

Sobre la judicialización de la pena: garantía ejecutiva, control jurisdiccional y Estado de Derecho

Roy Murillo Rodríguez*

El objetivo de este artículo es disertar sobre la necesidad de fortalecer una jurisdicción que asegure la efectiva vigencia del principio de legalidad en la ejecución de la pena, y con ello procurar mecanismos que subsanen una ejecución descarriada o arbitraria. Un adecuado control exige primero la existencia de una ley que con precisión regule la forma de aplicar sanciones penales y sujete a la administración a procedimientos y requisitos para su actuar. En este sentido, resulta indispensable dotar al juez de ejecución de la pena de amplios y suficientes poderes, definiéndose con precisión las competencias tanto de la administración penitenciaria como del juez, asegurando el principio de contradicción y el derecho de defensa.

En el Estado de Derecho el proceso penal se visualiza como el mecanismo a través del cual se procura que el aparato estatal ejercite la potestad de *castigo* contra aquellos sujetos que han quebrantado el orden al incurrir en conductas prohibidas previamente en la norma penal sustantiva.

A través de las garantías constitucionales y legales, se pretende asegurar que cuando el Estado materialice un castigo lo haga respetando la igualdad, la dignidad de todo ser humano y sus derechos fundamentales, estando sujeto a las autolimitaciones

adoptadas por el *poder político democrático*, respetando los principios y el procedimiento establecidos –garantía de legalidad–, y sin incurrir en abuso de su poder ni en el menoscabo de los derechos inherentes a todo ser humano.

Actualmente, la fase de ejecución penal se establece como una etapa más del proceso penal. Precisamente todas las fases del proceso que le preceden se justifican a efecto de asegurar que cuando se ejecute la sanción y se materialice el *ius puniendi* se haga en forma legítima. De esta manera, el proceso penal no se agota o finaliza con el dictado o la firmeza de una sentencia condenatoria (Rivera, 1997: 177, 196-197). Por el contrario, a partir de ahí es que se ejercita plenamente

la potestad de castigo delegada por toda la sociedad a la autoridad única del Estado. Por tanto, lejos de cómo funcione en la práctica, a partir de ese momento deberían fortalecerse las garantías a favor del ciudadano condenado y asegurarle plenamente el acceso a la justicia y el efectivo respeto de sus derechos constitucionales, legales y penitenciarios. Valga señalar que este núcleo de garantías y derechos a través del cual se procura equilibrar la posición del ciudadano frente al poder del Estado en realidad no constituye *beneficio* exclusivo de los *transgresores de las normas*, sino que se trata de garantías para todos: cualquiera de los que estamos fuera de los muros de la prisión podríamos vernos repentinamente ubicados *del otro lado*

* Doctor en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid; Juez de Ejecución de la Pena en Costa Rica.

y entonces también tendríamos la necesidad de exigir el respeto de nuestra dignidad y de nuestros derechos.

Percibir este orden del proceso penal y terminar con la idea de que éste finaliza con el dictado de la sentencia resulta una ardua tarea, pues la disfunción del sistema de justicia penal es tal que continúa acentuando y concentrando las garantías en la fase de juicio mientras tolera su disminución en la fase posterior (Mapelli Caffarena, 1997), donde generalmente hasta las mismas normas justifican que *ley y orden* —el típico lema de muchos sistemas penitenciarios— permitan la devaluación de los derechos fundamentales de los privados de libertad. Pareciera que, como señala Rivera (1994, 1997), no es sólo al momento de la aplicación o la interpretación de los derechos de los privados de libertad que se tolera su devaluación, sino que esto sucede desde la formulación misma de estas normas, porque muchas veces se establecen como derechos para ciudadanos de *segunda categoría*.

Por las consecuencias que sobre la libertad y dignidad de una persona produce el ejercicio de la actividad punitiva estatal, resulta fundamental tener clara la importancia, en primer lugar, de que el Derecho penitenciario tenga su cimiento en las nociones y los principios básicos del constitucional; en segundo lugar, que una ley previamente establezca la forma y el modo en los que deberán cumplirse las sanciones; y, finalmente, que la práctica penitenciaria respete los valores supremos así como los presupuestos del Estado de Derecho (en caso contrario, el ejercicio de esa actividad estatal resultaría ilegítimo).

Desde esta perspectiva, dentro de la ejecución de la pena en un Estado de Derecho surgen dos elementos indispensables: la legalidad ejecutiva y el acceso a la justicia-control jurisdiccional.

Sobre el principio de legalidad o garantía ejecutiva

Se debe insistir en la necesidad de reconocer expresamente la vigencia del principio de legalidad en la ejecución de la sanción penal.

Cuando se habla del *principio de legalidad y proporcionalidad de los delitos y las penas* muchos entienden que el asunto se refiere a legalidad en los delitos y proporcionalidad en las penas, como si en el Estado de Derecho las penas no se debieran de cumplir de conformidad con la ley.

El principio de legalidad debe comprender la garantía de ejecución penal y, en consecuencia, la fase de ejecución

debe regirse también por el principio de legalidad. Como indica De Vicente Martínez:

La garantía de ejecución está referida a la fase de ejecución que debe regirse imperativamente también por el principio de legalidad. Si el destino final de las normas es ser aplicadas, ejecutadas, la garantía de ejecución impone que sólo del modo en que aparece regulado en la ley se pueden cumplir las penas y medidas de seguridad. Esta garantía conlleva que las leyes de ejecución han de recoger las garantías, derechos fundamentales y libertades públicas consignadas (citado en Mapelli Caffarena, 1993: 35).

En consecuencia, de ninguna puede permitirse que la prisión se mantenga al margen de la ley. Conforme a los principios organizativos del Estado de Derecho, todos los poderes públicos deben estar sometidos a la ley, por lo que no hay razón válida para mantener a las cárceles fuera de ese esquema.

Si sobre el tema que nos compete hacemos un breve recorrido histórico, podemos ver cómo las ideas más elementales del Iluminismo ya reclamaban ante la excesiva violencia y arbitrariedad del Derecho penal, propugnando de esta manera su reformulación, racionalización y humanización, y exigiendo la legalización de los delitos, los procedimientos y las penas. Por otra parte, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 ya declaraba con contundencia en su Artículo 9º que

Todo hombre es considerado inocente hasta que ha sido convicto. Por lo tanto, siempre que su detención se haga indispensable, se ha de evitar por la ley cualquier rigor mayor del indispensable para asegurar su persona.

Igualmente, la Organización de las Naciones Unidas emitió en 1955 las “Reglas Mínimas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente”. 50 años después, bajo esa misma categoría jurídica —meras recomendaciones— el Derecho internacional, y ahora el comunitario, sigue regulando la situación de los presos y sistemas penitenciarios. ¿Será que los derechos existen para todos menos para los presos? ¿Tendrán éstos que seguir conformándose con recomendaciones técnicamente no exigibles?

En el Congreso Internacional Penitenciario del 2006¹, como una de las principales cartas de presentación y pro-

¹ Realizado en la ciudad de Barcelona, España, del 30 de marzo al 1º de abril del 2006, denominado “La función social de la política penitenciaria”,

moción, se procuró la divulgación y el conocimiento de la Recomendación del Comité de Ministros Miembros del Consejo de Europa sobre las Reglas Penitenciarias Europeas (2006), cual novedad relevante y paso decisivo. Lejos de visualizar este documento como un avance, consideramos que sólo refleja el poco valor que se da a la materia penitenciaria y la falta de voluntad política de asumir verdaderos compromisos y asegurar el efectivo respeto a los derechos de las personas presas. Nótese que se regula la situación bajo una mera recomendación y que, más grave aún, en la redacción de la misma se destaca una serie de incoherencias y contradicciones que siguen opacando la materia. De su estudio surgen más inquietudes además de la satisfacción que podría esperarse de la lectura de una carta de derechos humanos producida en este siglo y dictada en el continente donde ha surgido la teoría de los derechos fundamentales. Y es que en el capítulo correspondiente a las garantías penales, Artículo 47 y siguientes, observamos una normativa escasa y nada innovadora en la materia. Se regula el derecho de acceso a la justicia para toda la población, la tutela judicial efectiva y el derecho a un juez imparcial; la presunción de inocencia y el derecho de defensa, así como la vigencia del *principio de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas*. Ese es precisamente el título del Artículo 48 de la normativa citada que en concreto dispone:

1. Nadie podrá ser condenado por una acción u omisión que, en el momento que haya sido cometida, no constituya una infracción, según el Derecho nacional o el Derecho internacional. Igualmente, no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada a ésta. 2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que en el momento de su comisión, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones. 3. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción.

organizado por el Ministerio del Interior, Dirección de Instituciones Penitenciarias y la Generalitat de Catalunya, con la colaboración del Consejo de Europa (véase <www.meetingcongress.com/penitenciari>).

Cabe mencionar que en estas nuevas recomendaciones europeas existen diversas contradicciones. Por ejemplo, en la Parte I, respecto al campo de aplicación, el citado documento establece:

1. Los menores de dieciocho años no deben estar internados en prisiones para adultos, sino en establecimientos especialmente concebidos al efecto. 2. En caso de que, excepcionalmente, los menores estén internos en prisiones de adultos, su situación y sus necesidades se regirán por reglas especiales.

La contradicción es notoria pues, por un lado, se hace referencia a que los menores de edad no deben estar internados en prisiones para adultos; sin embargo, en el siguiente párrafo parece que por excepción esa ubicación sí podría darse. Por otro lado, a pesar de que se supone que dentro de las penitenciarías no es permitida la sobrepoblación, en la Parte II se establece: “La legislación nacional debe prever los mecanismos que garanticen el respeto de estas condiciones mínimas incluso en el caso de masificación”. Por último, lo que pudo y debió haberse regulado como una efectiva garantía de la defensa en la fase de ejecución quedó como un acto facultativo del Estado:

1. Todo interno tiene derecho a solicitar asesoramiento jurídico y las Autoridades Penitenciarias deben ayudarle de forma razonable a acceder a ese servicio. 2. Todo interno tiene derecho a consultar a su costa a un abogado de su elección sobre cualquier tema legal. 3. Cuando la legislación prevea un sistema de justicia gratuita, esta posibilidad debe ponerse en conocimiento de todos los internos por las Autoridades Penitenciarias.

Obsérvese cómo se sigue regulando la asistencia legal gratuita a los privados de libertad como una cuestión facultativa del Estado cuando, por el contrario, como parte de un mecanismo efectivo de garantía de los derechos fundamentales de las personas presas, como mínimo debería exigirse a todos los Estados brindar este tipo de servicio a todo individuo privado de libertad que carezca de los recursos necesarios para proporcionarse los servicios legales por sí mismo. No tiene justificación que en Europa, más de un siglo después de las denuncias de Beccaria y otros pensadores de la época, y después de 50 años de que las prácticas penitenciarias recomendadas han proscrito determinadas situaciones y procedimientos, se siga tolerando, aunque sea

como excepción, la sobrepoblación, la falta de clasificación de los privados de libertad y que ni siquiera se garantice la gratuidad de una defensa técnica adecuada. Parece que esta vez el continente europeo no ha marcado la pauta.

Será la normativa nacional de cada Estado la que deberá desarrollar la forma y modo de cumplir las penas y los derechos del privado o privada de libertad. Ante esto, debe asegurarse a todo ciudadano que, en caso de imponérsele una sanción, de antemano conocerá cómo deberá descontar la misma y las instancias a las que podrá acudir en caso de que no se respeten sus derechos fundamentales o penitenciarios. Siendo un hecho notorio y conocido por todos que la prisión es uno de los espacios más violentos y donde más indefenso y vulnerable se torna el ser humano frente a la magnitud del sistema represivo, deberían potencializarse las garantías a ese sector de la población y no dejar el castigo en manos de amplios poderes discrecionales y a la buena voluntad de los administradores penitenciarios.

Debemos recordar que las exigencias derivadas de las garantías procesales han sido algunas de las aportaciones más valiosas y de mayor trascendencia de la Revolución francesa de 1789 a la humanidad —de hecho, a partir de ese momento se generó una transformación de los sistemas penales en todos los Estados democráticos—. Hoy debe asegurarse que el grito por la legalización del Derecho penal incluya todas las fases del mismo, desde la previa determinación de las conductas u omisiones reprochables, la determinación de la sanción, la inicial investigación, la interrogación, el procedimiento del juicio oral, hasta, y sobre todo, la materialización del castigo, objetivo básico de todo el procedimiento. La vigencia de la garantía ejecutiva en todo Estado Social y de Derecho se impone como una necesidad básica de legitimación del poder. Y es que, como se señaló previamente, la vulnerabilidad del ciudadano preso ante el Estado represor es evidente y la situación exige precisamente leyes claras previamente establecidas así como adecuados mecanismos de control que garanticen el cumplimiento de las penas conforme a la normativa y el efectivo respeto de los derechos de las personas privadas de libertad.

El Estado de Derecho surgió históricamente ante una concentración y ejercicio arbitrario de poder. Se estableció como una fórmula garante del respeto a la dignidad humana de todos y cada uno de los ciudadanos, asegurando un trato igual bajo condiciones semejantes, principio que se garantiza con la sujeción de la autoridad estatal a la ley y la Constitución. Dentro de la concepción que da arraigo

al Estado moderno encontramos como elemento nuevo de esa organización política y diferenciador de las que le preceden precisamente el principio de legalidad, pilar básico de la legitimación de toda la actividad estatal que le da la seguridad al ciudadano de saber que sus derechos fundamentales serán respetados y que sólo se podrán restringir al amparo de una ley, lo que le da certeza al individuo de saber a qué puede atenerse. El principio rige con toda razón cuando se trata del ejercicio del poder de castigar y la posibilidad de restringir la libertad de una persona, potestad que a partir del surgimiento del Estado de Derecho se otorga en exclusiva² a la autoridad estatal como atributo elemental del poder político y expresión consecuente de la soberanía del Estado (Souto, 2006; Bergalli, 1988).

El someter a la administración penitenciaria a reglas previas dictadas por las fuerzas más representativas del poder popular —concretamente el poder legislativo— y no a normas autoimpuestas ni a un amplio poder de discreción, por más complicado que sea el control de las cárceles, es una necesidad que se impone, al menos si se pretende un Estado de Derecho que no diferencie por condición social o calidad jurídica y que rechace toda acción arbitraria. Los muros de la prisión no deben —aunque la práctica parece indicar que sí pueden— impedir el paso al principio de legalidad. Nada justifica una excepción de la legalidad en las prisiones ni la existencia de una “zona de no derecho” dentro de un Estado de Derecho. Al contrario, y por las consecuencias que el encierro produce, en la cárcel se requiere sobremanera asegurar la sujeción de la autoridad administrativa a requerimientos y procedimientos previamente establecidos por una autoridad superior, pues está de por medio la libertad ambulatoria de la persona, su dignidad y sus derechos fundamentales. Como con precisión apunta Mapelli Caffarena, hablando del Estado de Derecho y el principio de fuerza y primacía de la ley que le rige:

No existen espacios ajenos al control de legalidad en las relaciones entre las personas y el Estado y, desde luego, mucho menos cuando hablamos de ámbitos que afectan a la libertad de las personas o a otros derechos fundamentales (2005: 41).

² La privatización de cárceles que se produce actualmente, promovida por grandes consorcios empresariales con un evidente fin lucrativo, pareciera poner en entredicho ese carácter de exclusividad, punto de interés de investigación, pues se cuestionan presupuestos y conceptos que dábamos por asentados e incuestionables.

Quien haya al menos permanecido algunas horas en un centro penitenciario, aunque sea por su propia voluntad y como simple visitante, podrá comprender más fácilmente esta exigencia. Y es que en la prisión con facilidad se establece una dinámica en la que se impone la disminución de los derechos de todos, muchas veces por la sola actuación de uno o algunos, o hasta sin intervención de nadie, al amparo siempre de reiteradas y supuestas razones de seguridad y orden, motivos que en definitiva constituyen, en la mayoría de los casos, el parámetro al amparo del cual se mide, en la práctica penitenciaria, la extensión o no de los derechos del preso y donde por lo general el conflicto entre seguridad y derechos se resuelve a favor del primero a costa del menoscabo de los segundos.

Considerando las dificultades propias de la realidad penitenciaria, algunos sectores abogan por un espacio de libertad y abierta discreción para los administradores que facilite y asegure el efectivo control, la seguridad y orden de las cárceles. Sin embargo, no parece que haya razones válidas para marginar o excluir la legalidad en este espacio; por el contrario, la naturaleza de la institución exige una normativa legal adecuada y el respeto a las leyes. En consecuencia, la omisión de la garantía ejecutiva significaría un menoscabo para los derechos de los reclusos, contribuiría a generar completa inseguridad jurídica, aumentaría el sufrimiento y los niveles de estrés de la población penal y prácticamente obstaculizaría por completo el control jurisdiccional de la administración penitenciaria, situación incompatible con las bases mismas del Estado de Derecho. Razones de humanidad y el respeto de la dignidad de todo ser humano —objetivo esencial del Estado de Derecho— exigen la vigencia del principio de legalidad en la ejecución de las penas, al menos frente a un Estado no autoritario. Tal como señala Pinto de Miranda:

El respeto por el principio de la humanidad, principio estructurante de la ejecución —*Leigedanke des Strafvollzugs*— defendido por Jescheck, obliga a apelar, de forma inequívoca, por la consolidación de una garantía ejecutiva. Si el principio de legalidad sirve de base al núcleo de garantías de la persona frente al poder punitivo del Estado y se encuentra consagrado en la generalidad de los códigos penales, la garantía penal quedaría incompleta sin la “garantía ejecutiva”. Utilizando palabras de Bettiol, el principio de legalidad “vive” en la ejecución [...] la misma seguridad jurídica que fundamenta el principio de la legalidad, impone, a su vez, que los derechos y deberes

recíprocos de la administración penitenciaria y del recluso sean legalmente catalogados. Se trata de una verdadera exigencia del Estado de derecho (2000: 36-37).

Así resulta si partimos de un Estado de Derecho que respeta la dignidad de todos los ciudadanos, incluso de quienes atenten contra el orden social de la comunidad o pertenezcan a minorías. Se forma, de esta manera, una relación en cadena: si se reconoce la dignidad y la calidad o estatus de persona a todos los ciudadanos, se debe tener a los presos, aun bajo su condición de privados de libertad, como sujetos de derecho y, en consecuencia, en sus relaciones con la autoridad estatal debe regir el principio de legalidad; por tanto, sus derechos fundamentales sólo podrán ser disminuidos al amparo de una ley.

Imponer la garantía ejecutiva en la fase de ejecución penal produce diferencias importantes en la forma en la que se administre una prisión, así como en la eficacia de los mecanismos de control de la acción administrativa. La consecuencia más significativa será un mayor respeto a los derechos del privado de libertad, pues la garantía ejecutiva exige que el desarrollo, la extensión o disminución de los derechos de las personas presas deba estar regulado en una ley —con todos los requerimientos y el consenso político necesario—, por lo que esos derechos no quedarán al antojo de lo que la propia autoridad penitenciaria considere, asegurando de mejor manera el respeto a los valores supremos y la esencia de los derechos constitucionales.

En 1972 el Tribunal Constitucional Alemán, mediante voto del 14 de marzo, ante el cuestionamiento de un privado de libertad que reclamaba que sus derechos fundamentales se restringían al amparo de una simple circular administrativa penitenciaria, reconoció la protección de la libertad y la dignidad humana como el más alto fin de todo el Derecho, señalando que los derechos fundamentales de los internos de un centro penitenciario sólo pueden ser limitados mediante una ley, igual que como sucede con el resto de los ciudadanos. Irrumpe así el principio de legalidad contra la relación de sujeción especial y la discrecionalidad de la autoridad penitenciaria, reconociéndose el estatus de persona del sujeto preso y prohibiéndose cualquier práctica que lo trate como un objeto. Como indica Pinto de Miranda:

[...] la afirmación de un Estado de Derecho, que se autolimita frente al ciudadano y que transforma las “relaciones de poder” en relaciones jurídicas con recíprocos

derechos y deberes, marca un hito fundamental en los cambios operados en lo que se refiere a la comprensión de la posición jurídica del recluso, que está dejando de ser objeto para pasar a ser “sujeto de la ejecución” [...] La nueva clave de comprensión del moderno derecho penitenciario está en la defensa y en la promoción del estatuto jurídico del recluso [...] Una vez abandonada la teoría clásica que encuadraba determinadas relaciones –y por lo que aquí interesa, las referentes a reclusos– en el ámbito del “no-derecho” y (o) una vez rechazada la tesis de que los individuos que se rigen por estatutos especiales renuncian a los derechos fundamentales o quedan en una situación de sujeción que implica una *capitis deminutio*, surgiría en el horizonte la figura del recluso sujeto de relaciones jurídicas de donde emergen derechos y obligaciones (2000: 42-43).

Obsérvese que el cambio jurisprudencial no desconoce que entre los presos y la administración penitenciaria existe una relación particular o especial diferente a la que la autoridad estatal tiene con un ciudadano ordinario. Lo que se señala es que esa relación no excluye la vigencia de la legalidad ni justifica la sumisión del sujeto. Sea que realmente admitiéndose el carácter particular de la relación se establezca que ese sujeto no es un objeto ni un sujeto degradado sino que por el contrario, se reconoce su estatus jurídico de persona.

Acceso a la justicia y control jurisdiccional

Ahora bien, además de la necesaria garantía ejecutiva, resulta importante asegurar a la población penal el acceso a la justicia, pues es poco efectiva una declaratoria de derechos y deberes si los mismos no son justiciables, o sea, si no existen mecanismos para asegurar que la autoridad responsable cumpla con los preceptos legales. La exigencia no se deriva de la calidad de sujeto condenado sino de su condición de ser humano, toda vez que el acceso a la justicia y a una vía para el reclamo de derechos quebrantados es un derecho humano reconocido para todos en la propia Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 8:

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Este derecho no sufre disminución alguna con la imposición de una pena. Por el contrario, consideramos que cobra mayor relevancia garantizarlo en esa situación, pues la vulnerabilidad de las personas estando en prisión se sobredimensiona al exponerse a un medio altamente violento y bajo la custodia y el control de los funcionarios penitenciarios, donde el ejercicio de casi todos sus derechos, aun cuando no hayan sido restringidos por la imposición de la sentencia penal, depende de la dinámica y la buena voluntad de los vigilantes o policías penitenciarios y los funcionarios carcelarios.

Garantizar una vía de acceso para el reclamo de los derechos es muy importante, pues el sometimiento de la administración penitenciaria al principio de legalidad no es un mecanismo suficiente para garantizar el efectivo respeto de los derechos de la población penal.

Por supuesto, además de una ley que regule el cumplimiento de las penas y de garantizar el acceso a una vía judicial para el reclamo del quebranto de los mismos, es básico que el sujeto conozca sus derechos y cuente con la asesoría legal necesaria para un reclamo efectivo.

Judicialización de la ejecución de la pena

En América Latina la situación de las prisiones resulta lamentable y espeluznante. Probablemente el espacio terrenal más parecido a lo que pueda ser el infierno. Muy preciso y descriptivo es el término que utiliza Neuman para referirse a las mismas cuando las denomina *cárceles cloacales* (Beristain y Neuman, 1989: 6)³. Eso es un hecho público y notorio, por lo que no necesitamos ahondar en esa afirmación. Constantes son los informes de noticieros sobre motines, muertes, fugas y corrupción en cárceles de toda el área: Brasil, México, Perú, Venezuela, Colombia, Argentina, Honduras, Guatemala, Costa Rica. ¿En qué país Latinoamericano no? Sin embargo, hasta hace pocos años las administraciones penitenciarias de estos países se encontraban solas en el desempeño de sus funciones, pues el poder judicial se desentendía de las personas privadas de libertad una vez que se dictaba la sentencia condenatoria. Con las reformas procesales iniciadas en la década de los noventa, la situación cambia y se comienza un proceso de judiciali-

³ El autor así describe al final de la década de los ochenta la situación de las cárceles tanto en América Latina como en Italia y España.

zación de la ejecución, asumiéndose esta etapa como una más del proceso penal e introduciendo un actor más dentro del sistema de justicia penal, concretamente los jueces de ejecución de pena. Así, por ejemplo, prácticamente en toda Centroamérica se cuenta con este tipo de jueces y actualmente la figura se empieza a introducir en algunos estados mexicanos bajo un diseño de control judicial indirecto, con evidente influencia de la legislación española (Guatemala: ley del 28 de septiembre de 1992, artículos 492-504; Costa Rica: Ley N° 7594 del 10 de abril de 1996, artículos 452-463; El Salvador: Decreto N° 904 del 4 de diciembre de 1996, artículos 441-446; Honduras: Decreto 9-99E del 30 de diciembre de 1999, artículos 381-402; Nicaragua: Ley N° 406 del 18 de diciembre del 2001, artículos 402-414; y Oaxaca, México, Decreto N° 308 del 6 de septiembre del 2006, artículos 456-474). Con esta nueva jurisdicción, casi 50 años después de haber sido reconocido el derecho de acceso a la justicia a todos los seres humanos, se viene a garantizar el mismo a las personas privadas de libertad. Más grave aún es la situación de un gran sector del área, donde esa posibilidad no se brinda todavía a las personas presas, porque ni las procuradurías de derechos del preso o de los derechos humanos, ni el Defensor del Pueblo o comités o comisiones de observadores cumplen esa función.

Parece que la jurisdicción, por naturaleza, genera polémica y roces con la administración penitenciaria, pues el cambio normalmente genera temor y el control produce resistencia; sin embargo, constituye un mecanismo básico y fundamental para procurar el efectivo respeto de los derechos de los prisioneros.

¿Son válidos los argumentos para oponerse a la judicialización de la ejecución de la pena?

Debemos señalar que el objetivo con el que se establece esta jurisdicción es asegurar la efectiva vigencia del principio de legalidad en la ejecución de la pena y procurar mecanismos que subsanen una ejecución descarriada o arbitraria. Por esa razón no son de recibo los argumentos ordinarios con los que se procura obstaculizar la incorporación de esta institución. Dichos considerandos son los siguientes:

1. *Estos jueces vienen a sustituir a la administración penitenciaria, la cual es la autoridad más adecuada para administrar las prisiones.* Esto es falso: con la incorporación de esta jurisdicción, la autoridad penitenciaria normalmente

sigue custodiando y asegurando el cumplimiento de las penas. Los jueces únicamente vienen a controlar que la administración en sus funciones cumpla con lo legalmente establecido.

2. *Estos jueces no reducen el hacinamiento de las cárceles.* Efectivamente cierto, pero es que esa no es su función. Los jueces de ejecución no son una fórmula para reducir el hacinamiento carcelario, al menos no a través del otorgamiento de beneficios de libertad. Si bien les corresponderá resolver sobre algunos beneficios como la libertad condicional, nada asegura su efectivo otorgamiento, pues eso dependerá de las características y la situación fáctica de cada caso. Lo cual es distinto a que los jueces deban establecer mecanismos para prohibir situaciones de hacinamiento, pues ésta es una de las principales razones que devalúan por completo los derechos de los presos y vulneran su dignidad, y si no proceden contra esa mala práctica penitenciaria y estatal será porque no gozan realmente de independencia judicial, sea por debilidad del propio sistema de justicia o porque no se cumplen las obligaciones y funciones encomendadas.
3. *La figura del juez de ejecución disminuye importancia al trabajo de los técnicos del sistema penitenciario.* Esto es falso. Con la jurisdicción no se resta importancia al trabajo de los funcionarios penitenciarios ni de los equipos técnicos de los centros carcelarios. Por el contrario, los informes de estos equipos serán una prueba muy importante cuando el juzgador tenga que resolver sus asuntos.
4. *La incorporación de estos jueces no resuelve todos los problemas carcelarios.* Efectivamente cierto, pero esa tampoco es su función. Resulta ilusorio pretender que con sólo la incorporación de esta jurisdicción se resuelvan los problemas de la cárcel. Este juez es sencillamente un mecanismo corrector de situaciones anómalas y garante del principio de legalidad en la ejecución de las penas y del respeto de los derechos del privado de libertad. Por supuesto, la incorporación de la figura evidencia un compromiso del Estado, pues si éste dispone la creación de esta nueva jurisdicción y le impone a los jueces como función velar por el efectivo cumplimiento de las penas así como por el respeto de los derechos fundamentales, legales y penitenciarios de los presos, sin duda alguna eso significa un compromiso del Estado por asegurar mejores condiciones de vida a la población penal, y la mejoría se producirá por propia decisión de la auto-

ridad estatal o como consecuencia de las resoluciones dictadas por el juez en pleno ejercicio de sus funciones y cumplimiento de sus obligaciones.

5. *El juez de ejecución de la pena es una instancia más para resolver sobre la responsabilidad penal del privado de libertad.* Esto es falso. De ninguna manera puede considerarse a estos jueces como una instancia penal más porque, por el contrario, es la firmeza de la sentencia penal condenatoria lo que genera la competencia del juez de ejecución y en esta fase se encuentra desvirtuada ya la presunción de inocencia. El juez de ejecución no sustituye en funciones al juez de juicio, más bien se le remite la sentencia cual título ejecutivo y en sus resoluciones no deberá de imponer más castigos, por lo que deberá resolver los diferentes incidentes, partiendo de la responsabilidad penal ya definida y sin imponer nuevos castigos por ese hecho.
6. *Con estos jueces se retardará la resolución de los beneficios.* Esto es falso. En primer lugar, los beneficios que son competencia de la administración penitenciaria normalmente siguen bajo su conocimiento, y el juez velará porque se resuelvan conforme a lo que la ley disponga e incluso que se resuelvan dentro del periodo o término que establezca la normativa, por lo que, lejos de lo que se señala en este considerando inexacto, la jurisdicción es un mecanismo idóneo para asegurar el pronunciamiento efectivo en tiempo, forma y fondo de los beneficios penitenciarios.
7. *Con esta figura no se reducen los niveles de discrecionalidad y arbitrariedad que existen en las cárceles sino que sólo se traslada el asunto a las autoridades judiciales.* Esto es falso. A través de los jueces de ejecución se procura el respeto al principio de legalidad en la ejecución de la pena y la certeza jurídica. No se trata de sustituir en la resolución de los diferentes asuntos a la autoridad penitenciaria, sino de establecer un mecanismo garante de que la administración penitenciaria en su actuación proceda apegada a los procedimientos y requisitos legales.
8. *Es un mecanismo muy oneroso y las cárceles siguen igual.* Efectivamente pero, ¿acaso la existencia de los juzgados civiles, laborales o de lo contencioso administrativo acaban con el problema que atacan? Además, ¿no son igual o más onerosas esas otras jurisdicciones? Es cierto que el sistema de justicia es muy costoso pero, ¿es que se justifica siempre excepto cuando de lo que se trata es de los derechos de las personas privadas de libertad?, ¿acaso

no son esas personas ciudadanos iguales a cualquier otro?, ¿o los consideramos de una categoría inferior?

Probablemente podremos encontrar más argumentos que se opongan a esta jurisdicción, pero hallar uno sólido e irrefutable en un verdadero Estado de Derecho parece tarea imposible. Las personas privadas de libertad son objeto de un castigo –la pena– pero siguen siendo sujetos de derechos y no se convierten en un objeto. Además, no hay razón válida para permitir la existencia dentro de un Estado de Derecho de un espacio donde no impere la ley, ya que cuando se le ha otorgado al Estado el monopolio de la potestad de juzgar y castigar, ha sido bajo determinadas condiciones que si no se satisfacen tornan ilegítima su actividad.

Inexplicable resulta, pues, la oposición a ultranza que en la mayoría de los países latinoamericanos presenta la autoridad penitenciaria a la incorporación de este mecanismo de control. Si tan objetivo y legal es su proceder, realmente entonces poco trabajo dará a los jueces de ejecución y probablemente la jurisdicción sólo vendrá a legitimar y reforzar su autoridad.

Con la jurisdicción de ejecución de la pena sólo se pretende asegurar que las prisiones se administren con más objetividad y certeza, reduciendo para ello los amplios niveles de discreción con los que de ordinario actúan las autoridades penitenciarias.

Reducción de la discrecionalidad penitenciaria y mayor previsibilidad

Resulta interesante el planteamiento que realiza Ferrajoli en su teoría sistemática para reducir la discrecionalidad con la que se administra la ejecución de la pena. Para este autor, los beneficios penitenciarios responden a una especie de hipocresía institucional, pues son tan altos los montos de las sanciones penales, que al final se procuran mecanismos para atenuar los graves efectos de esa situación. Señala además que los poderes de la autoridad penitenciaria son tan amplios al decidir la ubicación penitenciaria o el avance o no del sujeto dentro del sistema progresivo, que producen una total lesión a la dignidad de las personas privadas de libertad, toda vez que para él la libertad, desde su concepción clásica, se define como certeza de expectativas e inmunidad frente a intervenciones arbitrarias (2005); y el preso en la cárcel, ante los amplios poderes del personal penitenciario sobre su vida y el ejercicio de sus derechos, realmente no puede formular expectativa alguna sobre sus derechos ni

su situación. Ferrajoli señala además que el principio de flexibilización de la pena produce una disminución de las garantías penales, pues con ella la sanción penal pierde el carácter de abstracta y genérica y se convierte en una medida incierta, de contenido variable e indeterminado, ajena a los fines constitucionales de la igualdad y certeza que la deben regir. Otro elemento nocivo de este principio es que acentúa el carácter selectivo y desigual del sistema, pues los criterios predominantes utilizados para resolver la procedencia o no de los beneficios son completamente clasistas porque más que al hecho y a la conducta del sujeto, se pone atención a sus perspectivas laborales o civiles, que obviamente son mejores para quienes gozan de un mayor nivel económico o educativo (2005: 409, 719-726). Por esta razón, dentro de su programa de minimización y partiendo de un modelo ideal donde el monto máximo de la pena no supere los diez años de reclusión, contra la flexibilidad de la sanción propone como garantía la certeza de la duración de la pena, de tal forma que se transformen los beneficios penitenciarios en plenos derechos, transcurrido un breve periodo de tiempo de reclusión (2005: 419-420).

Coincidimos con el autor en la mayoría de sus críticas pero no en la solución. La flexibilización de la pena no es sinónimo de incerteza ni los beneficios penitenciarios producen por sí mismos un vaciamiento de las garantías penales. Es cierto que en la práctica penitenciaria normalmente es muy amplio el poder discrecional que se otorga a los funcionarios penitenciarios y judiciales para resolver la procedencia o no de beneficios e incluso muchas veces los criterios varían completamente de una cárcel a otra, de un pabellón al otro o de un circuito judicial a otro, pero ante esa situación no parece que lo mejor sea suprimir el principio de flexibilidad cuando el problema bien podría resolverse asegurando la efectiva vigencia del principio de legalidad en la ejecución penal y procediendo a disminuir la discrecionalidad de la administración penitenciaria y judicial, regulando y limitando las atribuciones de la administración y asegurando un adecuado control judicial⁴.

⁴ Un buen ejemplo de un esfuerzo en este sentido se encuentra en el sistema penitenciario español, en el cual la propia autoridad penitenciaria, procurando una mayor objetividad en su actuación, ha girado instrucciones y tablas de variables para orientar las decisiones en materia de clasificación de la población y el otorgamiento de permisos, como se aprecia en las instrucciones de la Dirección de Instituciones Penitenciarias 1/9/2007 de 21 de mayo —en materia de clasificación— y la 22/1996 de 16 de diciembre —regulación de los permisos—.

Un adecuado control exige primero la existencia de una ley que con precisión regule la forma en la que se aplican las sanciones penales y sujete a la administración a procedimientos y requisitos para su proceder. Además se necesita diseñar la jurisdicción de ejecución de la pena, dotando al juez de amplios y suficientes poderes, definiéndose con precisión las competencias tanto de la administración penitenciaria como del juez, asegurando el principio del contradictorio y el derecho de defensa. Como señala Bergalli:

[...] cabe proponer un amplio debate que por supuesto involucre no sólo a los estudiosos de la cárcel en sus distintos niveles disciplinarios, sino también a los defentes implicados en su funcionamiento (funcionarios, jueces, fiscales). Dicho debate debería estar orientado a reconducir la única posibilidad viable para que la institución penitenciaria no siga siendo el ámbito donde la administración mantenga la última palabra para decidir sobre la permanencia de los condenados. Esa posibilidad está dada con la limitación al máximo de la discrecionalidad de la administración o del juicio a los técnicos. Esto únicamente podría lograrse con un potencialismo de las capacidades de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y con un desarrollo integral de la posible actividad del Ministerio Público. Una decisión en tal sentido [...] debe contar tanto con un cambio en la cultura de los jueces cuanto con una eliminación del uso instrumental de categorías y principios del sistema penitenciario. De otro modo, ocuparse de la cuestión penitenciaria puede suponer seguir hablando del sexo de los ángeles y no manifestar una voluntad expresa de asumir responsabilidades y eliminar conflictos, pues sobre éstos se montan las oleadas de “pánico” que ponen en juego la forma Estado de Derecho (1994).

En conclusión, un verdadero Estado de Derecho no puede permitirse la existencia de poderes públicos no regulados por la ley, menos cuando de lo que se trata es de la aplicación de la potestad de castigo. Elemental resulta que todo Estado de Derecho cumpla con la garantía ejecutiva en la fase del cumplimiento de las penas, disponiendo previamente la forma y modo en los que se cumplirán las sanciones penales; asimismo, que la población penal tenga pleno conocimiento de sus derechos y obligaciones y de las consecuencias del incumplimiento y posea acceso a una

vía judicial donde se atiende el reclamo ante el quebranto de sus derechos. El modelo de Estado de Derecho es perfectible y mejorable por naturaleza, pero aquel Estado que no garantice los derechos fundamentales a un sector de la población, a pesar de su alto grado de vulnerabilidad, no puede calificarse como verdadero.

Referencias

Bergalli, R. (1994). "Pánico social y fragilidad del Estado de Derecho. Conflictos instrumentales entre administración y jurisdicción penitenciaria (o para dejar de hablar del sexo de los ángeles en la cuestión penitenciaria)". En Rivera, B. (Coord.), *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*. Barcelona: Bosch.

Bergalli, R. (1998, julio). "Principio de legalidad: fundamento de la modernidad". En *Jueces para la Democracia*, 32.

Beristain, A. y Neuman, E. (1989). *Criminología y dignidad humana (diálogos)*. Buenos Aires: Depalma.

Ferrajoli, L. (2005). *Los fundamentos de los derechos fundamentales: debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo* (2ª ed.). Madrid: Trotta.

Mapelli Caffarena, B. (1997). "Ejecución y proceso penal". *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Mapelli Caffarena, B. (1993). "Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario". *Estudios Penales y Criminológicos*, XVI.

Mapelli Caffarena, B. (2005). "El principio de legalidad y la ejecución de la pena privativa de libertad". En *Jornadas en homenaje al XXV aniversario de la Ley Orgánica Penitenciaria* (p. 41). España: Ministerio del Interior.

Pinto de Miranda, A. (2000). "Derechos de los reclusos y control jurisdiccional de la ejecución de la pena de prisión". En *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción* (pp. 36 y 37). Barcelona: Bosch.

Rivera, I. (1997). *La devaluación de los derechos de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*. Barcelona: Bosch.

Rivera, I. (1994). "La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos". En Rivera, I. (Coord.), *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*. Barcelona: Bosch.

Souto, A. (2006). *Teorías de la pena y límites al ius puniendo desde el Estado Democrático*. Madrid: Dilex.

