

La autonomía del Derecho penitenciario

Borja Mapelli Caffarena

Profesor Titular de Derecho Penal
Facultad de Derecho de Jerez de la Frontera

I. La polémica en torno a la autonomía del Derecho penitenciario tiene actualmente un cierto carácter obsoleto debido sobre todo a la consolidación de una relativa independencia en lo formal y en lo sustantivo de aquél en relación con el Derecho penal y procesal penal. Si en determinados momentos se produjeron enfrentamientos dialécticos defendiendo una u otra posición fue debido a que dicha polémica era sólo la manifestación exterior que reflejaba profundas diferencias en cuanto al contenido y límites de la ejecución penitenciaria. La propia evolución del Derecho penitenciario supo buscar su acomodo dentro del conjunto del sistema penal. La doctrina mayoritariamente reconoce —como indica con acierto Bueno Arús— la mayor utilidad y operatividad de esta rama del Derecho cuando se la concibe con una relativa autonomía, que viene por lo demás respaldada por circunstancias tan importantes como la normativización legislativa y la jurisdiccionalización.

El motivo por el que hemos elegido, a pesar de todo, este tema es doble: por una parte, porque, aun superada la polémica, su exposición sigue siendo fructífera, y particularmente para matizar el significado de la expresión *autonomía relativa*. Por otra parte, porque Jiménez de Asúa, para cuyo homenaje se presenta esta ponencia, medió con la lucidez que le caracterizaba en aquella disputa enfrentándose a dicha autonomía, pero presintiendo para el futuro la necesidad de un Código de ejecución penal.

II. En relación con el tema que nos ocupa, dentro de la evolución del Derecho penitenciario es posible distinguir tres etapas. La primera de ellas abarcaría el período comprendido entre el nacimiento de la pena privativa de libertad (que en nuestro país puede considerarse el siglo XVIII, con las galeras de mujeres) y el III Congreso Internacional de Derecho penal, celebrado en Palermo (Italia) en 1932, entre cuyas conclusiones destaca la declaración de autonomía del Derecho penitenciario. La se-

gunda etapa comprende todo el desarrollo doctrinal de la polémica, sobre la que escriben autores como Novelli, Altmann, Cuche o Beeche. Finalmente, durante la tercera etapa, se inicia en distintos países europeos —Alemania, Italia, España— un movimiento legislativo penitenciario. Esta última etapa comienza en la posguerra, aunque la entrada en vigor de las leyes de ejecución no se produce de forma generalizada hasta la década de los años setenta.

III. El siglo XIX se caracteriza por un desarrollo espectacular de la llamada Ciencia penitenciaria. La Ciencia penitenciaria —siguiendo a Novelli— es un sistema autónomo de investigación para adecuar la ejecución penal a la finalidad asignada a la pena y a otros institutos jurídico-penales para la defensa de la sociedad contra la delincuencia. También los límites de dicha ciencia fueron objeto de polémica, con un amplio sector partidario de incluir otras penas distintas a la privativa de libertad. El problema carece en la actualidad de importancia, pues es evidente que desde el principio la actividad de esta ciencia se relacionó con la pena de prisión, y buena prueba de ello son la *société des prisons* francesa, la *society for the Improvement of prison discipline* inglesa o las *Vorlesungen über die Gefängniskunde* del doctor Julius en Alemania, instituciones y actividades todas ellas relacionadas con dicha pena. El desarrollo de la Ciencia penitenciaria se manifestó en múltiples aspectos, como la creación de revistas, de cátedras de penología y sobre todo en la celebración de numerosos congresos, entre los que destacan ya a finales de siglo los de Londres (1872), Estocolmo (1878), Roma (1885), Pietroburg (1890), París (1895) o Bruselas (1900).

La especialización de la Ciencia penitenciaria encuentra también su razón de ser en el carácter de la pena de prisión. En efecto, la pena privativa de libertad no sólo se diferencia del resto de las penas impuestas a través del sistema penal por su naturaleza, sino porque permite elaborar una estrategia de ejecución más compleja. La multa, por ejemplo, se agota con su cumplimiento, y aunque se han practicado nuevas modalidades de pago —pago aplazado, días-multas, suspensión de la pena—, el penado sólo se encuentra vinculado con la administración de justicia por medio de una amenaza punitiva que se resolverá finalmente con el definitivo cumplimiento o no. Por el contrario, la pena de prisión permite distinguir dos momentos distintos: el cumplimiento y la ejecución. El primero consiste en la imposición material de la pena, cuando el penado traspasa el umbral del centro penitenciario, y el segundo comienza a partir de ahí y finaliza con la liberación o incluso después. La pena prisional adquiere en el momento de la ejecución una nueva dimensión de alcance y contenido imprevisibles desde el punto de vista estrictamente penal o procesal. No se trata, como apunta acertadamente Mir Puig, de un acto de «mera individualización administrativa», contrapuesta a la «individualización legal y judicial», sino del inicio de una nueva fase del sistema

penal con problemas distintos y sometido y regulado por principios, leyes y jurisdicción también distintos.

Esta circunstancia ha favorecido la independencia de la ciencia penitenciaria respecto de la Criminología. Entre ambas existe —como indica Altmann— una relación paralela: la Criminología es al Derecho penal lo que la Ciencia penitenciaria es al Derecho penitenciario. Paralelismo que no puede conducir a una visión segmentada del sistema penal, ya que ello obstaculiza una necesaria visión intrasistemática, pero que permite afirmar la presencia de una línea de investigación independiente. Jiménez de Asúa no compartía esta opinión; para él, la Penología —Penología y Ciencia penitenciaria tienen, según este autor, idéntico contenido— no puede ser estimada «como ciencia porque no podemos hallar un contenido propio para formarla, ya que en cuanto se ocupa de la pena, como asunto sociológico es materia de la Sociología criminal o penal; lo que respecta a la pena como consecuencia del delito, pertenece al Derecho penal, su ejecución forma el Derecho penitenciario y el acervo de exigencias para la reforma del régimen punitivo de un país constituiría parte principalísima de la política criminal». Esta opinión es también sustentada por Marsich, quien sitúa la Ciencia penitenciaria como una parte de la Ciencia de la Administración.

A mi juicio, la Ciencia penitenciaria ni pertenece a la Ciencia de la Administración, por las mismas razones que el Derecho penitenciario no es Derecho administrativo, ni está carente de objeto propio de investigación. Se trata, eso sí, de una ciencia multidisciplinar ocupada de estudiar la incidencia de la ejecución de la pena privativa de libertad sobre el penado —su equilibrio psíquico, sus relaciones sociales y comunales, su incorporación a la sociedad, etc.—. En este sentido, trasciende del ámbito del Derecho. También se diferencia nítidamente de la investigación criminológica, cuyo objeto es la relación hombre/delito y no hombre/pena prisional. En la Criminología, aquél aparece en relación con la conducta infractora, y en la Ciencia penitenciaria, con su presencia en la prisión. Las condiciones de un hombre en prisión hacen que esta diferencia no se halle vacía de contenido. Hoy sabemos que fenómenos como la prisionalización determinan la conducta de quienes la sufren incluso más allá de la propia ejecución. Tampoco puede negarse la existencia de una línea de investigación y metodología específica, en la que destacan, entre otros trabajos, los más recientes de Clemmer (*The prison Community*, 1958), Sykes (*The Society of Captives*, 1958), Goffman (*Asylum*, 1961), Mathiesen (*The Defences of the Weak*, 1965) o Harbordt (*Die Subkultur des Gefängnisses*, 1967).

La Ciencia penitenciaria en su conjunto ofrece una información empírica a la política penitenciaria, cuya meta no es sólo controlar el delito, sino compensar y atenuar el daño de la ejecución de la pena. Es cierto que las estrategias de la política criminal serán en gran parte coincidentes con las de la política penitenciaria, pero de nuevo aquí los aspectos dis-

tintos y en no pocas ocasiones enfrentados obligan a distinguir entre una y otra. En efecto, tanto la política criminal como penitenciaria pretenden el cumplimiento de la pena privativa de libertad y en consecuencia participan de esta meta común (cuya manifestación en el marco penitenciario cristalizan en las necesidades de orden y disciplina); ahora bien, los principios del sistema penitenciario van mucho más allá que las pretensiones custodiales; las exigencias constitucionales de acceso a la cultura y desarrollo integral de la personalidad obligan en primer término a compensar los daños de la prisión, aunque razones preventivas (generales y especiales) recomendaran la prolongación del control del sujeto por el sistema penal.

Pero el desarrollo de la Ciencia penitenciaria y la Criminología bajo la influencia del positivismo no se detuvo en reconocer esas lógicas diferencias, sino que dio un paso adelante pretendiendo un movimiento inverso en el que el Derecho penal pasaría a constituir un instrumento secundario respecto del momento ejecutivo. La función penal —señala Dorado Montero en su libro *Bases para un nuevo Derecho penal*— se tornará de represiva en preventiva, de punitiva en correccional, educativa y «protectora de ciertos individuos a quienes se les da el nombre de delincuentes. Los encargados de ejercerla habrán de inspirarse en el utilitarismo». Si aquéllos son una genuina especie del género humano, la prisión cumple la «legítima» función de innocuizar, es decir, eliminarlos de la vida de la comunidad. Estos postulados, defendidos precisamente por los partidarios de la autonomía del Derecho penitenciario, estarían presentes en la polémica doctrinal suscitada en torno a este tema.

IV. Esta línea evolutiva de la Ciencia penitenciaria y la definitiva implantación de distintos sistemas prisionales (pensilvánico, auburniano, progresivo, etc.) hacen imprescindible la creación de un cuerpo legislativo independiente del Código penal y las leyes procesales, un ordenamiento capaz de superar el caos preceptivo en que se encontraba la regulación de la pena privativa de libertad. Esta aspiración legislativa venía siendo requerida desde hacía tiempo por la doctrina penitenciaria y se recogió como conclusión en el Congreso penitenciario de Estocolmo de 1878. Francia llegó a tener en 1847 una ley de prisiones. De forma que cuando el III Congreso Internacional de Derecho penal, celebrado en Palermo en 1932, proclama la necesidad urgente de una legislación penitenciaria, la resolución es aceptada y valorada positivamente por la mayoría de los especialistas. Incluso entre quienes no veían con claridad la autonomía del Derecho penitenciario —como es el caso de Jiménez de Asúa—, hay partidarios de crear un código de ejecución de penas. En ello no existe contradicción alguna, pues la codificación no otorga a una determinada materia jurídica más que una autonomía formal; por el contrario, un concepto material de autonomía requiere ante todo un perfil del objeto regulado y una posibilidad de establecer normas orgánicas y

sistemáticas independientes de otras ramas del Derecho próximas a aquélla.

Al año de celebrarse el Congreso de Palermo, el italiano Novelli publica un importante artículo bajo el título *L'autonomia del diritto penitenziario*. Sostiene en él su autor la tesis de la autonomía en base a cuatro razones: la novedad de la materia, la especialidad de los principios, la complejidad de la disciplina y la eficiencia civil y mundial. Conviene precisar que la íntima relación entre Derecho penal y penitenciario no es negada por nadie. En su aspecto fundamental el Derecho penitenciario tiene como misión ejecutar la pena establecida por la sentencia, único título que legitima dicha ejecución. Pero como hemos indicado anteriormente, el contenido de esta disciplina no se agota con la simple imposición material de la sanción. Hoy está fuera de dudas que la norma penitenciaria tiene un contenido independiente de la norma penal y procesal, hasta el extremo de otorgar a aquélla una naturaleza diversa, y ahí radica uno de los aspectos sustanciales para defender la autonomía. La norma penal es una norma jerarquizada con una función imperativa y motivadora para prevenir comportamientos insoportables para la convivencia. La norma penitenciaria es una norma participativa, por cuanto se dirige a una comunidad social con la finalidad de implantar en un régimen violentamente condicionado las exigencias constitucionales de un Estado social y democrático de Derecho. La norma penitenciaria, por esta razón, adquiere su propia validez no por su formalización jurídica, sino por su aceptación por la comunidad prisional; en este sentido encuentra su legitimación y racionalidad en el hecho de remover los obstáculos que dificultan las exigencias de la libertad e igualdad de los individuos y los grupos.

Novelli destaca entre los argumentos a favor de la autonomía la mayor eficacia que ésta puede dar al Derecho penitenciario para servir a sus metas. La autonomía, señala, está justificada por la necesidad de encontrar soluciones adecuadas a los problemas de ejecución penal, problemas que, si encuentran en el Derecho penal sus bases fundamentales, tienen, sin embargo, en el campo de la ejecución un desarrollo tan importante y de tanta interferencia con otros presupuestos sociales, políticos, científicos y técnicos, que hacen evidente la oportunidad de estudiarlos orgánicamente. En este sentido, el argumento es similar al que empleaba Bueno Arús, y nos adherimos al principio de este trabajo: hoy el Derecho penitenciario no podría desarrollarse sin contar con una autonomía legal, jurídica y científica.

Distintos, sin embargo, fueron los argumentos empleados por la escuela de Defensa Social. De Vicentii, en la Conferencia celebrada en San Remo en 1947 por el Instituto Internacional para los Estudios de Defensa Social, consideraba que sólo la ejecución penal, cuyo objeto es el conocimiento del sujeto y la acción socializadora, tiene un carácter sustancial, atributo, por el contrario, del que carecen las otras partes o ramas del

sistema penal. Eliminadas las metas represivas o retributivas, el Derecho de ejecución se convierte «en el momento esencial de la acción de socialización y, por consiguiente, está contenida en toda la ejecución, se concentra en ella y allí fenece».

Quienes no eran partidarios de estas tesis hicieron hincapié fundamentalmente en la equivocidad conceptual del Derecho penitenciario, que con el tiempo lo había convertido en algo híbrido, en una especie de *mixtum compositum*, como lo califica Del Rosal. En efecto, es cierto que el Derecho penitenciario ha arrastrado históricamente una indeterminación, pero debido no tanto a la particularidad de la materia como a las disfuncionalidades sistemáticas de la función punitiva. El desplazamiento del momento ejecutivo hacia las competencias meramente administrativas permitían visualizar el sistema penal en segmentos o fases independientes y de esta manera resolver o atenuar la antinomia entre los fines propuestos para la pena y la realidad penitenciaria. Las normas ejecutivas terminaron formándose a partir de una pluralidad de fuentes.

El argumento, aunque no es esgrimible contra la autonomía, sin embargo pone de relieve algo que es cierto. En efecto, el Derecho penitenciario es un conjunto normativo con una base experimental y científica, hallándose a mitad de camino entre las cuestiones normativas y empíricas. Incluso en el aspecto normativo, dentro del Derecho penitenciario concurren normas de diversa naturaleza, unas administrativas —la regulación sanitaria—, otras laborales —trabajo penitenciario— y otras procesales —sanciones y recursos—. Esta heterogeneidad en las fuentes no es un argumento válido, pues, como indica Antón Oneca, «el que la Administración disponga de un servicio de prisiones no significa la naturaleza administrativa del Derecho aplicado, como el servicio de la Administración de Justicia no puede suponer que las normas por sus órganos aplicadas reciban tal carácter. Lo verdaderamente importante es que de la concurrencia de esas normas de distintas fuentes surge un cuerpo normativo orgánico y distinto, con su propia sistemática y sus fundamentos y principios específicos. Utilizando la terminología estructuralista, esta diversidad es posible cuando las normas se hallan precedidas de un ordenamiento cuyo origen es la existencia de un ente social diferenciado, en este caso la organización penitenciaria.

Otro argumento frecuentemente empleado en contra de la autonomía es el insuficiente desarrollo normativo de la ejecución a principios de siglo. Así, nuestro homenajeado, en su obra *La ley y el delito* (1945), nos dice lo siguiente: «No creo que todavía pueda asumir la preceptiva penitenciaria el prestigioso título de Derecho, pero es lo cierto que los juristas vamos desembarazándonos cada vez más de las cuestiones relativas a la ejecución de la pena, aunque a los jueces les interesa ahora más que antes, ya que se tiende a que los magistrados que condenaron no se desentiendan del reo sentenciado.» En términos parecidos se había expresado Bernaldo de Quirós y el III Congreso Internacional de Pa-

lermo, en el que, pese a reconocerse la existencia de un Derecho penitenciario («por la obstinada y monótona prédica de Novelli», según Jiménez de Asúa), se entiende que éste se halla «en período de elaboración».

En realidad, Jiménez de Asúa no expresa aquí un argumento en contra de la autonomía, sino que simplemente constata la falta de un cuerpo legislativo inexistente entonces. Prueba de esto es que en el mismo trabajo, pero unas páginas más adelante, reconoce a la Ciencia penitenciaria como una «disciplina autónoma», y en el tomo I de su *Tratado* entiende el Derecho represivo abarcando tres derechos, el tercero de los cuales es el «Derecho ejecutivo penal o penitenciario».

Tanto en el caso de Jiménez de Asúa como de otros autores de la época que expresaron sus recelos frente a la tesis de la autonomía, las razones de fondo de esta actitud se encuentran en consideraciones político-criminales. En efecto, no debe olvidarse que Novelli, además de abanderar las tesis más radicalmente favorables, que defendió apasionadamente en el Congreso de Palermo, era un destacado jurista del fascio italiano, creándose bajo su dirección la *Rivista de Diritto penitenziario*. La misma posición de Novelli sostuvo en Alemania Dybwad en su artículo «Theorie und Praxis des fascistischen Strafvollzugs». El eje Berlín-Roma diseñaba una importante reforma político-penitenciaria, que en Italia se conoció como «plan decenal». Jiménez de Asúa mostraba su temor por un Derecho penitenciario autónomo en el sentido de liberado de los principios garantísticos del sistema penal. La *Relazione al Re* del Código Penal italiano de 1930 destacaba que «el Derecho penal no es más que un derecho de conservación y defensa del Estado, que nace con el Estado mismo, análogo, pero sustancialmente diverso, del derecho de defensa del individuo». Esta servidumbre de la persona al Estado se tornaba en una actividad penitenciaria incontrolada, en donde cualquier método o «técnica penitenciaria» estaba legitimado si servía a los principios fundamentales del Estado fascista.

V. La polémica de los años treinta va perdiendo actualidad y hoy el tema no merece sino un breve comentario en las obras de parte general. En la mayor parte de los países europeos se instauran tras la contienda regímenes democráticos y se produce una reacción al positivismo criminológico; ambas circunstancias cristalizan en la necesidad de garantizar los derechos del penado por medio de una regulación legal. La legislación penal y procesal y las garantías allí concertadas se contradicen con la arbitrariedad administrativa en lo penitenciario. En palabras de Melossi y Pavarini, «la forma jurídica general que garantiza un sistema igualitario de derechos se neutraliza con una espesa red de poderes no igualitarios».

Finalmente, en la década de los setenta entra en vigor en Europa la mayor parte de las legislaciones penitenciarias. La evolución histórica

del momento ejecutivo se ha completado y hoy al Derecho penitenciario se le reconoce pacíficamente un ámbito funcional bien delimitado, goza de unas normas programáticas y de desarrollo sometidas a principios de rango constitucional; de una jurisdicción propia, con sus órganos, sus procedimientos y recursos; y de una política penitenciaria fundada en la investigación empírica de la Ciencia penitenciaria. Estas circunstancias permiten afirmar la *autonomía relativa* que venimos defendiendo. Pero esta autonomía, conviene repetirlo, no es un cauce abierto para la manipulación tecnocrática e ideológica de la personalidad del penado, sino que surge con una impronta garantística. Los recelos de Jiménez de Asúa carecen hoy de fundamento, ya que la evolución penitenciaria se orienta dentro del marco sancionatorio a potenciar los derechos fundamentales de la persona.

Hablamos, por razones obvias, de una *autonomía relativa*, pues el Derecho penal, procesal y penitenciario guardan entre sí una relación sistemática. En concreto, con el Derecho penal esa relación puede puntualizarse en los siguientes aspectos:

- La fase ejecutiva debe conservar el carácter punitivo de la pena de prisión establecido por el Derecho penal y que consiste en la privación de libertad.
- La cuantía de la pena está sometida a las medidas que determina el Derecho penal. La ejecución no puede sobrepasar el límite temporal impuesto.
- El sistema o sistemas de ejecución que se empleen no serán más gravosos que lo exigido por la propia naturaleza de la pena. En este sentido, ciertas medidas represivas utilizadas en las prisiones —celdas de castigo, centros de máxima seguridad— no sólo pueden entrar en contradicción con los fundamentos del Derecho penitenciario, sino incluso con el Derecho penal.

Esta vinculación del Derecho penitenciario al Derecho penal no le hace perder a aquél su autonomía ni tan siquiera en los fundamentos. Esto es algo que aparece con toda claridad en nuestro texto constitucional. El artículo 25.2 va referido en gran parte exclusivamente al momento ejecutivo y representa un paso muy destacado en su evolución. El constituyente ha entendido la necesidad de plasmar con rango fundamental aquello que hace diferentes la ejecución de la determinación penal. Incluso va más allá al reconocer y resolver programáticamente la eventualidad lógica de un conflicto entre ambos momentos. «En todo caso», dice, pese a que «el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria» pudieran indicar otra cosa, la ejecución deberá realizarse favoreciendo «el acceso a la cultura y el desarrollo integral de la personalidad». La redacción, aunque quizá excesivamente ambigua, quiere destacar la incidencia del Estado promocional (en expresión de Bobbio) en el campo penitenciario.

También hablamos de *autonomía relativa* con un sentido integrador. El Derecho penitenciario ha mostrado a lo largo de su evolución una mayor flexibilidad para convertirse en un derecho social. La mayoría de los conflictos que surgen entre la instancia penal y penitenciaria tienen su origen en ese desfase. Piénsese, por ejemplo, en nuestro país, los problemas que está ocasionando el mantenimiento del artículo 100 del Código Penal, sobre redención de penas por el trabajo, o el distinto significado del sistema progresivo para ambas leyes o, por último, las dificultades para comprender desde el punto de vista penal la naturaleza de una institución como la asistencia social postpenitenciaria. Pues bien, al hablar de una *autonomía integradora* queremos señalar que el Derecho penitenciario abandona su secular papel secundario y que —como apunta Pavarini— un nuevo Código Penal va a encontrar una instancia ejecutiva con la que reconciliarse orgánicamente incorporando en su reforma las estrategias político-penitenciarias. Aquél no puede hoy, en rigor, prescindir de un atento análisis de la legislación penitenciaria. También la introducción en este ámbito de medidas ejecutivas alternativas que compensan o atenúan los efectos de la prisión termina por presentar un diverso y bien complejo mapa de la fenomenología sancionatoria, cuya repercusión última llegará de igual manera a la administración de Justicia.