

N° 247
Año LXXXVIII
Enero-Junio 2020
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986

Una fotografía de la Torre del Reloj de la Universidad de Concepción, un edificio alto y blanco con una torre central que tiene un reloj en cada uno de sus niveles superiores. El fondo es un cielo claro y luminoso.

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCIÓN^{MR}

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

***DERECHO PENITENCIARIO:
DELIMITACIÓN DE SU CONCEPTO, FUNCIÓN Y
CONTENIDO DESDE UN MODELO TELEOLÓGICO-
FUNCIONAL DEL FIN DE LA PENA***

***PENITENTIARY LAW:
DELIMITATION OF ITS CONCEPT, FUNCTION AND CONTENT
FROM A TELEOLOGICAL-FUNCTIONAL MODEL OF THE END
OF THE PENALTY***

MARIO DURÁN MIGLIARDI* **

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo es delimitar el concepto, la función y el contenido del conjunto de normas, principios y disposiciones conocidos como Derecho penitenciario. Para ello, establecido el contexto y marco metodológico del que se parte, se abordará su evolución terminológica, resaltando su vinculación con al Derecho administrativo, con la discusión sobre el fin de la pena y con la recepción de la legislación internacional de post guerra. El tema de su función se desarrollará a partir de la problemática relativa a la determinación de su ubicación en el sistema jurídico, tanto general como jurídico-penal, resaltando lo esencial del reconocimiento de derechos y garantías materiales al condenado y el establecimiento de fines al momento de la ejecución penal. Delimitado lo anterior, se expondrá su

*Abogado, Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca. Profesor Titular, Departamento de Ciencias Jurídicas, Universidad de Atacama, Copiapó, Chile. Correo electrónico: mario.duran@uda.cl. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8777-3131>.

**Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Interno de Investigación de la Universidad de Atacama, DIUDA Regular n° 17/7, Código 22346, titulado "Diseño orgánico-funcional de un Derecho penitenciario orientado a fines preventivos y resocializadores. Análisis y sistematización de sus principales elementos", del cual el autor es investigador responsable.

Artículo recibido para su evaluación el 5 de agosto de 2019, y aceptado para su publicación el 18 de junio de 2020.

moderno concepto, contenido y función. Finalmente, se presentarán algunas conclusiones generales.

Palabras Clave: Derecho penitenciario, constitución penal, ejecución de la pena, fines de la pena, resocialización, funcionalismo.

ABSTRACT

The objective of this work is to delimit the concept, function and content of the set of rules, principles and provisions known as Prison law. To do this, once the context and methodological framework have been established, its terminological evolution will be addressed, highlighting its connection with Administrative law, with the discussion of the purpose of the penalty and with the reception of international post-war legislation. The theme of its function will be developed from the problem related to the determination of its location in the legal system, both at a general level and in criminal law, highlighting how essential the recognition of rights and material guarantees are to the convicted person and the establishment of purposes at the time of criminal execution. Delimited the above, its modern concept, content and function will be presented. Finally, some general conclusions will be provided.

Keywords: Prison law, criminal constitution, execution of the sentence, purposes of the penalty, resocialization, functionalism.

I. INTRODUCCIÓN, MARCO METODOLÓGICO Y DELIMITACIÓN DE OBJETIVOS

Recientemente, y desde distintos ángulos o perspectivas, se ha puesto de manifiesto la necesidad y relevancia de delimitar correctamente el concepto y el contenido del conjunto de normas, principios y disposiciones conocidos como *Derecho penitenciario*.

Para algunos, la necesidad de tal delimitación vendría dada por la urgencia de evitar la cada vez más creciente *desnaturalización* del Derecho penitenciario, no ya por la vieja polémica de su vínculo con el Derecho administrativo, sino más bien por los intentos de colonización por parte

de un Derecho penal sustantivo que, cada vez más expansivo e invasivo, tiende a desvirtuarlo a través de la inobservancia o reorientación de sus características y de sus principios estructurales.¹ Esto es, por la necesidad de impedir un nuevo proceso de desnaturalización penitenciaria que implica, por una parte, la destrucción o desmontaje del modelo penitenciario ideal, cuando existe, sino, por otra, la colonización de sus contenidos y fines, cuando el respectivo Derecho penitenciario no existe o se encuentra regulado por meras normas de rango jurídicamente inferior.

Para otros, la relevancia de la delimitación estaría determinado por la creciente y constante incrustación de normas, procedimientos y fines, propios de un nuevo modelo o paradigma penitenciario que llegó para quedarse, que han hecho involucionar a esta área del sistema jurídico penal hasta convertirlo en un verdadero *Derecho penitenciario del enemigo*.² Especialmente, en los casos en que, tanto el fin de la pena como el régimen de cumplimiento de penas privativas de libertad, queda reservado o se ve agravado sólo respecto a ciertos grupos de condenados o a determinada clase de delitos. Análisis al que, desde ya, se le puede definir, para algunos casos, como un claro llamado de atención frente a desviaciones o vulneraciones de derechos construidas a propósito de situaciones de emergencia y sostenidas o institucionalizadas en el tiempo. Pero que también, para otros casos, lamentablemente se le puede catalogar como una tesis meramente verificadora de las reales condiciones de desarrollo y existencia del respectivo Derecho penitenciario.³

Otra perspectiva de análisis sobre la necesidad de tratar esta cuestión es aquella vinculada a la constatación fáctica del grave problema de

¹ GALLEGO DÍAZ, Manuel, "La desnaturalización del Derecho penitenciario por el Derecho penal: análisis de tres supuestos paradigmáticos en relación con el sistema de individualización científica", *ADPCP*, 2016, Vol. LXIX, pp. 39-74. En el mismo sentido, BAIGUERA ALTIERI, Andrea, "Verso un nuovo Diritto Penitenziario", *Diritto.it*, 2019, en línea: <https://www.diritto.it/verso-un-nuovo-diritto-penitenziario/>, pp. 1-10.

² ARRIBAS LÓPEZ, Eugenio, "Aproximación a un 'Derecho penitenciario del enemigo'", *Revista de Estudios Penitenciarios*, 2007, n° 253, pp. 31-59; GIMBERNAT DÍAZ, Eva, "El Derecho penitenciario del enemigo aplicable a los presos por delitos de terrorismo", en: CUERDA, Antonio (Coord.), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 93-102.

³ En este último sentido, MURILLO RODRÍGUEZ, Roy, "Modernas tendencias en el Derecho penitenciario. Las propuestas del 'Derecho penitenciario mínimo', el 'Derecho penitenciario del enemigo' y las reformas del 2003 en el ordenamiento jurídico-penitenciario español", Tesis Doctoral. Universidad Carlos III, Getafe, 2009. CAMBRONERO TORRES, Melissa, "Derecho Penitenciario del enemigo: hacia un análisis político-criminal del sistema penitenciario Costarricense", Tesis de licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, San Juan, 2014.

hacinamiento o sobrepoblación carcelaria,⁴ cuestión que se plantea, además, como ejemplo de la ineficiencia en el uso de la pena privativa de libertad, de los tradicionales programas asistenciales de reinserción social y de los sistemas retributivos en general. Ello, porque el problema del hacinamiento o sobrepoblación carcelaria, en principio visto como un simple efecto de la priorización económica de los siempre escasos recursos públicos, como una mala o negligente administración de los establecimientos penitenciarios o, en fin, como un simple tema de distribución de dicha población, ha dado paso a una visión crítica más general sobre el tema, que va más allá de la circunstancial y coyuntural política pública penitenciaria. Esto es, ver que el evidente y dramático *hacinamiento o sobrepoblación carcelaria*, generalizado en los Estados de nuestro entorno cultural,⁵ es un síntoma de un problema más esencial y profundo que entronca más bien con la correcta delimitación que debe realizarse entre las medidas cautelares personales, propias del proceso penal, la naturaleza de la sanción penal y la ejecución o cumplimiento de ésta, y el respectivo Derecho Penitenciario. Esto es, la delimitación de su concepto, su rol y los fines que se le pretendan atribuir. Ello, como bien señala MAPELLI, puesto que, “si bien en general todas [las] penas permiten diferenciar entre su ejecución y su cumplimiento es, sin embargo, en la pena privativa de libertad donde ese matiz es más intenso y también más necesario de tener en cuenta, pues aún existen respecto de ella grandes dudas respecto del alcance de lo que llamamos la fase de ejecución de la pena. Esto es, en dónde termina la competencia jurisdiccional de hacer

⁴ GONZÁLEZ, Ignacio, “Aumento de presos y Código Penal: una explicación insuficiente”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, n° 13-04, pp. 04:1-04:22, en línea: <http://criminnet.ugr.es/recpc/13/recpc13-04.pdf>, 31 de julio de 2019. DOLCINI, Emilio, “La ‘nueva’ reincidencia. La cárcel en Italia se vuelve todavía más selectiva”, en: GARCÍA, C.; VALLE, M.; CUERDA, A.; MARTÍNEZ, M.; ALCÁCER, R. (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008, T.I, pp. 829-861.

⁵ Al respecto, COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (Eds.), *La sobrepoblación en los centros penitenciarios de la República Mexicana. Análisis y pronunciamiento*, CNDH, México D.F., 2015, pp.1-86. ARENAS, Lorea; CEREZO, Ana, “Realidad penitenciaria en Colombia: la necesidad de una nueva política criminal”, *Revista Criminalidad*, 2016, Vol. 58, n° 2, pp. 175-195. MAGAN ZEBALLOS, Julio, “La sobrepoblación en el sistema penitenciario peruano”, *International Review of the Red Cross* 2017, n° 903, pp.1-7. ROCA DE AGAPITO, Luis, “La masificación de las cárceles: Breve reflexión a propósito del caso de los Estados Unidos de América”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2017, n° 19-07, pp. 1-33, en línea: <http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-07.pdf>, 31 de julio de 2019. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (Eds.), *Estudio de las condiciones carcelarias en Chile. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de Derechos Humanos sobre el derecho a la integridad personal 2016-2017*, INDH, Santiago, 2018, pp. 30-52.

ejecutar lo juzgado y dónde comienza la ejecución propiamente dicha”.⁶

Vinculado también a la realidad, existe una última pero no menos importante perspectiva sobre esta cuestión, visión más cercana a la aplicación práctica de los principios limitadores del *ius puniendi* proporcionalidad de la pena y dignidad humana, y que está conformada por lo que genérica y eufemísticamente se denominan *condiciones carcelarias*. Las que, como bien resume BINDER, constituyen *el contenido concreto de la pena*. Por lo que, cuando hablamos de la justificación de la pena -si ello es posible- hablamos de la justificación de las *condiciones carcelarias concretas*, no de una entidad distinta a ellas. Y, cuando afirmamos que la pena debe ser proporcional al daño causado, lo que estamos diciendo es que las condiciones carcelarias deben ser *proporcionadas al daño causado*.⁷

En consecuencia, la constatación de los negativos resultados y efectos sociales que históricamente se han obtenido con tales condiciones carcelarias -en particular a través de la pena privativa de libertad-, implica también participar de la visión negativa y crítica que en general ha sostenido la Criminología sobre el rol y la función del sistema carcelario en general y de la pena privativa de libertad en particular.⁸ Por lo mismo, además, se hace imperativo considerar también en esta perspectiva el diagnóstico crítico de la realidad de tales *condiciones carcelarias*, y del sistema carcelario en general, que nos entrega la literatura al respecto, específicamente, del sistema carcelario chileno,⁹ y de la política criminal penitenciaria realizada

⁶ MAPELLI, Borja, “Capítulo 1. Concepto y ámbito del Derecho penitenciario”, en: MAPELLI, B.; CAAMAÑO, C.; ESPINOZA, O., *Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada*, Colección Documento de Trabajo n° 17, EUROsociAL, Madrid, 2014, p. 24.

⁷ En este sentido, BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 304.

⁸ Al respecto, MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario. Siglos XVI-XIX, Siglo XXI*, Madrid, 1980. ZAFFARONI, Eugenio, *En busca de las penas perdidas*, Ediar, Buenos Aires, 1989. MELOSSI, Dario, *El Estado del control social. Un estudio sociológico de los conceptos del Estado y control social en la conformación de la democracia*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1992. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI, Madrid, 1998, 11° ed. MATHIESEN, Thomas, *Juicio a la prisión. Una evaluación crítica*, Ediar, Buenos Aires, 2003. BARATTA, Alessandro, “Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad”, en: BARATTA, Alessandro, *Criminología y sistema penal*. (compilación in memoria), B de F, Buenos Aires, 2004, pp. 357-375. WACQUANT, Loïc, *Castigar a los pobres: el gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Gedisa, Barcelona, 2010.

⁹ Al respecto, PRADO, Francisco, “La crisis en el sistema penitenciario chileno”, *Revista Mensaje*, 2001, 503, pp. 50-52. PRADO, Francisco, “El sistema penitenciario chileno. Una aproximación crítica”, *Revista Electrónica Agenda Pública*, 2006, año V, n° 8, en línea, <http://www.agendapublica.uchile.cl/n8/4.pdf>, 31 de julio de 2019. MALDONADO, Mónica, “Informe sobre los diversos problemas que

hasta la fecha en nuestro país.¹⁰

Es en este contexto de múltiples argumentos, entonces, que el objetivo principal del presente trabajo es realizar una propuesta de delimitación del concepto y del moderno contenido del denominado Derecho penitenciario. Con ello, secundaria o indirectamente se pretende contribuir a evitar su desnaturalización conceptual o sustancial, sea a propósito de su subordinación al Derecho administrativo o por su colonización por el Derecho penal expansivo. Evidenciar, o limitar en lo posible, la incorporación de normas, procedimientos o fines, alejados del fin humanista, respetuoso de los Derechos Humanos y resocializador,¹¹ que caracteriza al moderno modelo penitenciario de ciudadanos y no de enemigos. Asimismo, plantear la idea de que el problema del hacinamiento y de la sobrepoblación carcelaria también es en parte un síntoma de la incorrecta delimitación de tal concepto, así

afectan al funcionamiento del sistema carcelario en nuestro país”, 1 de junio de 2009, 15 p., en línea: <https://ciperchile.cl/wp-content/uploads/Informe-de-fiscal-de-Carceles.pdf>. CASTRO, Alvaro; CILLERO, Miguel; MERA, Jorge, *Derechos fundamentales de los privados de libertad. Guía práctica con los estándares internacionales en la materia*, UDP, Santiago, 2010; ALTEGRITY SECURITY CONSULTING. *Sistema penitenciario chileno: el momento del cambio es ahora. Informe Final*, ASC, Santiago, 2011. ALCAÍNO, Eduardo, “Derechos Humanos de los privados de libertad: las cárceles en Chile: ¿Avances o mantenimiento del status quo?”, en CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP (eds.), *Informe Anual de Derechos Humanos Chile*, UDP, Santiago, 2018, pp. 381-403. ARRIAGADA, Isabel; ROCHOW, Diego, “Privación de libertad en Chile: Desgobierno carcelario y afectación de derechos de la población penal”, en CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP (Eds.), *Informe Anual de Derechos Humanos Chile*, UDP, Santiago, 2015, p. 161-207. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (Eds.), *Estudio de las condiciones carcelarias en Chile 2014-2015. Seguimiento de recomendaciones y cumplimiento de estándares internacionales sobre derecho a la integridad personal*, INDH, Santiago, 2017. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, cit. (n. 5), pp. 30-52.

¹⁰ Al respecto, GUZMÁN, José Luis, “Consideraciones críticas sobre el Reglamento Penitenciario chileno”, *Gaceta Jurídica*, 1994, n° 168, pp.12-17. KENDALL, Stephen, *Tutela judicial efectiva en la relación jurídica penitenciaria*, Librotecnia, Santiago, 2010. STIPPELL, Jörg, *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile. Un estudio acerca del acceso a la justicia, la violación de derechos y el nuevo proceso penal*, LOM, Santiago, 2006. STIPPELL, Jörg, *Cárcel, derecho y política*, LOM, Santiago, 2013. DAMMERT, Lucia; DIAZ, Javiera, *Los desafíos del sistema carcelario en Chile*, CLACSO, Caracas, 2004. DAMMERT, Lucia; DIAZ, Javiera, “Cárceles privadas ¿modelo de gestión penitenciarias o inversión inmobiliaria?”, *Observatorio FLACSO*, 2005, n° 5, p.1 y ss. CARNEVALI, Raúl; MALDONADO, Francisco, “El tratamiento penitenciario en Chile: especial atención a problemas de constitucionalidad”, *Ius et Praxis*, 2013, año 19, n° 2, pp. 385-418. MAÑALICH, Juan Pablo, “El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos”, *Derecho y Humanidades*, 2011, n° 18, pp. 163-178. SALINERO, Sebastián, “¿Por qué aumenta la población penal en Chile? Un estudio criminológico longitudinal”, *Ius et Praxis*, 2012, Año 18, n° 1, pp. 113-150. SANHUEZA, Guillermo; PÉREZ, Francisca, “Cárceles concesionadas en Chile: evidencia empírica y perspectivas futuras a 10 años de su creación”, *Política Criminal*, 2017, Vol. 12, n° 24, pp. 1066-1084.

¹¹ Al respecto, DURÁN, Mario, “Prevención especial e ideal resocializador. Concepto, evolución y vigencia en el marco de la legitimación y justificación de la pena”, *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, 2008, n° 13, pp. 57 y ss.

como del rol y de los fines que se le pretendan atribuir al respectivo Derecho penitenciario. Y, por último, evidenciar la importancia que esta delimitación conceptual y de contenidos tiene para la mejora de las denominadas condiciones carcelarias y la legitimación, por ende, de la pena.

Metodológicamente, la presente propuesta pone su acento en el rol de la pena como instrumento, sin olvidar su naturaleza negativa pero intentando superarla a través del modelamiento de una ejecución penal como la que consecuentemente plantea. Esto es, en una ejecución de la pena vista como una herramienta político criminal que, utilizada de forma proporcional y necesaria, y bajo las normas de un moderno Derecho penitenciario, proteja los bienes jurídicos más preciados por la sociedad bajo la premisa de la prevención del delito y la resocialización del delincuente. Instrumento o herramienta que, a su vez, sólo se legitimaría en la medida en que esté orientado hacia la consecución de los fines y objetivos político-criminales aceptados por la comunidad, se fundamente en los valores y principios de la Constitución penal,¹² sea respetuoso de los Derechos Humanos y de los principios limitadores al *Ius puniendi*,¹³ y haya sido generado a través de leyes que sean la representación discursiva de la voluntad de los ciudadanos.¹⁴

Así, en este contexto y marco metodológico, para lograr desarrollar los objetivos propuestos se seguirá el siguiente orden: En primer lugar, se desarrollará la evolución del problema de la delimitación terminológica del Derecho penitenciario, y la vinculación de ello con el Derecho administrativo, resaltando la importancia para tal evolución de los aportes de la discusión sobre el fin de la pena y de la recepción de la legislación internacional de post guerra en materia penitenciaria (II). En segundo lugar, a partir de la

¹² En este sentido, FERNÁNDEZ, Julio, "El tratamiento penitenciario resocializador" en, DIEGO, María; FABIÁN, Eduardo (Coords.), *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 93 y ss; ARRIBAS LÓPEZ, Eugenio, "Reflexiones en torno a los fines de la pena y a los regímenes de cumplimiento de la pena de prisión", *Revista del Poder Judicial* n° 77, pp. 41-93. DURÁN, Mario, "Constitución y legitimación teórica de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal", *Política Criminal*, 2011, n° 11, pp. 142-162. DURÁN, Mario, "Constitución penal y teoría de la pena: apuntes sobre una relación necesaria y propuesta sobre un posible contenido desde la prevención especial", *Revista de Fundamentación Jurídica Dikaion*, 2015, Año 29, Vol. 24, n° 2, pp. 282-306. DURÁN, Mario, "La prevención general positiva o prevención por integración como fundamento y límite Constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre sus posibles funciones", *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2016, Vol. XXIX, n° 1, pp. 275-295.

¹³ DURÁN, Mario, "Teoría de la pena y Constitución penal. Apuntes sobre una relación necesaria y propuesta sobre un posible contenido", en CARRASCO, Edison (Coord.), *Libro Homenaje al profesor Hernán Hormazábal Malarée*, Librotecnia, Santiago, 2015, p. 663-678.

¹⁴ Así, HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 363 y ss.

problemática relativa a la determinación de su ubicación en el sistema jurídico general y en el sistema jurídico-penal en particular, se abordará el tema de la función o rol del Derecho penitenciario. Aquí se pretende resaltar lo esencial que resulta el reconocimiento de derechos y garantías materiales al condenado y el establecimiento de fines al momento de la ejecución penal, para la correcta concreción de la función o rol del Derecho penitenciario en un sistema concreto (III). Una vez delimitado lo anterior, se abordará el moderno concepto de Derecho penitenciario, así como la construcción teleológica de su contenido y función. (IV). Finalmente, sin perjuicio de la presentación de algunas conclusiones parciales, se intentará presentar algunas ideas más generales a manera de conclusión (V).

II. DELIMITACIÓN TERMINOLÓGICA DEL DERECHO PENITENCIARIO

Tal como se explicaba arriba, el presente apartado tiene como objetivo desarrollar la evolución del problema de la delimitación terminológica del Derecho penitenciario, y la vinculación de ello con el Derecho administrativo, resaltando la importancia para tal evolución de los aportes de la discusión sobre el fin de la pena y de la recepción de la legislación internacional de post guerra en materia penitenciaria.

Como bien se ha señalado,¹⁵ un primer problema que surge a la hora de intentar delimitar el concepto que nos ocupa es el evidente problema terminológico, de rótulo o de denominación que ha sufrido esta área del derecho a lo largo de su evolución histórica. Desde ya, la propia denominación “Derecho penitenciario” no ha tenido, ni tiene, una aceptación pacífica, salvo en España e Italia, ni en la doctrina, ni en la propia legislación comparada que regula su pretendido objeto o materia. Más aún, ha sido señalado con apelativos tan diversos como Escuelas o corrientes doctrinales lo han intentado conceptualizar.¹⁶

Así, por ejemplo, desde una perspectiva histórico-comparativa

¹⁵ DE RIVACOBBA, Manuel, “Objeto, funciones y principios rectores del Derecho penitenciario”, *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, 2000, Año 1, n° 2, pp. 117-123. TELLEZ, Abel, “Novelli y su tiempo. Una aproximación a los orígenes y al concepto de Derecho penitenciario”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, 2011, n° 255, pp. 9-33, esp. pp. 9-11.

¹⁶ Para un detallado análisis, MATA Y MARTÍN, Ricardo, *Fundamentos del sistema penitenciario*, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 17-46.

e institucional, se le ha señalado como el área de estudio propio de los *Sistemas Penitenciarios* o de las *Instituciones Penitenciarias* o, en general, como *Estudios Penitenciarios*. A partir de una óptica más propia del positivismo criminológico, se le conceptualizó como *Ciencia penitenciaria antropológica*, *antropología penitenciaria*, como la tradicional *Science pénitentiaire française*,¹⁷ o con la previa y más extendida denominación causal-explicativa norteamericana de *Penología*.¹⁸ En su contra, la sociología, postuló la existencia de la *sociología-criminal penitenciaria*. Desde una perspectiva más cercana a los fines retributivos de la pena, se le designó como *Preceptiva penitenciaria*, *Derecho carcelario* o *Disciplina carcelaria*. Ámbito de estudio que FOUCAULT denominó posteriormente como *lo carcelario*, esto es, la forma disciplinaria en el estado más intenso.¹⁹ O, de una perspectiva más general, extendida y pretendidamente omnicompreensiva de los mecanismos de reacción penal, como *Derecho de ejecución penal* o *Strafvollzug*.²⁰

A esta confusa terminología contribuyo como causa, como bien expresa Garrido desde una perspectiva crítica, el ensanchamiento que sufrió la Penología a manos de la Ciencia Penitenciaria -en las postrimerías del siglo XIX y principios del XX- que llevo a aquella a ocuparse del estudio en detalle de los diversos sistemas de encarcelamiento, hasta asimilarse casi totalmente con ésta. Y, de igual forma, es también un hecho que la propia ciencia penitenciaria ha ido ensanchando su contenido hasta el extremo de comprender temas ajenos a su propia denominación, ajenos a la pena privativa de libertad, como las medidas de seguridad y las ayudas post carcelarias. Por ello, como bien señala el autor, ante la pérdida de contenido de la Penología a manos de la Ciencia Penitenciaria, se hace necesaria una delimitación de esferas si no se quiere confundir ambas disciplinas.²¹ O, peor aún, antes que se confunda o sea absorbida por otras áreas del Derecho,

¹⁷ Por todos, PINATEL, Jean, *Traité élémentaire de Science Pénitentiaire et de Defense sociale*, Melun, Paris, 1950.

¹⁸ Explicaciones sobre su concepto, contenido y relación con el Derecho penitenciario en, GARRIDO GUZMÁN, Luis, *Compendio de ciencia penitenciaria*, U. de Valencia, Valencia, 1976, pp. 1-5. FERNÁNDEZ, Julio, "Lección 2. Derecho penitenciario. Concepto", en: BERDUGO, Ignacio (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal, Derecho Penitenciario*, IUSTEL, Madrid, 2016, 2º Ed, T. VI, p. 39.

¹⁹ FOUCAULT, cit. (n. 8), p. 300.

²⁰ Por todos: KAISER, Günther; KERNER, Hans-Jürgen; SCHÖCH, Heinz, *Strafvollzug. Ein Lehrbuch*. 4. neubearbeitete und erweiterte Auflage, C.F. Müller Juristischer Verlag. Heidelberg, 1991.

²¹ GARRIDO GUZMÁN, cit. (n.18), p. 3. GARRIDO GUZMÁN, Luis, *Manual de ciencia penitenciaria*. Edersa, Madrid, 1983. p. 15.

como ha ocurrido históricamente en nuestro ámbito cultural, donde la confusión de conceptos y de contenidos se ha traducido en una concepción de administrativa, procesal o meramente reglamentaria de *lo penitenciario*. Esto es, como una mera parte integrante del Derecho administrativo, por razones esencialmente orgánico-institucionales, o del Derecho procesal, por razones esencialmente de competencia de la ejecución penal, cuando no en un engorroso conglomerado normativo reglamentario de diversas procedencias.

Precisamente, desde una visión que más bien niega la autonomía de esta área de estudio, se le designa meramente como *Derecho penal ejecutivo*, *Derecho administrativo penitenciario* o, en el mejor de los casos, como un apéndice del Derecho penal o del Derecho procesal penal.²² Ello, sobre la base de dos supuestos; que el Derecho Penitenciario trata únicamente de la ejecución de la pena y que, por tratarse de una situación que se produce una vez dictada la sentencia condenatoria, el juez no tendría intervención directa alguna en la etapa relativa al cumplimiento de la pena pues se produce su desasimiento. Esto en razón de que en su operación y ejecución intervendría sólo la administración estatal, a través del servicio público a cargo de estas materias, por lo que *lo penitenciario* formaría parte exclusivamente del Derecho Administrativo.

Consecuentemente, entre nosotros, parte de la doctrina penal y alguna destacada doctrina administrativa, han definido al Derecho penitenciario desde esta perspectiva. Así, COUSIÑO, estableció que “el *Derecho Penal Ejecutivo*, llamado comúnmente Penitenciario, trata exclusivamente sobre la ejecución de las penas y es una rama del derecho administrativo en los países en que, como el nuestro, una vez dictada la sentencia condenatoria se produce el desasimiento del juez, el cual ya no tiene intervención directa en la etapa relativa al cumplimiento de la pena”.²³ ETCHEBERRY, en el mismo sentido, al clasificar las ciencias penales, que entiende como el conjunto de disciplinas que estudian el delito desde diversos ángulos, incluye al *Derecho*

²² En España fue la visión sostenida por José Antón Oneca. Entre nosotros, COUSIÑO, Luis, *Derecho Penal Chileno. Parte General*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1975, T.1, p. 23. ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, 3º ed, T.1, p. 61. Con reparos, POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, 2º ed., p. 75.

²³ COUSIÑO, cit. (n. 22), p. 23. El autor fundamenta su posición, además, en la existencia en Chile del Reglamento Carcelario, de 1928, que contiene las normas básicas de carácter penitenciario. De la institución de la libertad condicional, DL n° 321 de 1925, y de la ley n° 7.821 de 1944, sobre remisión condicional de la pena, todas de competencia y control administrativo.

penal ejecutivo, o Derecho penitenciario, derechamente dentro de las Ciencias Jurídicas y no dentro de las ciencias naturales (como la antropología, la sociología y la psicología criminal) o de las ciencias auxiliares (como la criminalística, la medicina legal, la psiquiatría forense y la estadística criminal). Sin embargo, al mismo tiempo lo distingue claramente, aún dentro de aquellas, del Derecho Penal Sustantivo y del Derecho Penal Adjetivo.²⁴ Siguiendo este planteamiento, POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, afirman que también es parte del Derecho Penal el llamado *derecho de ejecución de las penas*, que para ellos comprende las reglas jurídicas relativas al inicio, cumplimiento y control de las penas y medidas de seguridad impuestas como consecuencia de un delito.²⁵ Recientemente, centrándose en la denominada relación jurídica penitenciaria como eje articulador de su concepto, y manteniendo a mi juicio la raíz de la perspectiva en comento, Fernández entiende al Derecho penitenciario como “el conjunto de normas y principios que regulan las relaciones que se producen entre el Estado (representada por la Administración Penitenciaria en su sentido amplio) y la población penal (personas detenidas, sujetas a prisión preventiva y condenadas), que surgen desde el ingreso del imputado o condenado a un establecimiento penitenciario hasta que se revoca o deja sin efecto la medida cautelar personal o se obtenga la libertad definitiva por el cumplimiento de la pena privativa de libertad”.²⁶

Desde la perspectiva del Derecho administrativo, CORDERO afirma la existencia de un *Derecho administrativo penitenciario*, objeto de estudio y de análisis del *Derecho administrativo especial*. Para el autor es el Derecho administrativo el que aporta, en esta área, los conceptos y categorías que permiten explicar la naturaleza de los sujetos que intervienen, la forma como se configuran sus relaciones jurídicas, el régimen de sus procedimientos y actos, así como los principios que han de aplicarse al sistema disciplinario y las técnicas de control por la vía judicial. Razón por las cuales, define al *Derecho administrativo penitenciario* “como el conjunto de normas y principios que rigen a los órganos que integran la Administración penitenciaria en su organización y relaciones internas, así como con las personas sometidas al régimen penitenciario o que integran la denominada población penitenciaria”. Ello, argumentando además que, en la medida

²⁴ ETCHEBERRY, cit. (n. 22), p. 61.

²⁵ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, cit. (n. 22), p. 75.

²⁶ FERNÁNDEZ, Marco, *Derecho Penitenciario Chileno*, Hammurabi, Santiago, 2019, p. 27.

que el Derecho penitenciario reconoce un pilar importante en el Derecho administrativo, es aplicable a los órganos de la Administración penitenciaria y a las personas que están sometidas a esta relación jurídico-administrativa (población penitenciaria) los principios y normas que conforman el estatuto común de la Administración del Estado, partiendo por la Constitución, las Bases Generales de la Administración del Estado, el régimen de sus funcionarios o Estatuto Administrativo, sus actos y procedimientos, las compras que realicen, la transparencia de la función pública y acceso a la información, etc., con las excepciones que contemplen sus estatutos especiales.²⁷

En el mismo sentido, pero desde una defensa de la integridad del Derecho penal y de la función de garantía de los fines de la pena y de los derechos del penado ante el Derecho administrativo y el Derecho procesal, se postula que, dada la copiosidad de preceptos sobre penas y reglas carcelarias, y ante la evidente conveniencia de sistematizarlos, el Derecho penitenciario puede constituir un dominio distinto dentro del Derecho penal. Específicamente, en el marco de la ejecución de la pena.

Así, para ANTÓN ONECA, el hecho de que la Administración disponga de un servicio de prisiones no significa, ni implica, la naturaleza administrativa del derecho aplicado, como el servicio de Administración de Justicia no puede suponer que las normas por sus órganos aplicadas reciban tal carácter. La atribución al Derecho procesal, a su vez, erróneamente se funda en una confusión entre la ejecución de la sentencia y la de la pena. Olvidando que la ejecución de las penas carcelarias está determinada por los fines a que se ordena la función penal y tienen, por consiguiente, naturaleza sustantiva. Por ello, el autor en comentario, no ve tan clara la distinción del derecho penal, al que corresponde fijar el contenido y gravedad de las penas necesarias para la realización de los fines propios de esta rama jurídica. Para él, todo ello depende tanto de la ejecución como de la duración. E incluso la duración, gracias a instituciones modernas como la libertad condicional y la sentencia indeterminada, queda actualmente fijada en el período de ejecución.²⁸

Con este planteamiento queda abierta una nueva variable que, mal entendida, añade un nuevo elemento a la confusión terminológica; la

²⁷ CORDERO QUINZACARA, Eduardo, "El control jurisdiccional de la actividad de la administración penitenciaria", Informe en Derecho n° 01-2009/Noviembre, Departamento de Estudios Defensoría Penal Pública, Santiago, 2009, p. 17-18.

²⁸ ANTÓN, José, *Derecho Penal*, Akal, Madrid, 1986, 2° ed, p.21.

ejecución de la pena ya dictada, sus fines y del fundamental rol que debe cumplir al respecto la autoridad estatal como garante de su cumplimiento. Cuestión sobre la que volveré más adelante pero sobre la cual baste señalar ahora que ya está presente también en NOVELLI, que definía el Derecho penitenciario precisamente como “el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y las medidas de seguridad, a comenzar desde el momento en que se convierte en ejecutivo el título que legitima la ejecución”.²⁹

Sin embargo, la existencia de esta variopinta terminología, no debe hacernos olvidar que, como bien señaló CUELLO CALÓN en su momento, la definición o calificación original de *Derecho penitenciario* surgió para designar exclusivamente a ciertas y determinadas penas, las privativas de libertad, y a sus diversos sistemas de ejecución, ambos claramente inspirados en un sentido de la pena propia o cercana a la expiación reformadora.³⁰ Adjetivo que, incluso en su tiempo, fue ampliamente criticado, no sólo por la carga religiosa que etimológicamente el concepto *penitenciario* arrastra, sino por ser incluso señalado como un lastre para su desarrollo como disciplina científica.³¹

Hoy, en cambio, resulta evidente que tal contenido inicial del Derecho penitenciario ha dado lugar progresivamente a áreas o contenidos distintos y más amplios que la mera expiación. Ejemplo evidente de ello, es su extensión hacia el fin resocializador, hacia la aplicación o ejecución de medidas de seguridad, el establecimiento y supervigilancia de recintos post carcelarios de carácter asistencial o de la ejecución masiva de otro tipo de penas no necesariamente privativas de libertad o alternativas a ésta. Todo ello ha sido el fruto, no sólo del propio desarrollo de los distintos sistemas carcelarios,³²

²⁹ NOVELLI, Giovanni, “L’ autonomia del Diritto Penitenziario”, *Rivista di Diritto Penitenziario*, 1933, p. 5 y ss. NOVELLI, Giovanni, “La autonomía del Derecho penitenciario”, *Revista Penal y Penitenciaria*, 1943, nº 29-30, pp. 425 y ss.

³⁰ CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal. Parte General*, Bosch, Barcelona, 1960, 13º ed, T.1, pp. 745-746.

³¹ TELLÉZ, cit. (n. 15), p.10. MARCÓ DEL PONT, Luis, *Derecho penitenciario*, Cárdenas, México DF, 1998, 2º ed, p. 9.

³² Sobre las grandes líneas de avance de los sistemas penitenciarios, PAVARINI, Massimo, “El orden carcelario. Apuntes para una historia material de la pena” en: BAIGÚN, D.; BINDER, A.; MAYER, J. (Coords.), *El derecho penal hoy. Homenaje al profesor David Baigún*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1995, pp. 567-596. PAVARINI, Massimo, “Fuera de los muros de la cárcel: la dislocación de la obsesión correccional”, en: BUSTOS, Juan (Dir.), *Prevención y teoría de la pena*, Ed. Jurídica Cono Sur, Santiago, 1995, p. 155-174. MARCÓ DEL PONT, cit. (n. 31), p. 55-176. BARATTA, cit. (n. 8), p. 193-208. SÁNCHEZ, Cristóbal, “La aparición y evolución de los sistemas penitenciarios”, *Anales de Derecho*, 2013, nº 31,

en países como Italia,³³ Francia,³⁴ Alemania,³⁵ o España,³⁶ o de la influencia directa sobre su contenido de las diversas corrientes o teorías de la pena que, ya desde inicios del s. XIX con la obra de VON FEUERBACH,³⁷ le disputan a la retribución su exclusividad como teoría y praxis de la justificación de la pena. Sino también, de la creciente normativa internacional que, desde mediados del s. XX, post segunda guerra mundial, ha venido a complementar el escaso contenido material del tradicional Derecho penitenciario, desde los Derechos fundamentales.

Por ello, como bien se señala respecto del caso Italiano, aunque la ley penitenciaria fue originalmente conceptualizada sólo como un sector del derecho administrativo, que específicamente sólo reglaba la disciplina y organización de personas y medios dentro de una institución carcelaria, los criterios organizativos de la vida en prisión no puede ignorar los cánones que inspiran las actuales normas constitucionales en materia de ejecución

pp. 139-179. MATA Y MARTÍN, cit. (n. 16), pp. 117 y ss.

³³ Sobre los avances del sistema carcelario italiano, desde principios del s. XX, y la importante obra de Giovanni Novelli, TELLEZ, cit. (n. 15), pp. 12-22. Para una historia del sistema carcelario italiano, NEPPI, Guido, "Carcere e società civile", en Romano, R.; Corrado, V. (coords), *Storia d'Italia, Vol. V - I Documenti*, Einaudi, Torino, 1973, T.2, pp. 1903-1998; NEPPI, Guido, "Appunti per una storia parlamentare della riforma penitenziaria", *La Questione Criminale*, 1976, Vol. 3, n° 2, pp. 319-372. ZEPPÌ, Arianna, "La riforma dell'ordinamento penitenziario", *AmbienteDiritto.It*, 2005, disponible en línea: https://www.ambientediritto.it/dottrina/Dottrina2005/riforma_ord_penitenziario_zeppi.htm, 31 de julio de 2019. TRONCONE, Pasquale, *Manuale di Diritto Penitenziario*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 51-64. DELLA RAGIONE, Luca, *Compendio de Esecuzione e Diritto Penitenziario*, Nel Diritto, Molfetta, 2019, pp. 231-235.

³⁴ Sobre las distintas etapas de evolución del sistema carcelario francés, desde la época pre revolucionaria, la restauración, el positivismo, el Gobierno de Vichy, la Nueva Defensa Social hasta el presente, DUROCHÉ, Jean-Philippe; PEDRON, Pierre, *Droit Pénitentiaire*, Vuibert, Paris, 2016, 3° ed., pp. 17-56.

³⁵ Para un análisis del desarrollo histórico de la prisión en Alemania, KAISER, KERNER y SCHÖCH, cit. (n.20), pp. 79-134.

³⁶ Sobre la evolución del sistema en España, BUENO ARÓS, Francisco, "Historia del Derecho penitenciario Español" en: BUENO, F.; DE LA CUESTA, J. (Coords.), *Lecciones de Derecho Penitenziario*, U. de Alcalá de Henares, Salamanca, 1989, 2° ed, pp. 9-30; GIMÉNEZ-SALINAS, Esther, "Autonomía del Derecho penitenziario. Principios informadores en la LOGP", *Cuadernos de Derecho Judicial (Madrid)*, 1995, n° 33, pp. 69 y ss, esp. pp. 71-75; GARCÍA, Carlos; FIGUEROA, María, "La Justicia penal y penitenziaria entre el Antiguo Régimen y el Moderno: los años de consolidación" en: GARCÍA, Carlos; Et AL., *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008, T.II, pp. 2327-2355. Sobre el sistema penitenziario español actual, en detalle, FERNÁNDEZ, Luis; NISTAL, Javier, *Derecho Penitenziario*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2016, pp. 365 y ss.

³⁷ Al respecto, MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, Bosch, Barcelona, 1975, pp. 200. MORRILLAS CUEVA, Lorenzo, *Metodología y ciencia penal*, U. de Granada, Granada, 1990, p. 142. En detalle, DURÁN, Mario, *Introducción a la ciencia jurídico penal contemporánea*, Ed. Jurídicas de Santiago, Santiago, 2006, pp. 59 y ss., esp. pp. 63.

de la pena, puesto que los principios sustanciales y de fines de la pena que gobiernan esta materia han terminado por incidir finalmente en aquellas.³⁸

Más aún, en relación a este último punto, debe considerarse que la generalidad de la normativa internacional, los acuerdos y tratados internacionales suscritos por múltiples Estados nacionales aplicables a la materia penitenciaria, son además de aplicación obligatoria -y directa- en virtud no sólo de las respectivas Constituciones sino de las nuevas normas incluidas en las más recientes reformas procesales penales, por tratarse precisamente de temas vinculados directamente con los Derechos Humanos. Baste para explicitar lo anterior, en el caso chileno, el mandato contenido en el art. 5 inc. 2° de la Constitución Política de la República y las múltiples normas del Código Procesal Penal que hacen mención a la obligatoria aplicación directa de los Tratados Internacionales.

Es por ello que no nos debe extrañar que, dentro de sus múltiples tareas del período post segunda guerra mundial, haya sido precisamente la Organización de Naciones Unidas quien se haya preocupado de generar, aprobar y establecer el *modelo jurídico mínimo de Derecho penitenciario*, a través de una serie de Tratados, pactos y reglas,³⁹ para aquellos países regidos por el Estado de Derecho, orientados hacia la pena resocializadora y el respeto de los derechos fundamentales de los condenados por la comisión de un delito.

Asimismo, en el ámbito específicamente americano, a este respecto se puede destacar *La Convención Americana sobre DDHH* (Pacto San José de Costa Rica) y a la *Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura*, como los instrumentos básicos tendientes a tales objetivos. Y, a

³⁸ TRONCONE, cit. (n. 33), p. 15.

³⁹ Entre tal normativa internacional debe destacarse, entre otras, la propia *Declaración Universal de DDHH*; el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; *Las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*: 1° Congreso ONU sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Ginebra, 1955, aprobadas por la ONU en 1957 y ratificadas en 1977 que contiene 95 reglas; *Los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos*: adoptados por la Asamblea General de la ONU, Resolución 45/111 en 1990, que contiene 11 principios el cual reitera lo establecido en los demás instrumentos internacionales respecto a los derechos de los reclusos; *Las Reglas mínimas ONU para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)*, aprobada por la Asamblea General de la ONU, Res. 40/33, anexo, 40 U.N. GAOR Supp. (No. 53) p. 207, ONU Doc. A/40/53, 1985; *Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, 1990; *La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes*; La Resolución 1/08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas* de 2008.

su vez, al *Manual de instrucciones para la evaluación de la justicia penal de Naciones Unidas*, medidas privativas y no privativas de libertad, el sistema penitenciario, como un medio normativo de verificación de tales contenidos.⁴⁰

En el caso de la Unión Europea, más claro aún, como bien señala BUENO ARÚS,⁴¹ el Consejo de Europa ha pretendido desde antiguo, a través del Comité Europeo de Problemas Criminales y para el ámbito de sus Estados miembros, superar el modelo mínimo establecido a nivel internacional por la Organización de Naciones Unidas y, ya con fecha 19 de enero de 1973, el Comité de Ministros aprobó un *Conjunto de reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, modificadas y ampliadas por las actuales *Reglas Penitenciarias Europeas*, adoptada por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006, y que justamente van más allá de las Reglas de las Naciones Unidas en varios aspectos pues no sólo refuerzan el respeto de los derechos humanos de los reclusos y la vigencia del principio de legalidad de la ejecución, adoptan nuevos métodos de tratamiento e incorporan modernos procedimientos resultantes del progreso tecnológico.⁴²

Por ello, más allá de la múltiple nomenclatura utilizada en el desarrollo de esta área del Derecho, con razón se afirma que hoy,⁴³ en general, tanto en la doctrina española como en la italiana, se ha impuesto la expresión *Derecho penitenciario*, a diferencia de la tradicional doctrina alemana donde aún se habla de *Derecho de ejecución penal*. Siendo lo realmente importante, a mi juicio, la constatación de que, gracias al imperativo normativo internacional, a la discusión sobre los fines de la pena, al creciente reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales y a la necesaria sistematización jurídica, se ha logrado delimitar el concepto científico del mismo. Y que, a su vez,

⁴⁰ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (Eds.), *Manual de instrucciones para la evaluación de la justicia penal de Naciones Unidas: Medidas privativas y no privativas de libertad, el sistema penitenciario*, ONU, Ginebra, 2010, en línea: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/The_Prison_System_Spanish.pdf, 31 de julio de 2019.

⁴¹ BUENO ARÚS, FRANCISCO, "El Consejo de Europa y el Derecho Penitenciario" en: DIEZ RIPOLLES, J. (Coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 1049-1064. Esp. p. 1049.

⁴² CONSEJO DE EUROPA (Eds.), *Reglas Penitenciarias Europeas. Recomendación Rec (2006) 2 del Comité de Ministros a los Estados miembros*, 2006, en línea: http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/legislacion/REG_PEN_EUR_ES.pdf, 31 de julio de 2019. En detalle, MAYA Y MARTÍN, cit. (n. 16), pp. 223 y ss.

⁴³ TAMARIT, JOSEP; SAPENA, FRANCESC; GARCÍA, RAMÓN, *Curso de Derecho penitenciario (Adaptado al nuevo Reglamento Penitenciario de 1996)*, CEDECS, Barcelona, 1996, pp.18-19.

gracias en gran medida a tales factores, el Derecho penitenciario moderno ha adquirido y desarrollado nuevos fines, contenidos y materias, que han sido establecidos por distintas constituciones y leyes penitenciarias comparadas. Todo lo cual, a mi juicio, ha contribuido a desbordar teleológicamente el tradicional objeto *administrativo* del viejo Derecho penitenciario que ya no se reduce -materialmente- a la mera ejecución o cumplimiento de las sanciones penales privativas de la libertad.

III. DELIMITACIÓN DE LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENITENCIARIO

Tal como se señala arriba, el presente apartado tiene como objetivo abordar el tema de la función o rol del Derecho penitenciario. Para ello, se desarrollará la problemática relativa a la determinación de su ubicación en el sistema jurídico general y en el sistema jurídico-penal en particular, con el objetivo de resaltar lo esencial que resulta el reconocimiento de derechos y garantías materiales al condenado, al momento de la ejecución penal, para la correcta concreción de tal función o rol en un sistema jurídico concreto.

Para abordar esta cuestión, parto de la premisa de que el tema de la función o rol del Derecho penitenciario se relaciona directamente con la determinación o concreción Constitucional o legal que el legislador realiza, entre otras cuestiones relativas al sistema penal y del fin de la pena, de su ubicación en el sistema jurídico.⁴⁴ Ello condiciona, normativamente, tanto el rol o función que le cabe al Derecho penitenciario, como su vinculación con el sistema jurídico en general y con el sistema jurídico penal en particular.⁴⁵

El asunto tiene su complejidad pues el verdadero problema a dilucidar, como punto de partida básico arriba ya advertido, es entender que el tema de fondo es el contenido y la dirección que se le otorgue a la ejecución penal, como fenómeno general. Ejecución penal que, como bien señala RIVERA,⁴⁶

⁴⁴ Al respecto, en detalle, DURÁN, cit. (n. 12), 2011, pp. 142-162. DURÁN, cit. (n. 12), 2015, pp. 282-306. DURÁN, cit. (n. 12), 2016, pp. 275-295. DURÁN, cit. (n. 13), pp. 663-678.

⁴⁵ Al respecto, DURÁN, Mario, "Definiciones previas para la construcción de un moderno Derecho Penitenciario en Chile", *Revista de Ciencias Penales Sexta Época*, 2016, Vol. XLIII, n° 3, pp. 77-93.

⁴⁶ Así, desde luego por los penalistas, dentro de la teoría general de la pena. Por los procesalistas, especialmente los dedicados al proceso penal, en cuanto a sus condiciones y presupuestos, sus órganos competentes y todos los incidentes que se puedan producir durante la ejecución, entre otras cuestiones. Y, desde una perspectiva todavía más amplia, por los criminólogos, en lo que respecta a las funciones que debe cumplir la pena privativa de libertad o las competencias de la administración. RIVERA, Iñaki, *La Cuestión Carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política Penitenciaria*, Ed. del Puerto,

ya ha sido correcta y bastamente estudiada desde distintas perspectivas y por diversos especialistas. Pero que, sin embargo, en vez de ayudarnos a una mejor determinación de su posible ubicación desde una perspectiva netamente jurídica, nos ha llevado a algunos equívocos que perduran hasta nuestros días, sobre todo en los sistemas donde tal materia no está regulada expresamente o sólo lo está parcialmente, como departamento estanco del Derecho administrativo, del Derecho penal o del Derecho procesal penal.

Por ello, desde una primera etapa de análisis, el Derecho penitenciario, en su rótulo *Derecho de la ejecución penal*, aparece claramente integrado al Derecho público y, particularmente, al Derecho penal y la ejecución de la pena. Así, para BAUMANN,⁴⁷ la ciencia jurídico penal, en cuanto parte integrante del Derecho público interno o nacional del Estado, estaría compuesta por dos grandes sectores, entre los que existen múltiples vinculaciones pues integran, en definitiva, un único sistema: el sustancial o Derecho penal material y el adjetivo o Derecho procesal penal, en el que se incluiría al enjuiciamiento y la ejecución o cumplimiento de la pena.

Más aún, para algunos lo que tradicionalmente se entiende por *ius poenale* sólo constituye una parte, la central ciertamente, que sateliza los demás módulos del sistema penal, pero no es el único. Razón por la que la denominación Derecho penal cabe ser utilizada en dos acepciones; una amplia y referida al Derecho que regula el sistema penal, y otra estricta o tradicional que se refiere, exclusivamente, a uno de los elementos de dicha esfera normativa. Ello nos lleva a que bajo el rótulo de Derecho penal, en sentido amplio, haya de acogerse, no sólo al Derecho penal, en sentido estricto, sino al Derecho policial y al *Derecho penitenciario*, como mínimo.⁴⁸ O, como lo que PRADEL entiende como *el conjunto penal*, en el que se debe entenderse incluido el derecho penal general, el especial, el procedimiento penal, el derecho penitenciario y, en la medida en que cada ordenamiento define sus propias normas, el derecho penal internacional.⁴⁹

Buenos Aires, 2006, Vol. I., pp. 301-302.

⁴⁷ BAUMANN, Jürgen, *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*, Depalma, Buenos Aires, 1973, pp. 20-22. En el mismo sentido, BAUMANN, Jürgen, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, Depalma, Buenos Aires, 1986, pp. 2-9.

⁴⁸ QUERALT, Joan, "Praxis y Dogmática jurídico-penal", *Foro Canario*, 1991, n° 83, p. 78.

⁴⁹ PRADEL, Jean, "El Derecho penal comparado. Breves reflexiones sobre una disciplina del futuro", en: ARROYO, L.; BERDUGO, I. (Coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Ed. U. de Castilla-La Mancha - U. de Salamanca, Cuenca, 2001, Vol I, p. 479.

En este sentido, MAURACH distingue tres columnas al interior del concepto de *Derecho penal* en sentido amplio. En la que destaca, más que su dificultad teórica, la gran importancia práctica de la delimitación pues no siempre es sencilla, sobre todo porque la regulación legal generalmente no se atiene a la separación lógica de los tres instrumentos de la política criminal. Principalmente, cuando el pasado ejerce tanta influencia sobre el derecho positivo que llega a serle ajena esta clara separación de campos. El derecho de ejecución penal, y especialmente el derecho penitenciario, comprensiblemente, dada la poca importancia de las penas privativas de libertad en el pasado, no son sino un apéndice del derecho penal sustantivo.

Por ello, según MAURACH, el *derecho penal sustantivo* estaría compuesto por la teoría del delito y sus consecuencias jurídicas (parte general) y por los tipos penales particulares (parte especial). El primero establece los presupuestos que dan origen al uso del poder punitivo (teoría del delito y sus formas particulares de aparición), describe el contenido de las consecuencias jurídicas (teoría de las penas y medidas preventivas) y regula el acoplamiento de los presupuestos y las consecuencias. Así, es derecho sustantivo pues establece qué debe ser, mas no así la forma en que ello se realiza. Por lo mismo, no se refiere al procedimiento de acuerdo al cual se determinan las consecuencias del ilícito, ni tampoco a los pormenores de la ejecución de sus disposiciones. Por ello, se diferencia del *derecho penal formal*, que regla la manera en que se realiza el poder punitivo estatal, y que se subdivide a su vez en dos partes: en el procedimiento de determinación, que es tarea del derecho procesal penal, y en el procedimiento de ejecución de la pena, el cual depende del derecho de ejecución penal. Por esta razón, afirma MAURACH, desde un punto de vista sistemático, el *derecho penitenciario* no es más que una parte del derecho de ejecución penal, el de mayor importancia dentro de éste, pues se refiere a la forma práctica de la pena privativa de libertad.⁵⁰

En la misma lógica, JESCHECK plantea que el Derecho Penal, en un sentido amplio, se apoya en tres pilares: en el Derecho Penal material, en el Derecho Penal formal o Derecho Procesal Penal (incluido el Derecho de Organización de los Tribunales Penales) y en el Derecho de ejecución de la pena.⁵¹ A este último, además, se encontraría sistemáticamente adscrito,

⁵⁰ MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal Parte General I. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, Astrea, Buenos Aires, 1994, pp. 30-31.

⁵¹ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte General*. Traducción de OLMEDO, Miguel,

y como parte especial diferenciada, el *Derecho Penitenciario* que regula la forma y clase de cumplimiento de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad en los establecimientos penitenciarios. También integraría al Derecho de ejecución de penas el *Derecho penal registral*, que regula la inscripción y cancelación de condenas firmes en el Registro Central Federal, el Registro de medidas educativas, el Registro Central de Tráfico, así como el suministro de la información en ellos contenida. En cambio, el cumplimiento de las medidas alternativas a la pena, como la asistencia en la libertad condicional o la libertad vigilada, deberán ser consideradas como una parte del Derecho de ejecución de la pena.

Más aún, y en concordancia con lo anterior, SANDOVAL señala que la regulación jurídica de la pena privativa de libertad se encuentra o es abarcada parcialmente tanto por normas de carácter sustancial o material, procesales y de ejecución penal, independientemente del texto concreto en que se ubiquen.⁵² Esto es, se ubican en parte en el Derecho penal sustantivo, en la medida en que este contiene normas jurídicas relativas a su determinación y a su extensión. En el Derecho procesal penal, que establece las normas, principios y procedimientos en virtud de los cuales legítimamente se puede imponer la pena privativa de libertad al ciudadano infractor de la ley penal sustantiva. Y, parcialmente también, en el derecho de ejecución penal, en cuanto reglamente su aplicación fáctica, específicamente, a través del *Derecho penitenciario*.

Es ROXIN quien aclara la delimitación. En su concepto, el Derecho penal trata las conductas conminadas con pena en cuanto a sus presupuestos y consecuencias. Se ocupa por tanto del objeto propiamente dicho, de la *materia* de la Justicia penal y se denomina por ello también *Derecho penal material*. Por esta razón, argumenta, debe delimitarse de otros campos jurídicos emparentados que sólo junto con el Derecho penal regulan legalmente todo el campo de la Justicia penal y que hacen del hecho, el autor y la persecución penal el objeto de los esfuerzos legislativos y científicos. Los más importantes de esos campos jurídicos vecinos, afirma, son el Derecho procesal penal, el Derecho de la medición de la pena, el Derecho penitenciario, el Derecho penal juvenil y la criminología. Siendo el *Derecho penitenciario*, el área que se añade al hecho punible, al proceso

Comares, Granada. 2002, 5° ed., pp. 18-19.

⁵² SANDOVAL, Emiro, *La pena privativa de la libertad en Colombia y en Alemania Federal*, Temis, Bogotá, 1988, p. 2.

penal y a la determinación de la pena y que contiene todas las disposiciones legales sobre el cumplimiento de la pena de prisión, así como de las medidas privativas de libertad.⁵³

Es más, como bien señalan COBO DEL ROSAL y VIVES, en el actual estado de la ejecución penal, resulta ya innecesario destacar la íntima relación existente entre el Derecho penal y el Derecho penitenciario pues, en la medida en que las penas privativas de libertad siguen siendo la base del sistema penal, éste último es el normalmente llamado a regular la parte fundamental de la ejecución penal. Lo que sí deja de manifiesto esta relación es la importancia de que el llamado Derecho penal de ejecución, y el Derecho penitenciario, pertenezcan o no a la Administración, o que ésta detente importantes competencias en la fase ejecutiva de las penas privativas de libertad, ya que tal pertenencia histórica es generalmente el hecho que permitió que las garantías penales tendieran a desvanecerse, a última hora, y en los momentos decisivos. Lo relevante, y lo que debe destacarse por ello, según estos autores, son los avances jurídico-formales que se puedan realizar en tal sentido como es, para el ejemplo español, la dictación de la *Ley Orgánica General Penitenciaria*, de 26 de Septiembre de 1979.⁵⁴

Por todo ello, como bien se señala,⁵⁵ sin duda puede afirmarse que el Derecho penitenciario es esencialmente una parte del Derecho de la ejecución penal pero, que al mismo tiempo, es un área que ha alcanzado una sustantividad propia a causa del carácter preeminentemente que ocupan las penas privativas de libertad en el sistema de penas vigentes y, especialmente, de la expansión y dispersión normativa producida en la materia. Esto es, y dicho de otro modo, el derecho de ejecución penal, al referirse a la iniciación, adelantamiento y vigilancia de la ejecución de todas las consecuencias jurídicas provenientes de una sentencia firme, constituye la prolongación general de la punibilidad penal en el proceso de control social. Por ello, en cambio, el *Derecho penitenciario* poseería un alcance menor que éste, pues sólo se ocupa de la ejecución de una modalidad de reacción institucional: la privación de la libertad.⁵⁶

⁵³ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Civitas, Madrid, 1997, T.1, pp. 45-46.

⁵⁴ COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES, Tomás, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, 5º ed., pp. 47-48.

⁵⁵ TAMARIT, SAPENA y GARCÍA, cit. (n. 43), p. 19.

⁵⁶ SANDOVAL, cit. (n. 52), p. 9.

Lo relevante, sin embargo, como bien afirma ZAFFARONI, es que más allá de su autonomía, las normas de ejecución penal no pueden afectar garantías constitucionales, sea cual fuere su naturaleza, y la determinación a este respecto dependerá del alcance que se le otorgue a la disposición constitucional en cuestión y no de la naturaleza penal, procesal, administrativa o autónoma de la ley penal ejecutiva de que se trate. Lo que es indudable es que existe -y no puede faltar- un conjunto de normas positivas que se relacionan a los diferentes sistemas de penas; a los procedimientos de aplicación, ejecución o cumplimiento de las mismas; a la custodia y tratamiento; a la organización y dirección de las instituciones y establecimientos que cumplen con los fines de la prevención, represión y rehabilitación del delincuente, inclusive aquellos organismos de ayuda social para los internados y libertados.⁵⁷

Por ello, el punto de inflexión al respecto o quiebre de visión a acerca de la existencia y ubicación del Derecho penitenciario, como disciplina jurídica autónoma, se produce sólo desde el momento en que el respectivo sistema jurídico reconoce determinados derechos y garantías materiales al condenado en la ejecución penal, sea desde el ordenamiento internacional, en su propia Constitución y desde luego en la propia ley nacional. Derechos y garantías que, a excepción de los limitados o restringidos por la sentencia condenatoria, por el sentido y alcance de la pena asignada, deben ser estrictamente respetados en un Estado de Derecho. Como bien se ha señalado, es precisamente en este contexto que surge el derecho de ejecución penal que, en su parte referida a la ejecución de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad, recibe el nombre de *Derecho penitenciario*.⁵⁸

Más aún, en este contexto, la propia configuración del principio de legalidad debe reajustarse de acuerdo a estos nuevos parámetros.

Así, en relación con el Derecho Colombiano, VELÁSQUEZ deduce las prerrogativas de la ejecución penal del enunciado *nulla poena, nulla mensura sine regimine legale, sine humanitae, sine resocializatione*, esto es, no hay pena ni medida de seguridad sin adecuado tratamiento penitenciario y asistencial; sin tratamiento humanitario; sin resocialización.

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1980, T.1, p. 202.

⁵⁸ GARCÍA VALDÉS, Carlos, "Derecho penal español: notas sistemáticas", en BUENO, F.; DE LA CUESTA, J. (Coords.), *Lecciones de Derecho Penitenciario*, U. de Alcalá de Henares, Salamanca, 1989, 2° ed., p. 33; RODRÍGUEZ, Antonio, *Lecciones de Derecho penitenciario, adaptadas a la normativa penal vigente*, Comares, Granada, 1997, p. 3. FERNÁNDEZ y NISTAL, cit. (n. 36), pp. 319-320.

Para este autor, las prerrogativas que deben rodear la ejecución penal, tratándose de penas o de medidas de seguridad, según el *principio de legalidad*, implican lo siguiente: en primer lugar, que la sanción penal debe estar presidida por un tratamiento penitenciario y asistencial, pues su ejecución debe rodearse de máximas garantías con miras a que el reo esté protegido debidamente por el Estado, que no puede dejarlo a su suerte, y propiciar su degradación y la pérdida de su identidad como persona humana. En segundo lugar, que no hay sanción penal sin tratamiento humanitario, puesto que la ejecución de la pena y la medida de seguridad debe atender a la calidad de ser humano que tiene el reo (principio de humanidad, derivado del postulado más general de la dignidad de la persona humana), que, aun dentro de la limitación y restricción de bienes jurídicos que por su condición le vienen impuestas, debe ser atendido acorde a su dignidad de persona, sin que al Estado le esté permitido cosificarlo para sus fines. En tercer lugar, significa que no hay pena sin resocialización, pues el tratamiento brindado al reo debe estar encaminado a rehabilitarlo, a curarlo cuando padezca de anomalías físicas y mentales, a reincorporarlo a la sociedad en condiciones aptas para la convivencia.⁵⁹

Asimismo, respecto del reajuste de la configuración del principio de legalidad de acuerdo a estos nuevos parámetros, a propósito del Derecho español, CARBONELL señala que el principio de legalidad en la ejecución parece recogido por el artículo 3.2 del Código Penal Español cuando afirma que “tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes”. Así, para el autor, el principio de legalidad en la ejecución de las penas, no es sólo reserva de ley, sino también una reserva de reglamento pues, de hecho, el reglamento penitenciario desarrolla ampliamente la Ley Orgánica General Penitenciaria, aun cuando ésta regule de manera premiosa casi toda la materia objeto de su ámbito.⁶⁰

Es precisamente este punto el que nos aclara la función y la ubicación del Derecho penitenciario moderno. Sólo cuando se constata la necesidad de estudiar orgánicamente todos y cada uno de los presupuestos

⁵⁹ VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Temis, Bogotá, 2004, 2° ed., p. 61.

⁶⁰ CARBONELL, Juan Carlos, *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, 3° ed., p. 121.

necesarios para realizar una jurídica (humana, justa y correcta) ejecución penal, sistematizando de forma coherente todas las normas pertinentes a la ejecución penal, es cuando el desarrollo de la normativa propiamente penitenciaria alcanza una relevancia evidente.⁶¹

Es en este sentido, como arriba adelantaba, que el tema de la función o rol del Derecho penitenciario se relaciona directamente con la determinación o concreción Constitucional o legal que el legislador realiza de las principales cuestiones relativas al sistema penal y al fin de la pena. Y que, bajo una óptica teleológico-funcional, significaría la orientación de la pena al cumplimiento de objetivos político-criminales.⁶² De allí, lo esencial que resulta el reconocimiento de derechos y garantías materiales al condenado y el establecimiento de fines al momento de la ejecución penal, para la correcta concreción de la función o rol del Derecho penitenciario en un sistema concreto.

Así es, por ejemplo, en Italia, donde la Constitución de 1947 en su art. 27, estableció que las penas no podrán consistir en tratos contrarios al sentido de humanidad y deberán encaminarse a la reeducación del condenado. En consonancia, la Ley Penitenciaria Italiana, n° 354 de 1975, no obstante su reciente modificación, aún pretende desarrollar el mandato constitucional que concibe la ejecución penal como un instrumento para la reeducación y resocialización del reo. O en España, donde la Constitución de 1978 en su art. 25.2, establece que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados”. Agregando que el condenado a pena de prisión gozará de todos sus derechos fundamentales, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. Y que, en todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad. Y donde su Ley Orgánica General Penitenciaria, n° 1/1979, a su vez, tiene como objetivos centrales no solo la reeducación y reinserción social como finalidad de la prisión, sino racionalizar el régimen de sanciones para los internos, fomentar y ampliar sus relaciones con el mundo exterior, y establecer un control judicial de la etapa de ejecución.

⁶¹ MATA Y MARTÍN, cit. (n. 16), p. 105.

⁶² Así, en detalle, DURÁN, cit. (n. 45), p. 85 y ss.

IV. EL MODERNO CONCEPTO DE DERECHO PENITENCIARIO Y LA CONSTRUCCIÓN TELEOLÓGICA DE SU CONTENIDO Y FUNCIÓN

Una vez delimitado terminológicamente y establecida su ubicación y fines, estamos en condiciones de abordar el moderno concepto de Derecho penitenciario, así como la construcción teleológica de su contenido y función.

Modernamente, en una primera y tradicionalmente aceptada acepción, el *Derecho penitenciario* ha sido definido por GARCÍA VALDÉS como “el conjunto de normas reguladoras de la ejecución de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad”.⁶³ Y, en una acepción más amplia, suele ser concebido como “el conjunto de normas que regulan la ejecución de las penas y medidas de seguridad privativas de la libertad y la relación jurídica que surge como consecuencia de la detención y prisión provisional”.⁶⁴

Conceptualmente, en este sentido moderno, se tiende a remarcar la idea de que el Derecho penitenciario se ocupa del cumplimiento o ejecución de una clase de penas, las privativas de libertad, que siguen suponiendo la sanción principal en muchos sistemas penales y cuyo cumplimiento, en cualquier caso, por las peculiaridades, duración y dureza de la prisión, plantea los mayores problemas. Igualmente, se resalta que el moderno Derecho penitenciario se ocupa del cumplimiento de las medidas de seguridad de internamiento o privativas de libertad y de ciertas sanciones sustitutivas de la prisión, como la condena condicional, la libertad condicional, el arresto domiciliario, el arresto de fin de semana o el trabajo de utilidad pública o al servicio de la comunidad.⁶⁵

Dicho de otra forma, la idea que modela esta moderna conceptualización es que la ejecución penal, generalmente conocida como *Derecho penitenciario*

⁶³ GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Comentario a la legislación penitenciaria*, Civitas, Madrid, 1982, p. 18. GARCÍA VALDÉS, Carlos, “Sobre el concepto y el contenido del Derecho Penitenciario”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1986, n.º 30, pp. 661-670. GARCÍA VALDÉS, Carlos, “Introducción al Derecho penitenciario español: notas sistemáticas”, en GARCÍA, Carlos; GARRIDO, Luis; DE LA CUESTA, José, (Coords.), *Comentarios a la Legislación penal: Ley Orgánica General Penitenciaria*, Vol. I, Edersa, Madrid, 1986, T.VI, p. 4. En el mismo sentido, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002, p. 572. TAMARIT, SAPENA y GARCÍA, cit. (n. 43), p. 19. FERNÁNDEZ, cit. (n. 18), p. 42. MATA y MARTÍN, cit. (n. 16), p. 108. En el mismo sentido, pero citando a Müller-Dietz, CERVELLÓ, Vicenta, *Derecho penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 4.º ed. p. 23.

⁶⁴ RODRÍGUEZ, cit. (n. 58), p. 4.

⁶⁵ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Derecho penal Parte General*, B de F, Buenos Aires, 2016, 3.º ed., p. 107.

(dado que las penas más importantes son las privativas de libertad y las medidas de seguridad más importantes la conllevan), contiene las normas materiales y formales para la ejecución de las sanciones penales (penas y medidas de seguridad), con especial consideración de las que consisten en privación de la libertad personal o la implican.⁶⁶

En ambas acepciones, sin embargo, se destaca la forma característica de concebir la ejecución de las penas y la relevancia que le asignan, dentro de ellas, a la pena privativa de libertad. Esto es, ambas clases de definiciones distinguen la ejecución penal como una materia jurídica homogénea, que de hecho da origen a un sector o parcela autónoma dentro del ordenamiento jurídico; el Derecho penitenciario.

Por ello, como bien se señala, ambas definiciones abogan por incluir en el contenido del Derecho penitenciario, no sólo a la *pena privativa de libertad*, por sus especiales condiciones de cumplimiento y características de ejecución, que precisan de una especialización o de una regulación propia e independiente de las demás penas. Si no también a las *medidas de seguridad* que, aunque también podría concebirseles de forma autónoma, tanto por razones históricas, de seguridad jurídica como de organización y control deben incluirse aquí. Amplitud conceptual que, en ambos casos, jurídicamente se justifica y sostiene en los procesos de incorporación de garantías constitucionales, penales y propiamente penitenciarias a la fase de ejecución penal, arriba descritos. Sin perjuicio, además, de los propios e inherentes a la aplicación del principio de legalidad, y de otros principios limitadores al *ius puniendi* como la humanidad, la proporcionalidad y la Culpabilidad, tanto respecto de la ejecución de las penas en general, como a la pena privativa de libertad y las medidas de seguridad en particular.⁶⁷

Tal amplitud conceptual ha sido, sin embargo, criticada observándose un supuesto exceso de contenido a tal clase de definiciones.

Así, TERRADILLOS y MAPELLI afirmaron en su momento que no era conveniente incluir dentro de lo penitenciario la ejecución de todas las penas, principalmente porque sólo la complejidad de la pena privativa de libertad justificaría la existencia de un cuerpo normativo especial, dada la dimensión cualitativamente distinta de esta fase ejecutiva. Y, respecto de

⁶⁶ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho penal liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*, Ed. Jurídicas Ibáñez, Bogotá, 2002, p. 381.

⁶⁷ CERVELLÓ, cit. (n. 63), p. 24. TAMARIT, SAPENA y GARCÍA, cit. (n. 43), p. 24; MATA y MARTÍN, cit. (n. 16), pp. 105-106.

la inclusión de las medidas de seguridad, señalaban que no era objeto de la regulación penitenciaria, aunque puedan conllevar el internamiento de la persona.⁶⁸

No obstante, la realidad de la reclusión de menores e incapaces en los mismos establecimientos penitenciarios que los condenados, por falta de otros más específicos, por una parte, y la progresiva aceptación del sistema vicarial entre penas y medidas, por otra, ha favorecido la inclusión -incluso en leyes y reglamentos- de normas referidas al régimen de ejecución de las medidas de seguridad. Más aún, diversas circunstancias, han llevado a que esta observación de exceso de contenidos haya sido superada con creces.

Como bien señaló posteriormente el propio MAPELLI, la conocida y tradicional desatención de la cuestión penitenciaria necesariamente ha dado lugar, en primer lugar, a que no se haya debatido suficientemente sobre el concepto y los contenidos de lo que llamamos penitenciario y, más importante aún, respecto de los criterios con los que debemos resolver ambas cuestiones. La propia evolución de la pena privativa de libertad y su cada vez mayor complejidad ejecutiva, además, añaden una creciente dificultad. Y, para empeorar más aún el desorden conceptual, en las últimas décadas se observa un efecto de *penitenciarización* del sistema de penas que influye también en la incorporación al universo penológico -en distintos países- de nuevas penas de diseño que, en forma más o menos limitada, afectan también a la libertad ambulatoria del penado. Por todo ello, hoy existiría una tan rica variedad de matices que resultaría más propio hablar de un concepto amplio y otro estricto de lo penitenciario, según que se entienda que comprende o no toda la regulación de la ejecución del total de las penas de un sistema penal.⁶⁹

Con todo, no hay que dejar de reconocer junto a LANDROVE que, no obstante la existencia de estas alternativas, la privación de libertad como pena no ofrece síntomas de desaparición, al menos en un futuro inmediato. Y si desapareciesen o simplemente fuesen masivamente sustituidas por otras, lo más probable es que el colectivo social no lo aceptaría con facilidad. Hoy, en la mayor parte del mundo occidental, se sigue identificando el hecho criminal con el ingreso en un centro penitenciario de su autor. Los estereotipos sociales y slogans políticos son tajantes al respecto; “los delincuentes, a

⁶⁸ MAPELLI, Borja; TERRADILLOS, Juan, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Madrid, 1996, 3º ed. pp. 113-114.

⁶⁹ MAPELLI, cit. (n. 6), p. 23.

prisión y con cumplimiento efectivo e íntegro de la condena”, “entran por una puerta y salen por otra”, “fin a la puerta giratoria”.⁷⁰

Por todo ello y con razón, recientemente se ha observado que, sin perjuicio de lo correcto de las definiciones arriba presentadas, el objeto o contenido material de lo que actualmente constituye la materia propia del Derecho penitenciario, no estaría contenido y menos descrito, ni siquiera en su acepción más amplia arriba señalada. Esto es, que ambas no contemplarían, ni el rol del Derecho penitenciario como organizador de la actividad penitenciaria, ni como regulador de la relación jurídica penitenciaria, ni su ampliación asociada a las múltiples *medidas penales alternativas* a la ejecución de la pena que han sido asumidas en los últimos años por distintas legislaciones.⁷¹

Más aún, se argumenta que no toda ejecución de pena privativa de libertad, como la moderna pena de localización permanente, ni las medidas de seguridad del mismo género, como las medidas que se cumplen en centros cerrados extra penitenciarios, caen dentro de la tradicional órbita del Derecho penitenciario. Y, por el contrario, resulta evidente la laguna existente en las definiciones tradicionales de Derecho penitenciario en cuanto a la referencia a la ejecución de la prisión preventiva. Por ello, se concluye, se hace necesario incluir en la definición otros parámetros que permitan acotar debidamente el concepto actual del Derecho penitenciario.⁷²

Esto es, establecer el moderno concepto de Derecho penitenciario a partir de lo que actualmente forma parte, normativamente, de su contenido y de su función. De ahí que se propongan, consecuentemente, definiciones que pretenden ser más representativas del moderno contenido del Derecho penitenciario, en el contexto de un Estado social y democrático que una valorativa y sustancialmente a éste con la Constitución penal y los fines de la pena por ella establecidos.⁷³ Como son, por ejemplo, los casos de España e Italia, arriba ya adelantados.

En España, la moderna conceptualización del Derecho penitenciario, que podemos denominar *sustancial o material*, lo define como “el conjunto

⁷⁰ LANDROVE, Gerardo, “Prisión y sustitutos penales” en: QUINTERO, Gonzalo; MORALES, Fermín (Coords.), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 425-435, esp. p. 428.

⁷¹ En este sentido, en detalle, FERNÁNDEZ y NISTAL, cit. (n. 36), pp. 321-322. MAPELLI, cit. (n. 6), pp. 23-28.

⁷² TELLÉZ, cit. (n. 15), p. 29.

⁷³ En este sentido, MAIA y MARTÍN, cit. (n. 16), pp.179 y ss. CERVELLÓ, cit. (n. 63), p. 33 y ss.

de normas jurídicas que tienen por objeto la regulación de los derechos y deberes de las personas internadas en los centros penitenciarios, la organización de las instituciones penitenciarias, la retención y custodia de los reclusos, y su convivencia ordenada, las actividades de intervención reeducadora y de reinserción social, así como el control y seguimiento por parte de las instituciones penitenciarias de las penas y medidas de seguridad alternativas”.⁷⁴

O, como bien señala TÉLLEZ, como “aquella rama del Derecho público conformada por el conjunto de normas que regulan la ejecución que la Administración penitenciaria, bajo supervisión del Juez de Vigilancia, lleva a cabo de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad así como de la prisión y detención preventiva, impuestas a quienes quedan así vinculados jurídicamente con aquélla por una relación jurídica que perdura hasta la extinción de las mismas”.⁷⁵

Definiciones que claramente dan cuenta de un concepto funcional y sustantivo, propio del modelo de Constitución penal que lo inspira, y que da cuenta del moderno contenido del Derecho penitenciario. Tanto en cuanto a la regulación de los derechos y deberes de las personas internadas en los centros penitenciarios, sea por cumplimiento de penas o de una medida de seguridad privativa de libertad, así como de la prisión o detención preventiva, como respecto de los aspectos orgánico-institucionales y de función u objetivos del sistema penitenciario. Relevando, en ambos casos, el fundamental y necesario control jurisdiccional del Juez de Vigilancia.

En Italia, esta moderna conceptualización del Derecho penitenciario se manifiesta en la definición de Mario CANEPA y Sergio MERLO, que lo señalan como “el conjunto de normas que regulan los métodos de ejecución de las sanciones penales que constituyan privación o limitación de la libertad, como también las relacionadas con la evolución de la personalidad del sujeto y su capacidad para reinsertarse en el entorno libre a través de las herramientas específicas establecidas por la ley”.⁷⁶

Conceptualización basada en la metodología del *tratamiento*.⁷⁷

⁷⁴ FERNÁNDEZ y NISTAL, cit. (n. 36), p. 322.

⁷⁵ TÉLLEZ, cit. (n. 15), p. 29.

⁷⁶ CANEPA, Mario; MERLO, Sergio, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2010, 9° ed., p. 152.

⁷⁷ Según la Constitución Italiana de 1948, la pena no puede implicar violencia física o moral (art. 13), no puede consistir en un tratamiento inhumano y debe tender a la reeducación del condenado (art. 27). Estos principios han incidido directamente en las decisiones de la legislación penal y penitenciaria,

principio rector de todo el sistema penitenciario italiano, donde la cárcel es más que mera aflicción, es un tratamiento, es la promoción de un camino de replanteamiento crítico y acercamiento con los valores violados por los condenados.⁷⁸ Y donde, como señala ANTOLISEI, después de la entrada en vigor de la Constitución, que ha proclamado que las penas deben tender a la reeducación de los condenados, y después de la actuación que a ese principio le han dado las nuevas normas acerca del ordenamiento penitenciario, la tesis del carácter puramente retributivo de la pena, a nuestro entender, no representa ya sino una nostalgia del pasado.⁷⁹

Por lo que, en un sentido aún más desarrollado del mismo, se defina al Derecho penitenciario “como un conjunto de disposiciones legislativas y reglamentarias que rigen los procedimientos para hacer cumplir las sanciones penales que privan o limitan la libertad de un sujeto, teniendo en cuenta la evolución de su personalidad y su capacidad para volver a ingresar al entorno libre”. Normativamente, este concepto abarcaría las reglas que rigen: i) el encarcelamiento por condena a una sentencia de custodia; ii) la detención para someter a una medida de seguridad privativa de libertad (asignación a una colonia agrícola, a una casa de trabajo o a un asilo de ancianos y la custodia a un hospital psiquiátrico o a un reformatorio judicial); iii) la detención dependiente de la detención preventiva. Por lo que estaría constituido de forma directa, no sólo por las normas destinadas a definir los derechos y deberes de los presos, especificando las sanciones, los medios de protección y los medios de apelación. Sino también por todas aquellas que orientadas a determinar en detalle las condiciones materiales y morales de vida de los presos y a regular los aspectos inherentes a la implementación del programa para el tratamiento rehabilitador de los reclusos.⁸⁰

teniendo aplicación directa en la *Ley sobre Ordenamiento Penitenciario* de 1975, a través de una doble prevención, una negativa (“la pena no puede consistir en un tratamiento contrario al sentido de humanidad”) y uno positivo (“la pena debe tender a la reeducación del condenado”). Al respecto, en detalle, GIAMBRUNO, Silvana, *Diritto penitenziario, Principi e casi pratici*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 99-154. CANEPA y MERLO, cit. (n. 76), pp. 111-240.

⁷⁸ Ejemplo de ello es el trabajo penitenciario. Sobre su evolución y características en Italia, MARCHETTI, María. “El tratamiento penitenciario: el trabajo en la función reeducativa”, en MARCHETTI, María. “El tratamiento penitenciario: el trabajo en la función reeducativa”, en ARROYO, L.; BERDUGO, I. (Coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Eds. U. de Castilla-La Mancha - U. de Salamanca, Cuenca, 2001, Vol. I, pp. 391-416. En España, CERVELLÓ, cit. (n. 63), pp. 279 y ss. RODRÍGUEZ, cit. (n. 58), pp. 33 y ss.

⁷⁹ ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1980, 8ª ed., pp. 501.

⁸⁰ BRONZO, Pascuale, *Diritto penitenziario. Appunti delle lezioni*. Sapienza, Università di Roma, A.A.

De ahí que concluyamos que se debe orientar la construcción del sistema normativo orgánico y funcional del Derecho penitenciario, sobre todo, acudiendo a las fuentes directas establecidas por los principios constitucionales y por las normas supranacionales relativas a la materia penitenciaria.⁸¹

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Desde distintas perspectivas, el actual reconocimiento de la crisis de la institución carcelaria, pone nuevamente de manifiesto la necesidad y la relevancia de delimitar correctamente el concepto, la función y el contenido del conjunto de normas, principios y disposiciones conocidos como *Derecho penitenciario*.

Con ello, además, indirectamente se puede contribuir a que el Derecho penitenciario no se desnaturalice, sea por su subordinación al Derecho administrativo o por su colonización por parte del Derecho penal. Así como a evidenciar, o limitar en lo posible, la incorporación de normas, procedimientos o fines, alejados del fin humanista, respetuoso de los Derechos Humanos y resocializador, que caracteriza al moderno modelo penitenciario de ciudadanos y no de enemigos. Y, asimismo, a evidenciar que el problema del hacinamiento, de la sobrepoblación carcelaria y la mejora de las denominadas condiciones carcelarias, también guardan relación con el concepto, función y contenido que se le otorgue a tal Derecho.

Metodológicamente, ello implica poner el acento en el rol de la pena como instrumento, sin olvidar su naturaleza negativa pero intentando superarla a través del modelamiento de una ejecución penal vista como una herramienta político-criminal que, utilizada de forma proporcional y necesaria, y bajo las normas de un moderno Derecho penitenciario, proteja los bienes jurídicos más preciados por la sociedad bajo la premisa del cumplimiento de los fines de prevención del delito y de resocialización del delincuente.

Para lograr tales objetivos, resulta fundamental constatar que, gracias

2018/2019, p. 1.

⁸¹ En este sentido, en detalle, FILIPPI, Leonardo; SPANGHER, Giorgio, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2011, 3° ed., pp. 1-67. FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo, *Diritto Penale. Parte Generale*, Zaccinelli, Bologna, 2006, 4° ed., pp. 41-42; 657-658. MATA Y MARTÍN, cit. (n. 16), pp. 179 y ss. CERVELLÓ, cit. (n. 63), pp. 33 y ss.

al imperativo normativo internacional, a la discusión sobre los fines de la pena, al creciente reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales y a la necesaria sistematización jurídica, se ha logrado delimitar el concepto científico del mismo. Y que, a su vez, gracias en gran medida a tales factores, el Derecho penitenciario moderno ha adquirido y desarrollado nuevos fines, contenidos y materias, que ya han sido establecidos por distintas constituciones y leyes penitenciarias comparadas, desbordando teleológicamente el tradicional objeto del viejo Derecho penitenciario.

Más aún, debe concluirse que el punto de inflexión respecto del reconocimiento del concepto, de la función y del contenido del Derecho penitenciario, y por tanto de su existencia como disciplina jurídica autónoma, se produce sólo desde el momento en que el respectivo sistema jurídico reconoce determinados derechos y garantías materiales al condenado en la ejecución penal y orienta teleológicamente el fin de la pena, en su propia Constitución. Es allí donde se configura la correcta concreción de la función o rol del Derecho penitenciario en un sistema concreto.

Por todo ello, un moderno concepto teleológico de Derecho penitenciario debe comprender su actual objeto o contenido material. Esto es, su rol como organizador de la actividad penitenciaria y como regulador de la relación jurídica penitenciaria, así como su ampliación a las múltiples *medidas penales alternativas* a la ejecución de la pena, asumidas en los últimos años por distintas legislaciones. Asimismo, debe comprender todo tipo de ejecución de pena o medida de seguridad privativa de libertad, así como de ejecución de prisión preventiva.

Así, el moderno concepto de Derecho penitenciario debe construirse a partir de lo que, en el contexto de un Estado social y democrático de derecho, forma parte normativamente de su contenido y de su función. Contexto normativo en el que se le une y orienta, valorativa y sustancialmente, a la Constitución penal y los fines de la pena por ella establecidos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

a) Doctrina

ALTEGRITY SECURITY CONSULTING. *Sistema penitenciario chileno: el momento del cambio es ahora. Informe Final*, ASC, Santiago, 2011.

ALCAÍNO, Eduardo, "Derechos Humanos de los privados de libertad: las cárceles en Chile: ¿Avances o mantenimiento del status quo?", en CENTRO DE

DERECHOS HUMANOS UDP (eds.), *Informe Anual de Derechos Humanos Chile*, UDP, Santiago, 2018, p. 381-403.

ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1980, 8° ed.

ÁNTON ONECA, José, *Derecho Penal*, Akal, Madrid, 1986, 2° ed.

ARENAS, Lorea; CEREZO, Ana, "Realidad penitenciaria en Colombia: la necesidad de una nueva política criminal", *Revista Criminalidad*, 2016, Vol. 58, n° 2, pp. 175-195.

ARRIAGADA, Isabel; ROCHOW, Diego, "Privación de libertad en Chile: Desgobierno carcelario y afectación de derechos de la población penal", en CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP (eds.), *Informe Anual de Derechos Humanos Chile*, UDP, Santiago, 2015, p. 161-207.

ARRIBAS LÓPEZ, Eugenio, "Aproximación a un 'Derecho penitenciario del enemigo'", *Revista de Estudios Penitenciarios*, 2007, n° 253, pp. 31-59.

ARRIBAS LÓPEZ, Eugenio, "Reflexiones en torno a los fines de la pena y a los regímenes de cumplimiento de la pena de prisión", *Revista del Poder Judicial*, 2005, n° 77, pp. 41-93.

BAIGUERA ALTIERI, Andrea, "Verso un nuovo Diritto Penitenziario", *Diritto.it*, 2019, en línea: <https://www.diritto.it/verso-un-nuovo-diritto-penitenziario/>.

BAUMANN, Jürgen, *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*, Depalma, Buenos Aires, 1973.

BAUMANN, Jürgen, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, Depalma, Buenos Aires, 1986.

BARATTA, Alessandro, "Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad", en BARATTA, A., *Criminología y sistema penal. (compilación in memoria)*, B de F, Buenos Aires, 2004, pp. 357-375.

BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.

BRONZO, Pascuale, *Diritto penitenziario. Appunti delle lezioni*. Sapienza, Università di Roma, A.A. 2018/2019.

BUENO ARÚS, Francisco, "Historia del Derecho penitenciario Español" en: BUENO, F.; DE LA CUESTA, J. (Coords.), *Lecciones de Derecho Penitenciario*, U. de Alcalá de Henares, Salamanca, 1989, 2° ed, pp. 9-30.

BUENO ARUS, FRANCISCO, "El Consejo de Europa y el Derecho Penitenciario" en: DIEZ RIPOLLES, J. (Coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 1049-1064.

CARBONELL, Juan Carlos, *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, 3° ed.

CARNEVALI, Raúl; MALDONADO, FRANCISCO, “El tratamiento penitenciario en Chile: especial atención a problemas de constitucionalidad”, *Ius et Praxis*, 2013, año 19, n° 2, pp. 385-418.

CASTRO, Álvaro; CILLERO, Miguel; MERA, Jorge, *Derechos fundamentales de los privados de libertad. Guía práctica con los estándares internacionales en la materia*, UDP, Santiago, 2010.

CAMBRONERO TORRES, Melissa, “Derecho Penitenciario del enemigo: hacia un análisis político-criminal del sistema penitenciario Costarricense”, Tesis de licenciado en Derecho, U. de Costa Rica, San Juan, 2014.

CANEPA, Mario; MERLO, Sergio, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2010.

CERVELLÓ, Vicenta, *Derecho penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 4° ed.

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, 5° ed.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (Eds.), *La sobrepoblación en los centros penitenciarios de la República Mexicana. Análisis y pronunciamiento*, CNDH, México D.F., 2015, pp. 1-86.

CONSEJO DE EUROPA (Eds.), *Reglas Penitenciarias Europeas. Recomendación Rec (2006) 2 del Comité de Ministros a los Estados miembros*, en línea: http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/legislacion/REG_PEN_EUR_ES.pdf, 31 de julio de 2019.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo, “El control jurisdiccional de la actividad de la administración penitenciaria”, Informe en Derecho n° 01-2009/Noviembre, Departamento de Estudios Defensoria Penal Pública, Santiago, 2009.

COUSIÑO, Luis, *Derecho Penal Chileno. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975, T.I.

CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal. Parte General*, Bosch, Barcelona, 1960, 13° ed, T.I.

DAMMERT, Lucia; DÍAZ, Javiera, *Los desafíos del sistema carcelario en Chile*, CLACSO, Caracas, 2004.

DAMMERT, Lucia; DÍAZ, Javiera, “Cárceles privadas ¿Modelo de gestión penitenciarias o inversión inmobiliaria?”, *Observatorio FLACSO*, 2005, n° 5.

DE RIVACOBA, Manuel, “Objeto, funciones y principios rectores del Derecho penitenciario”, *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, 2000, Año 1, n° 2, pp. 117-123.

DELLA RAGIONE, Luca, *Compendio de Esecuzione e Diritto Penitenziario*, Nel Diritto, Molfetta, 2019.

DOLCINI, Emilio, “La ‘nueva’ reincidencia. La cárcel en Italia se vuelve todavía más selectiva”, en: GARCÍA, C.; VALLE, M.; CUERDA, A.; MARTÍNEZ, M.; ALCÁZER, R. (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*,

Edisofer, Madrid, 2008, T.I, pp. 829-861.

DURÁN, Mario, *Introducción a la ciencia jurídico penal contemporánea*, Ed. Jurídicas de Santiago, Santiago, 2006.

DURÁN, Mario, "Prevención especial e ideal resocializador. Concepto, evolución y vigencia en el marco de la legitimación y justificación de la pena", *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, 2008, nº 13, diciembre, pp. 57-78.

DURÁN, Mario, "Constitución y legitimación teórica de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal", *Política Criminal*, 2011, Nº 11, pp. 142-162.

DURÁN, Mario, "Teoría de la pena y Constitución penal. Apuntes sobre una relación necesaria y propuesta sobre un posible contenido", en CARRASCO, Edison (Coord.), *Libro Homenaje al profesor Hernán Hormazábal Malarée*, Librotecnia, Santiago, 2015, pp. 663-678.

DURÁN, Mario, "Constitución penal y teoría de la pena: apuntes sobre una relación necesaria y propuesta sobre un posible contenido desde la prevención especial", *Revista de Fundamentación Jurídica Dikaion*, 2015, Año 29, Vol. 24, nº 2, pp. 282-306.

DURÁN, Mario, "La prevención general positiva o prevención por integración como fundamento y límite Constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre sus posibles funciones", *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2016, Vol. XXIX, nº 1, pp. 275-295.

DURÁN, Mario, "Definiciones previas para la construcción de un moderno Derecho Penitenciario en Chile", *Revista de Ciencias Penales Sexta Época*, 2016, Vol. XLIII, nº 3, pp. 77-93.

DUROCHÉ, Jean-Philippe; PÉDRON, Pierre, *Droit Pénitentiaire*, Vuibert, Paris, 2016, 3º ed.

ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, 3º ed, T.1.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho penal liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*, Ed. Jurídicas Ibáñez, Bogotá, 2002.

FERNÁNDEZ, Julio, "El tratamiento penitenciario resocializador", en DIEGO, María; FABIÁN, Eduardo (Coords.), *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 93 y ss.

FERNÁNDEZ, Julio, "Lección 2. Derecho penitenciario. Concepto", en: BERDUGO, Ignacio (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, Derecho Penitenciario*, IUSTEL, Madrid, 2016, 2º ed., T.VI, pp. 39-68.

FERNÁNDEZ, LUIS; NISTAL, Javier, *Derecho Penitenciario*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2016.

FERNÁNDEZ, Marco, *Derecho Penitenciario Chileno*, Hammurabi, Santiago, 2019.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo, *Diritto Penale. Parte Generale*, Zacinelli, Bologna, 2006, 4º ed.

FILIPPI, Leonardo; SPANGHER, Giorgio, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2011, 3º ed.

FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI, Madrid, 1998, 11º ed.

GALLEGO DÍAZ, Manuel, "La desnaturalización del Derecho penitenciario por el Derecho Penal: análisis de tres supuestos paradigmáticos en relación con el sistema de individualización científica", *ADPCP*, 2016, Vol. LXIX, pp. 39-74.

GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Comentario a la legislación penitenciaria*, Civitas, Madrid, 1982.

GARCÍA VALDÉS, Carlos, "Sobre el concepto y el contenido del Derecho Penitenciario", *Cuadernos de Política Criminal*, 1986, nº 30, pp. 661-670.

GARCÍA VALDÉS, Carlos, "Introducción al Derecho penitenciario español: notas sistemáticas", en GARCÍA, Carlos; GARRIDO, Luis; DE LA CUESTA, José, (Coords.), *Comentarios a la Legislación penal: Ley Orgánica General Penitenciaria*, Vol. I, Edersa, Madrid, 1986, T.VI.

GARCÍA VALDÉS, Carlos, "Derecho penal español: notas sistemáticas", en BUENO, F.; DE LA CUESTA, J. (Coords.), *Lecciones de Derecho Penitenciario*, U. de Alcalá de Henares, Salamanca, 1989, 2º ed. pp. 31-58.

GARCÍA VALDÉS, Carlos; FIGUEROA, María, "La Justicia penal y penitenciaria entre el Antiguo Régimen y el Moderno: los años de consolidación", en GARCÍA, C.; VALLE, M.; CUERDA, A.; MARTÍNEZ, M.; ALCÁCER, R. (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008, T. II, pp. 2327-2355.

GARRIDO GUZMÁN, Luis, *Compendio de ciencia penitenciaria*, U. de Valencia, Valencia, 1976.

GARRIDO GUZMÁN, Luis, *Manual de ciencia penitenciaria*, Instituto de Criminología U. Complutense de Madrid, Edersa, Madrid, 1983.

GIAMBRUNO, Silvana, *Diritto penitenziario, Principi e casi pratici*, Per esami universitari e pubblici concorsi, Giuffrè, Milano, 2006.

GIMBERNAT DÍAZ, Eva, "El Derecho penitenciario del enemigo aplicable a los presos por delitos de terrorismo", en CUERDA RIEZU, Antonio (Coord.), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 93-102.

GIMÉNEZ-SALINAS, Esther, "Autonomía del Derecho penitenciario. Principios informadores en la LOGP", *Cuadernos de Derecho Judicial (Madrid)*, 1995, nº 33, pp. 69 y ss.

GONZÁLEZ, Ignacio, "Aumento de presos y Código Penal: una explicación insuficiente", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, nº 13-04, pp. 04:1-04:22, en línea: <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-04.pdf>, 31 de julio de 2019.

GUZMÁN, José Luis, "Consideraciones críticas sobre el Reglamento

Penitenciario chileno”, *Gaceta Jurídica*, 1994, n° 168, pp. 12-17.

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 2001.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (Eds.), *Estudio de las condiciones carcelarias en Chile 2014-2015. Seguimiento de recomendaciones y cumplimiento de estándares internacionales sobre derecho a la integridad personal*, INDH, Santiago, 2017.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (Eds.), *Estudio de las condiciones carcelarias en Chile. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de Derechos Humanos sobre el derecho a la integridad personal 2016-2017*, INDH, Santiago, 2018. pp. 30-52.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte General*. Trad. Miguel Olmedo, Comares, Granada, 2002, 5° ed.

KAISER, Günther; KERNER, Hans-Jürgen; SCHÖCH, Heinz, *Strafvollzug. Ein Lehrbuch. 4. neubearbeitete und erweiterte Auflage*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1991.

KENDALL, Stephen, *Tutela judicial efectiva en la relación jurídica penitenciaria*, Librotecnia, Santiago, 2010.

LANDROVE, Gerardo, “Prisión y sustitutos penales”, en: QUINTERO, G.; MORALES, F. (Coords.), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 425-435.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Derecho penal. Parte General*, B de F, Buenos Aires, 2016, 3° ed.

MARCÓ DEL PONT, Luis, *Derecho penitenciario*, Cárdenas, México DF, 1998, 2° ed.

MAGAN ZEBALLOS, Julio, “La sobrepoblación en el sistema penitenciario peruano”, *International Review of the Red Cross*, 2017, n° 903, pp. 1-7.

MALDONADO, Mónica, “Informe sobre los diversos problemas que afectan al funcionamiento del sistema carcelario en nuestro país”, 1 de junio de 2009, 15 p., en línea: <https://ciperchile.cl/wp-content/uploads/Informe-de-fiscal-de-Carceles.pdf>.

MAÑALICH, Juan Pablo, “El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos”, *Derecho y Humanidades*, n° 18, 2011, pp. 163-178.

MAPELLI, Borja, “Capítulo 1. Concepto y ámbito del Derecho penitenciario” en: MAPELLI, B.; CAAMAÑO, C.; ESPINOZA, O., *Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada*, Colección Documento de Trabajo n° 17, EUROsocial, Madrid, 2014, pp. 23-66.

MAPELLI, Borja; TERRADILLOS, Juan, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Madrid, 1996, 3° ed.

MARCHETTI, María. "El tratamiento penitenciario: el trabajo en la función reeducativa", en ARROYO, L.; BERDUGO, I. (Coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Eds. U. de Castilla-La Mancha - U. de Salamanca, Cuenca, 2001, Vol. I, pp. 391-416.

MATA Y MARTÍN, Ricardo, *Fundamentos del sistema penitenciario*, Tecnos, Madrid, 2016.

MATHIESEN, Thomas, *Juicio a la prisión. Una evaluación crítica*, Ediar, Buenos Aires, 2003.

MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal Parte General 1. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*. Astrea, Buenos Aires, 1994.

MELOSSI, Dario, *El Estado del control social. Un estudio sociológico de los conceptos del Estado y control social en la conformación de la democracia, Siglo XXI*, Buenos Aires, 1992.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario. Siglos XVI-XIX, Siglo XXI*, Madrid, 1980.

MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, Bosch, Barcelona, 1975.

MORRILLAS CUEVA, Lorenzo, *Metodología y ciencia penal*, U. de Granada, Granada, 1990.

MURILLO RODRÍGUEZ, Roy, "Modernas tendencias en el Derecho penitenciario. Las propuestas del "Derecho penitenciario mínimo", el "Derecho penitenciario del enemigo" y las reformas del 2003 en el ordenamiento jurídico-penitenciario español", Tesis Doctoral. Universidad Carlos III, Getafe, 2009.

NEPPI, Guido, "Carcere e società civile", en Romano, R.; Corrado, V. (Coords), *Storia d'Italia, Vol. V - I Documenti*, Einaudi, Torino, 1973, T.2, pp. 1903-1998.

NEPPI, Guido, "Appunti per una storia parlamentare della riforma penitenziaria", *La Questione Criminale*, 1976, Vol. 3, n° 2, pp. 319-372.

NOVELLI, Giovanni, "L'autonomia del Diritto Penitenziario", *Rivista di Diritto Penitenziario*, 1933.

NOVELLI, Giovanni, "La autonomía del Derecho penitenciario", *Revista Penal y Penitenciaria*, 1943, n° 29-30, pp. 425-468.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (Eds.), *Manual de instrucciones para la evaluación de la justicia penal de Naciones Unidas: Medidas privativas y no privativas de libertad, el sistema penitenciario*, ONU, Ginebra, 2010, https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/The_Prison_System_Spanish.pdf, 31 de julio de 2019.

PAVARINI, Massimo, "El orden carcelario. Apuntes para una historia material de la pena" en: BAIGÚN, D.; BINDER, A.; MAYER, J. (Coords.), *El derecho penal hoy. Homenaje al profesor David Baigún*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1995, pp. 567-596.

PAVARINI, Massimo, "Fuera de los muros de la cárcel: la dislocación de la obsesión correccional", en: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Dir.), *Prevención y teoría de la pena*, Ed. Jurídica Cono Sur, Santiago, 1995, pp. 155-174.

PINATEL, Jean, *Traité élémentaire de Science Pénitentiaire et de Defense sociale*, Melun, Paris, 1950.

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, 2º ed.

PRADO, FRANCISCO, "La crisis en el sistema penitenciario chileno", *Revista Mensaje* 2001, 503, pp. 50-52.

PRADO, FRANCISCO, "El sistema penitenciario chileno. Una aproximación crítica", *Revista Electrónica Agenda Pública*, 2006, año V, nº 8, en línea: <http://www.agendapublica.uchile.cl/n8/4.pdf>, 31 de julio de 2019.

PRADEL, Jean, "El Derecho penal comparado. Breves reflexiones sobre una disciplina del futuro", en: ARROYO, L.; BERDUGO, I. (Coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Ed. U. de Castilla-La Mancha - U. de Salamanca, Cuenca, 2001, Vol I, pp. 479-487.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan, "Praxis y Dogmática jurídico-penal", *Foro Canario*, 1991, nº 83, pp. 67-79.

RIVERA, Iñaki, *La Cuestión Carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política Penitenciaria*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2006, Vol. I.

ROCA DE AGAPITO, LUIS, "La masificación de las cárceles: Breve reflexión a propósito del caso de los Estados Unidos de América", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2017, nº 19-07, pp. 1-33, en línea: http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc_19-07.pdf, 31 de julio de 2019.

RODRÍGUEZ, Antonio, *Lecciones de Derecho penitenciario, adaptadas a la normativa penal vigente*, Comares, Granada, 1997.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Civitas, Madrid, 1997, T.1.

SANDOVAL, Emiro, *La pena privativa de la libertad en Colombia y en Alemania Federal*, Temis, Bogotá, 1988.

SANHUEZA, Guillermo; PÉREZ, Francisca, "Cárceles concesionadas en Chile: evidencia empírica y perspectivas futuras a 10 años de su creación", *Política Criminal*, 2017, Vol. 12, nº 24, pp. 1066-1084.

SALINERO, Sebastián, "¿Por qué aumenta la población penal en Chile? Un estudio criminológico longitudinal", *Ius et Praxis*, 2012, Año 18, nº 1, pp. 113-150.

SÁNCHEZ, Cristóbal, "La aparición y evolución de los sistemas penitenciarios", *Anales de Derecho*, 2013, nº 31, pp. 139-179.

STIPPELL, Jörg, *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile. Un estudio acerca del acceso a la justicia, la violación de derechos y el nuevo proceso penal*, LOM, Santiago, 2006.

STIPPELL, Jörg, *Cárcel, derecho y política*, LOM, Santiago, 2013.

TAMARIT, Josep; SAPENA, Francesc; GARCÍA, Ramón, *Curso de Derecho penitenciario (Adaptado al nuevo Reglamento Penitenciario de 1996)*, CEDECS, Barcelona, 1996.

TELLÉZAGUILERA, Abel, "Novelli y su tiempo. Una aproximación a los orígenes y al concepto de Derecho penitenciario", *Revista de Estudios Penitenciario*, 2011, n° 255, pp. 9-33.

TRONCONE, Pasquale, *Manuale di Diritto Penitenziario*, Giappichelli, Torino, 2006.

VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Temis, Bogotá, 2004, 2° ed.

WACQUANT, Loïc, *Castigar a los pobres: el gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Gedisa, Barcelona, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio, *En busca de las penas perdidas*, Ediar, Buenos Aires, 1989.

ZAFFARONI, Eugenio, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1980, T.1.

ZEPI, Arianna, "La riforma dell'ordinamento penitenziario", *AmbienteDiritto. It Rivista Giuridica*, 2005, en línea: https://www.ambientediritto.it/dottrina/Dottrina_2005/riforma_ord_penitenziario_zeppi.htm, 31 de julio de 2019.

b) Normativa

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 1984.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.

Decreto Ley N°321, Establece la libertad condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad, 1925.

Decreto Supremo N°805 del Ministerio de Justicia, Promulga el Reglamento Carcelario, 1928.

Ley N° 7.821, de 1944.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966.

Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, 2008.

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, 1990.

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, 1955.

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), ONU, 1985.