

LA JUDICIALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES : NOTAS SOBRE UN PROCESO INCONCLUSO

Gabriel Bombini

Universidad Nacional de Mar del Plata

I. INTRODUCCIÓN

En una contribución relativamente reciente, el penitenciarista español **Borja Mapelli Caffarena** (1995: 277-303) describió al proceso de judicialización penitenciaria iniciado en España a fines de la década de los años setenta del siglo anterior como un *proceso inconcluso*.

Tal *proceso* –cuyo inicio ubica el autor con la introducción de la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria en los artículos 76 a 78 de Ley Orgánica General Penitenciaria LOGP de 26 de septiembre de 1979- es considerado *inconcluso* no sólo por las dificultades materiales para llevar a cabo la función sino entre otras cuestiones por la indefinición de ciertos aspectos relativos a las competencias de esa Magistratura y la ausencia de una normativa procesal que permita el debido desarrollo de su actividad.

En la provincia de Buenos Aires y a partir de la reforma procesal implementada hace unos tres años, se creó la figura del Juez de Ejecución (art. 25 de la ley 11.922), cuyas atribuciones (art. 25) y marco de actuación (art. 495 y ss.) se halla diagramado en ese código procesal penal y complementado por el dictado del Código de Ejecución Penal (ley provincial 12.256).

Si bien puede considerarse relevante dicha transformación normativa de cara a dar soporte al proceso de judicialización de la fase ejecutiva –e independientemente de la escasa o casi nula implementación que ha tenido la figura en la provincia hasta el momento-, no puede dejar de advertirse enfáticamente que la misma no pasa de ser un pequeño paso en el marco de ese complejo proceso.

Cabe recordar que el debate nacional se restringió tradicionalmente a centrar el problema de la judicialización sobre las siguientes temáticas: a) decidir sobre una Magistratura especializada

o unas competencias dispersas de los jueces de juicio para la ejecución de la pena¹; o b) señalar los límites entre el ámbito de actuación de la jurisdicción y de la administración penitenciaria.

Lo que vengo a proponer en este trabajo es que si bien tales cuestiones pueden resultar relevantes y obligan a tomar una postura en la materia; el verdadero debate sobre la judicialización de la ejecución de la pena debe plantearse sobre unas coordenadas absolutamente distintas.

En tal sentido, **Marcos Salt** destaca que *“...debe quedar claro que la judicialización de la ejecución penal como derivación del principio de legalidad no se alcanza sólo con la incorporación de la figura del juez de ejecución al sistema procesal. La institución del juez de ejecución es sólo un instrumento procesal para una mejor concreción del principio de judicialización, pero no es el principio mismo...”* (1999:207); para afirmar entonces que *“...el principio de judicialización significa que todas las decisiones de esta etapa procesal que impliquen una alteración de la determinación de la pena (cambios en la duración temporal del encierro o cambios sustanciales en las condiciones de cumplimiento) sean tomadas por un juez, órgano judicial independiente de la administración, que aplique para la toma de decisión un proceso respetuoso de los principios del derecho procesal penal...”* (idem: 262); señalando como criterio para definir cuáles decisiones importan una modificación cualitativa de la pena impuesta en la sentencia el desarrollado por María Isabel González Cano (1994:98) *“...No toda modificación del contenido aflictivo de la pena necesita o postula la garantía de jurisdiccionalidad o supone reserva de jurisdicción; sólo aquellas que de haberse adoptado en la fase de cognición hubiesen alterado el contenido de la pena, más concretamente, todas aquellas medidas modificativas de la duración o tipo de la pena impuesta en la sentencia condenatoria firme, que de modo sustancial y virtualmente definitivo cambien la ejecución de la pena (**mutabilidad cualitativa y cuantitativa de la pena**)...”* (idem: 207, nota 111).

Ahora bien completando tales criterios que definen **cuándo** judicializar, es necesario aportar otros parámetros que permitan hacer verdaderamente judicializables las cuestiones sometidas al contralor jurisdiccional: vale decir estructurar bases objetivas para que los juicios que se realicen en esta etapa sean susceptibles de control jurisdiccional, por ser aptos para su confutación o refutación en sede judicial (**Ferrajoli**, 1995), y ello conforme una orientación acorde con la finalidad que deba alcanzarse en esta fase del proceso. Es decir definir **qué** y **para qué** judicializar.

II. FINALIDAD RESOCIALIZADORA: **Para qué** judicializar

¹ Optando por la primer propuesta se debatió también sobre la ubicación del Juez de Ejecución, es dentro del establecimiento carcelario o fuera de él. Fue el caso de la implementación de la justicia de ejecución en la provincia de Santa Fe.

Es por todos conocida en la dogmática penal –a partir de la obra de **Roxin** (1970) *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (Política Criminal y Sistema de Derecho Penal)- la necesidad de que los conceptos jurídico-penales se construyan conforme un sistema que se caracterice por su orientación por decisiones valorativas, por criterios político-criminales. Dicho esquema –que se sustenta en la claridad y orden conceptual, la referencia a la realidad y la orientación a las finalidades político-criminales (conf. Schünemann, 1991: 63-64)-, atento al contenido afflictivo que supone el ejercicio del *ius puniendi* requiere que se oriente por los principios de respeto a la persona y su dignidad (**Moccia, 1995; Silva Sánchez, 2000: 28; Hassemer, 1999: 26-28**)

Durante la fase de ejecución de la pena es absolutamente indiscutible que se ejerce poder punitivo estatal, es más es en ese momento justamente cuando éste se ejercita con mayor vigor y desenfado, cuando mayor descarga de violencia imprime²; por lo tanto más que nunca los conceptos jurídicos que se desarrollen deben construirse sistemáticamente en función de los principios de respeto y dignidad de la persona, antes mencionados y conforme el esquema de principios fundamentales de ellos derivados que forman el marco normativo constitucional para la aplicación de las penas con el objeto de minimización de la violencia estatal.

En este sentido, entonces es que el concepto de resocialización³ como finalidad prevista para este momento ejecutivo-penal (ver arts. 1 de la ley 24.660, 4 de la ley 12.256, 10. 3. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 5.6. de la Convención Americana de Derechos Humanos, 55 y 58 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas), debe ser objeto de reconstrucción, dejándose indudablemente fuera de toda discusión su carácter normativo, base sustancial para los juicios valorativos (normativos) que debe realizar la jurisdicción ejecutiva.

No puede sostenerse ya un concepto correccionalista, expiacionista, moral o pedagógico de la resocialización. Por ello la reconstrucción de un concepto jurídico de la finalidad resocializadora debe partir de una reformulación de la concepción del sujeto que infracciona una norma jurídico-penal. Tal sujeto debe ser considerado como un individuo absolutamente pleno que simplemente ha infraccionado la norma y que por ello –y por motivaciones preventivo-generales con fuerte arraigo cultural ajenas a la etapa ejecutiva⁴- recibe una sanción penal, un mal, que es objeto de la fase ejecutiva y por ende debe comenzar a ejecutarse. El sujeto frente al derecho debe ser considerado un igual, sin ningún déficit o patología, ni psicológica, ni moral, ni social ni jurídica, excepto la adopción de una medida jurídica privativa de su libertad locomotiva. Debe partir de considerar a un individuo social, psicológico y jurídicamente pleno. **Baratta**, (1996) por ejemplo habla de una <<presunción de normalidad>> contraria a cualquier pretensión criminológico-patológico clasificatoria y diferenciadora de signo positivista. No obstante debe acentuarse desde

² Desde óptica debe tenerse presente la caracterización ya clásica de Roxin (1997) en cuanto entiende la dinámica de la pena estatal desarrollada en tres momentos diversos de actuación: *el de conminación legal, el de determinación judicial, y el de ejecución penal*

³ Tomado aquí en sentido amplio, y sin perjuicio de las aclaraciones que se hacen a posteriori en este trabajo.

⁴ Sobre Garland y como derivación sobre la Prevención-Integración.

esta óptica fundamentalmente normativa la plenitud o desdiferenciación jurídica que repercuta en su incólumne mantención durante la ejecución de la sanción, salvo previsión legal que prescriba y justifica la necesidad de su alteración, tendiendo a efectivizar la sanción (por motivos preventivo-generales) de modo que su ejecución estatal resulte neutra y no altere dicho *status*.

A partir de esa concepción el proceso resocializador no puede estar orientado de ningún modo a revertir una patología sino simplemente debe categorizarse como un proceso destinado a evitar que ese mal –impuesto por otras motivaciones- provoque afectaciones a ese sujeto en términos psicológicos, sociológicos o jurídicos.

Ya es reconocido de modo pacífico en la diversa literatura los efectos internos negativos que producen el encierro institucional, provocando transformaciones y desintegración en las identidades y personalidades (**Goffman**, 1994), y efectos psico-sociales como la enculturación y la prisionización (**Clemmer**, 1958).

También son conocidos los efectos desocializadores de las penas privativas de la libertad, en términos de ruptura de los lazos sociales de referencia, efectos negativos sobre los allegados que alteran visiblemente el programa jurídico de intrascendencia de la pena (**Bustos Ramírez**, 1989).

Asimismo, más allá de toda pretensión normativa que se construya a partir del paradigma del condenado como sujeto de derechos, es imposible negar las repercusiones –más allá de la libertad locomotiva de la que se priva al condenado- que tienen en los distintos derechos de los reclusos el encierro carcelario⁵.

Por ello, el concepto de resocialización debe reconstruirse sobre una base normativa que permita el desarrollo de la fase ejecutiva de una pena –cuya extensión viene delimitada por la sentencia de condena- provocando en lo posible el menor grado posible de afectación psicológica, social y jurídica para el sujeto.

Más este planteamiento tiene sus necesarias repercusiones en las distintas problemáticas que se presentan en la fase ejecutiva: Esto es, en primer lugar, la evitación de la ruptura de los vínculos sociales a partir de la prescindencia del ingreso carcelario (inejecución⁶) en los casos de innecesariedad (principio de necesidad) o de costos sociales mayores (principio de proporcionalidad concreta o de adecuación social de los costos⁷). En la misma dirección debe fomentar –en caso de utilización de la respuesta detentiva- las externaciones⁸ y los contactos

⁵ Sostener lo contrario supone contradicciones tanto teóricas como prácticas. Explica **Muñagorri Laguía** (1997:114) “...en un nivel teórico por la libertad es el presupuesto para el ejercicio de otros derechos. En la práctica porque de hecho la prisión constituye una injerencia tendencialmente global respecto a los derechos personales que alcanza al cuerpo y genera dolor...”

⁶ Ver **Silva Sanchez, J.M.**, 2000: 125 y ss.

⁷ Conforme **Baratta, A.**, 1987:623-647.

⁸ En ese sentido, la Sentencia 112/1996 de 24 de junio, ponente: Tomás Vives Antón, afirma : “...la posibilidad de conceder permisos de salida se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE) (...) Pero que este principio constitucional no constituya un derecho fundamental no significa que pueda desconocerse en la aplicación de las leyes, y menos aún cuando el legislador ha establecido, cumpliendo el mandato de la Constitución, diversos mecanismos e instituciones en la legislación

sociales que permitan morigerar la desocialización propia del encierro carcelario (**Mapelli Caffarena**, 1986:206⁹), diagramando las condiciones de vida en prisión de modo que se equiparen lo más posible a las de la sociedad -principio de atenuación¹⁰- y contrarresten las consecuencias dañinas de la privación de libertad -principio *nil nocere*- (**Asencio Cantisán**, 1987:137), evitando someterlo a cualquier tipo de trato cruel, inhumano o degradante. Asimismo, debe abstenerse de someter valorativamente a los individuos, rescatando la verdadera voluntariedad y participación activa del sujeto en cualquier modalidad tratamental, desechando aquellas que impliquen una subyugación –directa o indirecta- por parte del sujeto para lo cual debe independizarse el tratamiento del concepto de régimen penitenciario de estricto carácter normativo. Por último impone la tendencia a la garantía de todos los derechos –distintos de la privación de libertad locomotiva- de modo de hacer realizables tales pautas; y de consagrar los específicos derechos penitenciarios originados de la particular condición de tales sujetos, de modo de evitar la consagración de unos sujetos con derechos de segunda categoría (**Rivera Beiras**, 1993 y 1998).

III. LA ENTIDAD DE LOS JUICIOS NORMATIVOS: *qué judicializar*

Ahora bien, la consecución de dichas finalidades político-criminales sólo pueden obtenerse a través de la consagración efectivo de una estricta jurisdiccionalidad en fase ejecutiva, promoviendo un extensión absoluta de las garantías procesales y penales a este momento de actuación del poder punitivo estatal, que venga asegurada por la existencia de un decisor imparcial, de un acusador contradictor y de la garantía de defensa amplia, ejercida sobre hechos concretos susceptibles de ser sometidos a refutación y no juicios valorativos o pronósticos de conducta -que consagran un derecho de autor en la ejecución penal-; todo ello claramente establecido en la ley¹¹.

En este sentido, los artículos 25 incisos 1, 3, 4 y 5; y 497 del CPPBA, el artículo 10 de la ley 12.256 y los artículos 3 y 4 de la ley 24.660, en consonancia con las normas constitucionales antes citadas (art. 18 de la CN y 8.1. de la CADH) aparecen como sostén de lo afirmado al receptor una jurisdiccionalización amplia en pos de una tutela de todos los derechos de los detenidos.

penitenciaria precisamente dirigidos y dirigidas a garantizar dicha orientación resocializadora, o al menos, no desocializadora precisamente facilitando la preparación de la vida en libertad a lo largo del cumplimiento de la condena...", publicado en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLIX, Fascículo II: 782-782*.

⁹ El autor lo denomina *atenuación o ejecución penitenciaria mínima*, que "...sirve de fundamento a instituciones como las comunicaciones y visitas, los permisos de salida y el régimen progresivo..."

¹⁰ **Mapelli** (1986:205) prefiere la expresión *principio de compensación*.

¹¹ Como expresa **Andrés Ibáñez**, 1999:455 y ss. "...los rasgos estructurales del sistema garantista si bien se sientan sobre la idea de legalidad sustancial forman parte de una construcción normativa compleja integrada por otras dos dimensiones: la procesal y la orgánica. Los tres momentos están estrechamente interimplicados, si bien los dos últimos tienen al primero como presupuesto...". En igual sentido, derivando la exigencia de jurisdiccionalidad del principio de legalidad, **Salt**, 1997, 1998 y 1999.

Además otras normas, otorgan competencia específica para el Juez de ejecución en diversas materias (ver 25.6 y 517 y ss., sobre el control judicial de las medidas de seguridad, art. 500 sobre el cómputo de pena, 25.7 sobre la asistencia post-penitenciaria, 510 en materia de revocación de la ejecución condicional, arts. 506 y 507 sobre la ejecución de la pena de inhabilitación y tramitación de los incidentes de rehabilitación, 404 sobre el control de las condiciones impuestas en la suspensión del proceso a prueba, todos del CPPBA; y arts. 19, 21 y 116 sobre detención domiciliaria, 23 sobre egresos transitorios, 25 sobre externaciones, 57 y 58 –y 25 inc.5 del CPPBA- como Alzada en los recursos por sanciones disciplinarias, 99 como Alzada en las ubicaciones y/o reubicaciones en los diferentes regímenes y modalidades implementados para los condenados, 100 y 160, en el ingreso al régimen abierto y las salidas transitorias y/o a prueba de los condenados, 105 y 107 en el otorgamiento y revocación de la libertad asistida, 117 sobre la incorporación en el régimen abierto en casos especiales, 118 sobre la conmutación de pena, sobre las distintas alternativas en la ejecución de la pena, 122 y ss., 146 sobre las salidas transitorias en el régimen abierto, 163 sobre la garantización de los derechos constitucionales de los liberados bajo tutela del respectivo Patronato).

IV. LA PROGRESIVIDAD PENITENCIARIA Y EL CONTRALOR JURISDICCIONAL

Por último, quisiera hacer especial hincapié por su relevancia y la ardua problemática que plantea a la cuestión del régimen penitenciario progresivo y las posibilidades de control jurisdiccional de las decisiones que se adoptan en su desarrollo.

Se ha señalado con claridad que en el sistema de pena flexible el contenido punitivo concreto de la sanción estatal queda sujeto a una suerte de <<negociación>> en fase ejecutiva. (Pavarini, 1999). Ello puede suceder a partir de la imposición de condiciones de detención o regímenes más o menos severos (mutación cualitativa) o a través de la obtención/denegación de salidas anticipadas (mutación cuantitativa). La ilusión de racionalizar ese intercambio forma parte de la estrategia de minimización de la violencia estatal, a través de la dotación a ese contenido punitivo concreto del mayor grado de seguridad jurídica derivada de los principios de legalidad e igualdad, tan vapuleados en esa instancia.

Esa inabarcable faena requiere que, indudablemente, tales decisiones sean adoptadas por juez imparcial en el marco de un proceso conforme al diagrama constitucional. Pero asimismo, requiere el respeto a las exigencias sustanciales mínimas derivadas del principio de legalidad y que se vinculan con la racionalización de las pautas normativas de modo que se conviertan en herramientas utilizables de modo previsible y no arbitrario. Esto es, la exigencia de tipicidad de las conductas que importen tales alteraciones cuantitativas o cualitativas, dotando de facticidad a los conceptos normativos pertinentes, de modo que sean susceptibles de ser probados o refutados en

la instancia procesal correspondiente. *Ad exemplum*, en el análisis de los informes que determinan la necesidad de incorporación a uno u otro régimen para fundamentar la misma¹², se deben valorar pautas o indicadores de tipo objetivo y no meros diagnósticos o pronósticos de conducta, de modo que puedan ser contradichos por pruebas o elementos aportados por la defensa¹³. O bien en la concreción de los requisitos para la obtención de una salida anticipada, ello tampoco puede depender de juicios valorativos subjetivos, sino claramente susceptibles de ser verificados en discusión plena. Tales hechos atribuidos al sujeto deben tener clara vinculación objetiva y subjetiva con el mismo, respetando todos los principios aplicables de la parte general del derecho penal. Este es, sin duda, un desafío crucial de un derecho de ejecución penal que se alinee en una estrategia de minimización de la violencia estatal. Algunas de sus propuestas pueden ser formuladas a la luz de la interpretación sistemática y teleológica de las normas existentes, pero el gran esfuerzo en tal aspecto debe plantearse de *lege ferenda*, a través de una fuerte normativización de los conceptos esenciales, de modo de facilitar la tarea de aplicación de la ley.

V. REPERCUSIONES

A mayor abundamiento, pueden señalarse las bondades sistemáticas del concepto normativo de resocialización y del esquema de judicialización que aquí se defiende por extenderse a una problemática cuya facticidad ha superado largamente los anhelos normativos que resulta la del preso sin condena, o ejecución de la prisión preventiva.

Entonces, los pilares sobre los que deben construirse el derecho de la ejecución penal resultan el principios jurídicos de legalidad, jurisdiccionalidad y resocialización orientados todos ellos por el eje político-criminal de un sistema de derecho penal en un Estado Constitucional de Derecho, cual resulta el principio de dignidad de la persona.

Por ello, la judicialización de la fase ejecutiva supone el desarrollo de este esquema normativo ejecutivo penal y en tal sentido, podemos afirmar que el proceso que la consolide lejos de haberse concluido, apenas si está en ciernes.

¹² Se adelanta el criterio de que ello debe ser dispuesto judicialmente y no por la autoridad administrativa, a contrario de lo que especifica la ley 12.256, e independientemente de lo que se sostendrá en relación al régimen progresivo.

VI. BIBLIOGRAFÍA:

- ASECIO CANTISÁN, H. (1987) "La Intervención Judicial en la Ejecución de la pena desde una perspectiva resocializadora", en *Poder y Control* N° 3 :135-142.
- BARATTA, A. (1996) Resocialización o control social. Por un concepto crítico de "reintegración social" del condenado.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. (1989) Manual de Derecho Penal. Parte General, 3ra edición, Barcelona : Ariel.
- CLEMMER, D. (1958) The Prison Community. New York : Rinehart & Company, Inc.
- FERRAJOLI, L. (1995a) <1989> Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta (traducción de Andrés Ibañez y otros); original en italiano *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*, Gius, Laterza e Figli.
- GOFFMAN, I. (1994) <1961> *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, 1ªed., 5ª reimpresión, Buenos Aires:Amorrortu editores (trad. Oyuela de Grant, M.A.); original en inglés *Asylums. Essays on the social situation of mental patients and other inmates*, New York : Doubleday & Company, Inc.
- HASSEMER, W. (1999) Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Valencia : Tirant Lo Blanch Alternativa.
- MAPELLI CAFFARENA, B. (1986) "Presupuestos de una política penitenciaria progresista". En *Privaciones de libertad y derechos humanos*. Barcelona: Hacer : 191-210.
- (1995) La judicialización penitenciaria. Un proceso inconcluso. En *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid: CGPJ: 279-301.
- MOCCIA, S. (1996) "Función sistemática de la política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente. En *Schünemann, B.- de Figueiredo Dias (coord.) Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal, Libro Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona : J.M.Bosch : 73-98.
- PAVARINI, M. (1999) "Introducción. La miseria del reformismo penitenciario". En *Rivera Beiras, I -Salt, M., Los derechos fundamentales de los reclusos, España y Argentina*. Buenos Aires: Editores Del Puerto: 1-20.
- RACIONERO CARMONA, F. (1994) "Relaciones entre la Administración Penitenciaria y la Jurisdicción de Vigilancia. Competencias y Conflictos". En *VIII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial : 13-37.
- RIVERA BERAS, I. (1993) La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. (tesis doctoral) Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.
- (1998) La construcción jurídica de unos derechos de segunda categoría en *Doctrina Penal 1998/A: 121-163*.
- ROXIN, C. (1976) Problemas básicos del derecho penal. Madrid: Reus.
- SALT, M. (1999) Los derechos fundamentales de los reclusos, España y Argentina. Buenos Aires: Editores Del Puerto.
- SILVA SANCHEZ, J. (2000) Política Criminal y Persona. Buenos Aires: Ad Hoc.

¹³ Ello resulta de difícil concreción práctica si se mantienen las actuales lógicas por las cuales el dictamen de un perito psicólogo, por ejemplo, resulta imposible de contradecir. Es claro que el juez no es perito, pero si puede valorar la existencia de indicadores objetivos o de meras apreciaciones subjetivas.