

10. DOCTRINA LATINO-AMERICANA

DIAGNÓSTICO Y PERSPECTIVAS DEL BINOMIO JUDICIALIZACIÓN-JURISDICCIONALIZACIÓN, EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD*

JOSÉ LUIZ GUZMÁN DALBORA**

1. Discurrir sobre el binomio *judicialización-jurisdiccionalización* en el cumplimiento de las penas privativas de la libertad, comporta plantearse un problema que si en el pensamiento juridicopenal tiene apenas algo más de un siglo de antigüedad, en la realidad legislativa de nuestra centuria data de unas pocas décadas, y exclusivamente en lo que se refiere al primer extremo de este verdadero dualismo. Trasladarlo, luego, a la ejecución de las restantes penas, es una operación que, en ambos mundos, el especulativo y el del *ius positum*, ha comenzado sólo en los últimos lustros en el panorama comparado. En buena medida, pues, estamos ante un tema muy de nuestro tiempo, y, por mucho que resulte, a pesar de su viva actualidad, sobradamente conocido y se haya venido formando toda una nutridísima bibliografía sobre el particular, conviene volver a meditarlo, y a

enfocarlo en su correcta impostación, de cara a la realidad y posibilidades políticas, económicas y culturales en sentido lato, de Iberoamérica.

Dos factores están tras de la aparición reciente de esta aspiración de jurisdiccionalizar o, a lo menos, judicializar el cumplimiento de las penas de privación de la libertad ambulatoria. Se acostumbra repetir, y con razón, que la intervención exquisitamente judicial en la última fase de la individualización de las puniciones, es una consecuencia del principio de legalidad, o, con mayor exactitud, una derivación de los corolarios ínsitos en el *nulla poena sine lege* hacia el momento en que las penas privativas de la libertad adquieren, como toda pena, su verdadera realidad y dimensión, concretándose su sentido y finalidad en la evidencia palmaria de los hechos, esto es, con el proceso de su cumplimiento. Muy significativo es lo que un noto especialista del tema, Georges Sliwowski, en una obra ya clásica sobre el tema¹ advertía en la primera mitad de este siglo, en orden a que el principio *nulla poena sine lege* hubo de introducirse en el dominio penitenciario para evitar las arbitrariedades y abusos que venían caracterizando la vigencia

(*) Reconstrucción, anotada, de la conferencia pronunciada por el autor en el *Primer Forum Penitenciario del Merco sur*, celebrado en la ciudad de Porto Alegre entre los días 21 y 26.10.1996.

(**) Profesor de Derecho penal y de Introducción al Derecho en la Universidad de Antofagasta, y de Derecho penal en la Universidad Católica del Norte (Chile). Diplomado en la *Scuola di Specializzazione in Diritto penale e Criminologia*, de la Universidad de Roma.

(1) *Les pouvoirs du juge dans l'exécution des peines et des mesures de sécurité privatives de liberté*. Paris, 1939, cfr. p. 53.

empírica de sus normas, y plasma en la exigencia de un juez a quien se cometa la función de regular los litigios y resolver los muy variados problemas que una cuestión tan compleja como la ejecución de estas penas propone constantemente a lo largo de toda su duración. Es, en consecuencia, la materialización de aquello que los penalistas españoles llaman la *garantía legal en la ejecución*², dado que las exigencias legalistas no pueden decirse servidas a cabalidad con el puro señalamiento previo de la pena en la letra de la ley, ni con su imposición formal en una sentencia firme, luego de un proceso tramitado conforme a ésta, puesto que las garantías penal y jurisdiccional deben proyectarse, asimismo, en una ejecución hecha con arreglo a la ley, de modo que la intervención del poder judicial asegure que el cumplimiento de las penas no se extienda gravando lo que no debe tocar, ni afecte más bienes jurídicos que aquellos que la misma ley ordena arrebatar o limitar al condenado; esto es, para que en su relación subordinada con el magisterio punitivo del Estado, se salvaguarde la incolumidad de todos los componentes de su personalidad jurídica que no sean aquellos que de modo inevitable y fatal vayan anejos a – en lo que nos ocupa ahora – la privación de la facultad de fijar soberanamente la propia posición en el espacio.

Bien miradas las cosas, el principio de legalidad es, después de todo, apenas una conquista contemporánea, y las vicisitudes que ha experimentado en sus cortos años de vigencia en los países pertenecientes a nuestra órbita de cultura, vuelven a hacernos patente su carácter de apotegma históricamente condicionado, en el doble sentido de

estar expuesto a padecer ataques, velados o sin embozo, provenientes de la doctrina y las legislaciones, o de beneficiarse con profundizaciones teóricas y positivas que procuran que las exigencias de certeza y seguridad jurídicas que lo fundamentan, hagan circular un soplo de vida y de libertad por todos los espacios de la teoría del delito y de la pena. Por lo último, no deja de ser interesante observar que incluso un poco antes de que la doctrina penal empezara a postular la necesidad de materializar el principio en el ámbito de los tipos, de modo que la legalidad formal de los delitos se complementase con la especificación agotadora, hecha con un designio abstracto por la ley, de lo prohibido u ordenado en las figuras delictivas (*nullum crimen sine lege stricta*), ya se había columbrado, cuando no defendido con denuedo, el requerimiento de someter rigurosamente la ejecución de la pena más corriente en el Derecho contemporáneo, a las garantías de la legalidad, mediante la introducción de una magistratura específica que por lo menos sirviese para *judicializar* su cumplimiento. No es el caso, por cierto, de referirnos al correccionalismo y positivismo, sendas escuelas de las que proviene la demanda de una actividad judicial constante durante el cumplimiento de la pena, para “dirigirla, cambiarla o hacerla cesar, sea por sí sola, sea haciendo intervenir al juez en organismos o comisiones mixtas..., en pie de igualdad con los funcionarios administrativos”³, aspiración, ésta, muy congruente con la finalidad precípua que, con las variantes conocidas, esas escuelas asignaron a la punición; y no lo hacemos, por causa de la tensa relación que existía entre estas escuelas penales y el dogma de la

(2) En este sentido, Sáinz Cantero, *Lecciones de Derecho penal*. Parte general. Publicados, 3 vols., Bosch, Barcelona, 1982-1985 (primera edición), tomo II, cfr. p. 83.

(3) Rivacoba, *Función y aplicación de la pena*. Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 165.

legalidad, a menudo incompatible con los designios de la prevención especial, que ambas ambicionaban conseguir con la punición. Bastará, sin embargo, con aludir a las discusiones habidas en Italia durante los años veinte y treinta de este siglo, de las que brotará, junto al reclamo de una nueva rama de la enciclopedia jurídica, el llamado Derecho penitenciario, la institución, mucho más importante, de un *juez de ejecución, o de vigilancia*, según se prefiere denominarlo en esas latitudes.

Y es precisamente la modernidad del *juez de ejecución* el dato que configura el segundo de los factores a que hacíamos mención. Reclamado por los penalistas de este siglo, objeto de la aprobación de la doctrina colectiva y aun de tratados internacionales, se ha dicho de esta magistratura que, debido a su reciente aparición, "aún no existe en gran cantidad de países, tiene corta historia y dista mucho de haber adquirido alguna consistencia y cierto grado de perfección", y que incluso la diversidad de sus facultades, y hasta lo cambiante de la terminología que se reserva para denominarle, denotarían "la falta todavía de ideas claras y decididas sobre la materia"⁴. De alguna manera viene a demostrar la exactitud del aserto, el hecho de que la lamentada ambigüedad déjase sentir hasta en los más importantes documentos internacionales en materia penitenciaria, según se observa, por ejemplo, en la quincuagésimosexta de las *Reglas mínimas para el tratamiento de los detenidos*, aprobadas en enero de 1973 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, donde, luego de señalarse el respeto que se debe a los derechos individuales de los presos, y, en particular, la necesidad de asegurar la legalidad de la ejecución de las penas

que los afecten, agréga que los controles e inspecciones que garanticen estos objetivos, se articularán *a través de una autoridad judicial, o por cualquier otra autoridad legalmente habilitada* para visitar a los reclusos, siempre que no pertenezca a la administración penitenciaria; con lo cual, evidentemente, la naturaleza jurídica — cosa indispensable para la sucesiva fijación de las funciones — de esta autoridad queda, en verdad, en una vaga nebulosa.

Y no basta. Las mismas circunstancias en que el juez de ejecución irrumpe en el siglo XX, y las necesidades inmediatas a las que su figura respondió, son bien decidoras en orden a lo que esta judicatura ha sido y es en la mayoría de los países que la conocen, así como permiten conjeturar lo que podrá devenir en el futuro. Prescindiendo de otros factores en los que no cabe entrar aquí, la larga tradición histórica, que, iniciada en los albores de la Edad moderna, consolidará y arraigará, también en el mundo liberal contemporáneo, la realidad de que la ejecución de las penas privativas de la libertad queda en manos de la Administración y, por consiguiente, del Poder ejecutivo, asimilándose y trasladándose a su cumplimiento todas las características que le imprimen a la actividad de la Administración y sus agentes su sello distintivo, esto es, la discrecionalidad que la ley confiere a sus órganos para resolver cada cometido administrativo específico según las cambiantes exigencias del bienestar colectivo, es, para este efecto, de obligada consideración. Por lo demás, a este dato de hecho, que no pasaba de ser una mera *realidad* empírica (prolongada, es cierto, a lo largo de cuatro siglos), asocióse la idea, o, mejor dicho, el *ideal*, de que, *mutatis mutandis*, dicho estado de cosas respondía no sólo a un puro *factum*, sino a un deber ser, lo cual,

⁴ Idem, p. 157.

aun no impulsándose hasta el extremo teórico - al que, con todo, se llegó en un pasado no tan lejano - de que la ejecución tenía una naturaleza jurídica administrativa, explica que los grandes clásicos de la pasada centuria, tan preocupados por extender los reclamos de la legalidad desde el delito y la pena al proceso, es decir, al juicio en que aquél se establece y ésta impónese, se desentendieran por completo de la ejecución de la última.

El juez de ejecución nace, en consecuencia, bajo condiciones según las cuales sólo podía quedar diseñado de momento como una simple *instancia judicial*, encargada, en lo medular, de ejercer una injerencia morigeradora sobre el conjunto de la ejecución, de guisa de evitar que el destino de los condenados quedase librado - como hasta entonces - en su integridad a las decisiones discrecionales, que fácilmente rayan o degeneran en la más aberrante arbitrariedad, del Poder ejecutivo y de la Administración penitenciaria. Que la aparición del juez de ejecución, con esta marca de fondo, viniese a servir para poner cotó al hecho hasta entonces invariable de que los jueces sentenciadores, luego de la condena, desconocían casi por completo el decurso de la pena concreta que habían impuesto, siendo, por lo mismo, aquél, una novedad digna de aplauso, no debe ocultarnos el signo apenas judicial de la joven magistratura, ni su muy dudosa índole jurisdiccional, pues, ciertamente, no basta con crear la figura de un juez para tener un juez, o, dicho de otra manera, más exacta, no tenemos un juez genuino en tanto en cuanto el nervio de sus potestades no responda al *ius dicere*, o sea, a la función de declarar soberanamente y de aplicar, siendo preciso, de modo coactivo, el Derecho. Ni tiene por ende que extrañar que las funciones de los magistrados de ejecución, en los

primeros Códigos y leyes europeas e iberoamericanas que los receptan, tuviesen que ser, en substancia, de fiscalización o de consulta, en desmedro de sus poderes jurisdiccionales.

En cambio, muy otra cosa designa la ambición de *jurisdiccionalizar* la ejecución. Alzaprimar las facultades resolutorias de estos magistrados, sin mengua, en su caso, de las restantes; determinar, en definitiva, que de todos los más importantes incidentes del cumplimiento de las penas de prisión, y en particular de los que comporten exasperarlas, reducirlas o moderar, merced a algún beneficio, sus condiciones, conozcan, no para ser informados o aprobar lo ya sancionado por la Administración, sino para decidir; que, en seguida, estas funciones se desplieguen por los cauces de un proceso, con todas las garantías fundamentales del proceso penal que a la condena condujo, y que los fallos correspondientes sean revisables o recurribles ante otro órgano también jurisdiccional; que, por fin, todo el complicado mecanismo administrativo de la ejecución se articule bajo la férula del magistrado, dependiendo de él y cumpliendo lo que éste disponga, comporta, en síntesis, algo distinto, en sentido cualitativo, un *aliud* respecto de lo que sería la simple substitución de los romanizados regímenes de visitas de las prisiones, por otro sólo más refinado. Jurisdiccionalizar la ejecución implica, por una parte, quebrar una larga hilera de prejuicios que, cual fantasmas trasnochados, se arrastran por las centurias (valga el recuerdo de esa tradición histórica aludida líneas arriba), y hacerse cargo, asimismo, de las objeciones que en punto a los vínculos entre la Administración penitenciaria y el juez de ejecución, muchos penitenciaristas levantan desde que el último entró en liza; pero también, y sobre

todo, supone transformar lo que hasta ahora ha sido una modesta (aunque importante) *intervención judicial* en las cárceles, en una *jurisdiccionalización global* de la ejecución, de modo de hacer de la legalidad, por fin, gracias a la transfusión del *nulla poena sine lege* desde los estrados a las prisiones, un *quid* real que llega allá donde la máxima sanción está y vive. Pues, en definitiva, como se repite desde Binding, fuera de la ejecución no puede hablarse de fines de la pena, y un cumplimiento incongruente con lo que fue establecido por la norma y resuelto por la sentencia de condena, la desnaturaliza *in toto*, principiando por su finalidad. Pero, con referencia a la sanción que nos interesa, en el Brasil lo ha rememorado en páginas aleccionadoras el Prof. Cezar Roberto Bitencourt, ya que si es verdad que el aspecto principal de la pena privativa de la libertad es el de su ejecución, la crisis actual de la última – que ha sido producto de muy diferentes factores, incluso consubstanciales a aquélla, mas a los que no es ajeno el problema de su secular abandono jurisdiccional – resulta ser, también, la crisis de la primera⁵.

2. Nadie ignora que en los últimos veinticinco varios países, tanto en Europa como en Iberoamérica, se han dado nuevas leyes de ejecución, que, substituyendo, a voces, otras antiguas, o, las más, insiriéndose originalmente en los respectivos ordenamientos, versan también, sobre el instituto del juez de ejecución, el cual, con esta u otras denominaciones, alienta, por lo menos como función, en todas. Si, y en qué medida, el panorama penitenciario hodierno exhibe algún viso del tránsito

desde la judicialización a la jurisdiccionalización del cumplimiento de las penas que nos atañen, es una pregunta cuya respuesta requiere un vistazo somero a lo principal, o más representativo, de dicha legislación.

Comencemos por la europea. Conforme explica un especialista del Derecho penal comparado, Jean Pradel⁶, mientras en la inmensa mayoría de los países de ese continente, los magistrados, una vez que la sentencia condenatoria devino firme, se desentienden de su ejecución, habría, sin embargo, algunos, entre los que menciona Italia, España y Alemania, que se inspirarían por un paradigma que el profesor de la Universidad de Poitiers no hesita en calificar de *modelo jurisdiccional*. Con todo, a poco que se repasan estos ordenamientos, descúbrese que bajo el apelativo yace apenas una verdad a medias, y que estas legislaciones han concebido, en realidad, un juez de ejecución que, con su hibridismo, se queda detenido *in itinere* entre lo judicial y lo jurisdiccional.

Es probable que el intento más serio en pos de la jurisdiccionalización lo haya cumplido Italia, con su ley sobre *Ordenamiento penitenciario y medidas alternativas a la detención*, que fuera sancionada en julio de 1975 y luego ha recibido diversas modificaciones⁷. El viejo *giudice di sorveglianza*, con el que este país se anticipase, en 1930, a las restantes naciones europeas, ha recibido

(6) Droit pénal comparé. Dalloz, Paris, 1995, cfr. p. 624-628.

(7) Sobre ella, véase Di Gennaro, Bonomo y Breda, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*. Giuffrè, Milano, 1987 (cuarta edición); un juicio crítico acerca de sus más recientes reformas, y su aplicación, en Palazzo, *A evolução do sistema sancionatório em Italia*, en *Revista portuguesa de Ciência criminal*, Coimbra Editora, año 6, fascículo 1.º, enero-marzo de 1996, p. 45-59.

(5) Cfr. *Falência da pena de prisão*. Causas e alternativas. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993, especialmente p. 142-210.

una sensible extensión en sus facultades (la última, en 1988), si bien, en el fondo, las funciones eminentemente administrativas que la disciplina legislativa derogada (con particular mira al cumplimiento de las medidas de seguridad) le acordó, subsisten, de modo que sobre este órgano convergen atribuciones de índole muy heterogénea. Entre las jurisdiccionales, que la nueva ley abulta en favor del magistrado de vigilancia y en desmedro — desmedro que revierte la situación precedente — del Ministerio Público, descuellan las de proveer, con decreto motivado, sobre los permisos, las licencias a los detenidos en régimen de semilibertad, y sobre las modificaciones al *probation* penitenciario (o entrega en prueba al servicio social) y a la detención domiciliaria (art. 69). De todavía mayores vuelos jurisdiccionales son las atribuciones confiadas al *Tribunal de vigilancia*, organismo colegiado creado *ex novo* por la ley de 1975, como tribunal de apelación respecto de algunas resoluciones del juez de vigilancia, y al que, sobre todo, se cometen competencias antaño confiadas a los órganos sentenciadores. El mentado *Tribunal* resuelve sobre cuestiones de enorme interés para el régimen del preso, cual la entrega en prueba al servicio social, la detención domiciliaria, la semilibertad, la reducción de la pena a través de la libertad anticipada, y la libertad condicional, así como decide la revocación o cese de estos beneficios (art. 70). Es, por lo demás, especialmente llamativo que el *Ordenamiento* italiano introduzca un auténtico *procedimiento jurisdiccional*, con intervención del Ministerio Público y del defensor del preso, como requisito previo para que el magistrado y el tribunal de vigilancia fallen sobre las materias más trascendentes de su incumbencia, lo mismo que la previsión de que ciertas sentencias de estos magistrados sean recurribles para ante

la Corte de casación, si es que, en concepto del preso o del representante fiscal, la ley ha sido infringida (arts. 71, 71 *bis* y 71 *ter*). En este sentido, huelga conceder a los penitenciaristas italianos que la nueva ley ha abierto un surco de jurisdiccionalización de la ejecución, en una perspectiva que debe conducir a superar la concepción tradicional que consideraba ésta como un hecho de propiedad de la Administración y dominado por el principio de la discrecionalidad, con el ambicioso designio último de trasladar los esquemas procesales del juicio de cognición a la sede ejecutiva⁸. Sin embargo, y a pesar de estos auspicios risueños, estamos frente a una tendencia, y nada más, por cuanto en muchos y muy relevantes accidentes de la ejecución, los jueces creados para ésta, o no intervienen para nada, o sólo participan *ex post facto* remediando posibles excesos de la administración de los establecimientos penitenciarios. De obligada mención son, en este sentido, las sanciones disciplinarias. Éstas, si bien atemperadas en su contenido material por la nueva ley italiana, son dispuestas por el director del establecimiento o por su consejo de disciplina (art. 40), y al atectado sólo le queda deducir un reclamo ante el magistrado de vigilancia; pero el reclamo no suspende la ejecución de la medida (arts. 14 *ter*, 35 y 79). En seguida, las que la ley llama *recompensas*, entre las que se cuenta la no desdeñable de que el preso reciba la visita de sus parientes y convivientes con el permiso de transcurrir con ellos parte del día, son acordadas por el consejo de disciplina del establecimiento, sin ninguna mediación del juez (art. 37 de la ley, y 71 de su reglamento). En fin, los traslados y destinaciones de los presos de una cárcel a otra, incumben

⁽⁸⁾ Di Gennaro, Bonomo y Breda, op. cit., cfr. p. 390-391.

con exclusividad al Ministerio de Gracia y Justicia, o a sus agentes (art. 80 del reglamento).

Si reservas de este jaez merece la legislación italiana, con menos propiedad cuadrará a la *Ley general penitenciaria española*, de 1979, el apelativo de ser un "modelo jurisdiccional". Toma la última de la primera la denominación, harto criticable, de "juez de vigilancia", para aludir a un órgano inédito en España; mas en la medida en que su misión fundamental – me abstengo de referirme a las tareas consultivas – es la de *fiscalizar la actividad penitenciaria y garantizar los derechos de los internos*, según dice la ley (art. 59), le sobra razón a cuantos piensan en ese país que el juez de vigilancia *no es* un verdadero juez de ejecución de penas, y que la institución sólo fue creada sobre el papel⁹. La razón está en que, conforme explica Mir Puig, es la Administración penitenciaria la encargada de conducir todo el proceso de individualización de la pena¹⁰, y el papel del juez de vigilancia se circunscribe al de un simple fiscalizador, o vigilante, según indica su denominación. Esto explica que si cierto espectro jurisdiccional puede rastrearse en algunas de sus atribuciones (verbigracia, en la concesión y revocación de la libertad condicional), en la mayoría su intervención es más templada, o simplemente no existe. En ocasiones, sólo conoce de reclamos ante medidas ya dispuestas por la autoridad administrativa, es lo que ocurre con la imposición de medidas disciplinarias (entre las que está la nada lene del aislamiento en

celda solitaria hasta por catorce días, eventualmente prorrogables), pero de la resolución en sí es apenas "informado". Una simple *información* al juez, asimismo representa su única injerencia en cuestiones como la destinación y traslado de los condenados (incluso a los establecimientos de régimen cerrado), materia que compete a la *Dirección General de Instituciones Penitenciarias*; la concesión de recompensas y permisos de salida hasta por dos días, el empleo de coerciones físicas y la intervención de las comunicaciones orales o escritas de los presos, todo ello dispuesto por el director respectivo, etc.¹¹. Desdibujándose por completo el perfil jurisdiccional del juez, queda incluso comprometida su dimensión judicial, de lo que se sigue que, con su ley penitenciaria, España se ha quedado sensiblemente por detrás de Italia (que no ministra, tampoco, ningún ejemplo perfecto), y, en lo que más importa para los países que en América diseñaron sus instituciones penales siguiendo los derroteros de la legislación hispana, y mantienen siempre su atención viva respecto de lo que sucede con las instituciones españolas, ha acuñado un modelo que, nacido viejo, tampoco está destinado a ser imitado ni a servir de inspiración para nuestros Estados.

De un intento más o menos audaz en pro de la jurisdiccionalización no parece que sea consentido hablar en otras regiones de Europa. El *juez de aplicación de las penas*, introducido en Francia en 1957, aunque tenga potestades decisorias en materias del calado de la libertad condicional y el régimen de semilibertad, conoce de ellas sin debate, en ausencia del representante letrado del preso, y puede prescindir de motivar su resolución, la cual, por otra parte, es

⁽⁹⁾ Rodríguez Devesa, *Derecho penal español*. Parte general, decimotercera edición, revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez, Dykinson, Madrid, 1990, cfr. p. 981.

⁽¹⁰⁾ *Derecho penal*. Parte general. Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., Barcelona, 1995 (tercera edición), cfr. p. 844.

⁽¹¹⁾ Severa crítica de esta ley en Rivacoba, op. cit., cfr. p. 162-164.

inapelable, con lo que el condenado queda en una situación más desmejorada que en España, ya que en ésta puede, por lo menos, deducir los recursos de apelación y queja ante el tribunal sentenciador contra todos los autos del juez de vigilancia. Por lo que se refiere a Alemania, la *Ley sobre la ejecución de la pena privativa de la libertad y de las medidas de seguridad y corrección privativas de la libertad*, de marzo de 1976¹², mientras concede a los presos el derecho de hacer reclamaciones ante el director del establecimiento, y a solicitar un pronunciamiento judicial de parte de la *Sala de ejecución penal* del tribunal competente, por cualquier medida administrativa que se adopte durante el cumplimiento de la pena, siempre que el afectado alegue haber sido lesionado en sus derechos (§§ 109 y 110), dispone, como ya es costumbre en el panorama mundial, que es el director del establecimiento en que se halle el recluso la autoridad facultada para imponer las medidas disciplinarias por infracciones al régimen interno (§ 105).

3. Pasando a rápidas zancadas a Iberoamérica, y ciñéndonos siempre, por razones de espacio, a unos pocos países, se cae en la cuenta de que la situación no es substancialmente distinta a la observada en el viejo continente. El Brasil, que en tema de juez de ejecución puede ostentar con legítimo derecho la prioridad de la anticipación histórica respecto de cualquier otro Estado de América y del mundo¹³, ha ampliado sus

facultades con la ley sobre *Ejecución penal* de 1984¹⁴, que, a mayor abundamiento y al no circunscribirse sólo al cumplimiento de las penas privativas de la libertad, y al abarcar, también, la individualización de las penas restrictivas de derechos y la de multa (o sea, *todas* las que la nueva Parte general de su Código regula), resulta ser una verdadera ley de ejecución, como, por otro lado, se ambiciona en los Anteproyectos sobre la materia en Costa Rica y el Ecuador, y constituye uno de los *desiderata* de la política penitenciaria de nuestro tiempo. Es, en el sentido de la jurisdiccionalización, sumamente importante el amplio abanico de atribuciones decisorias que la ley reciente comete al *juez de ejecución penal*; y lo atestigua que este magistrado sea la autoridad resolutoria en cuestiones como la libertad condicional, la extinción de la punibilidad, la unificación de las penas, la redención por el trabajo y la aplicación retroactiva de las leyes más benignas para el conde-

(12) Traducida al castellano y anotada por Antonio García-Pablos, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, de Madrid, tomo XXXI, fascículo II, mayo-agosto de 1978, p. 395-445.

(13) En efecto. La figura del juez de ejecución aparece por primera vez en la ley federal de 05.09.1922, y dieciocho años más tarde recoge la institución el Código de procedimiento penal de 1940.

(14) Ley n. 7.210, de 11.07.1984. Acerca de ella, dentro de la ya ingente bibliografía brasileña en materia de ejecución, hay que ver Dotti, *Execução penal no Brasil: aspectos constitucionais e legais*, en la obra colectiva *Sistema penal para o terceiro milênio*, coordinada por João Marcello de Araujo Jr. Revan, Rio de Janeiro, 1992 (segunda edición). En páginas 86 y 87, el profesor Dotti - quien fuese uno de los principales padres de la ley - destaca el sentido y la importancia de las mayores atribuciones concedidas al juez de ejecución, con el objetivo, deliberadamente buscado, de "reaccionar contra el vórtice de inseguridad y des crédito del abandonado mundo de las prisiones". También para João Marcello de Araujo (véase el volumen, por él coordinado, *Privatização das prisões*. Ed. RT, São Paulo, 1995, p. 14), según el cual "la ejecución penal siempre pretendió ser una actividad jurisdiccional", en la actualidad, "con la ley de ejecución..., el carácter jurisdiccional y procesal de la ejecución quedó perfectamente marcado".

nado (art. 66). Digno de nota es el *procedimiento judicial* que articula el título VIII de la ley (arts. 194-197), pues la prolongación de las garantías del juicio de cognición a la fase del cumplimiento de la pena, constituye – quedó dicho – un buen indicio de la voluntad legiferante de hacer efectivo en su integridad el *Palladium* de la legalidad de la pena. Y si el *juicio de ejecución* brasileño es, seguramente, todavía una tentativa perfectible, en especial en lo que concierne a la asistencia de letrado, merece plácemes como un buen signo indicador para lo por venir. Con todo, y a pesar de que un afán jurisdiccional parece, en verdad, motivo inspirador de esta legislación, hay algunos aspectos en que el designio sufre amargas derrotas. Desde luego, la potestad disciplinaria sobre los presos compete con exclusividad a la autoridad administrativa (art. 47), y así las sanciones (de cuya gravedad nos ilustra la de aislamiento por hasta treinta días) como las recompensas son aplicadas por el director del establecimiento o por su consejo de disciplina (arts. 54 y 56); que, luego, la ley acuerde un procedimiento al efecto y cautele la defensa profesional del recluso, no cancela la difuminación, sobre cuestión tan trascendente, de la figura del juez, al cual, por lo demás, la autoridad penitenciaria sólo está obligada a *comunicar* la aplicación de la medida más grave, es decir, el aislamiento (art. 58). Y ciertos derechos sumamente significativos del recluso, como la visita de cónyuges, amigos y parientes, y aun el contacto del preso con el mundo exterior por medio de la correspondencia y la lectura, pueden ser suspendidos a través del simple expediente de un acto motivado del director (art. 41). Basta, pues, con la mención.

La Argentina, que introdujo el *juez de ejecución penal* con el Código de procedimientos de 1991, acaba de darse

una ley sobre *Ejecución de la pena privativa de la libertad*¹⁵. Vista la acusada juventud de la magistratura de cumplimiento en el vecino país, no sorprenderá que la indole de su función evidencie un grado harto menor de jurisdiccionalización de lo que sería menester. De hecho, manteniéndose una antigua tradición sobre el particular¹⁶, la nueva ley renueva la garantía de que el cumplimiento de la privación de libertad estará sometida a un *control* permanente por parte del juez de ejecución o, en su caso, del juez competente (art. 3.º), con lo que desde sus primeros artículos la norma alzaprima el mero sentido *judicial* de esta magistratura, dato corroborado por la circunstancia de que – son sus palabras – *la conducción, desarrollo y supervisión de las actividades que conforman el régimen penitenciario, serán de competencia y responsabilidad administrativa* (art. 10). Un viso de jurisdiccionalización reconócese, empero, en determinadas atribuciones del juez de ejecución. Le compete resolver sobre la libertad condicional, las salidas transitorias y el régimen de semilibertad; la prisión domiciliaria, prisión discontinua y semidetención, así como en punto a la realización de trabajos en beneficio de la comunidad y la libertad asistida (arts. 19, 28, 32, 33, 35, 50 y 54). Sin embargo, prácticamente todo lo demás queda bajo la férula de la administración de las cárceles. El traslado de los internos de un establecimiento a otro, las medidas de sujeción, la imposición de sanciones disciplinarias (jentre las que se cuenta nada menos que el traslado

⁽¹⁵⁾ Ley n. 24.660, de 08.07.1996, y publicada en el *Boletín Oficial* del martes 16 del mismo mes y año.

⁽¹⁶⁾ Sobre ella, cfr. Zaffaroni, *Tratado de Derecho penal*. Parte general. 5 vols. Ediar, Buenos Aires, 1987-1988, tomo V, p. 153.

entre dos establecimientos, o, dentro del recinto de que se trate, a una sección de régimen más riguroso!), la interrupción de las visitas y las comunicaciones por escrito del preso, e incluso la regresión a una fase ya cumplida del régimen progresivo, entre otras tantas cuestiones de máxima incidencia para el cumplimiento de la pena, pertenecen a la esfera de facultades del director del establecimiento, sobre el cual gravita apenas la obligación de rendir un *informe* al juez de ejecución (arts. 72, 75, 81, 85, 89 y 181). Y hay materias, cual la calificación de conducta de los reclusos (tema determinante para la frecuencia de las visitas de familiares, la progresión del régimen y el otorgamiento de variados beneficios), en las que la administración, una vez notificado el interno, puede simplemente prescindir de informar al juez (arts. 100-104).

Por su parte, en Chile jamás ha existido el juez de ejecución de penas, y hasta es dable suponer que pocos saben de la institución, conjetura nada aventurada si se considera el generalizado desinterés científico por el tema del cumplimiento de las penas privativas de la libertad, y que de él, salvo raras y contadas excepciones, no se habla siquiera en las aulas universitarias. De allí que se haya consolidado en la legislación y en la praxis la rutina de que, una vez pronunciada la condena, los jueces ignoren el destino de los condenados y su suerte, abstracción hecha de visitas semestrales que, como es natural, no llegan ni a paliativo de la sujeción total del preso a la administración penitenciaria. *Mutatis mutandis*, es ésta también la realidad de las medidas de seguridad de reclusión manicomial y de internación de menores. Y es paradójico que el decreto n. 1.771, sobre *Reglamento de establecimientos penitenciarios*, dado por el

Poder ejecutivo en diciembre de 1992¹⁷, al paso que afirma en su preámbulo querer ponerse a tono con *las modernas orientaciones penitenciarias y los tratados internacionales a los que Chile ha adherido*, venga a instaurar, so capa de la magia de las palabras y el fraude de las etiquetas, uno de los regímenes más rigurosos y retrógrados de que se tenga noticia en Iberoamérica. Ya es bien revelador del designio normativo que el núcleo de la ejecución de las penas se contenga en un decreto reglamentario, y no en una ley, como, en cambio, sugieren esas "orientaciones modernas" que se dice honrar, en circunstancias de que, llegado su momento, no hubo grave inconveniente para que se propusiese y aprobase una ley de constitucionalidad sospechosa, pero de notable oportunismo político, para construir una cárcel especial, donde recluir a algunos de los individuos responsables de las fechorías que cometieran durante un régimen político de siniestra memoria. No es menos aleccionador que se haya camuflado el sistema progresivo que existía desde 1928, por un *tratamiento de reeducación*, desacreditado y en crisis, que, para colmo de males, es *obligatorio* para los presos (art. 25). Mas yendo a lo que nos interesa, el mencionado reglamento le ha dado un espaldarazo terminante a la pertenencia administrativa de la ejecución, en términos exclusivos y excluyentes de cualquier intervención judicial. Que el reglamento no remediase la disciplina de la libertad condicional, confiada inveteradamente a la resolución del Poder Ejecutivo, es el reparo menos hiriente entre cuantos pueden dirigírsele. Piénsese que la autoridad penitenciaria es la soberana absoluta en la calificación de los internos, así como respecto de sus traslados; que por una resolución delegable del

(17) Publicado en el *Diario Oficial* del martes 09.02.1993.

Director Nacional de Gendarmería (estos es, la autoridad máxima de lo que en muchos países se llama Servicio de Prisiones), puede transferirse a establecimientos especiales y bajo un severísimo régimen de seguridad, a los condenados calificados como de peligrosidad extrema, sin que a ninguno le quepa reclamar ni de la calificación ni del traslado, ante los tribunales; que cualesquiera de los derechos de los detenidos y presos pueden ser restringidos, bajo circunstancias especiales, por la dirección de los centros de reclusión; que la correspondencia de los internos es objeto de un riguroso control, y que incluso las visitas de amigos y parientes pueden ser limitadas o suspendidas por resolución del jefe de la unidad carcelaria correspondiente (arts. 27, 35, 40, 46, etc.). Un capítulo aparte ameritaría el sistema de faltas disciplinarias y de sanciones. Hasta la simple desobediencia *pasiva* a las órdenes de la autoridades castigada con sanciones consistentes en quedar privado el interno de participar en actividades comunes de recreación por hasta un mes, o la limitación de las visitas a un tiempo irrisorio (cinco minutos), durante el mismo período (arts. 58, letra b, y 60). El aislamiento en celda solitaria por lapsos no superiores a treinta días, o por cuatro fines de semana, y la privación de cualquier visita o contacto con el exterior, se disponen por el jefe del recinto, al igual que todas las sanciones (art. 61), sin procedimiento digno de llamarse tal¹⁸,

y, casi siempre, sin oírse la declaración personal del recluso afectado, el que, por añadidura, no dispone de recursos jurisdiccionales para reclamar de lo resuelto¹⁹. Y previo informe del Consejo Técnico del respectivo establecimiento, su director queda facultado para conceder las recompensas de salidas esporádicas, dominicales o controladas (arts. 78-85); pero ante su no otorgamiento el preso carece de tutela jurisdiccional, etcétera. La única oportunidad en que dentro de esa obscura atmósfera rarefacta de laxa discrecionalidad asoma su cerviz el control del magistrado, es cuando se debe *repetir* una sanción disciplinaria (art. 66). En síntesis, cada una de las disposiciones del reglamento chileno rezuma una concepción *transpersonalista* y *substancialista* del mundo y de la vida, y, como colofón del desconocimiento, en el preso, de su calidad de fin en sí, o sea, de su dignidad eminente, denota el conjunto una indiferencia abierta a los requerimientos de la legalidad en la ejecución de las penas.

rigor, al cual se acompañará la declaración del infractor, de testigos y afectados, si los hubiere y estuvieren en condiciones de declarar, así como también si procede, la recomendación del Consejo Técnico, si éste hubiere intervenido. De todo ello se dejará constancia *sucintamente* en la resolución que aplica la sanción, de manera que el castigo sea *lo más justo posible*, esto es, oportuno y proporcional a la falta cometida tanto en su drasticidad como en su duración y considerando las características del interno. "En caso de *infracción grave* y antes de aplicarse la sanción, el Jefe del establecimiento deberá escuchar *personalmente* al infractor". Las bastardillas, nuestras.

(18) No sólo por la ausencia de magistrado, del Ministerio Público y de la asistencia letrada, como lo reclama la antiquísima máxima *audiatur et altera pars*, sino incluso por la *forma* en que las sanciones son dispuestas, conforme dispone el art. 61, que transcribimos para mayor comodidad del lector: "Toda sanción será aplicada por el jefe del establecimiento donde se encuentra el interno, el que procederá teniendo a la vista el parte de

(19) Salvo, por cierto, el *habeas corpus*, que, con todo, no pertenece a la esencia de la jurisdiccionalización del cumplimiento de la pena, y no guarda con ésta más que aquella relación muy lejana que yace en los fundamentos generales del amparo.

Hay para pensar que no se exagera un ápice en la conclusión de que Chile *no ha entrado siquiera* en el ambiente de *judicialización* del cumplimiento de las penas privativas de la libertad, y se ha quedado muy a la zaga respecto de lo cumplido en varios países colindantes.

4. Jurisdiccionalizar la ejecución de aquéllas no obedece a un puro designio filantrópico y humanitario (no se olvide que a los sentimientos y afectos es siempre dable oponer otros sentimientos), sino a una cuestión de legalidad. Si se busca que, aun contando con la colaboración del personal y los elementos técnicos de la administración penitenciaria, *toda decisión final* sobre la naturaleza y ejecución de la pena, y, en general, acerca de cualquier nuevo gravamen de la libertad personal del preso o de su *status* jurídico no afectado por la condena, competa al juez de ejecución⁽²⁰⁾, es, ante todo, por una lógica deducción extraída de los principios, más que de los hechos, por muy desagradables o escandalosos que éstos aparezcan. Que, por otra parte, el problema se vincule con la finalidad de estas puniciones, parece difícil de rebatir. En tanto en cuanto, bajo una fraseología especiosa o una confesión sincera, se ha privilegiado la evitación de la reincidencia y, por consiguiente, la prevención especial, resulta lógico que este propósito de beneficio social, o de utilidad colectiva, rematase en la mera judicialización del cumplimiento, con un juez de vigilancia de facultades alicortas ante una individualización penal que no

gobierna ni, tampoco, en el fondo, controla. Como, indudablemente, es imposible perseguir un objetivo preventivo especial sin *imponerle* al recluso algún grado de valores morales⁽²¹⁾, lo que objeto de repulsa en toda mentalidad liberal y, en otro sentido, revela cada vez más su dimensión quimérica, esto es, de objetivo impracticable respecto de personas adultas y en el interior de una cárcel; y como, en consecuencia, junto con la revaloración de fines de la pena que se creyó periclitados o el reclamo de otros más o menos claros y nuevos, la política y la acción penitenciarias tienden hoy a impedir la llamada *prisonización* y, por ende, a moderar los efectos desocializadores y de subcultura que acompañan invariablemente toda privación de libertad, *más que de judicializar, trátase hoy de jurisdiccionalizar*. Hasta las críticas más recurrentes contra el funcionamiento de un sistema penitenciario que consulte la magistratura de ejecución, son fruto del tímido alcance de las facultades de ésta; colocado el juez en un plano de independencia funcional, pero, asimismo, de paridad jerárquica respecto de la administración penitenciaria, es lógico que entre el uno y la otra tengan que producirse constantes roces y contiendas de competencia, cuya resolución definitiva sólo se alcanzará cuando la última dependa de y se subordine al, primero. No se nos oculte, por fin, que la jurisdiccionalización del cumplimiento de las penas es un corolario necesario del principio de separación de poderes del Estado y de la independencia de la función ju-

(20) Estos fueron los términos de una resolución del lejano Congreso Internacional de Defensa Social, celebrado en Amberes en 1950. Cfr. Cuello, *La moderna penología*. (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes Penas y medidas. Su ejecución). Tomo I (único publicado), Bosch, Barcelona, 1958, p. 48.

(21) Según explicase hace años el profesor Antonio García-Pablos de Molina, a propósito de los tan en boga "programas mínimos resocializadores". Cfr. *La su-puesta función resocializadora del Derecho penal*, en su libro misceláneo *Estudios penales*. Bosch, Barcelona, 1984, p. (17-96) 44.

dicial. Mientras la tarea de declarar el Derecho a los casos jurídicamente controvertidos, que supone que su titular, el Poder jurisdiccional, disponga de todas las herramientas para cumplir en su plenitud lo que resuelva, siendo, en todas las fases de la ejecución de sus resoluciones, civiles o criminales, único señor y soberano, tenga que ser compartida en una magnitud consistente con el Poder Ejecutivo, la división de los poderes del Estado no se respetará a cabalidad, ni se habrá satisfecho en la medida necesaria la independencia del Poder judicial, sobre cuyo trasfondo ético, básico para la libertad y seguridad individuales y aun para la subsistencia del Estado de Derecho, no es preciso insistir.

Permítasenos, pues, hacer votos por que los países que embocaron la judicialización y, sobre todo, aquellos que, como Italia y el Brasil, se han adelantado con la mira de superarla, profundicen el surco abierto y lleguen a la meta de la jurisdiccionalización. Y para el más nutrido grupo de Estados que todavía son espectadores del proceso, queda por ahora trabajar en pos de la más humilde judicialización del cumplimiento de las penas, aunque siempre con la ambición última de jurisdiccionalizar. Porque, y en definitiva – pero esto ya lo vio Howard en el siglo XVIII –, *la administración de una prision es cosa demasiado importante para abandonarla por completo a un carcelero.*²²

(22) *État des Prisons, des Hôpitaux et des Maisons de Force.* Chez Lagrange, Paris, 1788, tomo I, p. 68.