

REVISTA DE DERECHO

AÑO XX JULIO - SEPTIEMBRE DE 1952 N.º 81

DIRECTOR: ORLANDO TAPIA SUAREZ

COMITE DIRECTIVO:

ROLANDO MERINO REYES
ALEJANDRO VARELA SANTA MARIA
JUAN BIANCHI BIANCHI
VICTOR VILLAVICENCIO G.
QUINTILIANO MONSALVE JARA
MARIO CERDA MEDINA



ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA - CONCEPCION (CHILE)

ANTONIO QUINTANO RIPOLES

MODERNOS ASPECTOS DE LAS INSTITUCIONES PENITENCIARIAS IBEROAMERICANAS (*)

SUMARIO: I.—Declaración previa de principios finalísticos. II.—Jurisdicción de las instituciones penitenciarias y posibilidad de un Derecho Penitenciario.

I.—DECLARACION PREVIA DE PRINCIPIOS FINALISTICOS.

Toda labor de signo culturalista, aún la más abocada a inmediateces prácticas, debe ir precedida de postulados teórico-ideales en que se afirme, ya que sin ellos corre no leve riesgo de ser un cuerpo sin alma.

Bien sé que en los tiempos que corren, tan afectos confesadamente o no al utilitarismo, es postura frecuentemente aplaudida la de prescindir o querer prescindir —que no es lo mismo— de consideraciones teóricas. Me parece, empero, que para mentes latinas educadas en el cultivo del ideal es siempre inexcusada una referencia a los primeros principios, la "teoría", que, como dijo el genial Leonardo de Vinci, es "el capitán a quien la práctica debe seguir cual ejército de soldados". No quiere esto significar, en modo alguno, que el Congreso divague o se pierda en las frondas

(*) Ponencia presentada al Primer Congreso Hispano-Luso-Americano Penal y Penitenciario, efectuado en Madrid (España) del 5 al 12 de Julio del año en curso.—Nota de la Dirección.

a menudo inextricables, bien que dudosamente vírgenes, de la filosofía penal. Precisamente en las ciencias penitenciarias es donde, si de algo se ha abusado, ha sido de palabrería y retórica, hasta el punto de que, hace más de medio siglo, nuestro gran criminólogo y penitenciarista Rafael Salinas confesó, no sin amarga ironía, que en la materia "nos queda todo por hacer y nada por decir" (1). Justo es reconocer, sin embargo, que desde entonces acá (1888-1952), aunque se haya dicho también mucho, es siquiera algo lo que se ha hecho.

En este asunto de principios penitenciarios, como en tantos otros, el extremismo oscilante entre el escepticismo y la utopía, es el más peligroso de los piélagos que el científico desinteresado y objetivo debe tratar de evitar con máxima cautela, por resultar ambos extremos igualmente perniciosos para todo efectivo progreso. En uno y otro supuesto, el del escepticismo y el de la utopía, la causa primordial, aparte de lo temperamental, casi siempre decisivo, suele ser un falso planteamiento de las tesis fundamentales, el exceso de ambición o la falta de proporciones. El escéptico en materias penales o penitenciarias, habla del fracaso de las teorías y prácticas por no haber logrado desarraigar el crimen ni impedido su aumento. Es que ignora la verdad fundamental de que tales ciencias normativas no se propusieron nunca, o no debieron proponerse, semejante finalidad que desborda notablemente sus posibilidades. Tampoco el Derecho Internacional es apto para terminar con las guerras ni la Medicina con las enfermedades y menos todavía con la muerte. Hay que medir y conocer primero las propias fuerzas antes de emprender cualquier empresa, y quien así lo hace, sincera y exactamente, se evita no pocas desilusiones y embarazos.

El delito es una realidad humana de carácter permanente y fatal, que nació con el alborar del hombre y que con toda seguridad no ha de perecer más que con él. Puede disminuir o aumentar cíclica o episódicamente, y sobre todo, transformarse en la evolución ingeniosamente esbozada por Nicéforo que la Historia y las estadísticas nos enseñan; pero su desaparición, como pensaron

(1) R. Salinas: *La vida penal en España*, Madrid. "Revista de Legislación y Jurisprudencia", 1888, página 41.

INSTITUCIONES PENITENCIARIAS LATINOAMERICANAS

371

algunos teorizantes del anarquismo y del socialismo, es una absoluta utopía, y de utopías fracasadas están nutridos todos los escepticismos.

Se dirá, no sin razón, que las normas penales y penitenciarias, ya que no persiguen el fin último de acabar con la delincuencia, tienen su razón de ser conforme a las posibilidades relativas de momento. Es una razón pragmática muy digna de tenerse en cuenta, ciertamente, aunque, en realidad, afecte más a un sector de las ciencias penales: el de la Política Criminal; pero, si bien se considera, ese "telos" utilitario no puede ser erigido en la cúspide de la punición, y no lo es, desde luego, en los regímenes penales prevalentes en el mundo. Son incontables las ocasiones en que una pena se impone a sabiendas de que el delito no se ha de repetir y con plenísima conciencia de su pragmática ineficacia. En toda la criminalidad de tipo pasional, por no referirme más que a ella, la trascendencia de la punición es nula a los efectos de su desaparición o disminución, ya que en su genética operan factores temperamentales y ocasionales que pueden muy bien no volver a repetirse con absoluta independencia del tratamiento penal.

Si lo antedicho es verdad, ¿cuál ha de ser la *ratio essendi* de lo punitivo? La verdad es que para su existencia, pese a lo dicho, hay no una razón, sino múltiples. Que el delito exista no quiere decir que deba prevalecer, y toda sociedad organizada tiene el inexcusable y primordial deber de luchar contra él y de defenderse, como objeto en sí mismo, prescindiendo de consideraciones de utilidad y por claro imperativo de justicia. He aquí un primer principio, teórico, pero realísimo, aunque con realidad espiritual y existencial, que muchos penalistas y penitenciaristas han perdido de vista abrumados con las pretensiones inconsideradas de cientifismo, propias de la dictadura de tecnocracia en que ha venido debatiéndose el mundo occidental de hace casi un siglo.

Me libraré muy bien de menospreciar la técnica y más aún la ciencia, incurriendo en el vicio opuesto, tan común a ciertos sectores de nuestra época, de divinizar lo irracional e instintivo. No se trata aquí de valorar posturas filosóficas abstractas, sino de proveer a la fundamentación posible y deseable de una institución concreta como es la penitenciaria. El cientifismo técnico que

mira a sus realizaciones efectivas es de indubitado interés, ¡quién lo duda!; pero estimo que no debe absorber y desplazar ese antes mentado elemento espiritual que es la Justicia, cuyo cauce valorativo no es la ciencia técnica, sino la filosófico-jurídica. Y si la pugna surge, que normalmente no debe surgir, pero que a veces así ocurre, por caminar cada disciplina por rutas privadas, es el valor jurídico, a mi modo de ver, el que debe prevalecer a todo evento. Es, bien entendido, una prevalencia de rango y jerarquía la que aquí propugno, no precisamente la del imperativo categórico kantiano del *fiat justitia et pereat mundus*, reñido por su apriorismo y absolutismo con las concepciones relativistas de la mentalidad moderna.

La idea espiritual de Justicia, nutricia del Derecho de otros siglos, sufrió eclipse parcial teórico en el XIX por el influjo de la ideología positivista; pero ha vuelto a ser restaurada con todos los honores en el iusfilosofismo novecentista de los siglos más diversos, lo mismo en el paneticismo de Del Vecchio que en el existencialista y egológico, que son gloria del moderno pensar jurídico hispano-americano. Y nada digamos del tomismo, por ser en él la idea espiritual de Justicia el signo distintivo de su pretensión de perennidad.

Si el Derecho Penal y sus disciplinas anejas no quieren permanecer definitivamente rezagados en el complejo de la enciclopedia jurídica, forzoso es, pues, que retornen de añejos prejuicios y que se alinien con gesto juvenil y decidido en la dirección espiritualista que a ella queda asignada. En realidad, así va sucediendo en los círculos científicamente dirigentes de nuestra especialidad en Europa. Baste citar, sin ánimo exhaustivo ni mucho menos, algunos de los nombres más significativos de ella, prescindiendo de los maestros que siempre estuvieron adscritos a las escuelas clásicas y que están en la mente de todos. Bettiol considera "la idea de retribución como la central de todo el Derecho Penal" (2). Maggiore la define como "la retribución del mal del delito" (3). Petrocelli acude directamente a la noción del sentimiento de Justicia, "que sólo la pena puede satisfacer cuando es

(2) Bettiol: *Diritto Penale*. Palermo, Priulla, 1945; páginas 62 y 471.

(3) Maggiore: *Principi di Diritto Penale*. Bologna, Zanichelli, 1949; I. 558.

INSTITUCIONES PENITENCIARIAS LATINOAMERICANAS

373

violado" (4)... Entre los máximos maestros alemanes de la trasguerra, los ya "desnacificados", por supuesto, es constatable idéntica y aún más acusada dirección de regreso a los cánones espiritualistas, pese a que el expiacionismo ha sido tachado injustamente, por cierto, de característico de la ideología nazi. A pesar, pues, de tan duro sambenito, vemos que von Weber, profesor de la Universidad de Bonn, sostiene que "la idea de Justicia es el límite de la pena, tanto hacia arriba como hacia abajo, para el legislador como para el destinatario", y que dicha idea suprema "sólo puede ser medida por la función retributiva" (5). Maurach afirma, no menos categóricamente, que "la pena es necesariamente retribución" (6). En cuanto a Hans Wenzel, la gran figura de la dogmática alemana y formulador del finalismo, justifica también la sanción penal, del lado del sujeto que la sufre, como "justa retribución", y por parte del Estado, por la efectividad del orden jurídico violado (7).

Citas de este género pudieran multiplicarse en la ciencia penal europea del día, y si aporto algunas, no es por vano alarde pedantesco, sino para justificar ante los colegas americanos más jóvenes, y como tales enamorados de lo novedoso, que estas ideas que antes de la II Guerra mundial y en la primera postguerra pudieron parecer anticuadas, son hoy sostenidas por primerísimas figuras de la ciencia, y no ya en España, que pudiera parecer sospecha de tradicionalismo, sino en la Italia y Alemania de última hora.

En una sección dedicada a instituciones penitenciarias no pienso sean inoportunas tales consideraciones iusfilosóficas que, por otra parte, no contradicen, en modo alguno, otras finalidades interesantísimas de la pena y su régimen, por carecer, repito otra vez, de la pretensión de absolutismo a lo Kant que los clásicos

- (4) Petrocelli: *La funzione della pena*, in "Rivista di Diritto Penitenziario", Noviembre-Diciembre 1936.
- (5) Von Weber: *Grundriss des deutschen Strafrechts*, Bonn, Dümmlers, 1948; páginas 21-22.
- (6) Maurach: *Grundriss des Strafrechts. Allgem. Teil*, Wolfenbüttler V., Hannover, 1948; página 21.
- (7) H. Wenzel: *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, Berlin, De Gruyter, 1947; página 110.

prestaron a su idea de la Justicia. La moderna a que se ha hecho mérito queda notablemente relativizada y humanizada, viviente en todo caso en una perspectiva de temporalidad y espacialidad cual corresponde a su naturaleza de valor predominantemente cultural. No hay que olvidar, de otra parte, la dinámica variada del fenómeno pena, que se mueve sobre todo en tres momentos jurídicos capitales: a), el abstracto y como yacente en la norma legislativa; b), el "pendente", que gravita en la fase procesal-judicial; y c), el ejecutivo, de estricta aplicación penitenciaria. Y parece evidente que los dos últimos momentos dependen, jerárquica y aún logísticamente del primero, en el que por su misma abstracción, la idea de justicia retributiva es de rigor.

Adentrándonos más en lo estrictamente penitenciario, hay que reconocer que la idea de justicia retributiva, con seguir siendo básica, no basta a agotar sus fines. Otros objetivos acompañan a la pena y su ejecución, completando armónicamente el todo, muy especialmente, el de la defensa social, realizable por la doble vía preventivo-especial de la inocuización de los condenados incorregibles y la de la corrección social o resocialización de los que aparezcan susceptibles de ella. En esta materia, como en la iusfilosófica de la Justicia, parece que sea menester introducir también una cierta medida de relativismo y templanza, evitando los postulados de sabor absoluto que pecan, por lo tanto, del mismo vicio achacado a las viejas escuelas. Las generosas escuelas del correccionalismo a ultranza que, desde Roeder en Alemania a Dorado Montero en España, trataron de suplantar al clasicismo, incurrieron en el defecto capital de éste al preconizar otro ídolo tan absoluto y despótico como el de la Justicia que pretendían desplazar, el de la corrección de "todos" los delincuentes. Achaque de iconoclastas es éste, en el que no conviene reincidir, por cuanto es un hecho incontrovertible que gran número de condenados son netamente refractarios a la corrección y resocialización. Esto es inútil hacerlo ver a un público de especialistas tan excelentemente preparado en ciencia y experiencia como el que nutre este Congreso; pero conviene decirlo fuera, donde por exigencias de propaganda humanitarista o política tanto se prodiga el tópico de la corrección como meta absoluta. La verdad es que no todos los penados son corregibles, amarga realidad con la que hay que

INSTITUCIONES PENITENCIARIAS LATINOAMERICANAS

375

contar y que a nada conduce enmascarar o paliar. Unos no lo son por imposibilidad personal que desafía todo sistema de adaptación y reforma, fenómeno harto conocido por todos los penitenciaristas y que hasta los más optimistas y generosos de entre ellos, Concepción Arenal (8), se han visto obligados a confesar. Pero no es esta excepción, por decirlo así, teratológica y relativamente rara, la que más importa para combatir el dogmatismo del correccionalismo absoluto. La que de veras hace quebrar su doctrina como principio de carácter general no es la de la inaptitud personal por características individuales, sino el hecho mucho más común de que haya gran número de condenados que no precisan corrección moral o resocialización por la potísima razón de no haber sido antes amoraes o asociales. El pasional que mata o hiere en un momento de arrebató de celos, el ocasional que robó en un episodio de verdadera necesidad económica y que luego mejora de fortuna, el político que luchó conscientemente contra un régimen que estimaba injusto, son otros tantos casos de reos para quienes toda la sistemática correccionalista resulta exhausta de sentido. Su aparato técnico, aún el más depurado, ha de resbalar sobre sus personalidades como rutina burocrática intrascendente, y la pena quedaría, en efecto, sin finalidad alguna a no asignársele la de justicia retributiva, con la cual ésta aparece siempre como **ultima ratio**, excusando el absurdo del afinalismo.

La corrección resocializante es inexcusable, sí, pero a condición de ser posible operando sobre sujetos idóneos a tales fines. Para ellos y solamente para ellos es la función, por decirlo así, "activa" de las instituciones penitenciarias. Frente a los demás ha de conformarse forzosamente con la pasiva, pero siempre importante y aún trascendental, de defensa de la sociedad y cumplimiento de un precepto de justicia.

¿Quiere decir lo apuntado que, aún en su función resocializadora y correctiva, la institución penitenciaria haya de olvidar tales fines espirituales últimos? Una lógica correccionalista implacable, a lo Dorado Montero, así lo implicaría, y con ello, por descontado, la muerte del Derecho Penal, que pasaría a ser el

(8) Concepción Arenal: *Estudios Penitenciarios*, en "Obras Completas". Madrid, Suárez; Tomo V, páginas 210 y 222.

soñado "protector de los criminales", nombre con que lo bautizara el ilustre profesor salmantino. En efecto, —el criminal "corregido", al que por un hipotético y cuasi-mágico procedimiento pudiera acreditarse su reforma y sinceridad, debiera ser liberado y reintegrado sin más a la vida social, aunque su crimen hubiera sido atroz y apenas pisado las estancias carcelarias. Unos "Rayos X", "Moral-Detector" o "Lobotomía" que sin género de dudas diagnosticasen o asegurasen la socialibilidad y no peligrosidad del delincuente, como la "sanidad" de un enfermo, excusarían toda pena o medida ulterior en tesis de puro correccionalismo. No así, sin embargo, en la de justicia retributiva, pues no por eso el delito habrá dejado de consumarse y por ende el orden jurídico de ser violado y la vindicta pública sin la debida satisfacción. Sé que por muchos todos estos valores han de ser motejados de arcaicos, cuando no de algo más nefando; pero me atrevo a exponerlos a la consideración del Congreso, porque, sobre su valor leal indudable, ofrecen el de su realidad vital y positiva que no podemos soslayar a no caer de lleno en las delicias de la vaguedad y el utopismo más desenfrenados. El orden jurídico penal en que vivimos en el mundo, sin que en eso medien secesiones de occidentalismo y orientalismo, es el apuntado, sin que lo haya destruido el cambio de terminología, que en Rusia primero y en Cuba y algunos Estados mexicanos después, llevó a sustituir los nombres de "Derecho Penal" por "Defensa Social" y de "pena" por "sanción" o "medida". La semántica jurídica es en el fondo la misma, aunque la gramatical varíe, y ello no puede por menos de ser así, ya que el rigor pleno de tales principios, estimados como absolutos, entrañaría tamaña revolución, que nadie ha osado emprender en la práctica y fuera de los cómodos terrenos de la retórica.

Al sentir general sublevaría, en efecto, que el criminal inmediatamente "corregido", saliese a los pocos días de mágica terapia a codearse en la calle con los familiares de su víctima. Puede llamarse a ese sentido general unánime "sadismo", como gustan hacerlo algunos psicoanalistas (por *flatus voces* más o menos exóticas no vale la pena discutir), pero ellos y todos convienen en su realidad insobornable. Ese sentimiento, llámese "vindicta", sentido moral", "voz de Dios" o "sadismo", si se quiere, existe en todas partes, y sobre realidades culturales y humanas está edifi-

INSTITUCIONES PENITENCIARIAS LATINOAMERICANAS

377

cado y debe estarlo el Derecho, que es norma de esta especie culturalista y no física, como las que rigen la Naturaleza. Precisamente, en este confusionismo de lo cultural y lo natural pienso que se halle quizás la clave de tantas incomprendiones, tan frecuentes de siempre, entre juristas y científicos puros. El haber asimilado el delincuente al enfermo y la criminalidad a la dolencia física ha sido y es, en no pocas esferas, fuente de inagotables y vanas querellas. Útil parece reaccionar, pues, contra ese lugar común tan grato a las mentalidades positivistas, aunque tenga seculares y gloriosos precedentes aristotélicos, senequistas y tomistas, por no ser cierto, en primer lugar, y por derivar de él, además, posibles perniciosas consecuencias. Sólo en un sentido muy remoto y metafórico es dable usar del parangón clásico entre lo penal y lo médico, terrenos en los que, como es notorio, rigen normas absolutamente diversas, cuales son las legales de un lado y las naturales del otro. En la etiología de la enfermedad hay causas puramente físicas, en tanto que en la del delito predominan siempre las netamente legales, y por ende, culturales y artificiosas. Asimismo en lo teleológico las diferencias no pueden ser más marcadas, la curación de un organismo fisiológico en lo médico, y la punición y, eventualmente, la readaptación social en lo penal y penitenciario.

El truísmo de que la pena sirve antes que nada para penar, esto es, para sancionar conductas o actos previamente valorados como penalmente antijurídicos por una norma, es el único y supremo "telos" asignable a todas las múltiples formas de la sanción desde la muerte a la más insignificante multa. Conviene igualmente a toda especie de sujetos sobre que actúa, corregibles o no, natos, pasionales, ocasionales y demás gama de delincuentes que pueda ofrecer la casuística criminológica. Es la aludida una realidad que, evidentemente, no pueden alegar las demás finalidades metajurídicas asignadas a la punición, solamente aceptables parcialmente para ciertas penas, y sobre todo, para determinadas especies de individuos. Así, nadie puede sostener en serio que la pena de muerte sirva a la corrección, aunque en la legislación soviética llevase el nombre eufemístico y trágico-cómico de "medida extraordinaria" y no de pena. En lo meramente penitenciario, entendido no en amplio sentido penológico, sino más bien carcelario,

en referencia a las sanciones privativas de libertad, lo que acaba de afirmarse tiene también vigencia, aunque forzosamente más reducida. Tampoco en este terreno es posible asignar a las finalidades metajurídicas un carácter de generalización que inmediatamente es desmentido por las realidades más obvias. No cabe la corrección ni la resocialización en penas cortas, en las que no hay tiempo ni ocasión para ello, ni tampoco en las largas, asignadas a sujetos que por sus características personales o por la naturaleza misma de las infracciones carezcan de materia prima en que ejercer semejantes fines. Ya se ha hecho mención más arriba a los delincuentes ocasionales, pasionales o de convicción, en que la superfluidad del fin correctivo es manifiesta; lo es igualmente, quizás aún con mayor evidencia, en infracciones de tipo formalístico, como la tenencia de armas, la conducción de vehículos sin licencia, las múltiples violaciones de preceptos de tasas o económicos, que ni remotamente tienen nada que ver con la moralidad o sociabilidad del infractor. Y no digamos nada del delincuente político o del de imprudencia, cuyas cualidades éticas y sociales pueden ser y son a menudo tan prominentes como las de sus mismos jueces, y sobre quienes los más sabios preceptos de los correccionalistas han de resbalar sin modificar un ápice lo que fundamentalmente no precisa modificación.

Creo que con lo dicho quedan sentados en materia de principios finalísticos dos postulados básicos, que me permito someter a la consideración de los señores congresistas a manera de votos:

a) Que las instituciones penitenciarias deben servir como finalidad primordial general la jurídica de sancionar una conducta punible prevista por la ley penal; y

b) Que no puede hablarse de una finalidad única metajurídica, sino de diversas, según la naturaleza de la pena, de la infracción y, sobre todo, de la personalidad del condenado, adecuándose a tales elementos la modalidad del tratamiento.

II.—JURIDICIDAD DE LAS INSTITUCIONES PENITENCIARIAS Y POSIBILIDAD DE UN DERECHO PENITENCIARIO

Asentado el principio básico ideal de la pena como fin restaurador del Derecho, aunque unido a otros más relativos y parciales, se dota por ello a la institución penitenciaria, como ejecutora de tal propósito trascendental, de un contenido de juridicidad del que, en otro supuesto, se vería irremediabilmente privada.

En efecto, si el fin de lo penitenciario es de mero utilitarismo, fuere éste el de atormentar en un brutal sentido expiacionista o el de corregir y resocializar, en otro pedagógico-humanitario, es claro su divorcio de lo jurídico, no diferenciándose en nada la institución penitenciaria de otras de matiz administrativo, hospitalario o benéfico, sin ligamen alguno con la Justicia. En una palabra: el penitenciarista, desentendiéndose de la sentencia pronunciada por el juez y del delito perpetrado por el sujeto, se encargaría de éste con igual desinterés por el pasado que el médico que cuida a un tuberculoso o a un reumático, sin importarle que antes fuere bueno o no, moral o inmoral, inocente o culpable.

Esta postura, por extraña que parezca, ha sido sustentada por muchos ilustres penitenciaristas teóricos y prácticos; el propio Coronel Montesinos, tan genial en muchos aspectos, tenía por axiomático en su presidio valenciano que en él sólo entraban delincuentes y que el delito quedaba a la puerta. Si con éstos o análogos apotegmas quiere significarse, como parece lógico, que la atención del penitenciarista debe orientarse a la individualidad de cada reo, nada hay que objetar en contra y sí aplaudir sin reservas la preocupación individualizadora, inexcusable desde Saileilles, no ya sólo en lo penitenciario, sino en todo lo penal. Empero, si se pretende una ideología de secesión absoluta con lo jurídico y aún con lo judicial, degradando el penitenciarismo a una terapia exclusivamente empírica, sin contacto con lo jurídico, la pretensión no es ya tan unánimemente plausible, y, en mi sentir, requiere hasta un voto de censura por lo que tiene de separatista en la deseable armonía de la enciclopedia penal. Lo penitenciario no excluye lo jurídico, a que sirve primordialmente, y

es Jiménez de Asúa nada menos, quien, de vuelta de ilusiones antropomorfizantes, acaba de afirmar rotundamente que "al delincuente le hace el delito" (9).

Lo dicho plantea inmediatamente una de las cuestiones más palpitantes y batallonas de la disciplina científica penitenciaria: el del carácter de su juridicidad y si es o no lícito hablar de "Derecho Penitenciario".

Como es bien sabido, ha sido un gran penitenciarista italiano moderno, Juan Novelli, quien más continuamente ha insistido y laborado con variado éxito en dicho campo, abogando en pro de su realidad jurídica, no por todos sus colegas compartida (10). En otro tiempo Director General de los Institutos de prevención y pena de Roma, sostiene dicho autor la autonomía del Derecho Penitenciario en su función ejecutiva frente al Derecho Penal, así como en la conveniencia de su peculiar sistematización orgánica. Dos insignes maestros hispanoamericanos, por lo menos, Altmann Smyth y Lahura, han abundado en la misma opinión, calificando el primero de ellos a la nueva disciplina como la "tercera dimensión que le faltaba al Derecho Penal" (11). Un Congreso Penal y no precisamente penitenciario, el de Palermo de 1932, se pronunció por la autonomía, si bien estimando prematura la creación de un "Código Penitenciario" por su estado de inmadurez y continua elaboración.

A mi modo de ver, la afirmación del carácter de juridicidad y, por ende, de la realidad del Derecho Penitenciario es altamente recomendable. Y lo es no solamente por exigencias de método logístico, sino, lo que vale más, por servir mejor ese carácter a la naturaleza primordialmente normativa de la disciplina. Ello resulta una exigencia del principio de la legalidad en la ejecución, que es dogma tan estricto del moderno Derecho como el mismo de

(9) Jiménez de Asúa: *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires, Losada, 1951; Tomo III, página 105.

(10) Novelli: *L'autonomia del Diritto Penitenziario*, en "Rivista di Diritto Penitenziario", 1933; ulteriormente en el artículo del mismo nombre del *Dizionario di Criminologia*, de Florian-Niceforo-Pende, Milán, Vallardi, 1943; II, página 664.

(11) Altmann Smyth: *Derecho Penitenciario*, en "Criminalia", México, Enero 1947.

INSTITUCIONES PENITENCIARIAS LATINOAMERICANAS

381

la legalidad en la incriminación. Al *nullum crimen sine lege*, inexcusable en toda civilización digna de tal nombre, ha de acompañarle como parejo e inevitable apotegma el del *nulla pena sine lege*, que hace mérito tanto a la pena en abstracto como a su ejecución concreta.

El Derecho no puede desentenderse del reo inmediatamente de pronunciada una sentencia condenatoria y entregarlo desasistido de su supremo amparo al arbitrio ajurídico de una Administración que obre sobre él caprichosamente o, al menos, sin las garantías jurídicoyudiciales, que son la razón de ser del propio Derecho. Por la sentencia condenatoria, que establece una pena, la interrelación jurídica entre la sociedad y el delincuente persiste, aunque se transforme, continuando una especie de simbiosis en que los deberes y derechos se suceden y condicionan. Pues el reo, en la actualidad vigente en todos países civilizados, tiene no tan sólo obligaciones como antaño, sino derechos, cada vez más precisos y amplios, que a su vez implican obligaciones por parte del Estado de asistencia, manutención, instrucción, salario, etc., que en su conjunto integran la sistemática penitenciaria con su variada diversidad de facetas y fines.

Que esto o parte de esto, mejor dicho, sea Derecho y no ciencia técnica o arte se demuestra hasta la saciedad por su prevalente carácter normativo, reposando sobre preceptos no de "ser", sino de "deber ser", es decir, ajustados a la caracterización de lo jurídico en la metodología más exigente. Sólo una ciega petulancia de fanático positivismo puede vanagloriarse de pedir a los preceptos penitenciarios la ineluctabilidad de normas naturales de causalidad y de ser. Cuando se preestablece, por ejemplo, que el penado de buena conducta que haya sufrido cierto lapso de tiempo en celda deba pasar al estadio progresivo ulterior, y también cuando se dispone que el que ha sido sancionado con determinados castigos no puede beneficiarse de la libertad condicional, la juridicidad y no naturalismo de tales normas parece fuera de toda duda, pues hay en el fondo un juicio valorativo y no de mera constatación causal.

La afirmación de lo penitenciario como Derecho, no sólo dignifica, pues, nuestra disciplina y cumple postulados de exacta metodología, sino que sirve, por añadidura, para dignificar también

al condenado sujeto de Derecho él mismo y portador de valores jurídicos, no mero objeto pasivo de experimentación en *anima vilis*, como acontecería en una técnica penitenciaria plenamente independiente y ajurídica.

Lo dicho no implica en modo alguno que todo en lo penitenciario sea Derecho; hay no poca parte de él, y no la menos esencial por cierto, reservada a la técnica y a la práctica, pero eso acaece no sólo en lo penitenciario, sino en lo penal, en lo mercantil y hasta en lo civil, donde la partición de fincas o la rendición de cuentas son operaciones de agrimensura o de contabilidad, sin que ello dañe a la juridicidad más exquisita de la institución. En consecuencia, estimo que debe valorarse básicamente un Derecho Penitenciario, al que coadyuven en calidad de ciencias auxiliares las diversas disciplinas penitenciarias; desde la Arquitectura Carcelaria hasta la Contabilidad de Prisiones. Cada una con sus métodos propios, sin olvidar el arte penitenciario, capitalísimo quizás en la materia, que, como todo arte, no siempre se enseña, adquiriéndose más bien por la genial intuición o la devota práctica, todas ellas subordinadas al postulado primordial del Derecho Penitenciario, que forma su razón de ser, su marco y su límite.

La realidad del Derecho Penitenciario y su sustantividad no arguyen por sí en favor de su total independencia, al menos entendida ésta en sentido de una secesión del Derecho Penal. El problema, no resuelto satisfactoriamente por Novelli, pienso que ha de solucionarse mejor en un ambiente de armonía y cooperación que en el de recelos y antinomias.

Vidal en Francia, Von Hippel en Alemania y Jiménez de Asúa en España, han formulado a este respecto una clara delimitación metodológica, que encuadra lo penitenciario, como lo procesal y lo penal propiamente dicho, en una concepción superior y coordinada de Derecho Represivo en sentido amplio. Este comprendería: a), el Derecho Penal Material; b), el Derecho Procesal Penal; c), el Derecho Ejecutivo Penal o Penitenciario (12).

(12) Jiménez de Asúa: Tratado citado, Tomo I, página 49; el autor sostiene sin embargo, que es todavía prematuro que la perceptiva penitenciaria pueda asumir el prestigioso título de Derecho (ibidem, página 51).

INSTITUCIONES PENITENCIARIAS LATINOAMERICANAS

383

El término de Derecho Ejecutivo, por sí solo, es ambiguo en demasía, por llevar al confusionismo con lo procesal, donde la ejecución es una parte integrante del proceso. Es por lo que el penitenciarista Ferruccio Falchi, aceptando la nomenclatura genérica de "Derecho Penal Ejecutivo", en su tratado famoso, distingue dos partes adjetivas: el Derecho Judicial Ejecutivo y el propiamente Penitenciario (13). Conforme a esta manera de enfocar la cuestión, se agudiza sutilmente la propinquidad de lo procesal y lo penitenciario, ambos adjetivados a la sustantividad material primigenia de lo penal.

La jerarquización apuntada no equivale forzosamente a mengua de sustantividad, ni siquiera a ausencia de un cierto grado de independencia de lo penitenciario, la necesaria a sus propios fines y a los generales del Derecho. Otro género de autonomía sería desorbitado y contrario a la unidad armoniosa del Derecho, tan evidente y cara en nuestro tiempo, aún a los ideólogos no carneluttianos. El propio Derecho Penal, de sustantividad perfecta indubitada, se halla en no pocas ocasiones intervencido con el Civil, el Mercantil o el Administrativo, estando todos bajo las supremas bóvedas de lo constitucional, y hoy, en parte, de lo internacional.

Con estas salvedades de interrelación pudieran estructurarse los siguientes votos:

a) Que el Derecho Penitenciario, por ser tal Derecho, está condicionado por normas de juridicidad; y

b) Que sirviendo a los fines del Derecho Penitenciario, coexisten, con sus medios propios de trabajo, diversas ciencias y artes penitenciarias auxiliares.

(Continuará)

* * * * *