *Concepción Arenal. Su vida y su obra*, Buenos Aires, 1981.

20 Rico de Estasen, José, *El coronel Montesinos, un español de prestigio europeo*, prólogo del doctor Marañón, Alcalá de Henares, 1948.

21 Sobre la bibliografía antigua argentina en la materia, Gómez, *Criminología argentina*, Buenos Aires, 1912, pp. 126-144; especialmente, Varela, Luis V., *La cuestión penal. Estudio sobre el sistema penitenciario*, Buenos Aires, 1876, y Sarmiento, Domingo F., *Sistema Penitenciario*, en Sarmiento, Domingo F., *Obras Completas*, X, pp. 22-36.

22 *Primera Reunión de Expertos para el Estudio de los Problemas Penitenciarios de América Latina*, Heredia, Costa Rica, 1974. En cuanto a la codificación en Latinoamérica, García Basalo, F. Carlos, *La codificación penitenciaria en América Latina*, Buenos Aires, 1977.

23 Kaiser-Kerner-Schöch, *Strafvollzug, Ein Lehrbuch*, Heidelberg, 1982; Schwind-Böhm, *Strafvollzugsgesetz*, Berlín, 1991.

elaboración culminó en 1975.²⁴ Alemania había conocido un primer proyecto en 1879, rechazado por cuestiones económicas; se sancionaron unos “principios generales” en 1897, sin que la materia mereciese un proyecto general de legislación hasta 1927. La posterior regulación por vía de ordenanzas ministeriales (1934 y 1940) fue derogada después de la guerra por las autoridades de ocupación. Otro texto importante, y en algunos aspectos superiores al alemán, es la ley austriaca de “ejecución penal” de 1969 reformada en 1971²⁵ y 1987. Deben mencionarse también las leyes españolas,²⁶ italiana²⁷ y brasileña.²⁸

En realidad, lo que debe resolverse no es la cuestión de su autonomía legislativa, que es clara, ni la de su autonomía académica, sino la de su autonomía teórica. Un orden del saber jurídico se autonomiza teóricamente según sea necesario para su funcionalidad, de modo que la cuestión debe resolverse afirmativamente si un saber referido a las normas que organizan las instituciones penales y determinan el trato que deben recibir las personas sometidas al sufrimiento que importa la ejecución de una pena cumple o debe cumplir alguna función diferente de la que incumbe a las otras ramas del saber penal en cuanto a su tarea común de proporcionar conocimientos reductores del poder punitivo útiles al poder jurídico.

A esta pregunta creemos poder responder afirmativamente, porque estas normas regulan un objeto distinto al que ocupa al saber penal. No se trata del saber referido a lo materialmente necesario para llegar a un pronunciamiento que habilite la continuación de un proceso de criminalización secundaria, basado en el tiempo físico o mensurable, sino de un saber acerca del trato que debe recibir una persona sometida a un sufrimiento durante el tiempo existencial del mismo. Este segundo saber es tan ne-

24 *Entwurf eines Gesetzes über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der Freiheitsentziehenden Massregeln der Besserung und Sicherung — Strafvollzugsgesetz (StVollzG) — mit der Stellungnahme des Bundesrates und der Gegenäußerung der Bundesregierung*, editado por el Ministerio Federal de Justicia, 1975.

25 *Ibidem*, pp. 66-68; *Strafvollzugsgesetz 1969 in der Fassung der Strafvollzugsgesetznovelle*, 1971, dritte Auflage, Wien, 1975; Huber, Walter, *Strafvollzugsgesetz und Bevrugungshilfegesetz*, Eisenstadt, 1988.

26 García Valdéz, Carlos, *Derecho penitenciario (estudios 1982-1989)*, Madrid, 1989; García Valdéz, Carlos, *Comentarios a la legislación penitenciaria española*, Madrid, 1982; Polaino Navarrete, Miguel, *Estudios penitenciarios*, Córdoba, Argentina, 1988, y Mapelli Caffarena, Borja, *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona, 1983.

27 Tranchina, Giovanni, y D'Angelo, Ernesto, *Codici delle Leggi Penitentiare*, Milán, 1978.

28 Fabbrini Mirabete, Julio, *Excecção Penal. Comentarios a Lei Nro. 7.210, de 11.07.84*, São Paulo, 1987.

cesario como el primero, porque un poder punitivo que opere sin límites normativos, en cuanto al trato que debe recibir una persona desde que el tribunal pronuncia la condena hasta que ésta se extingue por agotamiento de la pena, implicaría dejar librada a la arbitrariedad la faceta más real de la pena o, lo que es lo mismo, la pena privativa de libertad se convertiría en un secuestro estatal de la existencia total de la persona que, para legitimarse, debería hacerle perder a ésta su mismo carácter de persona.

El derecho penal desarrolla una teoría de la coerción penal que tiene por objeto contener el poder punitivo en el momento declarativo (la llamada “individualización judicial”), pero no abarca en sentido estricto su realización concreta sobre la persona y en el mundo (la mal llamada “individualización penitenciaria”).

Desde la perspectiva de una teoría negativa del poder punitivo y de la pena, este saber es tan imprescindible como el del derecho penal propiamente dicho: es indispensable un saber que limite el poder punitivo hasta que éste deje de ejercerse sobre la persona.

La autonomía del derecho de ejecución penal, planteada en estos términos y con la señalada funcionalidad, nos lleva a la consecuencia de que, al participar el mismo de la limitación al poder punitivo, debe regirse conforme a todos los principios interpretativos que obliguen al derecho penal en sentido estricto. La apelación a la *lex aptior* para eludir la ley más benigna carece de sentido cuando negamos, por desconocida, la función de la pena.

¿Significaría esto que la ejecución penal no tiene ninguna función, dado que no sabemos cuál es la función de la pena? Un planteamiento idealista y deductivo concluiría en que no podemos asignar ninguna función a la ejecución de algo cuya función desconocemos. Sin embargo, si salimos del idealismo deductivo y reconocemos la realidad del poder punitivo, la conclusión es muy diferente: que la pena no tenga función conocida no implica que no exista, sino que el poder punitivo no reconoce legitimidad y, por ende, se impone su reducción. En el derecho penal, esto se logra con una limitación reductora de los pronunciamientos que permiten el paso del poder punitivo en términos de tiempo mensurable; en el derecho de ejecución penal, se consigue limitando los hechos concretos de sufrimiento en que se traduce el ejercicio real del poder punitivo sobre la persona criminalizada en su tiempo existencial.

La función del derecho de ejecución penal es la de un saber reductor del poder punitivo en el curso de la concreta inflicción del sufrimiento declarado en la sentencia. Sabemos que la criminalización secundaria y en particular la prisionización tienen efectos estigmatizantes y deteriorantes. Este dato de la realidad impone como función al derecho de ejecución penal la de reducir al mínimo estos efectos.

Por otra parte, sabemos que la criminalización no es tanto resultado del delito sino de la vulnerabilidad, o sea, de la particular disposición del autor a la criminalización, en especial en los casos en que la misma obedece a un estado de vulnerabilidad alto (estrato social, instrucción, vecindario, caracteres físicos, edad, género, etcétera). Con este dato, debe asignarse también al derecho de ejecución penal la función de ofrecer (no imponer) a la persona la posibilidad de reducir su nivel de vulnerabilidad.

En el derecho penal elaborado sobre teorías positivas de la pena, la ejecución penal pretende fundarse en alguna de las ideologías “re” o de mejoramiento. Además de entrar en franca contradicción con la prisión como institución esencialmente deteriorante²⁹ e independientemente de su contenido autoritario o antiliberal en lo ideológico, se trata de un discurso absurdo frente a la realidad carcelaria latinoamericana,³⁰ por lo que no es de extrañar la evidencia de su fracaso. De allí que ante el malogro de las teorías del mejoramiento, lleva a postular para algunos un derecho de ejecución penal concebido como una normativa técnica para mantener el orden en un depósito deteriorante de personas.

Una teoría agnóstica o negativa de la pena y del poder punitivo quiebra la disyuntiva de hierro entre los ideólogos del mejoramiento y los del depósito, porque no impone la tarea imposible que pretenden los primeros ni se complace en el deterioro de los segundos. Se limita a reconocer la realidad política del poder punitivo y su operatividad por selección en razón de vulnerabilidad, proponiendo, como parte de un general esfuerzo jurídico de reducción y contención del mismo, la minimización del efecto deteriorante en el proceso de sufrimiento de la pena y, de ser posible, la oferta de una posibilidad de elevación de los niveles de invulnerabilidad al propio poder punitivo.

²⁹ Esto lo señalaba en el siglo pasado Kropotkine, Pedro, *Las prisiones. La moral anarquista. El salariado*, trad. de la Juventud Literaria, Barcelona-Buenos Aires, s. f.

³⁰ No es muy diferente de la descrita por Concepción Arenal, *Estudios penitenciarios*, Madrid, 1877, especialmente en lo que hace a la prisión preventiva.

En síntesis, su autonomía se explica porque su función reductora es particular y diferente de la del derecho penal, y se concreta en el objetivo de cuidar que el trato deparado a quien sufre el poder punitivo sea de naturaleza tal que el deterioro y la estigmatización reproductiva se reduzcan al mínimo posible, y que se le ofrezca la mayor posibilidad de descender su nivel de vulnerabilidad a la selección criminalizante.

Esta función reductora propia y constitucionalmente indispensable, que en cualquier caso debe garantizar frente al poder punitivo los derechos de los presos,³¹ requiere un saber jurídico autónomo del derecho penal, pero que también se ofrece al poder jurídico, y que éste puede ejercer a través de jueces de ejecución penal o de vigilancia, o bien mediante amparo y *habeas corpus*. Entre ambos sistemas (el jurídico y el administrativo), tiende a predominar el primero, o sea, el de una magistratura especializada, que se adapta mejor a la naturaleza del proceso de inflicción de sufrimiento y de estrechamiento existencial de la ejecución penal.

El carácter de proceso de la ejecución penal fue siempre reconocido. Continuando la teoría procesal de la “relación jurídica”, Luder estructuró el “sistema jurídico de la ejecución penal” como “relación jurídica”,³² siguiendo a Ferruccio Falchi.³³ Creemos que también puede intentar estructurárselo dogmáticamente siguiendo de manera analógica la teoría de la situación jurídica de Goldschmidt.³⁴

Cabe aclarar que no debe confundirse el derecho de ejecución penal, autónomo o disperso, o adscripto a otras ramas, con otras disciplinas o conocimientos no jurídicos, como la “penología” (concepto de uso equivoco, incluso normativo) y la técnica penitenciaria.

Dado que la ejecución penal tiene un objetivo diferente de la declaración penal, en que la última opera como un límite máximo que la primera actualiza a lo largo de un proceso, es indispensable la presencia de un tribunal que siga este proceso en todo su curso y que tome las decisiones más importantes a su respecto.

El proceso de ejecución —debe quedar claro— es un ente (objeto) diverso de la pena declarada: justamente por eso debe estar regulado y controlado, y un juez o tribunal debe estar habilitado para regularlo, fun-

31 Krantz, Sheldon, *The Law of Correction and Prisoners' Rights*, St. Paul, Minn., 1988.

32 Así, Luder, *op. cit.*, nota 10, pp. 19-21.

33 Ferruccio Falchi, *op. cit.*, nota 6, t. I.

34 Sobre ello, García Ramírez, *op. cit.*, nota 13, pp. 9 y ss.

cionando la sentencia (pena declarada) sólo como límite máximo de la ejecución.

No se trata únicamente de regular y controlar la precaria hotelería carcelaria y las sanciones por violación de reglas de convivencia forzada entre prisioneros, y entre estos y el personal, sino de la duración y condiciones de la pena misma. Dado que se trata de una injerencia en la existencia misma durante un periodo, deben evitarse en éste todas las posibles circunstancias existenciales que en cada uno de esos momentos pueden dar lugar a que la pena no cruel pronunciada se vuelva un título legítimo para una ejecución cruel. Así, no puede olvidarse que la persona puede sufrir la pérdida de un ser querido y que resulta cruel o irracional impedirle o dificultarle el duelo, que la misma realice acciones que sea necesario premiar u otras que, en homenaje a la convivencia, sea necesario sancionar para evitar situaciones insostenibles o violentas, que una enfermedad reduzca sus expectativas de vida, que la institucionalización disminuya las posibilidades de éxito de un tratamiento, que incrementen tendencias auténticamente suicidas, que trascienda a terceros de forma lesiva principios humanitarios, etcétera.

El tiempo existencial de la ejecución penal abarca todas estas posibilidades y muchas más, que deben contemplarse en el saber penal ejecutivo, porque en modo alguno pueden preverse en la declaración de la pena del derecho penal en sentido estricto, puesto que el mismo se maneja con tiempo lineal y, además, no puede decidir situaciones futuras y, por lo tanto, imprevisibles en el momento de la condena.

Las penas, que quieren más tiempo, procuran todo el tiempo, pero no pueden impedir que Cronos pase por ellas.