

El juez de ejecución penal: ese perfecto desconocido que ingresa a la familia.

Alberto Manuel Poletti Adorno*.

Resumen: El presente artículo se interroga sobre la conveniencia de incluir al juez de ejecución penal en el sistema chileno de justicia penal. Para ello, analiza la jurisprudencia internacional y la legislación comparada referente a la intervención judicial después de la condena, a la luz de las normas contenidas en la convención interamericana de derechos humanos.

Al mismo tiempo, se presentan algunas respuestas frente a las críticas sobre la intervención judicial y el otorgamiento de beneficios disciplinarios.

Finalmente, se exhorta a reflexionar sobre la noción de “recurso judicial” simple y efectivo para las personas privadas de libertad.

Palabras Claves: Derechos de los reclusos, control judicial y administrativo de las prisiones, intervención judicial después de la condena.

INTRODUCCIÓN

La persona contra quien se lleva adelante un proceso penal dispone de numerosos derechos consagrados en la noción de “debido proceso”: presunción de inocencia, derecho a un abogado, derecho de ofrecer y de discutir las pruebas en el marco de un juicio oral y público, prohibición de ser juzgado dos veces, prohibición de retroactividad de la ley, entre otros.

La gran mayoría de los textos legales se ocupa de regular estos derechos en forma precisa y detallada, desde la detención preventiva de la persona hasta el momento del juicio oral y público o juzgamiento de la causa por un tribunal.

Ahora bien, las normas relativas a los derechos del condenado se encuentran por lo general, esparcidas en diversos cuerpos legales y cuando existe un vacío al respecto, se recurre a las disposiciones internacionales. Así, la Convención europea de derechos humanos¹ y su similar

* Abogado egresado de la Universidad Nacional de Asunción, Paraguay. Consultor externo de la Universidad Nacional de Enseñanza a distancia (UNED) de España en el curso de enseñanza abierta sobre Derechos fundamentales de los reclusos. Doctorando en la Universidad de París 1 Panthéon Sorbonne (Francia).

¹ Desde 1961, la Comisión europea de derechos del hombre afirma que “aún si una persona se encuentra detenida purgando una pena impuesta por una sentencia condenatoria que le ha sido impuesta en razón de la comisión de un crimen en desmedro de los derechos elementales de la persona humana, los derechos y garantías definidos por la Convención no desaparecen para el mismo (Com. EDH Koch c. Alemania, exp. 1270/61, Año 5 p. 126).

americana han sido utilizadas en numerosas ocasiones para paliar las deficiencias internas de los Estados en cuanto a derechos de las personas privadas de libertad.

Surge el interrogante de saber si es necesario contar, más allá de una ley penitenciaria, con un juez luego de la sentencia en un proceso penal. Dejaremos de lado la primera interrogante pues la respuesta está dada en el Decreto del Ministerio de Justicia de Chile 518/98 “Reglamento de derechos penitenciarios” (aunque podría discutirse su naturaleza reglamentaria)² para analizar la segunda cuestión, que se halla vinculada con la “jurisdiccionalización” de la etapa de ejecución penal que se da en numerosos países actualmente.

Se ha mencionado que “el proceso penal no termina con la sentencia” sino que culmina luego de la aplicación de la medida o la pena impuesta. En la práctica, los países se encuentran divididos, existiendo tres modalidades sobre el ejercicio de la competencia luego de la sentencia en un proceso penal: 1) la misma es ejercida en su mayoría por las autoridades administrativas (sistema aplicado principalmente en los países del *common law*), 2) las facultades se hallan compartidas por jueces judiciales y administrativos (Francia) o, 3) los poderes en la materia son atribuidos principalmente a jueces especializados (España, Italia, Portugal y varios países de América Latina) que pueden no solo adoptar decisiones en materia de individualización de penas sino también controlar la labor de las autoridades administrativas en las prisiones.

EL SISTEMA DE PREMINENCIA DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

En los Estados Unidos, el otorgamiento de la libertad condicional es competencia de una comisión *Parole Board* (Comité de libertad condicional) cuya organización, funciones y competencias varían de un Estado al otro y también según su aplicación federal o nacional³.

En Canadá, la ley de 1992 sobre el sistema correccional y la liberación bajo condición prevé que las decisiones relativas a la libertad condicional sean tomadas por una comisión nacional o comisiones regionales de libertad condicional, órganos dependientes del Ministerio del Interior. Sus miembros son designados por el Consejo de ministros por un período máximo de diez años y son inamovibles. Deben ser elegidos “entre personas pertenecientes a diversos grupos para poder representar colectivamente los diferentes valores y puntos de vistas de la colectividad”. Esta comisión tiene la facultad exclusiva para otorgar, denegar, anular o revocar la libertad condicional y mantener privados de su libertad a los criminales que pueden ser liberados de oficio cuando se observa que podrían cometer infracciones graves. Existe el derecho, en caso de decisión desfavorable, de recurrir la decisión ante una sección especializada de la comisión⁴.

² La decisión del Tribunal constitucional alemán del 14 de marzo de 1972 sobre la interceptación de la correspondencia dirigida a personas privadas de su libertad dio lugar a la adopción de la *Strafvollzugsgesetz*, ley de ejecución penal. Los jueces constitucionales invocaron la norma contenida en el art. 1.3 de la Constitución alemana según la cual todos los derechos fundamentales son obligatorios para el legislador, el poder ejecutivo y los tribunales y que por ello, la administración no puede restringir conforme a su voluntad los derechos fundamentales de las personas durante la ejecución de una pena sin que exista una ley sobre la materia.

³ Ver la decisión del 31 de agosto de 2006, *Brian Sass v. California Board of Prisons/Oficina de prisiones de California*, Corte de apelaciones de los Estados Unidos, 9ª Sección, N° 05-16455 para mayor ilustración sobre la distribución de la competencia en materia de libertad condicional

⁴ MERMAZ, Louis y FLOCH, Jacques: *Informe efectuado en nombre de la comisión especial de investigación sobre el estado de las prisiones francesas*, n° 2521, Asamblea Nacional de la República Francesa, registrado en la Presidencia de la Asamblea nacional de dicho país el 28 de junio de 2000, p. 269

Al mismo tiempo, en estos países existe en forma independiente un *ombudsman* o defensor de los detenidos. En Canadá, el responsable de este puesto es nombrado por el consejo de ministros por un período de cinco años (reelegible una vez) con las siguientes funciones:

- el estudio de las quejas de los detenidos y el envío de la respuesta.

- la realización de una investigación luego de una queja o ante una solicitud del ministro encargado del servicio correccional). El *ombudsman* tiene acceso a todas informaciones y los documentos en poder del servicio correccional y puede convocar a las personas que estime necesaria para declarar ante el mismo bajo juramento.

- la entrevista con los comités de detenidos.

El *ombudsman* se halla igualmente facultado para emitir recomendaciones dirigidas a la administración penitenciaria, pero no tiene ningún poder para adoptar decisiones, facultad que corresponde lógicamente a los tribunales, defensores del principio de la legalidad en el ámbito penitenciario en Canadá⁵ y en los Estados Unidos, donde un importante fallo de la Corte suprema señaló que no existe una “cortina de hierro” entre la Constitución de ese país y las prisiones⁶. Lo esencial de estas decisiones es motivo de frecuentes recursos ante el alto tribunal de los Estados Unidos, debiendo destacarse los fallos *Rasul c. Bush* y *Hamdi c. Rumsfeld*⁷ en los cuales los jueces estadounidenses han puesto de manifiesto la necesidad del “derecho a un recurso” para los prisioneros en Guantánamo para el examen de la legalidad de la detención.

Una magistratura especializada no existe en estos países, pero la idea se desarrolla. El nacimiento de la *therapeutic jurisprudence* en los Estados Unidos surge como una preocupación ante el impacto de la ley en la vida emocional y en el aspecto psicológico y humano de la persona, con vistas a humanizar la ley con estos aspectos y el proceso penal. En consecuencia han surgido tribunales especializados en el juzgamiento y seguimiento de personas que han cometido hechos punibles bajo la influencia del alcohol o de estupefacientes⁸. Se trata de los “*problem-solving courts*”. Según Bruce J. Winick la sobrecarga de trabajo, la tendencia a la retribución esencial de los tribunales penales y la ausencia de eficacia en el tratamiento penitenciario resultaron inútiles para tratar eficazmente a los delincuentes que actuaron bajo el imperio del alcohol o drogas. Los tribunales “*solving problems*” dan entonces prioridad a la búsqueda de la rehabilitación y otorgan al juez un lugar en el tratamiento. El mismo autor menciona que los criminales que han aceptado ser orientados hacia dichos tribunales o que, una vez declarados culpables, aceptan participar en un programa ante dichos jueces como condición para el otorgamiento de la libertad vigilada, prestan su conformidad para abstenerse del consumo de drogas, participar en programas de rehabilitación, someterse a un análisis periódico para controlar la evolución del tratamiento y para comparecer periódicamente ante el juez encargado de la supervisión judicial de su tratamiento⁹.

⁵ Decisión *Martineau* de la Corte Suprema de Canadá en 1980, citada por PRADEL, Jean: *Derecho penal comparado*, Segunda Edición, Dalloz, París, 2002, p. 717

⁶ Corte Suprema de los Estados Unidos: *Wolff v. Mc Donnell*, 1974, 418 US 539

⁷ Corte Suprema de los Estados Unidos: *Rasul et al. v. Bush*, Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica y Certiorari de la Corte de apelaciones del Distrito de Columbia de los Estados Unidos No. 03-334. Sentencia del 28 de junio de 2004 y Corte Suprema de los Estados Unidos: *Hamdi y al. v. Rumsfeld*, Ministro de Defensa y al. certiorari de la Corte de apelaciones del Cuarto distrito de los Estados Unidos No. 03-6696. Sentencia del 28 de junio de 2004

⁸ NOLAN, James: *Redefinir los tribunales penales: los juzgados de solución de problemas y el significado de la justicia*, *American Criminal Law Review*, Universidad de Georgetown, Vol. 40, n° 4, 2003, p. 1541

⁹ WINICK, Bruce: *Justicia terapéutica y los juzgados de resolución de problemas*, *Therapeutic Jurisprudence Bibliography*, Universidad de Arizona, <http://www.law.arizona.edu/depts/upr-intj/>

En cuanto a Inglaterra, se ha mencionado que la imposibilidad de recurrir al juez ha desembocado en la multiplicación de recursos ante el TEDH, lo que ha obligado a dicho país a rever su legislación en la materia¹⁰.

EL SISTEMA JUDICIAL-ADMINISTRATIVO

En Francia, el juez de aplicación de penas creado en el año 1958 tiene como misión, según el texto original «velar por la ejecución de las penas en todas las prisiones donde se encuentran personas privadas de libertad» y «determinar para cada uno de ellos las principales modalidades del tratamiento penitenciario, decidiendo sobre las salidas transitorias, la semi-libertad y los permisos de salida»¹¹. Luego fueron agregándose otras facultades, entre ellas la posibilidad de otorgar la libertad condicional (poder que anteriormente correspondía al Ministro de Justicia para los casos graves¹²) y el seguimiento de personas liberadas. Además, el juez debe realizar visitas a los establecimientos penitenciarios, pero no puede actuar directamente ante las eventuales violaciones del régimen penitenciario, debiendo hacer llegar sus eventuales sugerencias a las autoridades administrativas con competencia en la materia¹³. Es pues la justicia administrativa quien decide sobre las sanciones disciplinarias¹⁴, aislamiento¹⁵ y los litigios sobre comunicaciones telefónicas¹⁶, traslados de un establecimiento a otro¹⁷, otorgamiento de permisos de visita, para no citar sino algunos ejemplos vinculados al funcionamiento del servicio público penitenciario.

Los límites de la competencia han sido fijados en una decisión del Consejo de Estado francés del 22 de febrero de 1960 *Fargeaud d'Epied*: la jurisdicción judicial es competente en los litigios «relativos a la naturaleza y los límites de la pena, en tanto que la jurisdicción administrativa debe decidir en los juicios relativos al funcionamiento del servicio penitenciario».

¹⁰ SACCOTE, Jacqueline: *El control jurisdiccional de la ejecución de penas en derecho positivo comparado*, Archives de Politique Criminelle, Montpellier, 1985, p. 135

¹¹ MALHERBE, Jean: *El juez de aplicación de penas*. Revue des sciences criminelles, París 1959, pp. 635-655.

¹² El sistema ha sido modificado por dos leyes del 15 de junio de 2000 y del 9 de marzo de 2004 que atribuyen competencia al juez y al tribunal de aplicación de penas en la materia, este último para los casos graves. La Corte constitucional italiana ha declarado contraria a la constitución la facultad del ministro de justicia de otorgar la libertad condicional (Decisión del 4 de julio de 1984, n° 204) y de revocar en forma anticipada una medida de seguridad (Decisión del 23 de abril de 1974, n° 110) ya que estas facultades dificultan el derecho al recurso del condenado ante el juez de vigilancia penitenciaria (DEAN, Giovanni: *Ideología y modelos de ejecución penal*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2004, p. 3.

¹³ Existe una jurisprudencia abundante en la materia. Los fallos citados constituyen ejemplos concretos de la actuación de los jueces administrativos en el ámbito penitenciario. Sobre la competencia de los jueces del la autoridad judicial ver COIGNARD, Jacqueline: *La sobrepoblación en las prisiones no es competencia del juez judicial*, Diario Libération, París, 24 de febrero de 2005

¹⁴ Consejo de Estado francés, Sentencia *Théron*, 9 de diciembre de 1990 y CE Ass. Sentencia *Marie* 17 de febrero de 1995. Recientemente Corte administrativa de apelación de Douai, Sentencia del 25 de febrero de 2003, n° 00DA00535, *M. Franck*

¹⁵ Consejo de Estado francés, Sentencia del 30 de julio de 2003, n° 252712, *Garde des Sceaux, ministro de Justicia c/ Saïd R.*

¹⁶ Consejo de Estado francés, *Référé*, 2 de mayo de 2003, n° 255597, *Germain G.*

¹⁷ Tribunal Administrativo de Estrasburgo 20 de febrero de 1998 y un fallo reciente en sentido contrario Corte administrativa de apelación París 19 de diciembre de 2005.

EL SISTEMA DE PREEMINENCIA JUDICIAL

Antes de que la idea de un juez especializado en el tratamiento de temas vinculados al derecho penitenciario y la individualización de penas sea planteada, merece destacarse que ya en 1480 los reyes católicos de España ordenaron que los jueces visiten las prisiones¹⁸. Pero habrá que esperar hasta 1924 para que aparezca el primer juez de ejecución penal en el Brasil¹⁹.

En los países que siguen este sistema, los jueces no se limitan a visitar las prisiones, sino que cuentan con otros poderes:

- son órganos especializados para decidir las medidas de individualización de penas (libertad condicional, permisos de salida, semi-libertad) y en ciertos casos incluso la unificación de condenas. Intervienen igualmente en el control de las personas condenadas en libertad y las que se encuentran sometidas a medidas y/o reglas de conducta o fueron condenadas a penas no privativas de libertad (por ejemplo, multa y/o trabajo comunitario).

- son consultados en temas de política criminal (ya sea para la adopción del reglamento disciplinario en las prisiones o integrando el consejo de seguridad y prevención de delitos).

- intervienen en los temas vinculados al funcionamiento de las prisiones, pudiendo a veces decidir como órgano de apelación sobre las sanciones disciplinarias adoptadas por el director de la prisión y disponer el traslado de un detenido de un establecimiento a otro.

- pueden intervenir como “defensor del condenado” noción que creemos debe ser entendida no como reemplazante del abogado, sino más bien como garante de los derechos del condenado frente a la administración penitenciaria.

Este movimiento no tardó en expandirse a otros continentes. Italia, Portugal, Alemania, España, Bulgaria, Croacia, Hungría²⁰, Lituania, Rusia, Eslovenia, Grecia²¹, Polonia y más recientemente Bélgica, Suiza y Rumania así como otros países de América Latina, Asia y África²² han adoptado el modelo judicial.

¹⁸ NÚÑEZ, Víctor: *La ejecución de las penas en el nuevo sistema penal*. Nuevo Código Procesal Penal, Opiniones y Comentarios. Curso organizado por el Colegio de Abogados del Paraguay y el INECIP. La Ley Paraguaya, Noviembre 2001, p. 389

¹⁹ KUEHNE, Maurício: *Ejecución penal en el Estado de Paraná*, JM Editora, Curitiba, Primera Edición, 1998

²⁰ GONÇZOL, Katalin: *La protección de los derechos de los prisioneros en las nuevas democracias de Europa Central en El control de las condiciones de detención en Europa, Actas del Coloquio europeo realizado en Marly-le-Roi (Francia) del 25 al 27 de octubre de 1996*, Penal Reform International y la Asociación nacional de visitantes de prisiones de Francia, 1997, (textos en lengua francesa e inglesa), p. 63.

²¹ CÉRÉ, Jean-Paul: *Modelos europeos de supervisión y de control penitenciario: Congreso penitenciario internacional: la función social de la política penitenciaria*, Barcelona 2006, Bloc 1: Parlem de política criminal, (textos en lengua francesa y catalana) p. 84

²² Existe un juez equivalente en Argelia, Marruecos, Túnez, Costa de Marfil, Burquina Faso, Senegal, Madagascar, Togo. En otros países, el poder para la ejecución de penas corresponde al Ministerio Público (países árabes). En los países escandinavos, el Defensor del pueblo se encarga de controlar las cuestiones relativas al cumplimiento de la pena privativa de libertad. Ver PRADEL, Jean: *Síntesis: La fase ejecutoria del proceso en derecho comparado*, Revue internationale de droit pénal, París, 1990, vol. 3/4, p. 771 (textos en lengua inglesa y francesa) y las actas del coloquio internacional « *Modelo de ejecución de decisiones jurisdiccionales* » celebrado en Hanoi, Vietnam el 17 y 18 de abril de 2006 a instancias de la Casa de Derecho Franco-Vietnamita; MESNIL DU BUISSON, Godefroy: *Juez de aplicación de penas*, Rep. Pén. Dalloz, París, junio 2001, p. 5 y ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina: *La institución del juez de vigilancia penitenciaria en el Derecho comparado: sus relaciones con la administración penitenciaria*, Anuario de derecho penal y ciencias sociales, Tomo 39, Fascículo 1, Enero/Abril 1986, Madrid, p. 81

En los países de América Latina, luego del trabajo del profesor argentino Julio Maier y el « *código procesal penal modelo para Iberoamérica* » (CPPMI) elaborado en 1989 muchos Estados modificaron sus legislaciones y adoptaron un juez de ejecución penal en sus sistemas judiciales²³.

Pocos son los países iberoamericanos que aún no cuentan (o que lo tendrían próximamente, como Panamá²⁴ México²⁵ o Uruguay²⁶) con este magistrado en su sistema judicial: Honduras, Ecuador, Perú y Chile.

¿UN JUEZ NECESARIO?

Surge entonces la pregunta de si la intervención judicial es necesaria luego de la condena. Muchas respuestas han sido dadas a dicha interrogante. Además de la respuesta ofrecida por los sistemas vinculados al *common law* expuestos precedentemente, el tribunal europeo de derechos humanos (TEDH) ha señalado en el caso Van Droogenbroeck contra Bélgica el 24 de junio de 1982, que en dicho país la “ejecución de penas es competencia del Ministerio de justicia. No existe razón para dudar que este órgano constituya, en virtud de los principios generales sobre la repartición de poderes en derecho público belga, una autoridad calificada para adoptar decisiones en el caso del recurrente. No existe violación del art. 5-1 de la Conv. Europea de derechos fundamentales...” (Derecho a la libertad y a la seguridad, equivalente del art. 7-1 de la Conv. Interamericana de derechos humanos).

La ausencia de competencia de los jueces para actuar luego de la condena en muchos países se funda en el principio de separación de poderes. El Prof. Gerety, miembro del Instituto Vera de Nueva York (organismo que trabaja en el ámbito de las prisiones en los Estados Unidos) en una sesión de la Sociedad internacional de prisiones en París el 2 de diciembre de 1978 señaló que en los Estados Unidos “el principio es que la aplicación de penas es confiado al Poder ejecutivo”²⁷. En Francia, una idea similar es sostenida por Stéphane Rials, que menciona que la función judicial se limita a decir « *jurisdictio* » de manera obligatoria el derecho y que la ejecución de la sentencia se halla bajo la esfera del poder ejecutivo²⁸.

Ahora bien, no debe olvidarse que en el sistema chileno como en muchos países iberoamericanos, la noción de jurisdicción comprende el “hacer ejecutar lo juzgado” según el art. 1º del C.O.T.²⁹

Creemos que no puede otorgarse la totalidad de la competencia al Poder judicial o al Poder ejecutivo. Cada órgano actúa dentro de un marco distinto y las funciones no se contraponen. Así, la administración penitenciaria ejercida por la Gendarmería se encarga de “atender, vigilar y rehabilitar a las personas que por resolución de la autoridad competente fueren privadas de su

²³ ÁLVAREZ, Alejandro: *La reforma del procedimiento penal en América Latina*, L’Astrée, París, Set. 1998, n° 5, p. 8-11

²⁴ ABREGO, Julieta y otros: *Sistema penitenciario panameño vs. Juez de ejecución en América Latina* <http://www.ilustrados.com/publicaciones/EEuyEVulpVWwDYfnRA.php>

²⁵ RIVERA MONTES DE OCA, Luis: *Juez de ejecución de penas. La reforma penitenciaria mexicana del siglo XXI*, México, Porrúa, 2003, 178 p.

²⁶ Diario El País, Montevideo, 16 de octubre de 2006: *Uruguay hacia proceso penal de película*

²⁷ GERETY : *La política penitenciaria americana*, Revue pénitentiaire et de droit pénal, Edición Cujas, París, 1979, p. 13-30

²⁸ RIALS, Stéphane : *El oficio de juez*, Droits, n° 9, 1989, p. 6

²⁹ COLOMBO CAMPBELL, Juan: *La Jurisdicción en el Derecho chileno*, Anales de la Facultad de Derecho Cuarta Época - Vol. VIII- Año 1968 - N° 8

libertad” velando por un “trato digno conforme a la dignidad humana”. El juez se encarga de velar por el respeto de estos derechos.

Cada país es libre de organizar sus instituciones de manera a respetar sus tradiciones, la doctrina especializada y su naturaleza o particularidades. Pero no debe olvidarse que los tribunales internacionales exigen ciertos estándares mínimos que difícilmente puedan ser alcanzados en muchas ocasiones por las autoridades administrativas actuando en forma individual. Un recurso judicial es cada vez más frecuentemente exigido³⁰.

La eficacia ha sido siempre considerada como un imperativo implícito de la justicia por los legisladores y gobernantes. Para el TEDH la eficacia constituye un objetivo de política criminal siempre que se cuenten en el proceso con las garantías de la Convención. Una decisión de justicia, siguiendo la jurisprudencia del tribunal, es eficaz solo si es ejecutada y ello en un “plazo razonable”. La ejecución de una decisión judicial se considera dentro de la noción de “proceso” en los términos del art. 6 de la Conv. EDH³¹.

¿UN JUEZ ÚTIL?

Tal vez a ello pueda deberse el auge del “juez de ejecución penal”. Este magistrado especializado no solo en el ámbito penitenciario, sino en el seguimiento de las personas liberadas antes de tiempo se halla en amplia ventaja frente a los magistrados tradicionales para colaborar con una política criminal respetuosa de los derechos humanos.

Se ha dicho que este juez “del condenado” es un magistrado que se encarga de repartir favores (al otorgar la libertad condicional) a personas con antecedentes penales, haciendo caso omiso a los derechos de las víctimas y deshaciendo en pocas líneas lo resuelto por el tribunal de sentencia, en varios países órgano colegiado. Se ha igualmente expuesto la tesis de que los jueces penales ordinarios pueden encargarse de tal función.

Y bien, la realidad lamentablemente es bastante diferente. En la mayoría de los países, no existen las “penas de privación de libertad perpetuas”. Así, ante la disyuntiva de liberar a una persona sin ningún control al final de la pena o liberarlo casi al final de la pena con un adecuado control, la gran mayoría de las legislaciones ha optado por esta segunda vía. El acceso a los “beneficios penitenciarios” conlleva es cierto un criterio de apreciación judicial, pero el legislador conserva el derecho de fijar la política criminal, establecer las penas, sanciones y aumentar o disminuir las medidas de individualización de penas para los delincuentes primarios o reincidentes.

El magistrado que se ocupa de decidir sobre el otorgamiento de la libertad condicional puede imponer válidamente al condenado ciertas restricciones durante el período que se encuentra a prueba, entre ellas la prohibición de acercarse a la víctima, seguir un tratamiento, abstenerse de frecuentar a determinadas personas o de concurrir a ciertos lugares en los que podría verse facilitado a delinquir. Estas medidas hacen que el juez se ocupe igualmente de la

³⁰ La posibilidad de que una autoridad administrativa pueda tener un papel de decisión durante la ejecución de penas ha sido reconocida en la sentencia TEDH *Van Droogenbroeck* c. Bélgica del 24 de junio de 1982 § 41 antes mencionada. Una comisión de libertad condicional fue considerada como el equivalente a un tribunal (TEDH *Weeks* c. Reino Unido, 2 de marzo de 1987 § 61. Pero en el año 2000, el TEDH consideró que el recurrente dispone de un derecho para hacer examinar, luego de su condena, la legalidad de la detención por un *órgano judicial que responda a las exigencias del art. 5-4 de la Convención europea de derechos humanos* (TEDH *Curley* c. Reino Unido, causa n° 32340/96, 28 de marzo de 2000)

³¹ CEDH 19 de marzo de 1997, *Hornsby* c. Grecia

víctima. Algunas legislaciones prevén incluso una audición a la misma, si así lo desea, antes de decidir sobre el tema. Otras, considerando que el poder punitivo del Estado es una facultad exclusiva del mismo, limitan su intervención al período anterior a la condena. No existe uniformidad en la materia.

Merece igualmente destacarse que el otorgamiento de medidas como la libertad condicional o los permisos de salida no tienen la virtud de “acortar” la pena. La persona continúa condenada a la pena de privación de libertad fijada en la sentencia. La doctrina mayoritaria considera que no se modifica la noción de “cosa juzgada” en lo que respecta a la declaración de culpabilidad, sino solamente en lo relativo a la individualización de la forma de cumplimiento de la condena³². Ello teniendo en cuenta que la decisión adoptada por el juez de ejecución no modifica la duración de la pena, pudiendo el mismo ordenar que el condenado vuelva a prisión y termine de purgar su condena en caso de violación grave o reiterada de las reglas de conducta, o la comisión de un nuevo hecho punible. Además, debe tenerse en cuenta que el legislador prevé la utilización de la libertad condicional en el sistema de justicia penal.

Por otro lado, la mayoría de los jueces penales “ordinarios” (nos referimos a los jueces de garantías y a los jueces de los tribunales de sentencia) se encuentran saturados de trabajo en el juzgamiento de las causas penales y no cuentan ni con la formación ni con el tiempo para realizar el seguimiento de los condenados, pues se consagran de lleno a resolver los incidentes y cuestiones vinculadas al pronunciamiento de la sentencia.

Ante tales problemas, el juez de ejecución penal debe contar con una formación no solo jurídica sino también criminológica y la función está considerada como un instrumento válido para prevenir la reincidencia, mediante la imposición de obligaciones y reglas de conducta a los condenados liberados antes de purgar totalmente su pena y el control estricto del cumplimiento o no de las mismas.

Pero resulta ilusorio creer que una sola persona podrá encontrar una solución al fenómeno de la criminalidad. El juez de ejecución penal no es una panacea mágica. Es un magistrado que se halla al frente de un equipo multidisciplinario integrado por trabajadores sociales, psicólogos, educadores y que trabaja en coordinación con la administración penitenciaria y las autoridades encargadas de la salud, empleo y vivienda. Porque una vez liberados, las personas que estuvieron privadas de libertad siguen teniendo las mismas necesidades que aquellas que se encuentran libres.

A veces se objeta la utilización de la palabra “tratamiento” penitenciario como teniendo un significado exclusivamente médico. Sin embargo, esta noción es empleada por numerosas legislaciones³³, desde la ley orgánica penitenciaria española 1/1979 hasta el anteproyecto de código de ejecución penal de la República del Paraguay, en estudio en el Congreso de dicho país, figurando incluso en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos³⁴. Su utilización va

³² HERZOG-EVANS, Martine: *Derecho de aplicación de penas*, 2^{da} Edición, Dalloz, París 2005, p. 419. En el mismo sentido: JOUVE, Bernard: *Una institución contestada: la aplicación de penas*, Gazette du Palais, París 1984, 2 p. 407

³³ Ver el art. 6 de la ley de ejecución penal alemana, el art. 60 del Código de ejecución penal del Perú (Decreto Legislativo n° 654/1991) y el art. 14 de la Ley 24.660/1996 “Ley de ejecución de pena privativa de la libertad” de Argentina entre otros. El art. 52 de la Ley 473/2003 “Régimen penitenciario y ejecución de la pena” de Nicaragua hace referencia al “régimen penitenciario”.

³⁴ Adoptadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente celebrado en Ginebra en 1955 y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus Resoluciones 663C (XXIV) del 31 de julio de 1957 y 2076 (LXI) del 13 de mayo de 1977, n° 65

entonces más allá del ámbito clínico para referirse al conjunto de actividades directamente dirigidas a la reinserción social de los internos, debiendo ser integral y con carácter educativo y terapéutico, asistencial y disciplinario. La imposición de una pena busca evitar que un individuo infrinja el orden social establecido y que transcurrido el tiempo necesario, el individuo agresor pueda volver a formar parte de la sociedad, luego de haber sido sometido a un tratamiento adecuado, para no volver a transgredir el orden jurídico. Estos conjuntos de actividades pueden ser catalogadas dentro de una “obligación de medios” por parte del Estado ya que para el éxito del tratamiento se requiere la participación del condenado.

Las actividades de tratamiento son realizadas por la administración penitenciaria. Se estima que la misma, en cumplimiento de tales funciones, puede eventualmente menoscabar los derechos fundamentales de la persona. Resulta entonces necesario que los internos tengan la posibilidad de dirigirse a una autoridad y solicitar la revocación o la modificación de la orden de la administración. Lo importante, más allá de que se trate de una autoridad judicial o administrativa, es que dicha autoridad tenga el poder de ejecutar sus propias resoluciones.

Es difícil establecer el límite entre las facultades de la administración penitenciaria y el juez de ejecución penal de manera precisa. Así, es claro que el juez de ejecución no interviene en las cuestiones de seguridad del establecimiento ni en el funcionamiento interno de la prisión. Ahora bien, muchas de sus decisiones pueden repercutir directamente en las actividades y en la organización de la misma. Por ejemplo, si el juez acepta la solicitud de un detenido de no ser sometido al aislamiento como medida preventiva, este último deberá ser recluido nuevamente según las reglas del régimen ordinario. Es claro que la intervención judicial ha dejado sin efecto una orden de la administración³⁵. El interno ha conseguido su objetivo... ¿Luego de cuánto tiempo?

Resulta entonces indispensable reflexionar sobre un mecanismo mediante el cual los detenidos puedan contestar de manera eficaz las decisiones de la administración.

UN RECURSO JUDICIAL SIMPLE Y EFECTIVO

Así, de nada serviría contar con un juez de ejecución penal encargado de velar por el respeto del régimen penitenciario si el mismo no cuenta con facultades para forzar a la administración a mejorar las condiciones de detención. Los problemas de sobrepoblación, hacinamiento, acceso a servicios médicos, trabajo y actividades recreativas de los internos no son patrimonio exclusivo de un país, sino que afectan igualmente a países pobres y ricos. Es así que en el continente americano, la Corte de San José ha tenido la oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones sobre temas de derecho penitenciario y condenado recientemente a Paraguay, Venezuela y Perú por violaciones del derecho a la vida, la integridad física y tratamiento inhumano o degradante a personas privadas de su libertad³⁶ señalando entre otras cosas que:

³⁵ Los arts. 9 y 58 del citado Decreto 518/98 consagran el derecho del recluso de formular peticiones a las autoridades penitenciarias sin que ello sea obstáculo al ejercicio del derecho de recurrir a la instancia judicial.

³⁶ CIDH Caso *Instituto de Reeducación del Menor c. Paraguay* 2 de setiembre de 2004; CIDH Caso *Montero Araguren y otros (Retén de Catia) c. Venezuela* del 5 de julio de 2006; CIDH Caso del *Penal Miguel Ángel Castro c. Perú* del 25 de noviembre de 2006. Además, existen numerosas decisiones sobre medidas cautelares: 14 de diciembre de 1992 Decisión del Presidente de la CIDH sobre cárceles peruanas, resolución del 7 de julio de 2004 sobre la cárcel de Urso Branco en el Brasil y resolución del 22 de noviembre de 2004 sobre las cárceles de la provincia de Mendoza, Argentina.

- el Estado se encuentra en una posición especial de garante frente a las personas privadas de libertad, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia³⁷.

- los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que sean tan pobres que no respeten la dignidad inherente del ser humano³⁸.

En Chile se han adoptado medidas para evitar planteamientos similares. Así, el gobierno inauguró en el corriente año un programa de concesión de ciertas actividades penitenciarias a organismos privados, para reducir las condiciones de hacinamiento³⁹. Pero los problemas persisten en otros lugares y resulta necesario interrogarse sobre el ejercicio de un “recurso efectivo”⁴⁰. Ello teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 25 de la Convención interamericana de derechos humanos. Pues a diferencia del art. 13 del tratado europeo que se refiere a un “recurso efectivo”, el sistema interamericano exige un recurso “simple y rápido” destinado a proteger a las personas contra los actos lesivos de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución del país, las leyes internas y la citada Convención, incluso cuando las violaciones hayan sido cometidas por personas en el ejercicio de funciones oficiales. Los Estados americanos se comprometieron al firmar dicha Convención no solo a garantizar que la autoridad judicial decidirá sobre los derechos de la persona sino también a facilitar el acceso al recurso judicial.

Muchas personas consideran que los reclusos deben ser privados de su libertad en malas condiciones, de manera a “castigarlos” por el mal que han hecho a la sociedad. Sin duda, la privación de libertad genera un sufrimiento para el mismo y sus familias. Pero no debe dejarse de lado que, en el ámbito interamericano, los fines de las penas privativas de libertad son la corrección y la reinserción social de los condenados (art. 5-6 Conv. IDH). Esta posición puede ser objeto de críticas por un sector, pero no debemos olvidar que la mayoría de nuestros países han vivido momentos en que el goce de los derechos humanos era limitado ante las violaciones del Estado. Hoy en día, se busca que dichas transgresiones no provengan del mismo. Los atropellos efectuados por los particulares serán sin duda sancionados por el Estado, pero dentro del debido proceso y respetando los derechos humanos de todas las personas. Si los órganos internos no cumplen adecuadamente con esta obligación, existen hoy en día organismos internacionales a los que los detenidos, como cualquier otra persona, pueden recurrir en defensa de sus derechos.

Y he aquí otra ventaja suplementaria del juez de ejecución. Ante el mismo pueden discutirse de manera contradictoria, en el marco de un proceso judicial y con las garantías correspondientes, las cuestiones relativas a la ejecución de la pena o medida de seguridad

³⁷ Caso *Montero c. Venezuela* § 87, caso *Miguel Castro* § 273. En el mismo sentido: Caso *García Asto y Ramírez Rojas c. Perú*, sentencia del 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137 § 221; Caso *Raxcacó Reyes c. Guatemala*, sentencia del 15 de setiembre de 2005. Serie C No. 133, § 95 y caso *Fermín Ramírez c. Guatemala*, sentencia del 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, § 118

³⁸ Caso *Montero c. Venezuela* § 85. Siguiendo en este punto a su homólogo europeo: TEDH *I. I. c. Bulgaria*, 9 de junio de 2005, nº 44082/98, par. 77 y CEDH *Poltoratskiv c. Ucrania*, 29 de abril de 2003, nº 38812/97, par. 148

³⁹ *Diario La Nación*, 17 de marzo de 2007: *Avanza traslado de reos a primera cárcel privada de Santiago*.

⁴⁰ El Tribunal europeo de derechos humanos señaló que la falta de respeto sistemática de los plazos legales para decidir ha disminuido y en la práctica anulado el impacto del control ejercido por los tribunales sobre las decisiones del Ministro de justicia y consideró, creemos que correctamente, que la reclamación que podía ser ejercida ante una autoridad judicial, los jueces de vigilancia penitenciaria italianos, no constituía un recurso efectivo (TEDH *Salvatore c. Italia* nº 42285/98, Sentencia del 6 de diciembre de 2005, *Musumeci c. Italia* nº 33695/96, causa nº 33695/96, 11 de enero de 2005)

impuesta. Porque el fenómeno de “jurisdiccionalización”⁴¹ de la etapa de ejecución penal consiste no solamente en la transferencia de las facultades de la administración al juez para resolver los litigios en un ámbito determinado, sino principalmente en rodear al procedimiento a ser seguido por el órgano judicial de las garantías reconocidas por los países en el ámbito del debido proceso consagrado por la legislación interna y los tratados internacionales.

¿Quién puede dudar que es mejor discutir el otorgamiento de la conveniencia de una salida de la prisión de un condenado y sus modalidades en el marco de un proceso judicial, con la presentación de pruebas, testigos, dictámenes periciales y alegatos del condenado, su defensor, el ministerio público y eventualmente de la víctima y la presencia del público antes que hacerlo entre cuatro paredes en el ámbito de un ministerio o de la prisión, con posibilidades de participación limitadas? ¿No deben adoptarse medidas especiales para facilitar el acceso al derecho de las personas que, estando privadas de libertad, no tienen las mismas posibilidades de obtener asistencia legal como las demás?

Debe tenerse igualmente en cuenta que la cooperación judicial se facilita si la organización judicial de los países es similar. Como en casi todos los Estados de América Latina existe un juez de ejecución de penas, muchas solicitudes podrían presentarse directamente de un magistrado a su par de otro país. En la Unión Europea el “mandato de detención europeo”⁴² puede ser remitido directamente de un juez penal de un Estado miembro a otro, evitándose de esta manera que la decisión sea adoptada por órganos políticos y siguiendo un criterio no jurídico, además de economizarse tiempo y disminuir la burocracia generada por el traslado del requerimiento de un Ministerio de justicia a otro, antes de que el pedido sea remitido al órgano judicial. Como ejemplo, podría señalarse que las decisiones a ser adoptadas en el marco de traslado internacional de condenados puedan ser dirigidas y adoptadas directamente por el juez de ejecución.

Desde Chile, podemos ver que el juez de ejecución penal ya ha ingresado en los sistemas judiciales de los países vecinos. Tal vez sea tiempo de preguntarse si se debe invitarlo a formar parte de la familia judicial chilena. No porque la mayoría lo hace sino porque con su intervención se puede contribuir al mejoramiento del sistema penal.

⁴¹ Nótese que las palabras “judiciarizar” y “jurisdiccionalizar” no se encuentran en el Diccionario de la Real Academia Española. Una consulta hecha a la Real Academia Española sobre la existencia en el idioma español de estas palabras tuvo la siguiente respuesta: “La formación de neologismos, mediante la derivación de palabras que ya existen es un recurso existente en numerosos idiomas, entre los que se encuentra también el español. La regla general es que las creaciones ocasionales o muy recientes no figuren en el diccionario y si su utilización no es muy frecuente, es probable que nunca figuren, ya que se considera que el significado del nuevo término es fácilmente deducible del resultado de la suma de la raíz y de los elementos utilizados para formar el nuevo vocablo”.

⁴² En el Consejo de Ministros de Justicia de la Unión Europea reunido el 6 de diciembre de 2001 se creó un mandato de detención europeo. Este mandato consiste en que las autoridades judiciales de cualquier país miembro reconozcan y ejecuten órdenes de extradición o de entrega de personas sospechosas formuladas por otro país. La diferencia fundamental respecto a las leyes actuales es que para que la extradición se pueda llevar a cabo, el hecho juzgado debe ser delito tanto en el país que solicita la extradición como en el país que la ejecuta. Este principio de doble acusación desaparece en el mandato de detención europeo. Las autoridades judiciales del país que recibe la solicitud no valorarán la propuesta de extradición más allá de su corrección formal. También desaparece la imposibilidad de extraditar a sus nacionales.