

OBJETO, FUNCIONES Y PRINCIPIOS RECTORES DEL DENOMINADO DERECHO PENITENCIARIO¹

Manuel de Rivacoba y Rivacoba*

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 Plawsky² que este Derecho es en gran parte una novedad del siglo XX, e incluso, en ciertos aspectos, de su segunda mitad³, pero ya en los inicios de su segundo decenio emplea N. H. Kriegsmann en Alemania la locución *Derecho penitenciario*⁴, en el siguiente se la encuentra con reiteración en Italia⁵ y en 1933 publica Novelli, también en Italia, su célebre artículo *L'autonomia del Diritto peniten-*

¹ Exposición del tema por el autor en el *Tercer Forum de Derecho Penitenciario y Ejecución Penal en el Mercosur*, celebrado en la Ciudad Presidente Franco (Paraguay) los días 7-9 de septiembre de 2000.

² *Droit pénitentiaire*, Université de Lille III, s.a. [1977].

³ Cfr. *ibidem*.

⁴ *Einführung in die Gefängnissskunde*, Heidelberg, 1912; traducción de R. Pérez Bances, con el título *Preceptiva penitenciaria*, Madrid, 1917, p. 169, y también más adelante.

⁵ 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.

* MANUEL DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Abogado Asesor, Consejo de Defensa del Estado, Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Valparaíso.

ziario⁶, que se acostumbra considerar su manifiesto fundacional. En 1935 señalaba un especialista en el tema, Franceso 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 Novelli⁷; y, por lo demás y aunque fuera “cediendo a la obstinada y monótona prédica” de éste⁸, en el III Congreso Internacional de Derecho Penal⁹, 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, “constituido 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 completo¹⁰.”

Cristaliza en este voto la necesidad que había señalado Rappaport¹¹, de una neta separación entre ley penal, procedimiento penal y ejecución penal, postulando la existencia de tres códigos dis-

⁶ 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, números 29-30, julio-diciembre de 1943, p. 425-468.

⁷ Cfr. sus *Istituzioni di Diritto penitenziario*, Milano, 1935-XIII, p. 9.

⁸ Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal* (publicados, 7 vols.), tomo I, 3ª. ed., Losada, Buenos Aires, 1964, p. 69.

⁹ “Et non seulement pénitentiaire”, acota con agudeza Quintano Ripollés, *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 París, 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.

¹⁰ 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.

¹¹ Cfr. Stanislaw Rappaport, *Per un codice di esecuzione penale in Polonia*, en “Rivista di Diritto Penitenziario”, cit., 1930, p. 1325.

tintos, 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 Santoro¹², “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 defensores¹³, 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 modificaron 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 carcelario, pero cuya elaboración se pedía y se intentaba en numerosos proyectos, e incluso, según puntualizó Quintano¹⁴, 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

¹² *L'esecuzione penale*, 2ª edizione rinnovata, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1953, p. 9.

¹³ Cfr. Siracusa, ob. cit., ps. 10-12.

¹⁴ Cfr. *Les aspects modernes des institutions pénitentiaires ibéro-américaines*, cit., p. 274.

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 penitenciario¹⁵, 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"¹⁶. Y lo concibe como "la realización positiva de la ciencia penitenciaria en el ámbito de una legislación determinada"¹⁷. 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 1828¹⁸, 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 1834¹⁹; 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 utiliza-

¹⁵ Mencionemos *ad exemplum* las de Altmann Smythe, Beeche, García Ramírez, Lahura y Plawsky.

¹⁶ Ob. cit., p. 7.

¹⁷ *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., números 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.

¹⁸ Cfr. Ladislao Thot, *Ciencia penitenciaria*, Universidad Nacional de La Plata, 1937, p. 8, y luego otros muchos autores, como Beeche, ob. cit., 2.

¹⁹ Cfr. Jiménez de Asúa, ob. y vol. 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.

ción en ellas de la mano de obra de los condenados, otros, los “penitenciarios”, 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 prisión²⁰. 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 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”²¹. Luego e incluso en la actualidad, ambas denominaciones se han identificado y se identifican^{22, 23}, 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 tomaron²⁴ de los cuáqueros de Pensilvania, y sabido es el influjo decisivo que en semejantes ocasiones ejerce el uso francés²⁵.

²⁰ Cfr. Paul Cuhe, *Traité de science et de législation pénitentiaires*, Paris, 1950, ps. 47 y ss.

²¹ Beeche, ob. cit., 2.

²² 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 Schmeltz y Georges Picca, *Pénologie et Droit pénitentiaire*, Cujas, Paris, 1967, p. 42.

²³ 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. ed., 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.

²⁴ Según Howard Wines, *Punishment and reformation*, 3ª. ed., 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.

²⁵ Así, en Alemania se dice *Gefängniswesen* (Ciencia de las prisiones) y en Italia se habla, en plural, de las *Discipline carcerarie*.

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 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”²⁶, 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 denominación²⁷.

Ahora bien, no hay ningún inconveniente en ubicar la *Penología*, concebida de manera abstracta y general como *tratado de la pena*²⁸, 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 situación de hecho creada por el Derecho, prescindiendo de su naturaleza jurídica, penal o procesal²⁹, sin ningún rigor jurídico y, a

²⁶ 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.

²⁷ En sentido concordante, Beeche, ob. cit., 2.

²⁸ 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. cits.).

²⁹ 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.

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 éste³⁰, 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”³¹.

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 afecta 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 tradición”³². Entre los españoles, Quintano, que es quien con mayor entusiasmo y decisión se adhirió a los propugnadores de este Derecho³³, advierte con su típica agudeza lo

³⁰ Ob. cit., p. 141.

³¹ *Ibidem*, p. 142.

³² 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 Colón, *Derecho penal*, cit., ps. 723 y 742.

En la Argentina, Italo 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*.

³³ Cfr. *Les aspects modernes des institutions pénitentiaires ibéro-américaines*, cit., p. 270.

equívoco de la expresión *Derecho de ejecución penal*³⁴. Mucho después, García Ramírez y Plawsky distinguen entre Derecho de ejecución de penas y Derecho penitenciario, concibiéndolos en relación, el primero, de género a especie³⁵, y, el segundo, del todo a una parte³⁶. 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”³⁷.

Mucho más grave que esta inseguridad en lo terminológico es que caracterizados partidarios de su sustantividad y autonomía reconocan su dependencia del Derecho administrativo, tesis que echa en definitiva por tierra la misma personalidad e independencia que procuran afirmar. De esta suerte³⁸, no puede sino sorprender que nada menos que Novelli asienta al carácter híbrido del Derecho penitenciario, y que lo destaque Beeche³⁹; y que no se trata de una aseveración aislada se comprueba con lo que antes había escrito Tesauro⁴⁰ y mucho después repite Lúder⁴¹. Inclusive para Siracusa, que traza con gran finura la distinción y relaciones entre dicho Derecho y los Derechos penal y procesal penal⁴², 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

³⁴ Cfr. *ibídem*, p. 272, con una sagaz referencia a Ferruchio Falchi en su *Diritto penale esecutivo*, 3 vols., Zannoni, Padova, 1934-1935.

³⁵ Cfr. *lug. cit.*

³⁶ 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.

³⁷ *Tratado de Derecho penal*, traducción y notas de Derecho español por Juan Córdoba Roda, prólogo de Octavio Pérez-Vitoria Moreno, 2 vols., Ariel, Barcelona, 1962-1963, 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).

³⁸ Se prescinde aquí de Kriegsmann, para quien no puede caber 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. *ibídem*, ps. 170-172).

³⁹ Cfr. *ob. cit.*, 9.

⁴⁰ Cfr. *ob. cit.*, p. 237.

⁴¹ Cfr. *ob. cit.*, ps. 12 y 13-14.

⁴² Cfr. *ob. cit.*, ps. 13-21.

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^{43, 44}.

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 désintéresser du condamné après le prononcé de la condamnation et le priver de sa protection suprême en le livrant à l’arbitraire ajuridique 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”⁴⁵; 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”⁴⁶. 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 penitenciario. Don

⁴³ Cfr. *ibidem*, ps. 14-20.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ *Les aspects modernes des institutions pénitentiaires ibéro-américaines*, cit., p. 270.

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

⁴⁶ *Les aspects modernes des institutions pénitentiaires ibéro-américaines*, cit., p. 278.

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”⁴⁷; 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»”^{48, 49}.

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 cuántas 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 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, jurí-

⁴⁷ *Lecciones de Derecho penitenciario*, Imprenta Universitaria, México, D.F., 1953, p. 11.

⁴⁸ *Sobre la autonomía del Derecho penitenciario (Notas provisionales)* (en el “Boletín de Información” del Ministerio de Justicia, de Madrid, número 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.

⁴⁹ Jiménez de Asúa, ob. y vol. 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, Principios de Derecho penal*, 3ª. ed., Hermes, México-Buenos Aires, 1959, 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 de Derecho penal, Parte general*, Lerner, Córdoba-Buenos Aires, 1972, ps. 9-10, y Fontán, *Tratado de Derecho penal*, 7 vols., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966 y ss., t. I, p. 37, el Derecho de ejecución penal no pasa de ser un capítulo del Derecho penal, mientras que para Zaffaroni, *Manual de Derecho penal, Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 1977, ps. 69-71, y *Tratado de Derecho penal, Parte general*, 5 vols., Ediar, Buenos Aires, 1980-1983, 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.

dicamente, 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 puniciones 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 crisis⁵⁰.

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 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

⁵⁰ Cfr. Ruiz-Funes, *La crisis de la prisión*, Jesús Montero, La Habana, 1949.

segundo por razones docentes y discentes. Hace muchos años que nos manifestamos en este sentido⁵¹, 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”⁵².

A pesar de todo lo que antecede⁵³, se ha de reconocer que la legislación que señala los delitos y las penas y 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”^{54, 55}.

⁵¹ 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.

⁵² *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, 1968, p. 181.

⁵³ 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, número 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.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ Acerca del tema de estas páginas, se puede ver especialmente Rivacoba, *Función y aplicación de la pena*, Depalma, Buenos Aires, 1993, ps. 122-136.