

VI

FINALIDAD Y EJECUCIÓN DE LA PENA

- 1. La ejecución de las penas. - 2. Orientaciones actuales. -
- 3. Códigos y leyes de ejecución de las penas. - 4. Necesidad de jurisdiccionalizar la ejecución (todo, en relación con la idea de finalidad).

1. — Evidentemente, en la ley la pena es una amenaza abstracta, más o menos dilatada en sus posibilidades, que se dirige indeterminadamente contra todos (sanción) y puede recaer sobre cualquiera que incurra en la situación enunciada en el correspondiente supuesto delictivo (precepto), y en la sentencia un pronunciamiento judicial que escoge y actúa una de tales posibilidades y la dicta en concreto contra un individuo a quien se identifica en la propia sentencia y que, según se establece en ésta, ha perpetrado el supuesto previsto al efecto, sin que ni en la ley ni en la sentencia la pena trascienda de la esfera de lo normativo a la de lo fáctico ni, por tanto, afecte todavía la vida de una persona ni constituya un fenómeno social. En cambio, al ejecutarla o hacerla cumplir restringe o anula en el orden a que por su índole concierne virtualidades de existencia del condenado y produce una serie más o menos amplia y varia de consecuencias y repercusiones en la comunidad. De lo cual se infiere lógica e indefectiblemente que cualquier propósito o finalidad para que la pena sea apta, a que se tienda o que se persiga con ella, sólo se puede lograr o pretender

mediante y en su ejecución. O sea, en palabras que escribió Binding hace mucho más de un siglo: "Toda pena es pena-fin. El fin jurídico de toda pena, según la concepción del Derecho vigente, todavía dominante, se alcanza plenamente con la ejecución penal. Fuera de la ejecución no hay fin de la pena"¹.

Basta tan sencilla reflexión para percatarse de que la ejecución es la etapa o el momento final del Derecho punitivo, a que se orienta en definitiva y en que se realiza en su plenitud, que regula eficazmente la vida de los hombres en sociedad y se hace sentir y surte los efectos que le son propios en aquéllos y en ésta. Examinando las cosas a fondo y de manera sistemática, es decir, escrutándolas en sus raíces profundas y en las relaciones existentes entre cuestiones que a primera vista parecen muy ajenas las unas a las otras, se advierte que esto es corolario obligado de la concepción que percibe en el Derecho penal una naturaleza secundaria y un carácter ulteriormente sancionador². En cambio, si tuviese o para quienes tiene naturaleza primaria y carácter constitutivo, si creara antijuridicidad y constituyera bienes jurídicos o para quienes la crea y los constituye, la mera amenaza penal en la ley ha de estar protegiéndolos, mediante la función disuasiva que desde allí ejerce sobre el común de los individuos. En tal línea hay que situar también, así no se hayan explayado sobre semejante punto, a cuantos asignan a la pena tres funciones sucesivas, una, de prevención general, en su simple conminación legal, otra, retributiva, en su imposición judicial, y otra, de prevención especial, durante la ejecución, a los cuales nos hemos

¹ Ob. cit., p. 407.

² Cfr., entre incontables otros, a Filippo Grisogni, *Derecho penal italiano*, traducción y notas por Isidoro de Benedetti, 2 vols., Depalma, Buenos Aires, 1948-1949, t. II, ps. 176-217, y Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, cit., ps. 20-21, y *Tratado*, cit., t. I, cit., ps. 40-42, así como, matizadamente y con gran información, Zaffaroni, *Tratado*, cit., t. I, ps. 58-61. De este autor ver asimismo *Manual*, cit., ps. 34-35.

referido casi al principio³. Pero, si nuestra rama jurídica, a diferencia de las restantes, no constituye bienes jurídicos ni, por ende, la ilicitud de los actos que los afectan, ni, en consecuencia, se puede sostener que los proteja, limitándose a sancionar con su peculiar especie de sanción, la más severa de que disponga cada ordenamiento y de índole pública, los atentados más graves y en verdad insoportables contra ellos, o a reforzar así la sanción que les señalen otras ramas, ha de desplegar toda su actuación y descargar todo el peso de su función única y genuinamente en la ejecución.

Ésta representa, pues, mucho más que su medición, la verdadera culminación y remate de la teoría de la pena. De donde a las claras se sigue que su regulación no es ni puede ser, en buenos conceptos, sino una parte del Derecho penal, la parte en que se corona y concluye, no pudiendo, por tanto, pertenecer a otra rama del árbol jurídico, aunque de hecho haya estado y continúe encarada o abandonada en su porción más significativa a alguna, ni tampoco constituir una privativa y distinta, con sustantividad y autonomía que la separasen y diferenciase de las demás. O sea, que así queda descartada, por un lado, su inclusión en el Derecho administrativo o en el procesal, y, en otro aspecto, la pretensión de un Derecho de ejecución penal o, en términos más ceñidos, de un Derecho penitenciario.

La introducción en el campo de las puniciones, fuera en la antigüedad⁴ o en los albores de la modernidad⁵,

³ Cfr. *supra*, capítulo I, 3, texto y notas 22 y 23.

Esta línea se ha extendido grandemente por muy diversos países en la actualidad. Entre sus últimos adherentes es de citar en Italia Tullio Padovani, *Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1990, ps. 389-394.

⁴ Más remota, para la construcción de grandiosas obras públicas y monumentos funerarios en Egipto, o más próxima a nuestra cultura, con las condenas *ad opus publicum* o *in metallum* romanas.

⁵ Con la aparición de las galeras en diferentes Estados europeos a lo largo de las últimas décadas del siglo XV y las primeras del XVI. Cfr. específicamente Félix Sevilla y Solanas, *Historia penitenciaria española (La*

de "un elemento extraño", *el principio de la utilidad*, con sus "requerimientos especiales"⁶, no siguió a ninguna preparación o reclamo doctrinal, sino que fue una respuesta fácil y rápida a las exigencias de nuevas e imperiosas necesidades o conveniencias públicas, suscitadas a su vez por las transformaciones políticas, sociales, económicas y también técnicas, y tuvo como consecuencia inmediata el que, así como durante "el largo período de la penalidad simplemente afflictiva y eliminatoria lo característico es la uniformidad" y el Derecho penal era aplicado y ejecutado en exclusiva por ministros de la justicia⁷, en adelante, con la conmutación de la muerte, las mutilaciones, los castigos deformantes, el destierro perpetuo y otros análogos por sanciones inéditas y poco menos crueles, pero que reportan un beneficio económico a la comunidad, "el delincuente, que nunca salía de la dependencia judicial desde su detención o procesamiento a la ejecución de la sentencia, pasa a nuevas jurisdicciones"⁸, y, cual es lógico, convertido en elemento útil para el Estado, entra a depender de la Administración, que se sirve de él como medio para sus fines propios. Los sufrimientos de la penalidad primitiva se trasmutan en servicios⁹. Lo primero que el principio de utilidad generó dentro del Derecho penal en la Edad moderna fue la galera, pero, después de haber

galera), *Apuntes de archivo*, Segovia, 1917; Juan José Dichio, *Servir al remo y sin sueldo, en las naves del rey*, en la "Revista del Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas", de La Plata (Rep. Argentina), año II, nº 2, 1958, ps. 53-62, y Luis Rodríguez Ramos, *La pena de galeras en la España moderna*, en la obra colectiva *Estudios penales, Libro homenaje al prof. J. Antón Oneca*, Universidad de Salamanca, 1982, ps. 523-538.

⁶ Rafael Salillas, *Evolución penitenciaria en España*, 2 vols., Madrid, Imprenta Clásica Española, 1918-1919, t. I, p. 3.

⁷ "No hay otra jurisdicción, desde la primera diligencia sumarial hasta la ejecución de la sentencia, que el Poder judicial. Todos los funcionarios que intervienen, incluso el pregonero y el verdugo, son partes de ese Poder. Se quebranta la uniformidad al modificarse la penalidad, y ocurre esto al intervenir con requerimientos especiales un elemento extraño". *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*, t. I, p. 6.

⁹ Cfr. *ibidem* y, sobre todo, t. II, p. 107.

constituído por más de dos siglos y medio el eje o núcleo del complejo punitivo, razones de avance técnico en el arte de la navegación la hicieron desaparecer¹⁰, y, con el mismo propósito de explotar las fuerzas y el trabajo de los condenados, se la conmuta por el servicio en minas peligrosas y, sobre todo, en los presidios¹¹, bien africanos, bien de los arsenales, bien fronterizos, según los países y su situación y necesidades, lo que, proviniendo aquéllos de las galeras, fue un destino harto natural. En los *presidios* no se les ocupa en actividades castrenses, tanto por considerárselas nobles e impropias, por ende, de criminales, cuanto también, quizá, en el fondo, por su carácter indisciplinado y, en definitiva, poco proporcionado para la milicia, sino en las duras y arriesgadas tareas de fortificación y las faenas mecánicas e inferiores en el interior de las fortalezas. Ahora bien, por su mayor diferenciación de vida y, por consiguiente, de servicios que el único y monótono trabajo posible en el reducido ámbito de la galera, el presidio tiene una potencia expansiva de que ésta carecía y origina una organización general con elementos muy definidos, una diversificación entre los sujetos a él y hasta un régimen disciplinario que habrán de ejercer gran influencia ulterior; y, mientras que la voz *galera*, aunque, luego de abolida tal pena, pasara a designar los establecimientos de reclusión para mujeres, acaba perdiéndose en el vocabulario técnico del Derecho penal¹², los *presidios*, además de conservarse la palabra, han dado lugar a la estructuración moderna de la forma más im-

¹⁰ En España, en 1748, restableciéndose el 31 de diciembre de 1784, para abolirse definitivamente el 30 de diciembre de 1803. En Francia se suprimió en 1748.

¹¹ O sea, fortalezas militares. Muy interesantes las apreciaciones de don Constancio Bernaldo de Quirós, acerca de las vicisitudes semánticas de esta palabra, en sus *Lecciones de Derecho penitenciario*, Imprenta Universitaria, México, D.F., 1953, ps. 206-207.

¹² No, en cambio, en el *Diccionario* de la Academia Española, ni tampoco en el lenguaje popular, en el que aún se la emplea en algunas comarcas o ciudades españolas, como Alcalá de Henares, para designar el establecimiento donde cumplen la pena las mujeres.

portante de penalidad. El caso es que con estas prácticas, para que resultara eficaz el aprovechamiento de la mano de obra y de la energía de los sentenciados criminalmente, había, por una parte, que congregarlos, y, por otra, que segregarlos de la convivencia normal; reunión y seclusión que constituyen la base de la reclusión, y, con la obligada secuela de sometimiento a un régimen especial de vida, configuran lo esencial y característico de las sanciones de privación de libertad que con el tiempo van a aparecer y dominar el Derecho penal.

Entretanto, se debe tomar en cuenta varios factores que no tuvieron en sí carácter propiamente penal, pero fueron sin duda importantes en aquella época para gestar la conformación de la penalidad en la que le sucedió. De un lado, el estímulo de la penalidad canónica, que desde el medioevo venía imponiendo la reclusión en un monasterio o en edificios especiales. De otro, el influjo de Jean Mabillon (1632-1707), el célebre benedictino francés de inmensa nombradía y consideración en su tiempo, cuyos restos descansan en la iglesia de la antigua abadía parisina de Saint-Germain des Près, en la misma capilla donde reposan los de Descartes, y que en sus *Réflexions sur les prisons des ordres religieux*, publicadas en 1724, teorizó sobre las ventajas de la reclusión celular como pena. Y, con fuerza más viva, el ejemplo de los establecimientos, orientados en un sentido todavía más de policía y prevención que de castigo y dominados del propósito de infundir un saludable temor, que desde finales de la centuria décimosexta y comienzos de la siguiente empezaron a crearse y fueron multiplicándose por los diversos países europeos para recoger, obligándolos a trabajar y sometiéndolos a un régimen poco benigno, los mendigos, vagabundos, tullidos, prostitutas y menores abandonados que a la sazón pululaban por ellos, a consecuencia, en gran parte, de las guerras de religión que habían assolado el continente. En esta materia, es sumamente significativo de la enorme distancia que hay entre dichas centurias

y la de la Ilustración el que por impulso y obra del espíritu filantrópico y de beneficencia que anima y mueve a la última se suavice la severidad y el rigor de tales establecimientos y se funden otros con el designio, bien distinto, de desarrollar una función de recuperación y utilidad social, mediante un régimen moderado, humanitario y educador. Incluso su denominación denota con claridad en ocasiones la nueva mentalidad y sensibilidad¹³.

Mas semejantes instituciones eran todas de idéntica naturaleza y finalidad, aún no penal, sino simplemente aseguradora y preventiva, no acogiendo en puridad a criminales, sino a los que mucho más tarde se calificará de malvivientes o peligrosos, es decir, libertinos, pordio- seros, vagabundos, ramera, alcahuetas, menores desamparados y otras categorías parecidas, y, dentro de ellos, no a los enfermos o inválidos, sino a los sanos y capaces de trabajar, a los que se puede hacer que aprendan un oficio y sobre quienes es dable cumplir una función transformadora, en un sentido útil para la sociedad. En algunos casos estas instituciones rindieron ciertos beneficios económicos, pero no era determinante en su inspiración ni en su motivación el afán de lucro, y sus miras de mejora y dignificación de los individuos y repercusión en el bienestar de la comunidad surgieron o por lo menos fueron depurándose y acentuándose en el trascurso del siglo XVIII. El cambio radical en tales situaciones de privación de libertad todavía no penales se produce hacia el cabo del mil setecientos, con las profundas y decisivas mutaciones de todo orden que entonces tuvieron lugar o hicieron eclosión. Los adelantos técnicos, las nuevas situaciones po-

¹³ Al respecto, son de parangonar las *galeras* que se crearon para mujeres en España desde los inicios del siglo XVII, asimilándolas en todo lo posible a las auténticas galeras y bautizándolas con la misma temible denominación, y la *Casa de Corrección* que se funda en San Fernando del Jarama, por iniciativa y decisión del conde de Aranda y encomendando su ejecución a Pablo de Olavide, en 1766, destinada a la reforma de gente de vida disoluta de ambos sexos. Cuestión aparte es el fracaso en que esta *Casa* terminó.

líticas, las *luces* del siglo y el *humanitarismo* de la época, y, en fin, los reflejos de una inédita configuración histórica y cultural del mundo, fueron, primero, cambiando los objetos en que la Administración empleaba el esfuerzo penal y, luego, haciéndolos desaparecer, y con ello quedó de residuo sobreviviente de las ya anticuadas o fenecidas formas de penalidad lo que hasta aquel instante no había sido más que una consecuencia o propiedad de su esencia y su envoltura exterior: la mera concentración y separación de los condenados y la estrecha regulación de su vida, o sea, la privación de libertad, privación, por otra parte, que consonaba a las mil maravillas con la exaltación por encima de cualquier otro de los valores sociales que a la sazón se efectuaba de la libertad individual, pues en este clima de ideas su negación resultaba, por contraste, sumamente indicada como manera genuina de penar en los tiempos que se inauguraban, sin caer en las crueldades de otrora ni herir, por ende, la nueva y más tierna sensibilidad que se había extendido por doquier entre las capas más cultivadas y se había enseñoreado del ánimo de los hombres, surgiendo así el primado absorbente y casi absoluto de la pena contra la libertad¹⁴. Introducida originariamente por imposiciones administrativas y vinculada a los servicios bélicos y navales, natural es que, al constituirse en tal pena, su ejecución quedase abandonada a la propia Administración, radicándose en España, al principio, en el Ministerio de la Guerra hasta 1849, y desde este año en el del Interior hasta 1887, y desde entonces los servicios de prisiones están centrali-

¹⁴ Con lo cual no se desconoce la influencia que en este fenómeno tuviera la primera revolución industrial, con sus movimientos de emigración de vastos contingentes humanos desde el campo a las ciudades y la aparición del proletariado alrededor de las minas y las fábricas, hechos cuya observación ha llevado en agudo análisis a estimar la cárcel como complemento lógico de la fábrica, pero sin reconocerle el valor determinante o preponderante que se le ha asignado, pues la cárcel y el presidio como formas y establecimientos de castigo se hallaban ya configuradas en la realidad y en las mentes con anterioridad.

zados en una Dirección General del Ministerio de Justicia, el cual no deja de ser un departamento de la misma Administración. En Francia, dichos servicios pertenecieron al Ministerio del Interior desde una ley de 10 de vendimiario del año IV (2 de octubre de 1795) hasta el decreto de 13 de marzo de 1911, consagrado legislativamente por el art. 89 de la ley de finanzas de 13 de julio siguiente, que libra los fondos precisos para atender los gastos de la administración penitenciaria en el Ministerio de Justicia¹⁵; y análogo ha sido el curso de la materia en los demás países.

Este largo *excursus* explica en virtud de qué poderosos hechos la ejecución de la privación de libertad principió y persiste entregada a la Administración, cuando antes no había sido así con las otras penas ni tampoco después en la medida en que subsisten. Todavía hay que tener en cuenta y que añadir que la ejecución de las penas privativas de la libertad es, a diferencia de la simplicidad y rapidez de las restantes, extremadamente prolongada y compleja, como para requerir una acción permanente y multitud y variedad de resoluciones complementarias que no se pueden prever, todo lo cual mal se aviene con las características de la función judicial y mucho mejor se satisface con los recursos y la discrecionalidad propia de la actividad administrativa; y se comprenderá que con el auge de las penas contra la libertad haya sido durante mucho tiempo lugar común en la doctrina la afirmación de la naturaleza administrativa de la ejecución de toda pena, o, en otros términos, que su regulación pertenece al Derecho administrativo. Respondiendo a esta convicción generalizada, la misma legislación penal sustantiva

¹⁵ Sin embargo, el personal de prisiones ha continuado dependiendo del de Interior hasta el decreto-ley de 30 de octubre de 1935, y todavía en la actualidad los servicios penitenciarios están sometidos a la fiscalización de la inspección general de los servicios administrativos de este Ministerio. Y durante el gobierno de Pétain, por una ley de 15 de setiembre de 1943, volvieron a Interior, como Dirección General, en el seno de una Secretaría general de mantenimiento del orden.

y la procesal remiten en ocasiones la ejecución a los reglamentos, disposiciones por excelencia administrativas, como ocurre en los arts. 81, 83, hasta que fue dejado sin contenido por la ley orgánica 8/1983, de 25 de junio, y 84, en alguna de sus sucesivas redacciones, del Código Penal español, y en el 990 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o en el 80 del Código punitivo chileno. De manera concordante, la suprema aspiración de la mentalidad del penitenciario práctico ha sido y continúa siendo la soberanía absoluta de un director o alcaide en su prisión.

Ante esta doctrina y esta convicción conviene empezar llamando la atención sobre la existencia de penas para cuya ejecución sólo es competente o inclusive sólo puede serlo, por la naturaleza intrínseca o la configuración legal de cada una, la autoridad judicial. Por no extendernos a tal propósito acerca de las restrictivas de la libertad o de la multa¹⁶, nos limitaremos a examinar en particular la de muerte y la de amonestación. En cuanto a la primera, que en cualquier ordenamiento es la más grave y que en el español se ha conservado indefectiblemente, con la única excepción del Código republicano de 1932, hasta hace unos años, su ejecución era de incumbencia en España, sin perjuicio del recién mencionado art. 83, de la Audiencia sentenciadora, representada en los últimos instantes por el secretario judicial que designare al efecto y auxiliada por los funcionarios administrativos correspondientes^{17, 18}; y por lo que hace a la segunda, una

¹⁶ Sin embargo, es útil ver lo que acerca del extrañamiento y el confinamiento señala Alejandro del Toro Marzal en los *Comentarios al Código Penal*, de Córdoba-Roda, Rodríguez Mourullo y otros (aparecidos, 3 vols.), Ariel, Barcelona, 1972-1978, t. II, ps. 451-452 y 458. Acerca de la multa, su regulación en las leyes es suficientemente elocuente.

¹⁷ Cfr.: Del Toro Marzal, *ibidem*, ps. 427-430.

¹⁸ En Chile, según el art. 80 del Código Penal y el decreto 1439, de 18 de mayo de 1965, publicado el 2 de junio, que contiene el Reglamento sobre la aplicación de la pena de muerte, de la ejecución de ésta está encargado en exclusiva el Servicio de Prisioneros de la República, sin ninguna injerencia de la judicatura, cuyos integrantes sólo pueden asistir al fusilamiento en calidad de espectadores.

de las más leves y reducida en el Código español, después de su reforma por la ley orgánica 3/1989, de 21 de junio, a la reprensión pública, sólo puede practicarla el juez en audiencia del tribunal¹⁹.

Que en la variedad de penalidades las haya, por exigencias legales o por su mera entidad, imposibles de realizar sino judicialmente invalida la idea de que la ejecución de las penas, es decir, de cualquiera, de todas, corresponde a la Administración. Por otra parte, la realidad es siempre más rica y proteiforme que la más aguda y cuidadosa previsión y hasta que la más fértil y versátil imaginación y hay o emergen en ella residuos o novedades que éstas no pueden aprehender y someter a regulación, y la vastísima y heterogénea esfera de acción de la Administración pública, y la diversidad y amplitud de sus movimientos, requieren una flexibilidad tal en su actuación, que impide que esté absolutamente reglada, debiendo disponer de un margen de potestad discrecional, incompatible de suyo con el estricto legalismo de lo punitivo; y por esta vía, de tener, en efecto, la ejecución, o atribuírsele, naturaleza administrativa, vendría la pena, y de hecho viene, en aquello que resuelva y determine el funcionario en ejercicio de su discrecionalidad, a quedar librada a ésta, e importaría, y en los hechos importa, un contenido diferente en unos casos y en otros, en abierta oposición a la fijeza, la seguridad y la igualdad que la legalidad penal procura. A lo cual aún hay que agregar, en los países de organización federal con un código único, que, de verse en la ejecución una función administrativa y confiársela en consecuencia a los Estados miembros, la unidad del código y el tratamiento uniforme de los condenados resultarán, y en la práctica resultan, desvirtuados, por cumplirse la misma pena en cada uno de ellos

¹⁹ Concordante y expresamente, Quintano, *Comentarios al Código Penal*, 2ª edición, renovada por el autor y puesta al día en textos jurisprudenciales y bibliográficos por Enrique Gimbernat Ordeig, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, p. 395.

de manera diferente y convertirse así en una pena distinta. Lo cual se confirma bien en un documento como la Exposición de motivos del Código argentino, que, partiendo de la diversidad esencial entre éste, que debe ser "aplicado por los jueces que absuelven o condenan"²⁰, y el régimen penal, que "depende de la autoridad administrativa"²¹ y "es así extraño a los magistrados y al Poder judicial"²², ha de reconocer que "es indudable, sin embargo, que los fines perseguidos al imponer penas para los delitos, pierden eficacia si el régimen carcelario no se aplica de acuerdo con los propósitos que se tuvieron en vista al fijar las represiones"²³, y que "el sistema debe ser uno para toda la Nación. De lo contrario el mismo delito sería castigado de manera diferente según la provincia en que se hubiere cometido, lo que es contrario al sistema de la unidad, preconizado por la Constitución"²⁴.

En los fragmentos que se acaba de reproducir, se advierte con facilidad una contradicción, mas culminan con una afirmación correcta y evidente. Aquélla consiste en admitir la naturaleza administrativa de la ejecución, lo que por sí solo lleva a que en la Argentina corresponda su regulación a las provincias, y pretender que ésta sea única para toda la República, lo que atenta contra la autonomía provincial. El acierto, en señalar que, si tal regulación no es única, "el mismo delito sería castigado de manera diferente según la provincia en que se hubiere cometido". Cerca de tres cuartos de siglo antes, ya había mostrado Pacheco que una pena ejecutada en forma distinta es una pena diversa²⁵. También es otro acierto des-

²⁰ *Código Penal de la Nación Argentina*, ley 11.179, edición oficial, Talleres Gráficos Argentinos de L. J. Rosso y Cía., Buenos Aires, 1922, p. 119.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*, p. 120.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*. En relación con estos párrafos, cfr., también, en el mismo volumen, p. 233.

²⁵ Y prosigue: "Las circunstancias y los accidentes, si no lo son todo, son indudablemente mucho en esa esfera". *El Código Penal concordado y comentado*, cit., t. I, p. 445.

tacar la íntima relación y la armonía que deben existir entre los fines de las penas y el régimen de su ejecución y que la eficacia de los primeros depende de la fidelidad que les guarde el último.

Aunque muchísimo menos extendida, tampoco está más fundada ni es más feliz la doctrina que sitúa la ejecución de la pena dentro del Derecho procesal penal. Descuella en este pensamiento Carnelutti (1879-1965), que con su teoría de separación o continuidad entre el Derecho penal y el procesal penal, en vez de coordinación y paralelismo entre ambos, asigna al primero por objeto el delito y al segundo la pena y su ejecución. El paso de uno a otro se efectúa a través del concepto de punibilidad, inherente al delito y que se transforma en pena mediante las tres fases del proceso criminal: comprobación de aquél, y determinación y ejecución de ésta, pertenecientes las dos primeras al proceso penal de cognición y la tercera al de ejecución^{26, 27}. Pero se debe reparar, ante todo, en que ni el Derecho sustantivo se ocupa solamente del delito, sino que, conforme su más difundido nombre indica, abarca asimismo la pena, ni el proceso concluye siempre en ésta, pues puede excluirla por ponerse de manifiesto en su tramitación la ausencia de aquél, y, por otra parte, en que el Derecho procesal en todo caso y por su propia índole se encuentra referido a una regulación de fondo y la hace viable, siendo algo vacío, que carece de todo sentido, y aun de cualquier finalidad, aislado en sí solo.

²⁶ Cfr.: Carnelutti, *Teoría general del delito*, traducción de Víctor Conde, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, ps. 12-14, y *Lecciones sobre el proceso penal*, traducción de Santiago Sentís Melendo y prólogo de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, 4 vols., Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1950, t. I, ps. 69-72, y t. IV, ps. 191-259, así como *Cómo se hace un proceso*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Edeval, Valparaíso, 1979, ps. 25-32 y 139-145, y otros muchos escritos del mismo autor.

²⁷ Siguen a Carnelutti en este punto otros procesalistas italianos, como Guglielmo Sabatini, *Principii di Diritto processuale penale*, I, 3ª edizione, riveduta e aggiornata, Catania, 1948, p. 146, y también, con mayor o menor fidelidad, algunos españoles.

Es más, que en su ejercicio y aplicación el Derecho penal sea inseparable del procesal penal significa que junta y paralelamente a la actuación de aquél hasta la extinción de la responsabilidad criminal por la total ejecución de la pena, ha de prolongarse el último, regulando la actividad de cuantos intervengan en dicha actuación y agotándose a la vez así con la ejecución la sanción y la acción penal; o en frase del padre Jerónimo Montes, de la Orden de San Agustín: "La ejecución o cumplimiento de la pena es el último momento de la acción y la sanción penal"²⁸.

De los intentos por recortar o encontrar en el árbol del Derecho una rama nueva cuyo objeto sea específicamente la ejecución de las penas, el más arraigado es el del pretendido Derecho penitenciario. Marc Ancel señala en el Prefacio de una obra de Stanislaw Plawsky²⁹ que este Derecho es en gran parte una novedad del siglo XX, e incluso, en ciertos aspectos, de su segunda mitad³⁰, pero ya en los inicios de su segundo decenio emplea N. H. Kriegsmann en Alemania la locución *Derecho penitenciario*³¹, en el siguiente se la encuentra con reiteración en Italia³² y en 1933 publica Novelli, también en Italia, su célebre artículo *L'autonomia del Diritto penitenziario*³³,

²⁸ *Derecho penal español*, 2ª edición, 2 vols., San Lorenzo de El Escorial, 1929, t. II, p. 518.

²⁹ *Droit pénitentiaire*, Université de Lille III, s. a. [1977].

³⁰ Cfr. ibídem, p. 7.

³¹ *Einführung in die Gefängniskunde*, Heidelberg, 1912; traducción de R. Pérez Bances, con el título *Preceptiva penitenciaria*, Madrid, 1917, p. 169, y también más adelante.

³² Así: De Mauro, *Il problema di una scienza e di un Diritto penitenziario*, en "Rivista Penale", de Roma, 1926, ps. 105 y ss.; Ugo Conti, *Diritto penale penitenziario*, en la misma revista y año, ps. 125 y ss.; Tesauro, *La natura e la funzione del Diritto penitenziario*, en "Rivista di Diritto Penitenziario", de Roma, ps. 237 y ss.

³³ Originariamente, fue una conferencia pronunciada en la Real Universidad de Roma el 12 de enero de 1933, y se publicó como artículo en la "Rivista di Diritto Penitenziario", cit., 1933, ps. 5-56. Existe traducción castellana, de Angélica Leonor López, publicada en la "Revista Penal y Penitenciaria", de Buenos Aires, año VIII, n.ºs. 29-30, julio-diciembre de 1943, ps. 425-468.

que se acostumbra considerar su manifiesto fundacional. En 1935 señalaba un especialista en el tema, Francesco Siracusa, que la verdadera y propia autonomía de este Derecho venía siendo proclamada y difundida abierta y virilmente en la bella y batalladora "Rivista di Diritto Penitenziario", que desde 1930 se editaba en Roma a expensas del Ministerio de Gracia y Justicia italiano y dirigía el insigne director general de los Institutos de Prevención y de Pena, Giovanni Novelli³⁴; y, por lo demás y aunque fuera "cediendo a la obstinada y monótona prédica" de éste³⁵, en el III Congreso Internacional de Derecho Penal³⁶, celebrado en Palermo durante el mes de abril de 1933, en la asamblea plenaria y tras grandes aplausos, fue aprobada una resolución que proclamaba la existencia del Derecho penitenciario, "constituído por el complejo de las normas legislativas que regulan las relaciones entre el Estado y el condenado desde el momento en que la sentencia de condena legitima la ejecución, y el cumplimiento de ésta en el sentido más amplio de la palabra", sin perjuicio de reconocer seguidamente que "está todavía en un período de elaboración, sobre todo en lo concerniente a medidas de seguridad", por lo que "el Congreso limita su voto en el sentido de que, desde este momento, se confiera a la ejecución de que se hablado, un ordenamiento jurídico completo"³⁷.

³⁴ Cfr. sus *Istituzioni di Diritto penitenziario*, Milano, 1935-XIII, p. 9.

³⁵ Jiménez de Asúa, *Tratado*, cit., t. I, cit., p. 69.

³⁶ "Et non seulement pénitentiaire", acota con agudeza Quintano Rippollés, *Les aspects modernes des institutions pénitentiaires ibéro-américaines*, rapport présenté au Congrès pénal et pénitentiaire hispano-luso-américain (Madrid, juillet 1952), traduit de l'espagnol par Jacques B. Herzog (en "Revue Internationale de Droit Pénal", de Paris, 1952, ps. 259-291), p. 270. El original castellano de esta ponencia se ha publicado mucho después en el *Apéndice* de los números 165 y 166 de la "Revista de Estudios Penitenciarios", de Madrid, abril-junio y julio-setiembre de 1964, ps. 15-32 y 33-44, respectivamente.

³⁷ Cuadro de conjunto de los votos y resoluciones adoptados por los congresos de la Asociación Internacional de Derecho Penal, en "Revue Internationale de Droit Pénal", cit., 1948, p. 403.

Cristaliza en este voto la necesidad que había señalado Rappaport³⁸, de una neta separación entre ley penal, procedimiento penal y ejecución penal, postulando la existencia de tres códigos distintos, que se correspondiesen con los tres sujetos diversos que serían, respectivamente, el legislador, el juez y el ejecutor, según el modelo de la triple legislación polaca en materia civil, comprendida en el Código Civil, el Código de Procedimientos Civiles y la Ley de Ejecución Civil. Pero Rappaport rehúye la cuestión básica de si la ejecución penal posee una entidad propia y distinta, válida y suficiente, que la dotara de carácter autónomo y sustancial; y, por lo demás, la sede del tratamiento legal de una materia ofrece escasa importancia científica, pues no es sino una cuestión de política legislativa. Ahora bien, semejante pretensión supone el pensamiento de la independencia del Derecho penitenciario, porque, como escribió Arturo Santoro³⁹, "en el fondo, la idea señalada por Rappaport y por otros, de un código de ejecución penal, distinto del código penal y del de procedimiento penal, para tener un fundamento y una justificación racionales, debería apoyarse precisamente sobre la ejecución como rama por sí del Derecho".

Esta autonomía es, para sus defensores⁴⁰, completa y se manifiesta en un triple orden: autonomía científica, reconocida, a su vez, en Italia, por el real decreto 1329, de 1 de octubre de 1931, por el cual se modificó los estatutos de la entonces Real Universidad de Roma y se instituyó por vez primera una cátedra para la enseñanza del Derecho penitenciario; autonomía legislativa, que reconocen que no existía aún en Italia ni en ningún otro Estado, porque las normas relativas a la ejecución se encontraban repartidas entre el código penal y el de procedimiento, más las leyes y los reglamentos de carácter

³⁸ Cfr.: Stanislaw Rappaport, *Per un codice di esecuzione penale in Polonia*, en "Rivista di Diritto Penitenziario", cit., 1930, p. 1325.

³⁹ *L'esecuzione penale*, 2ª edizione rinnovata, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1953, p. 9.

⁴⁰ Cfr.: Siracusa, ob. cit., ps. 10-12.

carcelario, pero cuya elaboración se pedía y se intentaba en numerosos proyectos, e incluso, según puntualizó Quintano⁴¹, había comenzado a lograrse ya en algunos países, y de la que hoy, con la proliferación posterior de los códigos o las leyes de ejecución en muchos de ellos, no cabría dudar; y autonomía jurídica, que es "la más importante" y la que formuló Novelli en 1933, en el sentido de que tal Derecho constituye un distinto ordenamiento jurídico, cuyas normas, si bien contenidas por lo común en fuentes diversas, están unidas íntimamente por una finalidad única, la de realizar la ejecución en su contenido jurídico de restricción de los bienes jurídicos del sentenciado, y en su misión de readaptación social de él, habiendo devenido ya en aquella sazón a un grado imponente de madurez, sea por haber añadido y juntado a las penas las medidas de seguridad, sea por la individualización en el tratamiento ejecutivo y el reconocimiento de los derechos subjetivos del condenado.

De la ingente cantidad de definiciones que se han dado del Derecho penitenciario⁴², la de quien puede ser llamado su creador, Novelli, es la siguiente: "El conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad desde el momento en que es ejecutivo el título que legitima su ejecución"⁴³. Y lo concibe como "la realización positiva de la ciencia penitenciaria en el ámbito de una legislación determinada"⁴⁴.

⁴¹ Cfr. *Les aspects modernes des institutions pénitentiaires ibéro-américaines*, cit., p. 274.

⁴² Mencionemos *ad exemplum* las de Altmann Smythe, Beeche, García Ramírez, Lahura y Plawsky.

⁴³ Ob. cit., p. 7.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 49.

Para Siracusa, ob. cit., p. 5, el Derecho penitenciario deriva de la Ciencia penitenciaria como su "reflejo jurídico". Y para Beeche, *Sistemática de la ciencia penitenciaria (Ensayo)* (en "Revista de Estudios Penitenciarios", cit., nos. 67 a 74, de octubre de 1950 a mayo de 1951), 9, dicho Derecho es una "parte" de tal ciencia.

O sea, que, para sus partidarios, este Derecho viene a ser el precipitado o concreción jurídica de la ciencia penitenciaria.

Por lo cual, parece lógico, para comprender el intento de tal Derecho, remontarse, así sea con brevedad, a la noción de esta ciencia.

Su primera señal de vida parece ser el título de una obra del profesor alemán N. H. Julius, *Lecciones previas sobre la ciencia penitenciaria*, publicada en Heidelberg en 1828⁴⁵, adelantándose así en seis años al término *penología* (*penology*), empleado por primera vez en una carta privada que el publicista germanoamericano Francis Lieber (1800-1872) dirigió al célebre Tocqueville (1805-1859) en 1834⁴⁶; y en lo sucesivo una y otra denominación debatirán para designar la disciplina que se ocupa de la fase ejecutiva de las penas, pugna en la que la primera tendrá al cabo mejor fortuna que la segunda. No obstante dicho antecedente, el uso del vocablo *penitenciario*, aplicado a materias penales, sólo se inicia, o se acentúa, hacia 1850, cuando, en oposición a la tendencia de los criminalistas prácticos, que defendían la deportación y la colonización, con la utilización en ellas de la mano de obra de los condenados, otros, los "penitenciaristas", estiman y preconizan que es preferible dejarlos en la metrópoli para someterlos a un régimen moralizador progresivo, importado de ciertas prisiones de Norteamérica o de la Gran Bretaña, movimiento, éste, íntimamente relacionado con la aparición o el desarrollo preponderante de las penas reformadoras y que se ha referido siempre con exclusividad a las de prisión⁴⁷. Unido el vocablo a la palabra *ciencia* en la locución *Ciencia penitenciaria*, empieza a usarse en la segunda mitad del mil ochocientos, apareciendo ya consagrada tal denominación en el IV Congreso

⁴⁵ Cfr.: Ladislao Thot, *Ciencia penitenciaria*, Universidad Nacional de La Plata, 1937, p. 8, y luego otros muchos autores, como Beeche, ob. cit., 2.

⁴⁶ Cfr.: Jiménez de Asúa, *Tratado*, cit., t. I, cit., p. 168, y Cuello Calón, *Penología*, Reus, Madrid, 1920, p. 5, nota 1, basándose ambos en Howard Wines, *Prison reform and criminal law*, vol. I de *Correction and prevention*, New York, 1910, p. 146.

⁴⁷ Cfr.: Paul Cuhe, *Traité de science et de législation pénitentiaires*, Paris, 1950, ps. 47 y ss.

Penitenciario Internacional, de San Petersburgo, en 1890, si bien aún "el relator, M. Jules Lacoïnta, se quejaba hubiera lugar de «extrañarse de que la ciencia penitenciaria estuviera tan descuidada, cuando es el indispensable complemento de la enseñanza teórica» y la expresión "no es todavía de uso corriente en los textos"⁴⁸. Luego e incluso en la actualidad ambas denominaciones se han identificado y se identifican^{49,50}, pero el neologismo *penología*, frecuente en otros países, fue mal recibido en Francia, donde en su lugar alcanzó valor general el nombre de *ciencia penitenciaria*, que los franceses tomaron⁵¹ de los cuáqueros de Pensilvania, y sabido es el influjo decisivo que en semejantes ocasiones ejerce el uso francés⁵².

Sin embargo de que a simple vista se percibe que la voz *penología* denota un contenido mucho más amplio y rico que la expresión *ciencia penitenciaria* y que el de

⁴⁸ Beeche, ob. cit., 2.

⁴⁹ Cfr.: Cuhe, ob. cit., p. 1; René Garraud, *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, troisième édition, complètement revue et considérablement augmentée, 6 vols., Sirey, Paris, 1913 y ss., t. I, ps. 37-38, y Robert Schmelck y Georges Picca, *Pénologie et Droit pénitentiaire*, Cujas, Paris, 1967, p. 42.

⁵⁰ En cambio, otros autores rechazan muy razonada y atinadamente la identificación, pues evidente resulta que, en buenos principios, la penología ha de referirse a las penas en general y la ciencia penitenciaria sólo a las de prisión. Cfr.: Cuello Calón, ob. cit., ps. 5 y 8, y *Derecho penal*, t. I (Parte general), 10ª edición, Bosch, Barcelona, 1951, ps. 721-722; Sáinz Cantero, *La ciencia del Derecho penal y su evolución*, Bosch, Barcelona, 1970, ps. 37-38, y *Lecciones de Derecho penal, Parte general* (publicados, 3 vols.), t. I, Bosch, Barcelona, 1979, ps. 89-90; García Ramírez, *La prisión*, Fondo de Cultura Económica-Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1975, p. 45, y Garrido Guzmán, *Manual de ciencia penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1983, ps. 5-6.

⁵¹ Según Howard Wines, *Punishment and reformation*, 3ª edición, New York, 1919, p. 2.

Nótese el origen y carácter religioso y moralizador de esta denominación, muy en consonancia con la finalidad correctiva asignada a las penas privativas de la libertad y la colaboración que desde el primer momento prestaron a su ejecución personas y asociaciones de diversas tendencias, sin nada que ver generalmente con lo jurídico, encendidas todas en el fuego de la caridad.

⁵² Así, en Alemania se dice *Gefängniswesen* (Ciencia de las prisiones) y en Italia se habla, en plural, de las *Discipline carcerarie*.

ésta cabe perfectamente o es una parte dentro de aquél, también se comprende que la última haya ido ensanchando su campo de acción hasta abarcar "todas las diversas clases de penas, las medidas de seguridad, el patronato y las instituciones postcarcelarias"⁵³, y la sinonimia de hecho entre ambas, pues el fulgurante y formidable desarrollo de las penas privativas de la libertad, que en poco más de un siglo se convirtieron en las penas por antonomasia, arrinconando en el olvido o reduciendo a oscura penumbra las restantes y monopolizando en la realidad la función penal, había de hacer que la disciplina que las tiene por objeto apareciera como la única en materia de ejecución de las penas, atrajera a sí todos los aspectos y problemas de la privación de la libertad, incluidos los extrapenales, y desplazara cualquier otro concepto o denominación⁵⁴.

Ahora bien, no hay ningún inconveniente en ubicar la *Penología*, concebida de manera abstracta y general como *tratado de la pena*⁵⁵, dentro del Derecho penal, pero carece de sustento lógico pretender fundar una ciencia sobre una modalidad de penar concreta e histórica, y, por concreta e histórica, esencialmente accidental y transitoria, por no decir, en este caso, fugaz. Es más, lo que con impropiedad se ha llamado ciencia penitenciaria no pasa de ser un cúmulo abigarrado y heterogéneo, y, por supuesto, asistemático e inconexo, de experiencias, reflexiones, iniciativas y aspiraciones, cuando no meras descripciones, relativas a la privación de libertad como si-

⁵³ Cuello, *Derecho penal*, cit., ps. 721-722, prosiguiendo: "Como se ve, tan amplio contenido rebasa con exceso el calificativo *penitenciario*, que nació para designar exclusivamente cierta modalidad de ejecución de las penas de privación de libertad inspirada en un sentido de expiación reformadora". Conforme, Sáinz Cantero, *La ciencia del Derecho penal*, cit., p. 37, y *Lecciones*, cit., t. I, cit., ps. 88-89.

⁵⁴ En sentido concordante, Beeche, ob. cit., 2.

⁵⁵ Y no en otra parece que la entendió Lieber: "la rama de la ciencia criminal que se ocupa (o debe ocuparse) del castigo del delincuente" (según Howard Wines, *Prison reform and criminal law*, ob. y lug. cit.).

tuación de hecho creada por el Derecho, prescindiendo de su naturaleza jurídica, penal o procesal⁵⁶, sin ningún rigor jurídico y, a lo sumo, animadas de un espíritu caritativo o filantrópico. Se explica con facilidad así lo desdibujado de sus perfiles y que en consecuencia haya rebasado con prontitud los aspectos ejecutivos o de cumplimiento de las penas privativas de libertad, para ocuparse de éstas en general y aun de las demás, en cuanto quedan todavía residuos de ellas en el sistema penal, y también que, no obstante hallarse muy lejos de reunir los requisitos exigidos desde cualquier punto de vista epistemológico para asumir tan ambicioso título, haya procurado dignificarse con el prestigioso nombre de ciencia.

Con su mesurado criterio de jurista estricto, Kriegsmann asigna a la ciencia penitenciaria la investigación de los medios que sirven para la realización del Derecho penal y, por tanto, una función auxiliar y complementaria de éste⁵⁷, y señala que la diversidad de fines que las respectivas teorías proponen en él para la pena hace que aquélla se encuentre "sobre un suelo vacilante"⁵⁸.

Sobre tal base, movediza y borrosa, hay que adentrarse hacia la entraña del Derecho penitenciario; y, como es de prever, nada hay en él firme ni claro. Ni siquiera acerca de su denominación reina acuerdo entre sus partidarios. El propio Siracusa dice que "se puede discutir si es más oportuno dar a esta rama del Derecho el nombre de *Derecho penitenciario* o el de *Derecho de ejecución penal*, como quería Rappaport, pero la terminología no afec-

⁵⁶ Sáinz Cantero, *La ciencia del Derecho penal*, cit., p. 37, y *Lecciones*, cit., t. I, cit., p. 89, la concibe "como rama de la Penología que se ocupa de la pena privativa de libertad, de sus métodos de ejecución y aplicación, y de toda la problemática que la vida en prisión plantea". Y a partir de tal base nada tiene de particular el que ciertas definiciones del Derecho penitenciario incluyan en él el régimen de las medidas de seguridad y hasta el de institución tan eminentemente procesal como la prisión provisional o preventiva.

⁵⁷ Ob. cit., p. 141.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 142.

ta a la autonomía. Desde el punto de vista científico, quizá es más exacta la denominación *Derecho de ejecución penal*; pero, puesto que el núcleo más importante y vistoso de éste lo constituye la ejecución de las penas de privación de libertad, pensamos que se adecua mejor a nuestro Derecho la calificación de penitenciario, término más en consonancia con la sustancia y la tradición⁵⁹. Entre los españoles, Quintano, que es quien con mayor entusiasmo y decisión se adhirió a los propugnadores de este Derecho⁶⁰, advierte con su típica agudeza lo equívoco de la expresión *Derecho de ejecución penal*⁶¹. Mucho después, García Ramírez y Plawsky distinguen entre Derecho de ejecución de penas y Derecho penitenciario, concibiéndolos en relación, el primero, de género a especie⁶², y, el segundo, del todo a una parte⁶³. Asimismo, para Maurach, "el Derecho penitenciario (de las penas privativas de libertad) constituye sólo una parte, aunque con mucho la más importante, del Derecho de ejecución penal: se ocupa de la configuración práctica de las penas privativas de libertad"⁶⁴.

⁵⁹ Ob. cit., ps. 12-13. En el mismo sentido, Lahura, *Derecho penitenciario y ejecución penal en el Perú*, Lima, 1942, p. 346.

A pesar de su característica ambigüedad y falta de posición definida, parece admitir la sustantividad y autonomía del Derecho penitenciario, aunque prefiriendo la expresión *Derecho de ejecución penal*, Cuello Calón, *Derecho penal*, cit., ps. 723 y 742.

En la Argentina, Ítalo A. Lúder, *El sistema jurídico de la ejecución penal*, Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas, La Plata, 1959, ps. 9 y 10, entiende que la denominación más precisa y comprensiva es la de *Derecho ejecutivo penal*.

⁶⁰ Cfr. *Les aspects modernes des institutions pénitentiaires ibéro-américaines*, cit., p. 270.

⁶¹ Cfr. ibidem, p. 272, con una sagaz referencia a Ferruchio Falchi en su *Diritto penale esecutivo*, 3 vols., Zannoni, Padova, 1934-1935.

⁶² Cfr. lug. cit.

⁶³ Cfr. ob. cit., ps. 29 y 30. De manera semejante nos habíamos manifestado nosotros en *El derecho de ejecución de las penas y su enseñanza* (en "Revista Penal-Penitenciaria", de Santa Fe, 3-4, 1965, ps. 123-141), ps. 125 y 127.

⁶⁴ *Tratado de Derecho penal*, cit., t. I, p. 28. Por cierto, no acaba de configurarlo muy autónomamente, sino que parece incluirlo en lo administrativo (cfr. t. I, ps. 15-16, y t. II, ps. 505-506).

Mucho más grave que esta inseguridad en lo terminológico es que caracterizados partidarios de su sustantividad y autonomía reconozcan su dependencia del Derecho administrativo, tesis que echa en definitiva por tierra la misma personalidad e independencia que procuran afirmar. De esta suerte⁶⁵, no puede sino sorprender que nada menos que Novelli asienta al carácter híbrido del Derecho penitenciario, y que lo destaque Beeche⁶⁶; y que no se trata de una aseveración aislada se comprueba con lo que antes había escrito Tesauro⁶⁷ y mucho después repite Lúder⁶⁸. Inclusive para Siracusa, que traza con gran finura la distinción y relaciones entre dicho Derecho y los Derechos penal y procesal penal⁶⁹, la ejecución tiene preponderantemente carácter administrativo, en cuanto realización de la restricción del bien jurídico en que se concreta la pena o la medida de seguridad, de conformidad con el pronunciamiento del juez (título ejecutivo), que no establece los límites ni el contenido, y sólo en caso de que durante dicha realización surja controversia entre la autoridad que ejecuta la sentencia y el condenado respecto al contenido o los límites de tal ejecución, puede intervenir el órgano jurisdiccional, y son decisivas sus determinaciones para reintegrar ese contenido y esos límites^{70, 71}.

⁶⁵ Se prescinde aquí de Kriegsmann, para quien no puede haber duda acerca de la caracterización jurídica del Derecho penitenciario, que se refiere a una actuación del Poder Ejecutivo y constituye, por tanto, una esfera del Derecho administrativo (cfr. ob. cit., p. 169); lo cual no obsta a su dependencia de los principios del Derecho penal material y del Derecho procesal (cfr. ibidem, ps. 170-172).

⁶⁶ Cfr. ob. cit., 9.

⁶⁷ Cfr. ob. cit., p. 237.

⁶⁸ Cfr. ob. cit., ps. 12 y 13-14.

⁶⁹ Cfr. ob. cit., ps. 13-21.

⁷⁰ Cfr. ibidem, ps. 14-20.

⁷¹ En perspectiva completamente distinta, también Sebastián Soler considera, al que llama Derecho penal ejecutivo, "parte del Derecho administrativo", sin perjuicio por ello de reconocerle relativa autonomía y de entender justificado, "desde el punto de vista metódico, un estudio autónomo". Cfr. su *Derecho penal argentino*, 1ª ed., 2 vols., El Ateneo, Buenos Aires-Córdoba, 1940, t. I, ps. 13-14. Inalterable, en las estampas posteriores.

El rasgo verdaderamente original, significativo y valioso de este intento, empero, reside en su denodado afán por extraer de la discrecionalidad y vagarosidad de lo administrativo el cumplimiento de las penas privativas de la libertad y extender a él el imperio del principio de legalidad, sometiéndolo a rigurosas y precisas normas jurídicas e igualándolo así con la ejecución de las demás. Acaso quien lo ha puesto en claro con mayor decisión y énfasis sea Quintano, por lo cual, pese a la extensión de la cita, merece la pena recordar con entera fidelidad sus palabras: "La règle *nullum crimen sine lege*, imperative dans toute civilisation digne de ce nom, doit s'accompagner de la règle *nulla poena sine lege*, tant vis-à-vis de la peine au point de vue abstrait, que de son exécution concrète. Le Droit ne peut pas se desintéresser du condamné après le prononcé de la condamnation et le priver de sa protection suprême en le livrant à l'arbitraire juridique d'une administration qui le prenne en charge sans être tenue par les garanties juridico-judiciaires qui sont la raison d'être du Droit lui-même. L'arrêt de condamnation, qui établit une peine, maintient la relation juridique entre la société et le délinquant bien qu'il le transforme"⁷²; argumento que se remacha con el siguiente: "Procéder par la voie administrative équivaut à priver le Droit pénal de l'essence libérale inhérente à notre culture occidentale puisque cela revient à réduire à néant le dogme impératif de la légalité"⁷³. Mas tal afán, en vez de apuntalar la autonomía de lo penitenciario, recaba su inclusión en lo punitivo.

Por lo demás, la opinión de los penalistas españoles que mejor han trabajado y que de mayor autoridad disfrutaban en estos temas también es desfavorable al Derecho peni-

⁷² *Les aspects modernes des institutions pénitentiaires ibéro-américaines*, cit., p. 270.

El mismo pensamiento, en Cuello, *Derecho penal*, cit., p. 742.

⁷³ *Les aspects modernes des institutions pénitentiaires ibéro-américaines*, cit., p. 278.

tenciario. Don Constancio Bernaldo de Quirós lo concibe "como una dependencia del Derecho penal, en toda su amplitud y su conjunto", "un capítulo, una sección, una parte, una división del Derecho penal"⁷⁴; y Francisco Bueno Arús se limita a admitir el empleo de la expresión *Derecho penitenciario* "siempre y cuando se entienda en el mismo sentido (impropio) en que se utiliza cuando se habla de «Derecho agrario», «Derecho de la circulación»... o incluso «Derecho de los menores»"^{75, 76}.

Es obvio el que, así como el Derecho contempla en abstracto cada especie criminosa y la penalidad correspondiente y establece las pautas para que estas previsiones generales de la ley sean concretadas en el oportuno pronunciamiento judicial para cada singularidad delictiva de la realidad, tiene que regular cuantas actuaciones sean precisas para trasladar a la práctica y hacer efectiva la pena impuesta, esto es, su ejecución. Lo que de ningún modo es obvio ni necesario, sino empíricocultural y, por ende, histórico, o sea, contingente y eminentemente lábil y mutable, es que en los respectivos ordenamientos se fijen unas penalidades determinadas y no otras diferentes. De donde se sigue que a los contrasentidos lógicos que sin tardanza veremos que presenta cualquier intento secesionista en materia de ejecución penal el referir éste

⁷⁴ Ob. cit., p. 11.

⁷⁵ *Sobre la autonomía del Derecho penitenciario (Notas provisionales)* (en el "Boletín de Información" del Ministerio de Justicia, de Madrid, n° 741, 25 de julio de 1967, ps. 3-6, y en su libro misceláneo *Estudios penales y penitenciarios*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, ps. 121-124), ps. 6 y 124, respectivamente.

⁷⁶ Jiménez de Asúa, *Tratado*, cit., t. I, cit., p. 68, escribió: "No creemos que todavía pueda asumir la preceptiva penitenciaria el prestigioso título de Derecho". Prácticamente idéntico, en *La ley y el delito*, cit., p. 23.

En la Argentina, para Núñez, *Derecho penal argentino*, 7 vols., Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959 y ss., t. I, ps. 11 y 12, y *Manual*, cit., ps. 9-10, y Fontán, *Tratado*, cit., t. I, p. 37, el Derecho de ejecución penal no pasa de ser un capítulo del Derecho penal, mientras que para Zaffaroni, *Manual*, cit., ps. 69-71, y *Tratado*, cit., t. I, ps. 200-209, la ejecución de las penas no es materia que corresponda al Derecho penal de fondo, y el Derecho de ejecución penal es independiente.

a una clase de penalidades suma la ausencia de una base normativa y conceptual adecuada, porque no se lo asienta sobre una noción jurídica, sino sobre una realidad histórica, la cual nunca puede servir de fundamento, jurídicamente, para una división o rama del Derecho ni, epistemológicamente, para una disciplina científica que la tuviese por objeto. Es decir, no puede referirse una rama del ordenamiento a la ejecución de una pena, o de una clase o especie de penas, y menos a la de una clase o especie tan poco estable, que no ha aparecido en los catálogos de puciones hasta lo que se dio en llamar Edad contemporánea y que, tras una vida tan intensa como corta, lleva ya cosa de medio siglo en franca crisis⁷⁷.

Pero que la ejecución, no ceñida a una especie particular de pena, sino genéricamente entendida, sea un contenido y un concepto necesarios del Derecho tampoco implica que exista en el ordenamiento una rama dedicada por separado a ella. La entidad y el objetivo tanto de la pena en sí como de cualquier amenaza penal sólo pueden hacerse realidad y cobrar efectividad en y mediante su cumplimiento. Por consiguiente, seccionar al tratado de la pena su regulación y estudio lo deja, no ya gravemente incompleto, sino, con mayor exactitud, realmente vacío; y con tal proceder el Derecho punitivo se reduciría, en verdad, apenas a un nudo Derecho delictuoso. Ahora bien, como el delito reclama la pena y ésta lo supone y es ininteligible sin él, de modo que ambos se complementan y se constituyen en los dos objetos esenciales de una normatividad única y de la ciencia que la estudie, la ejecución no puede pertenecer a ninguna rama que no sea la de la pena, que es la misma que la del delito, el *Derecho criminal o penal*. Con esto, y sin necesidad de postular ninguna nueva rama jurídica, recibe base y queda asegurado por igual el imperio de la legalidad a lo largo de

⁷⁷ Cfr.: Ruiz-Funes, *La crisis de la prisión*, Jesús Montero, La Habana, 1949.

todo el Derecho punitivo, hasta el postrero instante de la ejecución. O sea, en resumen, que en un examen atento y detenido de la cuestión no se justifica ni un Derecho de ejecución penal, o de las penas, ni, menos, un Derecho penitenciario.

Cuestión por completo distinta es la de las ventajas o los inconvenientes que haya en que lo que se reivindica como su objeto sea estudiado separadamente, pues el de disciplina científica y el de asignatura, tal vez incluso con una cátedra para su enseñanza, son conceptos muy diferentes, que pertenecen el uno a la teoría de la ciencia y el otro a la pedagogía y se justifican el primero por la especificidad e independencia de su objeto o de su método y el segundo por razones docentes y discentes. Hace muchos años que nos manifestamos en este sentido⁷⁸, y más tarde ha escrito concordantemente Ángel Latorre: "Si un proceso de especialización es necesario, no es quizás aconsejable la tendencia, hoy bastante extendida, a crear nuevas parcelas independientes en el campo del Derecho, porque tiende a acortar la perspectiva del jurista y hasta a inventar diferencias y distinciones que justifiquen aquella autonomía. Que ciertos sectores del Derecho ofrezcan algunas particularidades o sea conveniente su estudio o su enseñanza independiente no basta para elevarlos al campo de rama autónoma, cuando no presenten la acusada individualidad que sólo justifica esa autonomía"⁷⁹.

A pesar de todo lo que antecede⁸⁰, se ha de reconocer que la legislación que señala los delitos y las penas y

⁷⁸ Cfr. principalmente nuestro artículo *El Derecho de ejecución de las penas y su enseñanza*, cit., ps. 124 y 127, y nuestro libro *División y fuentes del Derecho positivo*, Edeval, Valparaíso, 1968, ps. 41-42 y 52-53.

⁷⁹ *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, 1968, p. 181.

⁸⁰ Acerca de lo cual hemos versado con gran amplitud y nutrida bibliografía en nuestro estudio *El problema de la sustantividad y autonomía del Derecho penitenciario*, publicado en la "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", de Montevideo, año XIV, n° 4, octubre-diciembre de 1963, ps. 735-790, y en los capítulos I y II de nuestra tesis doctoral, calificada de "sobresaliente" por la Universidad de Madrid en 1957. También hemos tratado la materia más brevemente en numerosas publicaciones menores.

las normas que regulan su ejecución, los que aplican la una y las otras y quienes las estudian son completamente ajenos entre sí. Se diría que constituyen dos mundos que no se tocan ni se relacionan ni comunican. Para que la esquizofrenia en esta región de la vida y del saber sea total, tampoco el régimen jurídico y la realidad de la ejecución en los hechos guardan sino algunos puntos de contacto o pálidas semejanzas, ni quienes se ocupan en ésta suelen preocuparse mucho de aquél. Como observa un penalista costarricense, "el campo penitenciario es uno de los aspectos de la vida social en donde más agudamente se evidencia el abismo que existe entre los postulados legales y la realidad"⁸¹.

2. — En la actualidad, las legislaciones y la doctrina concernientes a la ejecución de las penas, o, en otras palabras, a su individualización ejecutiva o penitenciaria⁸², se orientan o declaran orientarse, en su abrumadora mayoría, por no decir la casi totalidad, hacia la resocialización del condenado; concepto con el cual, aunque, hablando estrictamente, disten mucho de ser equivalentes, se puede identificar otros también en boga al respecto⁸³, pero que se halla asimismo muy lejos, por su parte, de ser nítido ni firme. Conforme escribió con gran razón hace años el profesor Antonio García-Pablos de Molina, "el pensamiento de la resocialización es un cajón de sastre y una caja de sorpresas"⁸⁴.

⁸¹ Fernando Cruz Castro, *La pena privativa de libertad* (en el libro escrito juntamente con Daniel González Álvarez, *La sanción penal. Aspectos penales y penitenciarios*, San José de Costa Rica, Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, 1990, ps. 25-61), p. 31.

⁸² Que otras veces también se llama, por la sede en que se verifica, *administrativa*.

⁸³ Recordemos entre estos conceptos afines los de readaptación, recuperación, reeducación, reforma, rehabilitación y reincorporación o reinserción social. Cfr. *supra*, capítulo III, 4, *in fine*.

⁸⁴ *La supuesta función resocializadora del Derecho penal* (en su libro misceláneo *Estudios penales*, Bosch, Barcelona, 1984, ps. 17-96), p. 87. Este estudio, con el título *La supuesta función resocializadora del Derecho penal*:

No sólo en modestas leyes de ejecución campea este pensamiento, sino igualmente en documentos de mayor fuste legislativo, como el en su momento bien publicitado⁸⁵ Proyecto de Código Penal que preparó para la Argentina en 1974 una Comisión oficial, algo variopinta, pero inspirada sin duda en todos sus integrantes por un acendrado patriotismo que corría a las parejas con una irrefrenable vocación codificadora y un denodado empeño por dejar inscrito su nombre en algún código punitivo, que compusieron los doctores Carlos Acevedo, Enrique R. Aftalión, Enrique Bacigalupo, Ricardo Levene (h.), Alfredo Masi y Jesús E. Porto. Su art. 19, que no fue reparado u objetado en este punto por ninguno de sus autores⁸⁶, prescribe: "Las penas que establece este Código persiguen principalmente la *reeducción social* del condenado"⁸⁷. Mas en ningún momento aclara cómo se logrará tal finalidad con la multa o la inhabilitación ni, muchísimo menos, mediante una privación de libertad en la práctica a perpetuidad, a la que se puede llegar para los delincuentes que la Exposición de motivos califica como "habituales o por tendencia". En realidad, ni esto ni otras disposiciones, en sí o por sus efectos bastante severas, pueden

utopía, mito y eufemismo, había aparecido antes en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", cit., t. XXXII, fascículo III, setiembre-diciembre de 1979, ps. 645-700.

⁸⁵ Pásesenos el voquible, en gracia al uso y a lo expresivo que resulta en este caso.

⁸⁶ Sin adentrarnos en las particularidades que presenta su texto, es de recordar una verdaderamente extraña que singulariza este documento: que uno de sus redactores, sin haber dejado constancia de ninguna disidencia a lo largo del trabajo, apareció con una nutrida planilla de ellas no bien éste estuvo concluido y publicado, y algunas de tal monta y en cuestiones tan fundamentales, como la relativa al art. 36, sobre la individualización de la pena, que resulta casi incomprensible el que no se le ocurrieran al considerar y debatir las respectivas materias, sino sólo después, al contemplar la obra ya acabada, en su conjunto y sometida a la crítica pública, lo cual evidenciaría una subida capacidad de autocritica y una notable versatilidad de juicio.

⁸⁷ El subrayado es nuestro. Por lo demás, conviene poner en relación este artículo con el 21.

asombrar en un texto que hace continuas apelaciones a la peligrosidad, designándola con su nombre auténtico o bajo el de personalidad; que exige para la concesión de la libertad condicional, no ya haber observado buena conducta durante la internación, sino algo tan impreciso y de estimación tan subjetiva como "un pronóstico favorable de conducta"; que rebaja la minoría de edad penal a los catorce años, sin ninguna atenuación ni siquiera un trato más benigno en los delitos de cierta consideración para quienes apenas superen tan corto límite, y que, para que nada falte, hace del adulterio un delito de acción pública. Ninguno de estos extremos mereció objeción del redactor en otros discrepante, salvo en tres casos en los que propuso reemplazar la mención de la peligrosidad por la frase "pronóstico desfavorable de conducta", púdico eufemismo que no alcanza a compensar la longura en el lenguaje. Es un cuerpo que coincide en "la atribución al Derecho penal de un sentido humanista y misionario [*sic*] que tiene por norte al hombre como supremo valor, puesto que es el creador y portador de todos los valores de la cultura", confesión de parte en la que es fácil percibir más de una nostalgia o reminiscencia falangista. No obstante, poco después de aparecido se dijo de él "que recoge como preocupación fundamental la discusión políticocriminal y con ello del sentido y función del Derecho penal en una sociedad democrática", y se lo puso como ejemplo o anuncio para "cuando retornen los vientos democráticos"⁸⁸. Pero ante tamaños intentos ni los incrédulos más empecatados vacilaríamos en impetrar del Altísimo que nos libre de semejantes "demócratas" y semejantes "mentalidades progresistas".

⁸⁸ Juan Bustos Ramírez, *Consideraciones respecto a la estructura del delito en la reforma penal latinoamericana* (en "Doctrina Penal", rev. cit., año 2, 1979, ps. 477-488), ps. 478 y 488. "Los vientos democráticos" han retornado a la Argentina y a Iberoamérica en general hace bastante tiempo, pero el Proyecto argentino de 1974 yace tranquilamente en el más profundo olvido.

Esto aparte, es muy cierto lo que dice Francisco Muñoz Conde: "El optimismo en la idea de resocialización, de ello no cabe duda, ha sido quizá excesivo y hasta tal punto acríptico que nadie se ha ocupado todavía de rellenar esta hermosa palabra con un contenido concreto y definitivo. Esta misma indeterminación del concepto «resocialización» impide su control racional y su análisis crítico, de tal forma que todo el mundo habla hoy de resocialización, aunque desde diversas y opuestas ideologías y, por supuesto, con finalidades distintas también. El término «resocialización» se ha convertido así en un «*Modewort*», en una palabra de moda que por todo el mundo se emplea, y no sólo entre los juristas, sin que nadie sepa muy bien lo que se quiere decir con ello. Evidentemente, nada de esto habría ocurrido, si desde el primer momento se hubiera delimitado claramente su finalidad y su contenido"^{89, 90}. Sin embargo, ante la carencia de precisiones legales, mediante cierta elaboración constructiva algún contenido se puede obtener de la resocialización.

La más sencilla y clara es la ley alemana de ejecución⁹¹. Su párrafo 2 dispone: "Con la ejecución de la pena privativa de libertad ha de capacitarse al recluso para llevar una vida, en el futuro, socialmente responsable sin delinquir (objetivo de la ejecución). La ejecución de la pena privativa de libertad está al servicio tam-

⁸⁹ *La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito* (en "Doctrina Penal", rev. cit., año 2, cit., ps. 625-641), p. 627. Este artículo se puede ver también en la rev. "Cuadernos de Política Criminal", asimismo cit., 1979, n° 7, ps. 91-106.

⁹⁰ Un inteligente esfuerzo por dotar de un contenido positivo a este término, en Bueno Arús, *Notas sobre la Ley General Penitenciaria* (en "Revista de Estudios Penitenciarios", cit., año XXXIV, n°s. 220-223, enero-diciembre de 1978, ps. 113-139), ps. 115-116 y 131-132.

⁹¹ *Ley sobre la ejecución de la pena privativa de libertad y de las medidas de seguridad y corrección privativas de libertad*, de 16 de marzo de 1976, modificada por ley de 18 de agosto, cuya excelente traducción al castellano, con oportunas notas, de Antonio García-Pablos, se encuentra en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", cit., t. XXXI, fascículo II, mayo-agosto de 1978, ps. 395-445.

bién de la defensa de la generalidad frente a ulteriores hechos criminales". Esta idea da un sentido preciso al párrafo 3, apartado 3: "La ejecución se debe orientar de tal modo que ayude al recluso a reincorporarse a la vida en libertad"; reincorporación que anima luego muchos preceptos concretos y que puede incluso llevar a un moderado acortamiento del encierro. Así, en el párrafo 16, apartado 3: "El momento de la puesta en libertad puede anticiparse hasta dos días, si concurren razones apremiantes que lo reclamen para la reinserción del recluso".

Harto más difuso sobre el particular es el ordenamiento italiano⁹². Con todo, combinando los artículos primeros de la ley y de su reglamento, cabe concluir que la ejecución tiende a la reinserción social del penado, entendida como modificación de aquellas de sus actitudes que obstaculicen su constructiva participación en la sociedad.

Y en España la regulación de la materia tampoco es concisa ni terminante, pues la ley respectiva⁹³ determina en su art. 1 el fin primordial de las instituciones penitenciarias, no el de la pena ni el de su ejecución. Para dar con éste hay que recurrir al 25, 2, de la que llaman Constitución vigente, y su sentido sólo se consigue interpretándolo sistemáticamente en virtud del 59 de la propia ley. Tras todas estas operaciones se puede definir la resocialización o, en el lenguaje legal, "reinserción social" como la asunción por el interno, de la intención y la capacidad de respetar la ley penal y subvenir a sus necesidades.

⁹² Ley 354, de 26 de julio de 1975, publicada el 9 de agosto, que da normas sobre el ordenamiento penitenciario y sobre la ejecución de las medidas privativas y limitativas de la libertad, y reglamento para su ejecución (decreto 431, de 29 de abril de 1976).

⁹³ Ley orgánica 1/1979, de 26 de setiembre, general penitenciaria, publicada el 5 de octubre. El Reglamento penitenciario, que la desarrolla, fue aprobado por decreto 1201/1981, de 8 de mayo, y publicado los días 23, 24 y 25 de junio.

Cuán verdadera es la observación de que las palabras y su acumulación, que debieran servir para significar las ideas y comunicarlas, en no pocas ocasiones las ocultan o confunden, porque, en cuanto se analiza estas nociones, se descubre que no consisten más que en el propósito de evitar que el delincuente vuelva a delinquir, que recaiga en el delito, que reincida, o sea, en la vieja preocupación preventivo-especial de combatir e impedir la reincidencia. Anida en ellas la misma disposición anímica que se trasparenta en el refrán vulgar "quien hace un cesto, hace un ciento", y que alienta en el infundado prejuicio de que quien comete un delito, por esto solo está vocado a cometer otros, o, dicho más técnicamente, el concepto positivista de peligrosidad criminal⁹⁴, que ha de ser tratada en el delincuente para que no desemboque en nuevos delitos. No es mucho, pues, que la resocialización y el tratamiento se encuentren unidos en forma muy íntima y que el estudio de la una lleve de manera inexcusable al del otro.

Tales nociones son coincidentes en distintos países⁹⁵, y llama la atención el cuidado y detalle con que en todos se regula cómo hacerlas efectivas sólo en la privación de libertad, sin ningún interés, no ya equivalente, pero ni siquiera mínimo, por la finalidad de las restantes penas, disparidad o desequilibrio ya apuntado⁹⁶, difícil de explicar y que en todo caso disminuye grandemente el vigor y la eficacia de este intento. Con independencia de ello, el ordenamiento italiano es, en cuanto a las penas privativas de la libertad, de una ambición incomparable, pues

⁹⁴ En el sentido preciso de Ferri, *Principios de Derecho criminal. Delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia*, traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz, Reus, Madrid, 1933, p. 273.

⁹⁵ Sumemos aún a este propósito, en la Argentina, la *Ley Penitenciaria Nacional, complementaria del Código Penal* (decreto-ley 412/58, de 14 de enero de 1958, publicado el 24, y convalidado por la ley 14.467, de 23 de setiembre del propio año, publicada el 29), cuyo art. 1 comienza: "La ejecución de las penas privativas de libertad tiene por objeto la readaptación social del condenado". En todo el texto no hay ninguna explicación del concepto ni por lo menos alguna base o pauta para elaborarlo.

⁹⁶ Cfr. *supra*, capítulo I, 3.

la participación constructiva de los individuos en la vida social, que se yergue siempre como ideal y meta inaprehensibles en el progreso humano, es muchísimo más que abstenerse de reincidir.

Pero lo importante es que el tratamiento constituye el medio para lograr o procurar la resocialización. Con la mayor precisión lo dice la ley española: "El tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados"⁹⁷. La italiana menciona en el art. 1 los *principios rectores* del tratamiento penitenciario, y en el párrafo final establece que "en relación con los condenados e internos se debe aplicar un tratamiento reeducativo que tienda, incluso mediante contactos con el ambiente externo, a su reinserción social. El tratamiento se realiza según un criterio de individualización en relación a las condiciones específicas del sujeto". Y la argentina, en su artículo también 1, señala que "el régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las necesidades peculiares de cada caso, los medios de prevención y de tratamiento curativo, educativo, asistencial y de cualquier otro carácter de que puede disponerse, de conformidad con los progresos científicos que se realicen en la materia".

En la ley española se aprecia mejor que en ninguna otra la concepción que anima en todas al tratamiento, del condenado como ser de humanidad deficiente, y la naturaleza clínica de aquél, destinado a procurar una curación, entendida en sentido amplio y vario, a sus carencias o insuficiencias. En efecto, el tratamiento "guardará relación directa con un diagnóstico de personalidad criminal y con un juicio pronóstico inicial, que serán emitidos tomando como base una consideración ponderada

⁹⁷ Art. 59, 1, con el cual coincide en un todo el 237, 1, del Reglamento, con la misma expresión "directamente dirigidas" y las mismas cacofonías en ambos. En otros tiempos la legislación española se redactaba con mucho más cuidado y elegancia y se leía y estudiaba con mucho más agrado.

del enjuiciamiento global a que se refiere el apartado anterior⁹⁸, así como el resumen de su actividad delictiva y de todos los datos ambientales, ya sean individuales, familiares o sociales, del sujeto", y "será individualizado, consistiendo en la variable utilización de métodos medicobiológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, en relación a la personalidad del interno"⁹⁹. Y en la italiana, "el tratamiento penitenciario debe responder a las particulares necesidades de la personalidad de cada sujeto", y para ello se dispone su "observación científica", que comenzará al inicio de la ejecución y proseguirá a lo largo de ésta y que pondrá de manifiesto "sus carencias fisiopsíquicas y las demás causas de desadaptación social"^{100, 101}.

Cabe dudar de que esta concepción del delincuente como un minusválido sea correcta, pues parecen inconcusos hoy el hecho y el pensamiento de que, entre otros muchos y por no repetir lo de los antipáticos y fatigosos delincuentes de cuello blanco, quienes se alzan en armas contra el gobierno legítimo sin conseguir su propósito de derrocarlo, o el sujeto de una infidelidad diplomática o el juez que en un tribunal supremo admite dádiva por sentenciar en un sentido determinado, no adolecen de ninguna deficiencia biológica ni psicológica ni en su relación social.

En el plano doctrinal, un especialista tan autorizado como Jesús Alarcón Bravo da en su valioso estudio *El*

⁹⁸ Que se refiere al "estudio científico" de la personalidad del condenado en sus más diversos aspectos, estudio "que se recogerá en el protocolo del interno".

⁹⁹ Art. 62, letras b y c. Idénticamente, art. 240, b y c, del Reglamento. Si bien en la ley argentina se expresa de manera más sencilla, es el mismo pensamiento que el de su art. 1.

¹⁰⁰ Art. 13. En su párrafo tercero se insiste en que el tratamiento es reeducativo y se dice "que es integrado o modificado según las exigencias que se perciben en el curso de la ejecución".

¹⁰¹ Contrasta con tan reiteradas afirmaciones, en diferentes ordenamientos, de la individualización de la pena durante su ejecución, la negativa de ella por Zaffaroni, en su *Tratado*, cit., t. I, p. 209.

*tratamiento penitenciario*¹⁰² una definición de éste que califica de "neutra", de "aséptica". Dice que es "una ayuda, basada en las ciencias de la conducta, voluntariamente aceptada por el interno, para que en el futuro pueda elegir o conducirse con mayor libertad, o sea, para que pueda superar una serie de condicionamientos individuales o sociales, de cierta entidad, que hayan podido provocar o facilitar su delincuencia"; y, aun reconociendo que "no todos los delincuentes necesitan tratamiento", sostiene que "sí lo necesita la mayoría", y, por otra parte, estima que el tratamiento no ha fracasado, sino que sólo se ha llevado a cabo en ensayos aislados de corta duración y sin continuidad¹⁰³. Se ignora cómo se pueda calcular que sea una mayoría de criminales los que necesitan el tratamiento, y no al revés, pero lo verdaderamente interesante y decisivo es que, con una presentación de apariencia mucho más amplia y evolucionada, se mueve en el mismo terreno tradicional de la inferioridad, en algún sentido, del delincuente, llevado por sus condicionamientos individuales y sociales al delito, y de la tarea que con base en las ciencias de la conducta se debe ejercer sobre ellos.

Sin embargo, el punto culminante de la cuestión reside en la obligatoriedad o voluntariedad del tratamiento. Para una ley ya antigua en esta materia, como la argentina, "el condenado está obligado a acatar en su integridad el tratamiento penitenciario que se determine"¹⁰⁴. Posteriormente, este criterio ha cambiado. Según el pára-

¹⁰² Contenido en el volumen colectivo *Estudios penales*, II, La reforma penitenciaria, Universidad de Santiago de Compostela, 1978, ps. 13-41.

Otros estudios fundamentales sobre el *tratamiento penitenciario*: el número monográfico, así intitulado, de la "Revista de Estudios Penitenciarios", cit., año XXIV, nº 182, julio-setiembre de 1968, y Bueno Arús, *Notas sobre la Ley General Penitenciaria*, cit., ps. 131-137.

¹⁰³ Ob. cit., ps. 21-22.

¹⁰⁴ Art. 2. Sólo deberá mediar su consentimiento, o, si fuese absolutamente incapaz, el de su representante legal, y la autorización del juez de la causa, previo informe de peritos, "si el tratamiento prescribiere la realización de operaciones de cirugía mayor o cualquier otra intervención quirúrgica o médica que implicaren grave riesgo para la vida, o fueren suscep-

grafo 4, apartado 1, de la ley alemana, se debe promover y estimular la buena disposición del recluso para que coopere a la conformación de su tratamiento y el logro de los objetivos de la ejecución. El art. 13, párrafo quinto y último, de la ley italiana dispone: "Debe favorecerse la colaboración de los condenados y de los internos en las actividades de observación y de tratamiento"; y en el 1 de su Reglamento se habla de ofrecer a los imputados sujetos a medidas privativas de la libertad "intervenciones dirigidas a sostener sus intereses humanos, culturales y profesionales". Y la ley española, luego de preceptos en lo sustancial idénticos¹⁰⁵, redondea de la manera más absoluta la idea en el Reglamento: "El interno podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad o método de tratamiento, sin que ello tenga consecuencias disciplinarias, regimentales ni de regresión de grado de tratamiento. La clasificación se realizará, en estos casos, en último término, mediante observación directa del comportamiento y utilización de los datos documentales existentes"¹⁰⁶.

Dice muy bien Fernando Cruz Castro que "la imposición coactiva de la rehabilitación (o resocialización) presenta una dificultad práctica importante; esa dificultad se refiere al hecho de que el éxito real del afán rehabilitador presupone la participación voluntaria del sujeto en el programa de tratamiento. Tal voluntariedad debe ser expresada por un asentimiento totalmente espontáneo, impidiéndose cualquier género de coacción, aunque a veces ésta se hace con tal sutileza, que resulta difícil dibujar un límite entre coacción y determinación. La autodeterminación es importante, no sólo por razones legales

tibles de disminuir, apreciable y permanentemente, las condiciones orgánicas o funcionales del condenado"; pero, aun así, "en casos de extrema urgencia, bastará el informe del servicio médico, sin perjuicio de la comunicación ulterior al juez de la causa".

¹⁰⁵ Art. 61, cuyos dos apartados se repiten en los dos primeros del art. 239 del Reglamento.

¹⁰⁶ Art. 239, 3.

y éticas, sino por la misma esencia de lo que constituye una auténtica transformación de la persona. El respeto a la libertad de conciencia implica el reconocimiento del principio de que el delincuente tiene el derecho a no ser rehabilitado. No puede imponerse el cambio de la escala de valores a ningún ciudadano¹⁰⁷. Pues bien, la atractiva disposición del reglamento español recién trascrita es de una hipocresía verdaderamente exquisita y constituye en el fondo una falacia rotunda, porque su aparente respeto a la conciencia y la voluntad del penado se estrella sin salvación pocos artículos más adelante con la exigencia de la "participación en las actividades de reeducación y reinserción social, organizadas en el establecimiento", para la obtención de los beneficios penitenciarios, entre los cuales se cuentan algunos tan sustanciosos como el adelanto de la libertad condicional y la tramitación favorable del indulto particular¹⁰⁸.

Además, en seguida se advierte otra dificultad verdaderamente grave en esta materia: que por su propia situación personal serán por lo regular los condenados que menos necesiten el tratamiento y mediante él la resocialización quienes se muestren más y mejor dispuestos a uno y otra, mientras que los más necesitados serán a la vez los más reacios, por donde la eficacia de la acción penitenciaria y de la pena se restringe y resultará muy mellada.

Más allá o más al fondo del concepto de tratamiento, es oportuno examinar con ojo crítico la idea de resocialización. Aligeran bastante la tarea y aconsejan no extenderse en insistencias superfluas, por un lado, las observaciones formuladas a la idea, más amplia, de prevención especial, al fin del capítulo tercero, y, por otro, no escasas apreciaciones sobre la materia, surgidas en distintos momentos de las reflexiones que preceden. De manera su-

¹⁰⁷ Ob. cit., p. 45.

¹⁰⁸ Cfr. arts. 256 y 257.

maria, pues, consignemos ahora los siguientes puntos: 1º, el desconocimiento de la dignidad humana y el atentado contra ella que suponen la convicción de hallarse legitimado para y el consecuente propósito de inculcar jurídicamente a cualquier individuo una determinada concepción del mundo, de la vida o de la sociedad, y un determinado sistema de valores, que aquél puede no compartir; 2º, inconveniente, el anterior, que se agrava hasta entrar en pugna con los principios de su propio ordenamiento jurídico en sociedades muy heterogéneas e incluso abigarradas que se organizan políticamente sobre la base del reconocimiento, la legitimidad y el respeto de su diversidad interna y de la protección de las libertades y los derechos fundamentales de sus integrantes; 3º, la dificultad para definir qué delincuente necesita y puede o no ser resocializado, con la consiguiente desigualdad entre unos y otros condenados a la hora de hacer efectiva la pena y la asimilación de ésta y de su ejecución en aquellos que hayan de ser resocializados, más que al cumplimiento de una sanción jurídica, al desarrollo de una labor asistencial; 4º, las dudas acerca de la aptitud de la pena en general y de la pena de privación de libertad en particular para ejercer una seria función resocializadora; y 5º, si en la realidad de cualquier país existen, siquiera sea en parte apreciable, o es de prever que existan en un plazo razonable, no sólo ni principalmente los recursos económicos, sino los medios de muy diferente índole y la mentalidad que demandaría la puesta en práctica de tal función. Puntos a los cuales aún habría que agregar la pregunta por las posibilidades intrínsecas y la legitimación para intentar cualquier esfuerzo resocializador que tengan sociedades profunda, estructuralmente divididas, desequilibradas, insolidarias y agresivas.

A este respecto, dos fenómenos de subida elocuencia nos limitaremos a enunciar: ante todo, la rápida conversión del fervor inicial en Alemania por los establecimientos de terapia social en un destino poco brillante y pro-

misorio¹⁰⁹. Y también que Muñoz Conde recuerda a menudo¹¹⁰ el contrasentido ínsito en la pretensión de educar o reeducar para la libertad en y mediante la privación de libertad, y que Clemmer descubrió en 1940 que en el recluso, como en toda persona internada en una institución total, se opera un proceso de adaptación, que no es sino una subculturización y que llamó *prisonización*, de efectos negativos para la resocialización, difícilmente evitables con el tratamiento; y que propone como único sentido de éste "*procurar la no desocialización del delincuente, evitando los efectos desocializadores que son inherentes a toda privación de libertad*".

Con la indudable modestia de tal cometido, no parece alcanzable, por la íntima contradicción que envuelve. A la inversa, la desviación primaria que constituye el delito se potencia y consolida con la desviación secundaria que representa la privación penal de la libertad¹¹¹. Por ello, desde un punto de vista legal, es prudente el mandato de la ley alemana de ejecución, en su parágrafo 3, apartado 2: "Deben contrarrestarse las consecuencias nocivas de la privación de libertad".

Por una necesidad muy natural de compensación, las desolaciones y crueldades de las grandes conflagraciones

¹⁰⁹ Sobre ellos, en castellano, Horst Schüler-Springorum, *Problemática de los establecimientos de terapia social*, traducción de Antonio Zubiate, en el volumen colectivo *La reforma penal: cuatro cuestiones fundamentales*, con Proemio de Marino Barbero Santos, Madrid, 1982, ps. 119-140, y en su libro misceláneo *Cuestiones básicas y estrategias de la política criminal*, Depalma, Buenos Aires, 1989, ps. 29-46.

¹¹⁰ Cfr. *La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito*, cit.; *Resocialización y tratamiento del delincuente en los establecimientos penitenciarios españoles*, en el volumen colectivo *La reforma penal: cuatro cuestiones fundamentales*, cit., ps. 101-118, y *Tratamiento penitenciario: utopía no alcanzada o simple quimera*, en el volumen colectivo *VI Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Junta de Andalucía (Consejería de Gobernación), Sevilla, 1990, ps. 35-43.

¹¹¹ Cfr.: García-Pablos, *Comentarios a la legislación penal. Ley orgánica general penitenciaria*, cit., t. I, ps. 32 y 41.

Muy interesante sobre el particular, Roberto Bergalli, *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*, Barcelona, 1980, pássim.

bélicas provocan a su término un ambiente propicio para los espejismos. Es lo que sucedió al fin de la segunda guerra mundial, y uno de aquellos espejismos fue la reviviscencia de la idea de resocialización, el creerla factible y la confianza en su consecución. Como tal espejismo, suponía su admisión acrítica, o sea, rechazaba toda consideración crítica. El fervor y el ímpetu propios del optimismo hacen que éste perdure aun después de haberse experimentado sus primeros fracasos; y así se comprende que el legislador argentino de 1958 y sus asesores se alistarán sin reservas en las bulliciosas huestes que se disponían a conquistar y traer a la tierra la readaptación social y el tratamiento penitenciario. Lo que ya no parece igual de pertinente es que, en plena declinación de esta ideología y estas consignas, las adoptara un país de la tradición y la sabiduría jurídica de Italia, ni que, declarada francamente su crisis, todavía fueran acogidas y hechas suyas con entusiasmo por España.

Sus debilidades internas y su descrédito ponen de relieve el genuino carácter de estas doctrinas, que desdennan el opaco ministerio de conocer y enseñar el Derecho y en su lugar prefieren los sugestivos destellos de las aspiraciones y los deseos, y acaban tomando las imaginaciones por realidades.

Las creaciones de la fantasía no porque sean trasladadas al papel y publicadas se transustancian en realidad. Don Quijote vio en la planicie de su patria castillos bien guarnecidos y se trabó en descomunal combate con gigantes espantables, que Cervantes puso por escrito y Juan de la Cuesta imprimió en Madrid, pero quien cruza la Mancha no descubre sino ventas ni tropieza más que con molinos de viento que agitan sus aspas. Análogamente, un legislador ilustrado y reformista puede, en el conocido ejemplo de Welzel, ordenar a las mujeres, bajo la amenaza de puniciones severísimas, que a los seis meses de embarazadas traigan al mundo niños viables, o también asignar a las penas fines tan altos cuanto in-

asequibles, lo uno y lo otro con la más escrupulosa observancia de todas las formalidades que el ordenamiento consagra para garantizar su validez jurídica, pero nadie vacilaría en afirmar que tales prescripciones carecen del más mínimo contenido material de Derecho.

Por último, refiriendo la cuestión a las meras penas de encierro o reclusión, es un dato elemental, pero que por elemental muchas veces se olvida o se pretiere, que el único bien jurídico sobre el cual deben recaer es la libertad ambulatoria. Su objeto o contenido no es más que la libertad de desplazamiento, que limitan severamente, hasta casi privar de ella por completo al condenado. Fuera de tal aspecto de la libertad, no afectan ni pueden o deben afectar ningún otro derecho del penado, es decir, no se les puede ni debe dar ningún otro contenido. Que en el avance de la cultura y el progreso de los hombres y de las sociedades la privación de la libertad, que en un momento determinado constituyó indudable alivio y adelanto en la ruta humanizadora de las penalidades, presente en la actualidad gravísimos inconvenientes y haya llegado a ser insoportable para nuestras valoraciones y nuestra sensibilidad, es otro problema, en el que quizá haya hoy que levantar y oponerle críticas parejas o parecidas a las de otrora contra la pena capital; pero esto concierne a la política criminal, que, partiendo de lo que es, mira hacia lo que debe ser, en el constante empeño por ir perfeccionando, que es ir humanizando, el sistema penal. Ahora bien, mientras subsista, su naturaleza es más resistente y eficaz que cualesquiera disposiciones legales y disquisiciones doctrinales, que, de no atenerse a ella, se arriesgan a entregarse al muy resbaladizo y poco fecundo ejercicio de suplantar, o pretender suplantar, su verdadera entidad y finalidad por una ficción.

3. — Aun permaneciendo en gran parte enfeudada a la actividad administrativa, en las últimas décadas la ejecución de las penas va siendo objeto de regulación en cuerpos jurídicos independientes, con el nombre de leyes

o con el más ambicioso de códigos, y entre unos y otros de estos cuerpos se dan, como suele ocurrir en el Derecho, relaciones, ora de simple influencia, ora que llevan a formar verdaderas familias.

Cuenta ya con bastantes años en la Argentina la *Ley penitenciaria nacional*, de la que el prestigioso profesor peruano de Criminología y Ciencia penitenciaria Ayar Chaparro Guerra dice "que ha influido evidentemente en la legislación proyectada o dictada en otros países de la región"¹¹², y que, a pesar de que según su título es *complementaria del Código Penal*, en la realidad lo modifica.

Para obtener la libertad condicional, el Código exige desde 1921 en su art. 13, entre otros requisitos, haber observado con regularidad durante la prisión o reclusión "los reglamentos carcelarios". Esto no obstante, la ley de 1958 establece que el condenado, o, en su terminología, interno, será calificado de acuerdo a la conducta que observe y al concepto que merezca. Según el art. 50, "se entenderá por conducta la manifestación exterior de su actividad en lo que respecta a su adaptación a las normas disciplinarias"; y, según el 51, el concepto se deducirá, "partiendo de las manifestaciones de su conducta", de "su carácter, tendencia, moralidad o demás cualidades personales, con objeto de formular un juicio sobre el grado de recuperación alcanzado". Es decir, que el juicio y la calificación de conducta atienden sólo a lo externo y tienen un sentido más bien superficial, mientras que el juicio y la calificación de concepto toman en cuenta lo íntimo de la personalidad y, por ende, tienen un sentido profundo. Y en el art. 53 se tocan sus diferentes consecuencias: "La calificación de conducta tendrá valor y efectos para el otorgamiento de ventajas tales como recibir visitas, correspondencia, participar en actividades recreativas y otras prerrogativas que los reglamentos establezcan. La cali-

¹¹² Consideraciones para el tratamiento de los delincuentes. Origen, evolución, reglas, Universidad Nacional de San Agustín, Arequipa, 1991, p. 55.

ficación de concepto servirá de base para la concesión de beneficios tales como las salidas transitorias, libertad condicional, la conmutación de la pena y el indulto". O sea, en resumen, que la obtención de la libertad condicional no reposa ya en la mera conformidad de la conducta a los reglamentos penitenciarios, sino que, mucho más exigentemente, necesita una recuperación de la persona en su aspecto y en su capacidad de relación sociales.

Las leyes alemana e italiana de ejecución ya han sido mencionadas e inclusive examinadas en sus orientaciones fundamentales, y de lo visto se habrá inferido que la primera es mucho más sobria que la segunda y que, por tanto, sin estar exenta de ellos, presenta muchos menos inconvenientes.

En cuanto a la española, nadie ignora el suceso que su aparición en 1979 representó para el mundo iuspenalístico de habla castellana. Se comprende con facilidad la acogida por el momento emotivo en que se produjo el acontecimiento y las circunstancias que lo rodearon, apenas salido el país, casi sin darse cuenta y de una manera muy kelseniana, es decir, sin ruptura de ningún orden, de larguísima y crudelísima tiranía, y sin conciencia, por ello, de que este cambio puramente formal y con arreglo a las normas establecidas y sus contenidos enmascaraba y aseguraba la subsistencia de las realidades de toda índole existentes, o sea, la permanencia del dominio social, intelectual, político, administrativo y económico por los propios grupos o sectores, y con frecuencia por los mismos individuos, que lo venían detentando, garantizada, por lo demás, en términos harto explícitos, por el mantenimiento, en la cabeza del Estado, de la misma persona y con el mismo título escogida y designada por el dictador, y por el respeto, o, más bien, la sumisión, que sin ningún disimulo se prestaba, o, mejor, se rendía, en el nuevo estado de cosas, a los llamados, con denominación poco eufemística, *poderes fácticos*, es a saber, principalmente, la plutocracia, la Religión o la Iglesia católica y

el ejército, en o con el conjunto de las fuerzas armadas, esto es, de represión. Menos, entonces, podían ver unos, y hacer ver otros, que el cambio, obligado por la desaparición física del primer actor, era poco sincero, profundo y espontáneo, ni que, como en los cambios de decoración en los teatros, quien lo había planeado y lo dirigía, e incluso quienes lo efectuaban, se encontraban detrás de las bambalinas, o sea, más allá de las fronteras, y hasta con un océano en medio, dentro de un designio de dominio universal. Para el poder que había surgido en Occidente de la segunda gran guerra con ambición y fuerzas de imperio, y que había recibido en herencia poco honrosa de los regímenes totalitarios la dictadura española y la había sostenido con el consiguiente lucro durante ominosos decenios, era el instante de limpiar la pátina, ya borrosa para muchos, pero siempre infame, de una situación de implacable opresión, mudando en rápida maniobra las formas para que la sustancia permaneciera sin alteración, y con ella lo que es más importante: la explotación real y la posibilidad de sacrificar en defensa de intereses ajenos, bien disfrazados y quizá insospechados, a los pueblos subyugados. Como siempre y como en todo, lo sensato es, por ende, ver bajo las apariencias y tirar, no a la arboladura, sino al casco¹¹³. Todo lo cual, si los pueblos, igual que los hombres, escarmentaran en cabeza ajena, no sólo en la propia, sería útil que hubiesen tenido o tuviesen presente en América varios países hermanos.

En medio de este ambiente de confusión, y como una de las innumerables ceremonias de la confusión, se aprobó bastante teatralmente, por aclamación, dicha ley, inspirada en la ideología, ya muy desprestigiada, de la re-

¹¹³ Identificando figuradamente el rey con el casco, y recordando "los órdenes de combate que daban los antiguos almirantes a sus artilleros, en tiempos de la marina a vela", ya empleó esta imagen Blasco Ibáñez en la época de la lucha contra la dictadura de Primo de Rivera. Cfr. su folleto *Una nación encadenada (El terror militar en España)*, Nascimento, Santiago de Chile, 1925, p. 11.

habilitación y el tratamiento, que no impide, sino, más bien, reclama, considerar la privación de la libertad como el eje del sistema penal y la prisión como un centro, sobre todo, de obediencia y sumisión. De este modo, las continuas apelaciones al respeto de la dignidad del condenado, que significativamente resultan demasiado insistentes para no ser por lo menos retóricas, no parecen compadecerse muy bien con un régimen de vida en el que todo está reglamentado, ni, por otra parte, excluyen en el texto legal el más amplio arbitrio, que sin dificultad puede degenerar en arbitrariedad, de la Administración, en materias tan importantes y delicadas como el destino de los penados, y aun de los procesados, en el abanico de las diversas clases de establecimientos, a los que no por denominarlos de régimen cerrado dejan de ser de máxima seguridad¹¹⁴, con las extraordinarias y durísimas privaciones que imponen, por el tiempo que estime conveniente, basándose para ello en la nota hoy no poco anacrónica y desacreditada de su peligrosidad o la muy distinta y poco asimilable a la anterior de su mera inadaptación, o la facultad de suspender o intervenir las comunicaciones orales y escritas del interno, no sólo con sus familiares y amigos, sino también con los representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria y hasta con su abogado y su procurador; materias, así como otras muchas, que, lejos de ser mejoradas, han quedado agravadas en el Reglamento. Tampoco excluye la vieja y nada humana sanción de encierro en celda de aislamiento, acortada en la actualidad su duración a cuarenta y dos días, ni el empleo de medios coercitivos, incluso para vencer la resistencia pasiva de los internos a las órdenes del personal penitenciario en el ejercicio de su cargo. Asimismo, se diría que el énfasis puesto en

¹¹⁴ Que algunos, refiriéndose en particular a la de Herrera de la Mancha, en la provincia de Ciudad Real (cuyo nombre oficial es *Centro Penitenciario de Régimen Cerrado*), de odiosa fama, han llamado en España *cárceles para fieras*.

el carácter científico del tratamiento, y el uso de nociones tan dudosas como la de individualización científica, consistente "en la variable utilización de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, en relación a la personalidad del interno", es algo excesivo, si acaso no pretencioso, y que en particular aspira a realzar y beneficiar el cuerpo normativo con el prestigio de los saberes científicos, pues lo cierto es que en su fondo tales procederes no constituyen ninguna novedad, ni en los sistemas penitenciarios de otros países ni en el español, sin que en verdad, a menos que se piense en una grosera y decidida manipulación o amputación, incluso física, del penado, quepa aseverar que su aplicación haya dado muchos frutos, ni siquiera frutos proporcionados al entusiasmo con que se los presenta, aparte de su incompatibilidad con el mantenimiento de penas larguísimas y la propia previsión legal en el art. 72, apartado 3, que hace irrelevantes por sí solas, como no era sino de esperar, la personalidad del interno y su progresión en el tratamiento para acceder al período o grado de la libertad condicional. Y, en fin, acerca de la caricatura de un juez en que consiste lo que la ley y su reglamento denominan *juez de vigilancia* nos extenderemos en el parágrafo siguiente.

Por supuesto, al lado de la nueva normativa, con aires de ya muy añeja modernidad, se conserva la vieja redención de penas por el trabajo, con sus anticuadas denominación, orientación y disposiciones, llegando esta última a hacer inaplicables los beneficios penitenciarios previstos en aquélla y a recortar o anular así uno de sus aspectos positivos. Ciertamente, para suprimirla hace falta una reforma del Código Penal, pero en ninguna de las más que abundantes que ha sufrido en estos lustros se la ha tocado, o, mejor dicho, sí, en la *Ley de reforma urgente y parcial* de 25 de junio de 1983, mas sólo ¡para ampliarla a los condenados a la pena de arresto mayor y a los procesados!, desatino que no es menestar comentar.

La redención de penas, igual que la mayoría de las instituciones impuestas por el franquismo, goza de buena salud en la vida española y durará, pues se halla muy arraigada en la mente de quienes manejan nuestra sociedad y también en la de muchos de nuestros estudiosos de materias penales y penitenciarias, empeñados hoy, empero, en olvidar u ocultar los orígenes que tuvo en la "guerra de liberación" o "cruzada" y en buscarle otros menos afrentosos, y guardándose, con tan rara cuanto expresiva unanimidad, de recordar ninguno de los verdaderos avances que se alcanzaban en este terreno por la misma época en la vitanda "zona roja", o sea, dentro de la legalidad y legitimidad republicana.

Para hacer las cosas completas y ser por entero veraces, aún habría que poner lo anterior en relación con la realidad que se vive en las prisiones españolas, mas incluso sin llegar por pudor a semejantes extremos con facilidad se advierte que todo ello tiene poco que ver en serio con los auténticos y efectivos fines de la pena, tal como están configurados en el propio ordenamiento, y hasta poco de jurídico.

Es común a toda esta legislación en los diversos países restringirse a las penas contra la libertad, lo que no ocurre, sin embargo, en el interesantísimo *Anteproyecto de ley de ejecución penal*, para Costa Rica, de 1992, el cual, haciendo honor a su nombre, se ocupa sucesivamente de la ejecución de la pena de prisión, de la de multa, de las de inhabilitación e interdicción, de la de detención de fin de semana, de la de prestación de trabajo de utilidad pública, de la de limitación y prohibición de residencia, de la de arresto domiciliario, de la de cumplimiento de instrucciones, de la de multa reparatoria, de la de amonestación y de la de caución de no ofender, así como de la ejecución de las medidas de seguridad. Y algo, ya que no absolutamente idéntico, sí muy parecido se observa en un *Anteproyecto* semejante, para el Ecuador, de 1993.

4. — La figura del juez de ejecución de las penas es una creación del Derecho moderno, aún no existe en gran cantidad de países, tiene corta historia y dista mucho de haber adquirido alguna consistencia y cierto grado de perfección. Incluso las vacilaciones y diferencias de las diversas legislaciones en su denominación denotan la falta todavía de ideas claras y decididas sobre la materia.

En la doctrina que primero lo recomendó y reclamó, es decir, que primero recomendó y reclamó la intervención del juez en la ejecución de la pena, contamos los españoles con un nombre ilustre, el de Jiménez de Asúa, en su relación al Congreso penal y penitenciario de Berlín, en 1935¹¹⁵; y, poco después, es clásica la obra de Georges Sliwowsky, *Les pouvoirs du juge dans l'exécution des peines et des mesures de sécurité privatives de liberté*¹¹⁶, de recordación y cita obligada en este tema.

En las legislaciones, "el primer país que ha tenido un juez de ejecución de penas ha sido Brasil, tan tempranamente como el año 1922, en una ley federal, recogiendo luego en su Código de Procedimiento Penal de 1940"¹¹⁷. En Italia se crea, con el nombre de "giudice di sorveglianza" (vigilancia), en el art. 585 del Código de Procedimiento Penal de 1930, en vigencia, como es sabido, igual que el Código de fondo, desde el 1 de julio de 1931¹¹⁸, y subsiste en la ley 354, de 1975, que se ha citado¹¹⁹, con la simple variación, a partir de la introduc-

¹¹⁵ Cfr. de Jiménez de Asúa, *El juez penal y la ejecución de la pena*, edición castellana de dicha relación, en tirada aparte de la "Revista de Derecho Público", de Madrid, junio de 1935, 21 páginas. También, posteriormente, *El juez penal: su formación y sus funciones* (en *El Criminalista*, cit., t. III, La Ley, Buenos Aires, 1943, ps. 93-150), ps. 137-141.

¹¹⁶ Paris, 1939.

¹¹⁷ Joaquín Martín Canivell, en la obra colectiva *Comentarios a la legislación penal. Ley orgánica general penitenciaria*, cit., t. II, p. 1091. Se refiere a la ley federal de 5 de setiembre de 1922.

¹¹⁸ Dicho artículo se refiere expresamente al 144 del Código Penal, el cual, por su parte, se remite a éste.

¹¹⁹ Cfr. *supra*, en este mismo capítulo, nota 92.

ción de su art. 70 *ter* por el 24 de la ley 663, de 10 de octubre de 1986, de sustituir su denominación tradicional por la de "magistrato di sorveglianza", y, asimismo, la expresión "sezione di sorveglianza" pasa a ser "tribunale di sorveglianza". En Portugal aparece con la ley de 16 de mayo de 1944, aunque, refiriéndose a ella, dice Antonio Cano Mata que "los tribunales de ejecución portugueses tan sólo con muy buena voluntad pueden recibir este nombre"¹²⁰. En Francia lo introduce el art. 721 del Código de Procedimiento Penal de 31 de diciembre de 1957, llamándolo "juge de l'application des peines", y ha sido objeto de no pocas disposiciones posteriores; y, "por la influencia francesa"¹²¹, llega también a Polonia, tras ciertos significativos antecedentes de 1957, con la Ordenanza del Ministerio de Justicia de 9 de julio de 1961, insertándose luego en el Código de Ejecución de las Penas de 1969, en ambos casos con la designación de "juez penitenciario".

En 1977 escribía Plawsky acerca de este particular: "La idea de obligar al juez a supervisar y a visitar las prisiones ha salido de la cultura jurídica formada bajo la influencia del Derecho romano, y, si la institución del control judicial moderno de la aplicación de las penas no es sino un producto de estas exigencias, doctrinales más bien que prácticas, es curioso observar que la institución del juez de ejecución de las penas aparece en los sistemas jurídicos influidos por el Derecho romano y por la civilización mediterránea"¹²². Y a continuación señalaba que había a la sazón cinco países que habían "adoptado la institución del juez en el proceso de la ejecución de las penas", que eran, precisamente, los que acabamos de mencionar. Pero la institución se ha expandido, y se han multiplicado los países que la acogen, en muy diversas di-

¹²⁰ *El juez de ejecución de penas* (en la "Revista de Estudios Penitenciarios", cit., año XXIII, n.ºs. 176-177, enero-junio de 1967, ps. 61-103), p. 85. Se basa en Belezza dos Santos.

¹²¹ Plawsky, ob. cit., p. 259.

¹²² *Ibidem*, ps. 258-259.

recciones geográficas y con suma rapidez. Al Derecho español la incorpora la Ley Orgánica General Penitenciaria, de 1979, con la denominación, tomada del italiano¹²³, de "juez de vigilancia". En América existe en varios países, como Costa Rica, Perú y la Argentina; en este último, desde que se da el Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984), de 1991, con el nombre de "juez de ejecución penal", siendo de precisar aquí que en la bien meditada reforma procesal que se proyectó en 1986, obra fundamentalmente del profesor Maier, ya apareció lo que en ella, y en el Anteproyecto de ley orgánica para la justicia penal y el ministerio público, que la complementaba, recibía la designación de "tribunal de ejecución".

Así como en las épocas en que prevalecían otras modalidades de penar su ejecución incumbía exclusivamente a los jueces con sus auxiliares¹²⁴, y durante el predominio y esplendor de la de privación de libertad fue una rama de la Administración pública la encargada de ejecutarla y los jueces se desentendieron, casi por completo, de semejante cometido, con la preocupación moderna por extender a la etapa ejecutiva, en lo posible dentro de las limitaciones que aún subsisten, el imperio de la legalidad y la garantía de los derechos del condenado no afectados por la pena había de surgir y cobrar cuerpo la idea de dar intervención en las vicisitudes que se presentan y las decisiones que hay que tomar a lo largo de su cumplimiento a la judicatura. Ahora bien, esto no implica por sí solo la existencia de una categoría particular de jueces a la que se encomiende específicamente el conocimiento y la resolución de las dudas o controversias que se susciten en los sucesivos momentos y las diferentes situaciones de la ejecución. En principio, muy bien puede resolver tales problemas el propio juez o tribunal sentenciador. Pero no se ha de perder de vista, en primer

¹²³ Garrido Guzmán, ob. cit., p. 439, destaca el "estrecho parentesco" de la institución española con el modelo italiano.

¹²⁴ Cfr. *supra*, en este mismo capítulo, apartado 1, texto y nota 7.

lugar, el recargo de trabajo que suele abrumarles y de hecho les imposibilitaría ocuparse de manera seria y eficaz, como sería su deber, de las incidencias de la ejecución, ni, tampoco, la complejidad de ésta en la privación de la libertad y las consiguientes formación y función especializadas que demanda, no poco disímiles de la preparación y la tarea precisas para establecer la realidad y gravedad de un delito y aun la intensidad de su reprobación que haya de concretarse y materializarse en la pena, ni, en fin, la lejanía geográfica que con frecuencia separa a dichos órganos y a los penados; razones, todas, más que suficientes para preconizar y sustentar la creación de los jueces de ejecución, y para comprender que su aparición constituya un fenómeno reciente y todavía no terminado.

Hasta ahora, jueces y tribunales desconocían sin remedio el destino de aquellos sujetos a quienes habían condenado, dónde y cómo estarían cumpliendo la pena e incluso, en ocasiones, si la habrían extinguido. En cambio, con los jueces de ejecución se evita que dichos individuos queden plenamente bajo la potestad y a merced de la Administración penitenciaria y se asegura que permanezcan en alguna medida bajo el amparo de la autoridad judicial¹²⁵. Por la forma que ha tenido de originarse la institución, la acción de tales jueces se extiende sólo a las penas privativas de libertad¹²⁶, aunque cabe concebirla con mayor amplitud y así se los piensa, en concreto, para Costa Rica y el Ecuador.

Es interesante la observación de Plawsky acerca del cambio en el carácter jurídico de la ejecución de las penas que ha traído consigo la competencia judicial en esta fase: así, la "ejecución pierde su carácter puramente administrativo y se aproxima al proceso penal"¹²⁷. Y poco después dice: "Lo esencial de la crítica suscitada a la institución

¹²⁵ Cfr.: Garrido Guzmán, ob. cit., p. 437.

¹²⁶ Cfr.: Plawsky, ob. cit., p. 253.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 254.

del juez de ejecución o de aplicación de las penas es que ha quebrado el equilibrio entre el poder administrativo y el poder judicial. El problema consiste en la naturaleza de la ejecución de las penas. Si la ejecución de las penas constituye una prolongación del proceso penal, debe tener carácter jurisdiccional. Si, por lo contrario, el proceso penal termina en el momento del juicio definitivo, como es el caso de un proceso penal clásico, la ejecución de las penas entra en el dominio de la competencia administrativa"¹²⁸.

Sin adentrarnos en un estudio particularizado de las atribuciones de estos jueces, se comprenderá que varían de país a país, mas, en general, se acostumbra dividirlos en fiscalizadoras o de vigilancia, decisorias y consultivas. En tal heterogeneidad de sus funciones se aprecia que su actuación se halla muy lejos de consistir genuinamente en la resolución de conflictos, en la decisión de lites, en juzgar y ejecutar o hacer cumplir lo juzgado, esto es, de ser auténticamente jurisdiccional. Representa, más bien, una injerencia morigeradora de los jueces en la ejecución de las penas, que continúa, ya que no en su integridad, sí de manera preponderante, en manos de la Administración. Lo cual explica que decisiones importantísimas en la ejecución, o sea, que la adopción de medidas de gran trascendencia en el régimen de vida del penado, en el conjunto de privaciones o restricciones a que está sometido, dependan, en las diversas legislaciones, no de los jueces, sino de los funcionarios o las autoridades administrativas, y también, en consecuencia, el poco nítido perfil y el bastante deslucido papel de semejantes jueces.

En la ley italiana¹²⁹, las sanciones disciplinarias, materia sobre cuya gravedad no es preciso insistir, son impuestas por el director o por el consejo de disciplina del establecimiento penitenciario; y en la alemana¹³⁰, la au-

¹²⁸ *Ibidem*, p. 272.

¹²⁹ Ley 354, cit., art. 40.

¹³⁰ Ley de 16 de marzo de 1976, cit., § 105.

toridad competente para imponer las medidas disciplina-rias que en su caso correspondan es el director del establecimiento en que se halle el recluso. Por lo demás, cabe a éste solicitar un pronunciamiento judicial acerca de cualquier medida administrativa en las cuestiones que se presenten en el marco de la ejecución de la pena¹³¹, y resolverá la Sala de ejecución de penas del tribunal en cuya jurisdicción tenga su sede la autoridad de la ejecución interesada¹³². Pero centrémonos en la legislación española, o sea, en la ley penitenciaria y su reglamento.

Pues bien, con arreglo a ella, la Junta de Régimen y Administración de los establecimientos para la retención y custodia de detenidos y presos puede destinar a estos últimos¹³³, cuando hayan sido calificados de peligrosidad extrema o simplemente sean inadaptados, hasta que se aprecien indicios de cambio en su actitud y sin más que comunicarlo al juez de la causa, no sólo a departamentos especiales, sino incluso a establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado, denominación con la que se designa los de máxima seguridad, con una disciplina severísima y privaciones extraordinarias y durísimas. La Dirección General de Instituciones Penitenciarias es soberana en el destino y traslado de los condenados a los centros que estime en cada caso más adecuados, y, por supuesto, también para destinar a los mencionados establecimientos de régimen cerrado, hasta que desaparezcan o disminuyan las razones o circunstancias que determinaran su ingreso, a aquellos penados que hayan sido clasificados de peli-

¹³¹ *Ibídem*, § 109.

¹³² *Ibídem*, § 110.

En la Alemania federal, tras el interesante y brillante precedente de Karlsruhe en 1968 sobre esta materia, se introdujo en la ley de organización de los tribunales, también el 16 de marzo de 1978, un título quinto A (§§ 78a y 78b), por el cual se crea en los respectivos tribunales estatales una *Sala de ejecución penal*.

¹³³ En realidad, según la letra del Reglamento en su art. 34, también a los detenidos. No obstante, la corta duración de la detención impedirá, en la práctica, que se den o se perciban los supuestos necesarios para adoptar tal medida.

grosidad extrema, o que no se adapten a los regímenes ordinario y abierto o sean autores de graves alteraciones de la convivencia, parificando a estos efectos situaciones muy diferentes, con sólo informar de sus decisiones al juez de vigilancia. A la Junta de Régimen y Administración compete sancionar las faltas disciplinarias de los internos con los correctivos correspondientes, a cuya cabeza figura el aislamiento en celda hasta por catorce días, y asimismo concederles recompensas y permisos de salida hasta de dos días. El director puede autorizar el empleo de medios coercitivos como la fuerza física personal, las defensas de goma y las esposas, inclusive "para vencer la resistencia activa o pasiva de los internos a las órdenes del personal penitenciario en el ejercicio de su cargo", y, por otra parte, intervenir o suspender las comunicaciones orales o escritas de aquéllos, no ya sólo con sus familiares y amigos, sino también con representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, y hasta con los sacerdotes o ministros de su religión, "dando cuenta a la autoridad judicial competente"; y un modesto funcionario que intervenga una comunicación oral puede suspenderla por motivos tan especiosos como la utilización de términos de dudosa interpretación o que se propale noticias cuyo conocimiento perjudique al régimen o al orden del establecimiento, "dando cuenta al jefe de servicios".

El juez de vigilancia debe ser informado, sin que le quepa siquiera emitir ni aventurar opinión, de asuntos de la importancia del destino de los condenados a centros hospitalarios o psiquiátricos, de la intervención de sus comunicaciones orales o escritas y del empleo sobre ellos de medios de coerción físicos o instrumentales, además de su destino y traslado al establecimiento penal que la Administración penitenciaria considere oportuno. De informarle acerca de las medidas que haya tomado en otros de no menor calado puede ésta tranquilamente prescindir. En algunos de capital significación y graves consecuen-

cias, como la clasificación inicial de los penados y sus progresiones o regresiones en el tratamiento, o las sanciones disciplinarias, puede intervenir, pero sólo por vía de recurso, cuando reclamaren los interesados. No hay, pues, mucha exageración en afirmar que la función del juez de vigilancia es en no pocas ni poco importantes materias la de un buzón.

Tanto la enunciación de competencias de la Administración penitenciaria como la de asuntos en que le basta con informar al juez de vigilancia han sido formuladas con propósitos meramente ilustrativos, no exhaustivos, pero aun así resultan suficientes para percatarse del dominio que tenga aquélla de la ejecución penal y la figura desdibujada y nada airosa del último. Y también la denominación que se tomó como modelo y se escogió para él pone bien de relieve la hibridez de sus funciones y el escaso carácter jurisdiccional de la institución. Ésta no representa más, en general, que una simple judicialización de la ejecución¹³⁴, y el juez de vigilancia español, en particular, "el comienzo de la judicialización de la ejecución de las penas"¹³⁵.

A ello se deben las fuertes dudas de que los jueces de ejecución actuales sean en ningún país verdaderos jueces, es decir, las dudas acerca de la naturaleza jurídica de la institución. Con gran propiedad las exponen Schmelck y Picca: "Nada permite *a priori* pensar que, más allá de la calidad de magistrado de su atributivo, las funciones del juez de aplicación de las penas estén destinadas a tener naturaleza jurisdiccional"¹³⁶; y del examen de sus atribuciones aparece y "se hace preciso reconocer que por regla general este magistrado obra más bien como un administrador, en virtud del *imperium* del

¹³⁴ Cfr.: Martín Canivell, ob. cit., t. II, p. 1090.

¹³⁵ Ibídem, t. II, p. 1089.

"La figura española de juez de vigilancia [...] responde al propósito de judicializar la ejecución", dice Avelina Alonso de Escamilla, en *El juez de vigilancia penitenciaria*, Cívitas, Madrid, 1985, p. 162.

¹³⁶ Ob. cit., p. 191.

que el legislador le ha investido"¹³⁷. Y, por su parte, Jacques Léauté, después de decir que "la intervención de un juez con sede en las prisiones responde al cuidado por moderar el poder de la Administración en la individualización de la ejecución de las penas"¹³⁸, señala que este magistrado "prolonga la acción del tribunal, pero sin disponer de un poder jurisdiccional"¹³⁹ y que "obra en calidad de colaborador de la Administración penitenciaria"¹⁴⁰, o, todavía más rotundamente, que "la mayor parte de los actos que cumple son de orden administrativo, de la misma naturaleza que los de la Administración penitenciaria"¹⁴¹, para concluir, con gracia, que su papel "évoque celui d'un utile Maître Jacques"¹⁴².

La idea de confiar la ejecución de la pena a los jueces había de nacer y se desarrolla en el seno del correccionalismo y del positivismo penales. Al asignar a la pena una finalidad de prevención especial, en un sentido moral o simplemente social, han de postular una acción judicial constante durante su ejecución, para dirigirla, cambiarla o hacerla cesar, sea por sí sola¹⁴³, sea haciendo intervenir al juez en organismos o comisiones mixtas, más o menos complicadas y variopintas, en pie de igualdad con los funcionarios administrativos¹⁴⁴, en las que por lógica tenía

¹³⁷ Ibídem.

¹³⁸ *Les prisons*, Presses Universitaires de France, Paris, 1968, p. 63.

¹³⁹ Ibídem.

¹⁴⁰ Ibídem.

¹⁴¹ Ibídem, p. 65.

¹⁴² Ibídem. "Maestro Chasquilla", se diría en el lenguaje popular de Chile.

Tal heterogeneidad de funciones en los jueces de ejecución, y la impropiedad de muchas de ellas en tanto que verdaderos jueces, se aprecia muy bien, no obstante su entusiasmo y sus elogios por la institución, en Paul Amor, *La institución francesa del juez de aplicación de penas*, en la "Revista de Estudios Penitenciarios", cit., año XXVIII, nº 192, julio-setiembre de 1972, ps. 417-442.

¹⁴³ Así, Röder, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena*, etc., cit., p. 248.

¹⁴⁴ Así, principalmente, Ferri, *Sociología criminal*, traducción de Antonio Soto y Hernández y prólogo de Primitivo González del Alba, 2 vols.,

que predominar y acabar por imponerse la impronta de éstos y difuminarse cualquier rasgo de genuina jurisdicción; y tanto es así, que Dorado concluye dibujando un procedimiento asimilado en un todo al procedimiento administrativo y que se resuelve en un puro arbitrio discrecional¹⁴⁵. Con razón, pues, señala Siracusa, al comenzar el capítulo octavo y postrero de sus *Istituzioni*¹⁴⁶, que el principio de la intervención del juez en la ejecución de la pena se manifiesta cuando aflora la idea de promover durante ella la reeducación social del condenado, para trasformarlo de rebelde en ciudadano respetuoso de las leyes¹⁴⁷.

El pensamiento que parte de un propósito o una finalidad de prevención especial y concluye en la injerencia del juez en la ejecución penal, o sea, en la judicialización de ésta, es enteramente lógico, pero, en y por su coherencia, ha de terminar identificando la función judicial en ella con la actividad administrativa, es decir, dotándola de naturaleza administrativa. En efecto, tal actuación no trata de decidir y resolver contiendas entre partes ni, por tanto, contiene ningún momento valorativo; procura sólo, igual que cualquier tarea administrativa, acrecentar el bienestar público, o, a lo menos, preservar el existente, empresa muy noble, difícil e importante, y característica de la Administración, pero ajena y aun refractaria a la noción de valor y de índole por completo diversa de la jurisdicción. Cúmplala quien la cumpla, aunque sea en

Góngora, Madrid, s. a. [1908], t. II, p. 273, y también multitud de otros autores, incluido Jiménez de Asúa, según se puede ver en la obra de éste *La sentencia indeterminada*, cit., ps. 91-98.

¹⁴⁵ Cfr. sus *Bases para un nuevo Derecho penal*, nueva edición, con prólogo, bibliografía y notas por Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Depalma, Buenos Aires, 1973, ps. 81-85 y 97-109, y *El Derecho protector de los criminales*, cit., t. I, ps. 371-378.

¹⁴⁶ Cit., ps. 333-334.

¹⁴⁷ Acerca de la fundamentación correccionalista y positivista de la intervención judicial en la ejecución de las penas, ampliamente, Rivacoba, capítulo III de su tesis doctoral, cit., y *El problema de la sustantividad y autonomía del Derecho penitenciario*, cit., p. 766.

todo o en parte un juez, nada tiene que ver con lo jurisdiccional, sino que es pura y simplemente administrativa. Lo cual no constituye, por lo demás, un fenómeno aislado, pues los jueces, si bien lo genuino de su función es realizar la jurisdicción, efectúan asimismo numerosos actos que, por ser suyos, son judiciales, pero que, por su naturaleza, no son jurisdiccionales.

Ahora bien, ya se nos descubre y hace patente aquí que los fines que tenga la pena, o que se le atribuyan, determinan la naturaleza de la actividad ejecutiva y la de cuantos se encargan de ella y deben llevarla a cabo. Por consiguiente, no es mucho pensar que en una perspectiva contrapuesta acerca de la noción y los fines de la pena será también muy distinta y de naturaleza muy diferente la actividad de los encargados de ejecutarla.

Desde un punto de vista retribucionista, la ejecución de la pena tiene que ser incumbencia del juez, mas no ya como miembro de una comisión compleja y heterogénea, junto con funcionarios administrativos y quizá componentes de otra extracción y otro signo, encargada de ella, ni tampoco vigilando o supervisando la actividad administrativa, moderando con su prestigio el arbitrio de ésta, corrigiendo con su autoridad los excesos y garantizando en todo caso el respeto de los derechos del condenado, sino resolviendo por sí, como cometido esencial y privativo de su función, cada problema o dificultad que surja durante la fase ejecutiva, de cuya decisión depende, en definitiva, la concreción y realidad de la pena, lo que equivale a decir de la genuina consecuencia jurídica del delito, o de su retribución. Con lo cual, en el fondo, apenas hace falta añadir o aclarar que su actuación es, así, netamente valorativa, jurisdiccional, ni que cualquier funcionario u otra persona que intervenga o colabore no hace sino dar efectividad a sus pronunciamientos y dictados ni cumple, pues, más que una tarea subordinada y auxiliar.

Naturalmente, al y para resolver conflictos, el juez obra sobre la base de la existencia y la acción contradictoria de partes, con intereses y pretensiones encontrados o divergentes. Trayendo esta consideración general a la materia que ahora nos ocupa, lo anterior significa que el juez de ejecución requiere la presencia del ministerio público y ha de obrar, en primer término, sobre lo que éste inste o demande en tanto que representante y agente o promotor de los intereses sociales, pero también, en acatamiento de la antiquísima máxima *audiatur et altera pars*¹⁴⁸, y como supuesto asimismo de su actuación y caución de su imparcialidad, considerando lo que solicite el condenado, sea por sí, sea por medio de su representante, con la asistencia y asesoría de un letrado, es decir, con su patrocinio. **El único a quien no hay por qué dar audiencia ni tiene por qué intervenir en la ejecución es el acusador privado o particular; la acción ejecutiva penal es eminentemente pública.**

Este sistema no constituye, hablando con propiedad, una intervención judicial en la ejecución de la pena, sino la jurisdiccionalización absoluta de la ejecución penal¹⁴⁹, y, con ello, el medio o procedimiento adecuado para plasmar una auténtica y completa retribución.

Lo hemos expuesto, razonado y defendido en innumerables ocasiones, y ha sido acogido por la doctrina colectiva en varias reuniones internacionales¹⁵⁰; pero acaso

¹⁴⁸ Tan antigua, que Del Vecchio, *La justicia*, cit., p. 201, la encuentra ya en Séneca, *Medea*, versos 199-200, y antes en Aristófanes, *Las avispas*, versos 725-726, con referencia a un adagio similar que se hace remontar hasta Focílides o bien a Hesíodo.

¹⁴⁹ Amplia fundamentación en el capítulo IV y la conclusión tercera de nuestra tesis doctoral, cit., y también en nuestro estudio *El problema de la sustantividad y autonomía del Derecho penitenciario*, cit., ps. 767-782.

¹⁵⁰ Cuartas Jornadas Argentino-Uruguayas de Derecho Comparado, en Montevideo, 1-4 de octubre de 1963 (cfr. la "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", cit., número cit., ps. 1024-1025, y también la revista "Universidad", de Santa Fe, n° 58, octubre-diciembre de 1963, p. 388), y X Congreso Internacional de Derecho Penal, en Roma, 29 de setiembre-5 de octubre de 1969 (cfr. *Atti*, Roma, s. a., ps. 571 y 585. También, en el mismo volumen, ps. 341-344 y 517-518).

lo más interesante sea destacar que viene impuesto por la índole retributiva de la pena y que sólo así cobra coherencia con la noción y entidad de ésta su ejecución, la cual no puede dejar de estarle subordinada ni, en consecuencia, de guardar conformidad con ella, por mucho que en autores y legislaciones se presente con otras apariencias y orientaciones.

RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

Al cabo de estas reflexiones puede afirmarse la premisa de que postulado y también el hecho que con su clarividencia peculiar percibió y enseñó Durand a comienzos del siglo, es a saber, que en la conciencia como una conciencia la pena se halla el centro de todo sistema penal y que de ella dependen su fundamentación y su aplicación. Para Durand la venganza, no puede ser el fundamento mismo del sistema penal que para los fines de retribución de reparación de los daños originados por el delito, de expiación y merecimiento, es un sistema penal que trata satisfactorio para quien busca alguna de las cosas, a que nos hemos de mentar podrá sero que en el caso que se proyecta solo a un primer término de la proporcionalidad y el merecimiento, de la seguridad física de los ciudadanos, de la seguridad moral, de producir bienestar y hacer desaparecer la alarma, de evitar los daños de futuros posibles delitos, de contribuir en su caso a la realización honrada y la que el presente de la pena, a la vez, por consiguiente, toda pena o proporcionalidad, mediante de la pena solo tiene sentido, cuando es la sanción retributivamente; y, al contrario, como el propio Durand decía con palabras de Manu que contaban con el verbo