

LEGALIDAD Y CONTROL JURISDICCIONAL. CONSTRUCCIÓN DE GARANTÍAS PARA LOGRAR UN “TRATO HUMANO” EN PRISIÓN. REFLEXIONES A PARTIR DE LA REALIDAD CARCELARIA ARGENTINA

José Daniel CESANO*

RESUMEN: Hoy se conoce con mayor rigor científico cuáles son los efectos que produce la prisión en quienes la padecen, y a partir de estos conocimientos se puede diseñar una política penitenciaria más realista que no fomente pretensiones inalcanzables que finalizan por ser estrategias de legitimación de la situación actual. En el presente ensayo se analizan las particularidades que adquiere la regulación de los principios de legalidad y control judicial en la legislación penitenciaria en el caso de Argentina, con la finalidad de demostrar la importancia de estos conceptos como medios para construir un espacio de garantías que aseguren al interno un trato humano en prisión.

Palabras clave: principio de legalidad, control judicial, garantías, derecho penitenciario.

ABSTRACT: *Today it is known with greater scientific rigor, which are the effects that prison produces in those who suffer it. Thanks to this knowledge, it is possible to design a penitentiary policy that is more realistic than those policies which seek unattainable pretensions that just transform themselves into being strategies that legitimate the present situation. In this essay, the author analyses the specific issues that characterize the regulation of the principles of legality and judicial control in Argentina's penitentiary legislation, with the purpose of showing the importance of these concepts as instruments to construct a space of guarantees that assure for inmates a human treatment in prison.*

Descriptors: *legality principle, judicial control, guarantees, penitentiary law.*

* Doctor en derecho y ciencias sociales en la Universidad Nacional de Córdoba, en la República Argentina.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El principio de legalidad ejecutiva*. III. *El control jurisdiccional y el respeto de la garantía de legalidad en la legislación argentina*. IV. *A modo de conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

La literatura criminológica viene describiendo, desde hace tiempo, el efecto deteriorante y criminógeno de la prisión. En efecto, hoy se conoce con mayor rigor científico cuáles son los efectos que produce la prisión en quienes la padecen, por lo cual, a partir de estos conocimientos, se puede diseñar una política penitenciaria más realista que no fomente pretensiones inalcanzables que finalizan por ser estrategias de legitimación de la situación actual. Así se ha dicho, con razón, que el:

Tiempo penitenciario no sólo es una fase de padecimiento en la vida del recluso, sino que constituye un momento decisivo en su biografía. En la prisión el interno aprende unos comportamientos sociales propios que favorecen positivamente su estigmatización e incorporación de forma estable a los grupos sociales de marginación. Fenómeno definido por Lemert como desviación secundaria, que tiene su origen en la comisión del delito. La prisión tiene por esto una destacada misión criminógena al dar estabilidad a la autoconciencia de marginación, y en este sentido es esencialmente antipedagógica.¹

A partir de la innegable realidad a que acabamos de aludir, existe una muy importante concepción teórica que sostiene la necesidad de modificar el eje discursivo del penitenciarismo. Tal orientación consistiría en un paso de la clínica del tratamiento presidida por el postulado resocializador (imbuido, a su vez, con fuertes connotaciones

¹ *Cfr.* Mapelli Caffarena, Borja y Terradillos Basoco, Juan, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 1996, pp. 121 y 122. La referencia a Lemert se explica por cuanto este autor se refirió a la desviación primaria “como aquellos actos que el sujeto realiza debido a múltiples factores sociales, psicológicos, biológicos, etc...”; distinguiéndola de la desviación secundaria “en la cual el sujeto ya no actúa movido por esos factores iniciales, sino guiado por una nueva situación, una nueva identidad, creada, por la actuación de los órganos de control, como una forma de responder a los problemas originados por esta reacción social” (al respecto, *cfr.* Larrauri, Elena, *La herencia de la criminología crítica*, México, Siglo XXI Editores, 1992, p. 37).

psicólogos) al ofrecimiento (al autor del delito) de una suerte de clínica que se dirija a lograr una disminución de su vulnerabilidad.

Esta última propuesta (clínica de la vulnerabilidad) se sustenta sobre dos ideas fundamentales, según Plagia-Slokar y Zaffaroni:

(a) En principio, admitido que la prisión tiene efecto deteriorante pero que algún trato es menester deparar a quienes están presos, es lógico plantearse aquellos que disminuyan hasta donde sea posible esta característica estructural de la vida carcelaria. (b) En segundo lugar, dado que se conoce que la selección de la gran masa de presos se produce en razón de su alto estado de vulnerabilidad al poder punitivo, es menester que en la prisión se les ofrezca (no se les imponga) la posibilidad de prepararse para egresar con los elementos que correspondan a un mayor nivel de invulnerabilidad (por ejemplo, modificar su autoestima, procurar salir del estereotipo, intentar que comprendan el papel que se les asigna al reclamarles roles conforme a estereotipos, tratar de modificar su autopercepción, etcétera).²

Si se admite esta tesis, el primer requisito que debe procurarse en este tratamiento de la vulnerabilidad, está dado por lograr disminuir las condiciones de vida deteriorantes que caracterizan a la institución penitenciaria. Ello sólo puede lograrse a través del trato humano en prisión; concepto éste que significa, respecto del sujeto condenado, “garantizar su supervivencia y seguridad, tanto como la integridad física y psíquica de la persona”. Dicho en otras palabras: “[a]l trato humano corresponde... extremar los esfuerzos para que la prisión... resulte en cada caso lo menos deteriorante posible”.³

En rigor, y pese a la diferencia de los modelos, pareciera claro que aún quienes —como nosotros— defienden⁴ ciertos postulados resocia-

² Cfr. Zaffaroni, Eugenio; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 894.

³ *Idem*. Empero, debe destacarse que muy calificados autores se muestran escépticos aún frente al logro de este fin. Así, y a partir de su clara concepción abolicionista, Thomas Mathiesen (citando, a su vez, la opinión de McCorkle y Korn) ha dicho que: “En estas condiciones... cualquier cosa que parezca ‘tratamiento’ se vuelve imposible. Incluso la rehabilitación ‘basada en mitigar la dureza de la vida carcelaria’... se hace estéril (a pesar de lo importante que podría ser desde un punto de vista humanitario). Y esto último debido a que el rechazo ante el cual reaccionan los presos es global o inmanente al sistema, de modo que se crean nuevas demandas y ocasiones para la hostilidad” (cfr. Mathiesen, Thomas, *Juicio a la prisión*, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 98. El énfasis nos pertenece).

⁴ Así, cfr. Cesano, José Daniel, *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 1997, pp. 112 y ss.

lizadores, concebidos como programas mínimos y siempre de carácter voluntario, dedican buena parte de sus esfuerzos a sostener, también, la necesidad de un trato humano en prisión: ya como medio natural y necesario para que aquellos fines de resocialización mínima puedan desenvolverse, una vez que el interno, libremente, los solicita; o bien, para quienes no admitan esos programas o sencillamente no los necesiten, la institución total no provoque un devastador proceso de despersonalización.

¿Y cómo lograr semejante cometido? No hace mucho, la entrañable criminóloga venezolana Rosa del Olmo, cuya ausencia nos duele, refería que los sistemas carcelarios de América Latina se caracterizan por la coexistencia de normas contradictorias:

En primer lugar, hay normas escritas, proclamadas por el discurso oficial de las altas autoridades, con relación al respeto de los derechos humanos y la disciplina para lograr el paradigma de la rehabilitación, siguiendo las Reglas Mínimas para el Tratamiento del Delincuente de las Naciones Unidas y la legislación penitenciaria nacional. En segundo lugar, las normas del personal local de la cárcel, no escritas, pero impuestas por quienes están a cargo de la custodia de los reclusos, y en algunos casos por otros funcionarios, como favores, castigos disciplinarios, soborno, beneficios especiales, discursos manipuladores, etcétera. Y en tercer lugar, las propias normas de los reclusos, que se manifiestan individualmente, en grupos o hacia el personal administrativo y la guardia.⁵

Las innegables tensiones que provoca esta coexistencia de formas discursivas tan distintas y, en algún caso, casi antagónicas, no sólo conspira contra el logro de cualquier objetivo vinculado con lograr un trato humano en prisión sino que, sobre todo a partir de la colisión entre el segundo y el tercer nivel discursivo (esto es: administración penitenciaria e internos), puede conducir derechamente a que la cárcel termine siendo “un espacio sin ley”. Dicho con la elegante prosa de Alberto Bobino: “El espacio carcelario... es un espacio oculto al resto de lo social. La propia naturaleza de la institución penitenciaria oculta las prácticas que se desarrollan en su interior. La

⁵ Cfr. Olmo, Rosa del, “¿Por qué el actual silencio carcelario?”, en Briceño-León, Roberto, *Violencia, sociedad y justicia en América Latina*, Buenos Aires, Clacso, 2002, p. 378.

convivencia permanente entre guardados y guardianes, junto con las facultades —legales o de facto— reconocidas a éstos últimos para controlar a los primeros, por otra parte, convierte a la ilegalidad en una posibilidad siempre presente”.⁶

La única forma, a nuestro ver, de aspirar a un efectivo respeto al trato humano en prisión, será la de construir un “espacio de garantías”, cuyos marcos centrales estén dados por la legalidad ejecutiva y el control jurisdiccional permanente. Para que el ámbito de la discrecionalidad administrativa no termine por aplastar a quienes se encuentran en prisión es necesario fortalecer una arquitectura jurídica que levante sus cimientos sobre estos dos pilares.

Lo dicho hasta aquí no significa, ciertamente, proclamar la inexistencia, en nuestro medio, de tales garantías. En efecto, todos conocemos que ambas se encuentran consagradas, incluso al máximo nivel normativo. Sin embargo, nuestro cometido aquí será otro: el de buscar medios para fortalecerlas. Estos mecanismos, en algún caso, se orientarán a subsanar ciertas deficiencias legislativas, proponiendo enmiendas tendentes a mejorar instituciones vigentes o, en otro, a llamar la atención sobre la necesidad de cambios de actitud respecto de los operadores que deben llevar adelante el control de la administración. Así entendido, esperamos que se comprendan los límites de este ensayo: perfeccionar la legalidad ejecutiva y el control jurisdiccional como medio de construir un espacio de garantías que aseguren el trato humano en prisión.

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EJECUTIVA

1. *Introducción*

Hoy no puede haber ninguna duda respecto que la condición de condenado a una pena privativa de libertad de efectivo cumplimiento, no significa la pérdida de los derechos fundamentales reconocidos a las personas nada más que en la estricta medida que fuese necesario para poder ejecutar la pena. La consagración y el fortalecimiento

⁶ *Cfr.* Bobino, Alberto, “Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos”, en varios autores, *¿Más derecho?*, Buenos Aires, Fabián Di Plácido Editor, año 1, 2000, p. 226.

de este principio “se traduce en una fuente inagotable de posibilidades de mejora de las condiciones de los reclusos”.⁷

El reforzamiento de esta garantía es fundamental como valla de contención contra las avances de una vieja y nefasta concepción (lamentablemente, a veces, aún invocada); cual es: la doctrina de las relaciones especiales de sujeción.⁸ Por tal se entiende a “aquella construcción jurídica que fundamenta un debilitamiento o minoración de los derechos de los ciudadanos, o de los sistemas institucionalmente previstos para su garantía, como consecuencia de una relación cualificada con los poderes públicos, derivada de un mandato constitucional o de una previsión legislativa conforme con aquella que puede ser, en algunos casos, voluntariamente asumida”.⁹

Afortunadamente, desde inicios de la década de los años setenta del siglo que se ha ido, los tribunales constitucionales de distintos Estados europeos han emprendido una lucha, no sin algunos desmayos, contra tal concepción. En este sentido, basta con repasar los contenidos de distintos fallos emanados del Tribunal Constitucional

⁷ *Cfr.* Mapelli Caffarena, Borja y Terradillos Basoco, Juan, *op. cit.*, nota 1, p. 131.

⁸ Los orígenes de esta doctrina deben buscarse en las elaboraciones de la doctrina administrativista alemana de fines de siglo XIX y principios del XX. En tal sentido, se ha indicado que uno de los primeros autores que la utilizaron fue Laband, en 1901, aplicándola a los funcionarios públicos. Sin embargo, es Mayer quien representa el mayor exponente de la teoría en el derecho público alemán. Sobre estos aspectos, *cfr.* Rivera Beiras, Iñaki, *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1997, pp. 338 y ss.

⁹ Al respecto, *cfr.* Rivera Beiras, Iñaki, “La doctrina de las relaciones de sujeción especial en el ámbito penitenciario”, en varios autores, *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*, Barcelona, Editorial M. J. Bosch, 2000, p. 68.

Federal alemán;¹⁰ de la Corte Constitucional italiana¹¹ y, aunque no

¹⁰ Así, la retención de una carta de un interno que contenía expresiones supuestamente injuriosas hacia la persona del director del establecimiento penitenciario en donde se encontraba alojado, dio lugar a la sentencia de fecha 14 de marzo de 1972, en donde el Tribunal Constitucional, a través de su sala II, expresó: “Los derechos fundamentales de los prisioneros sólo pueden ser restringidos a través de una ley o con base en una ley. 1. La Ley Fundamental [en adelante, L. F.] establece en el art. 104, incs. 1 y 2, y en el art. 2, inc. 2, frases 2 y 3, la posibilidad de una supresión de la libertad, limitada o ilimitada en el tiempo, que tenga como presupuesto una sentencia judicial penal, que se dicte con base en la aplicación de una ley penal y el acatamiento de las respectivas disposiciones constitucionales. No contempla, por el contrario, con la excepción de la prohibición de maltrato establecida en el art. 104, inc. 1, frase 2, ninguna afirmación sobre el modo y forma en el que se debe ejecutar la pena privativa de la libertad. En lo que respecta a la restricción de derechos fundamentales, las correspondientes normas constitucionales determinan que ésta es admisible únicamente mediante una ley o con base en una ley (véase en este contexto el art. 10, inc. 2, frase 1 y art. 5 inc. 2, L. F.). La evidente conclusión de que el legislador por ese motivo estaría obligado a partir de este momento a expedir también la correspondiente ley, en un ámbito que hasta ahora se había regulado en su totalidad, principalmente, a través de simples disposiciones administrativas, no ha sido acogida en principio por la jurisprudencia y la doctrina desarrollada con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Fundamental. Antes bien, si se acude a la figura legal de las ‘relaciones especiales de poder’ y se entiende ésta como una restricción autónoma implícita de los derechos fundamentales de los prisioneros, no se podría considerar como ordenada de pleno derecho la expedición de una ley sobre cumplimiento de penas... 2. Se ha traído a colación esta opinión sólo con el objeto de aclarar que la concepción tradicional de la ejecución penal como una ‘relación especial de poder’ es admisible para relativizar así los derechos fundamentales de los prisioneros con una indeterminabilidad que se torna intolerable. La Ley Fundamental es un ordenamiento vinculado a valores, que reconoce la protección de la libertad y la dignidad humana como la máxima finalidad de todos los derechos; sin embargo, su idea del ser humano no es la del individuo autónomo aislado, sino la del que está en comunidad y con una personalidad sujeta a obligaciones de diversas maneras... En el art. 1 inc. 3, LF, los derechos fundamentales son declarados como vinculantes para el Legislativo, el Poder Ejecutivo y la jurisdicción. Esa vinculación plena de los poderes estatales se contradice cuando en la ejecución de una sanción penal los derechos fundamentales pueden ser restringidos a discreción o por potestad discrecional. Sólo se puede considerar una restricción cuando esta es indispensable para el logro de un fin social contemplado en el orden de valores de la Ley Fundamental y se da en las formas previstas constitucionalmente. Los derechos fundamentales de los prisioneros sólo pueden ser limitados mediante una ley, que sin embargo, no puede renunciar —dentro de los límites posibles— a la cláusula general”. Para el texto del fallo, *cf.* Schwabe, Jürgen (comp.), *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez-Konrad Adenauer Stiftung, 2003, pp. 12 y ss.

¹¹ En efecto, la Corte Constitucional, por Sentencia del 28 de julio de 1993 (núm. 349), en igual dirección que el pronunciamiento germano citado en la nota anterior, afirmó que: “La sanción de privación de libertad no puede comportar una total y absoluta privación de la libertad de la persona. Quien se encuentra en un estado de privación de libertad, incluso privado de la mayor parte de su libertad, conserva siempre un residuo que es tanto más precioso por cuanto constituye el último ámbito en el que puede expandirse su libertad individual. De lo que se deduce que la adopción de eventuales procedimientos susceptibles de introducir ulteriores restricciones en tal ámbito, o que de cualquier modo comporten una sustancial modificación en el grado de privación de la libertad personal, puede producirse sólo con las garantías (reserva de ley y reserva de jurisdicción) expresamente previstas por el artículo 13, segundo párrafo de la Constitución”. Para el texto de este fallo, *cf.* Muñagorri Laguía, Ignacio, “La vigencia del principio de legalidad en el ámbito penitenciario”, en varios autores, *op. cit.*, nota 9, p. 30.

sin ciertos *zigzagueos*, del Tribunal Constitucional español;¹² pronunciamientos que, al poner en crisis la doctrina de las relaciones especiales de sujeción, directamente han producido una revitalización, en el ámbito penitenciario, de la legalidad ejecutiva.

2. *La situación en la República Argentina: el principio de legalidad ejecutiva y la Constitución Nacional*

A nuestro ver, cuando el artículo 18 (1a. disposición, 1a. parte) de la Constitución Nacional abrió las puertas a la garantía de la legalidad:

No sólo quiso que tanto el delito como la pena estuvieran determinados por una ley con carácter previo al hecho en que se fundaba la sentencia condenatoria, sino que también fue su propósito que el cumplimiento de esa pena se verificara en el modo exactamente previsto por la ley que daba la base al pronunciamiento jurisdiccional que la establecía. De esta manera se consagró lo que la doctrina ha dado en llamar garantía de legalidad de la ejecución.¹³

Concepto que pone énfasis en la reserva absoluta de ley como única fuente de intervención restrictiva de derechos y que, en nuestro

¹² En España, la evolución de la jurisprudencia en esta materia, del Tribunal Supremo, se ha manifestado a través de una tonalidad cambiante que ha sido descrita como “un proceso lento pero inexorable de reducción de tal ámbito [el de las relaciones de especial sujeción], del que la jurisprudencia va expulsando casuísticamente, supuesto tras supuesto, relaciones que se venían considerando —ciertamente con la oposición de la doctrina más sensible— como de sujeción especial”. Así, desde aquella objetable sentencia núm. 2/1987, en donde el tribunal consideró que “la disciplina de la prisión es la base del sistema penitenciario”, atribuyéndole a las personas presas un “status específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que existe sobre el común de los ciudadanos; se ha llegado a un pronunciamiento como el contenido en la Sentencia 61/1990, en donde luego de considerar como “imprecisa” la separación entre las relaciones de sujeción general y especial, concluyó afirmando que: “una cosa es, en efecto, que quepan restricciones en el ejercicio de los derechos en los casos de sujeción especial, y otra que los principios constitucionales (y derechos fundamentales en ellos subsumidos) puedan también ser restringidos o perder eficacia y virtualidad. Y siempre deberá ser exigible en el campo sancionatorio administrativo (no hay duda en el penal) el cumplimiento de los requisitos de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad del ciudadano. Otra cosa es que esos requisitos permitan una adaptación —nunca un supresión— a los casos o hipótesis de relaciones Administración-administrados y en concordancia con la intensidad de la sujeción”. Sobre esta evolución jurisprudencial, *cf. ibidem*, pp. 22 y 23.

¹³ *Cfr. Cesano, op. cit.*, nota 4, p. 151.

caso, tiene un fortísimo respaldo en el párrafo 2o., del artículo 19 de la Constitución histórica.

¿Qué ocurrió en nuestra doctrina judicial? La investigación jurisprudencial, a nivel de pronunciamientos del máximo Tribunal Nacional, ha permitido detectar algunos casos en donde la corte tuvo que enfrentar el desafío de perfilar el concepto de esta garantía con relación a la posible “afectación indirecta de derechos individuales como derivación del cumplimiento de la pena”.¹⁴ Y las veces —muy pocas veces, por cierto— en que la corte realizó interpretaciones respecto a este tema, siempre lo hizo en función del precitado artículo 18 de nuestra ley fundamental; ya aludiendo a la fuente tradicional en que reposa, en nuestra Constitución, esta garantía (artículo 18, 1a. disposición, 1a. parte), ora remitiendo a la cláusula final de la misma en cuanto portadora del principio de humanidad; o, por fin, dejando ver que una reglamentación no tiene entidad para limitar un derecho constitucionalmente amparado; el que solamente podrá afectarse por ley.

En tal sentido, en Fallos 310: 2413, luego de invocar la disposición final del artículo 18, el máximo tribunal concluyó que:

Esta Corte... no puede permanecer indiferente a situaciones incompatibles con la norma constitucional citada, las que, por su gravedad [en el caso se denunciaba un insuficiente y defectuoso funcionamiento de las instalaciones sanitarias y la carencia de un servicio de salud adecuado], pueden llevar a que el modo en que se hacen efectivas las detenciones durante el proceso o la ejecución de las penas, revista el verdadero carácter de una condena accesoria que no corresponda a las aplicadas en las sentencias que emanan de este Poder Judicial, ni a la pena establecida por la ley para el delito de que se trata.

Con posterioridad, y en aquél verdadero *leading case* que representa lo resuelto *in re* “Gustavo Gastón Dessy”, el voto concurrente de los jueces Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi y Antonio Boggiano, dio a la garantía una definición más acorde con la fuente constitucional ortodoxa de este principio. Al respecto, como se recordará, se analizó en aquel fallo la constitucionalidad de una reglamentación

¹⁴ Según la clara expresión de Jacobucci, Guillermo J., *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Buenos Aires, Abaco, 2002, p. 281.

administrativa que posibilitaba a la autoridad penitenciaria la supervisión y censura de la correspondencia epistolar; señalándose que:

Si la pena puede ser considerada —en una de sus perspectivas— como la disminución de un bien jurídico, y si la inviolabilidad de la correspondencia es uno de dichos bienes, resulta que la suspensión absoluta de este último derecho traduciría una especie de pena. Empero, como esta sanción no está prevista en forma represiva alguna, su aplicabilidad sería ilegal... Como lo expresa Maurach, la pena de la ley penal debe ser *prævia, scripta y stricta*.¹⁵

En su turno, el voto de los entonces ministros Eduardo Moliné O'Connor, Guillermo F. López y Gustavo A. Bossert, realizó un interesante análisis de lo que —según creemos— constituye uno de los ejes centrales de esta garantía; cual es: la reserva de ley. En tal sentido, el voto concluyó en que:

La reglamentación en que se funda los cuestionados actos de la autoridad carcelaria ha violado la ley y esa circunstancia la ha puesto en contradicción con las normas constitucionales citadas, pues aquélla [la reglamentación] ha ido más allá de los límites trazados por la política legislativa y las características de la materia... quebrantando las garantías constitucionales enunciadas...¹⁶

3. *El diseño infraconstitucional del principio de legalidad en la Argentina: un análisis crítico*

Si cotejamos el texto de la Ley 24.660, con el modelo legislativo anterior (Decreto-ley 412/1958), no cabe duda que el artículo 2o. de la nueva disposición representa un saludable adelanto, frente al silencio de aquél.

Empero, la estructura del nuevo texto legal es susceptible de diversas objeciones.

Para comenzar este aspecto del análisis, consideramos oportuno referir, en primer lugar, qué entendemos por legalidad ejecutiva.

¹⁵ *Cfr.* Fallos 318:1924; considerando núm. 10.

¹⁶ *Cfr.* Fallos 318:1913; considerando núm. 12.

Borja Mapelli Caffarena definió, a nuestro juicio con absoluta corrección, los alcances de esta garantía:

El principio de legalidad se manifiesta primeramente como ‘primacía de ley’, con un doble significado: por una parte, la ley formal prevalece en todos los actos del Estado, es decir, la ley penitenciaria es jerárquicamente superior al resto de las disposiciones administrativas. Por otra parte, la primacía de la ley se traduce en que la intervención del Estado sobre los derechos fundamentales del ciudadano sólo puede hacerse por medio de o con base en una ley formal. En este segundo aspecto es preciso distinguir cuándo se trata de una norma penitenciaria restrictiva o promocional de los derechos fundamentales. Sólo en los casos de intervenciones restrictivas la primacía de la ley se convierte en reserva absoluta de la ley, es decir, que la intervención limitando un derecho del interno sólo cabe cuando existe una cobertura legal.¹⁷

¿Y por qué insistimos tanto en la reserva absoluta de ley para cualquier intervención de la autoridad administrativa restrictiva de derechos?

Una respuesta adecuada podría ser esta: por qué la legalidad, como finalidad última, debe asegurar “que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponde a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes”; razón por la cual tales ámbitos “han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios que son los reglamentos”.¹⁸

A partir de tales conceptos, el análisis de la Ley 24.660 pone en evidencia una serie de deficiencias en que se incurrió al momento de definir este principio. A continuación, intentaremos sistematizarlas:

a) En primer lugar, al diseñar la garantía, el legislador incurrió en un error grave: permitir que la restricción de un derecho pueda tener base reglamentaria. Esto surge del propio artículo 2o. de la Ley 24.660, al disponer que: “El condenado no podrá ejercer todos los derechos no afectados por la condena o la ley y *las reglamentaciones* que en su consecuencia se dicten”.

¹⁷ Cfr. Mapelli Caffarena, Borja, “Presupuestos de una política penitenciaria progresista”, en varios autores, *Francesco Carrara. Homenaje en el centenario de su muerte*, Bogotá, Temis, 1988, p. 247.

¹⁸ Tomamos la idea de la Sentencia del Tribunal Constitucional español del 24 de julio de 1984, citada por Muñagorri Laguía, “La vigencia...”, varios autores, *op. cit.*, nota 9, p. 26.

Obviamente, si interpretamos a la legalidad en los términos señalados y si estamos de acuerdo que, lo estricto del principio surge de la propia letra de la Constitución Nacional (artículo 18), reforzado categóricamente con la garantía de reserva que fluye del artículo 19, 2o. párrafo, de la misma ley fundamental, el corolario inevitable no puede ser otro que el de la inconstitucionalidad de este aspecto de la ley en la medida en que habilite cualquier intervención restrictiva que no surja de una norma de esa naturaleza (legal).

Tempranamente hemos advertido esta deficiencia¹⁹ y, en general, muy calificada doctrina ha coincidido con nuestra observación. Así, entre otros, señalamos la opinión de Marcos G. Salt.²⁰

Afortunadamente, este error no se repite en ciertas manifestaciones legislativas locales. Así, y sin dejar de señalar nuestros reparos constitucionales con la posibilidad de que las provincias legislen sobre aspectos de la ejecución material,²¹ lo cierto es que ciertos documentos legislativos provinciales han enmendado esta deficiencia, volviendo la situación a su quicio natural. Tal el caso, por ejemplo, del Anteproyecto de Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad de la Provincia de Neuquén, elaborado por un equipo técnico del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, por iniciativa de la Subsecretaría de Seguridad Ciudadana y Justicia, del Ministerio de Gobierno y Justicia. La lectura de sus artículos 3o. y 4o. constituyen una muestra cuidada de lo que, en esta materia, sería deseable esperar. La primera norma, reguladora del principio de legalidad, preceptúa (en su párrafo 1o.): “Toda actividad penitenciaria se funda en la Constitución Nacional, Provincial y en la presente norma. Ningún interno puede ser obligado a realizar una actividad o a omitir el ejercicio de un derecho sin previsión de ley”. Y, en forma congruente, al regular la garantía de reserva, el artículo 4o., en su 1a. disposición, establece: “El condenado conserva y puede ejercer todo derecho no afectado por la condena o por la ley”.

¹⁹ Cfr. Cesano, *op. cit.*, nota 4, p. 153.

²⁰ Cfr. Rivera Beiras, Iñaki y Salt, Marcos G., *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 1999, p. 179 (nota 60).

²¹ Cfr. Cesano, José Daniel, “De garantías, reglamentos y jueces de ejecución: algunas cuestiones de derecho penitenciario”, en varios autores, *Evitando y humanizando el castigo*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003, pp. 147 y ss.

Lo dicho, por cierto, no significa afirmar que todo el complejo sistema que entraña la ejecución deba estar rígidamente fijado en la ley. Una semejante afirmación resultaría absurda. Esto por cuanto es evidente que de las muchas normas que regulan esta materia no todas tienen por objeto restringir derechos del interno. Las hay, por ejemplo, de carácter meramente organizativo. En estos casos las remisiones a los reglamentos administrativos no encontrarían ningún obstáculo. Sólo en los casos de intervenciones restrictivas, el principio de legalidad —entendido como reserva absoluta de ley— no puede admitir ningún tipo de concesiones.²²

B) Sin embargo, aquí no se acaban las deficiencias. Por el contrario, un análisis del texto legal vigente pone en evidencia otro significativo error. Nos referimos, concretamente, a la posibilidad de que el reglamento determine las faltas disciplinarias medias y leves (según surge de la previsión del artículo 85, en su párrafo 3o.). Obviamente, tal posibilidad, según el artículo 2o. de la Ley 24.660 no sería objetable. Pero sí lo es a partir de la crítica que acabamos de formular a dicha norma.²³

4. *Un punto descuidado: el principio de legalidad y la razonabilidad del legislador*

Dos aspectos tradicionalmente se señalan, cuando se aborda la problemática de la legalidad ejecutiva: a) Primero, que el interno mantiene, durante la ejecución de la pena de prisión, la totalidad de sus derechos fundamentales, con excepción de aquellos que se restringen, naturalmente, en virtud de la esencia de la pena que se cumple; b) Segundo, cualquier restricción a un derecho debe reconocer base legal.

Sin embargo, un aspecto poco discutido entre nosotros se refiere al límite con que una ley puede restringir un derecho a un sujeto privado de su libertad, más allá de la propia limitación que surge de la

²² Cfr. Cesano, *op. cit.*, nota 4, p. 153.

²³ Cfr. Cesano, José Daniel, *Un estudio sobre las sanciones disciplinarias penitenciarias. Control jurisdiccional e impugnación de los actos administrativos sancionatorios en la ley 24.660 y su reglamentación*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2002, pp. 31 y ss. También, en idéntico sentido, cfr. nuestro trabajo “Castigando a los castigados: algunas reflexiones sobre la potestad disciplinaria de la administración penitenciaria”, *Zeus*, Córdoba, año I, t. 1, núm. 23, 17 de septiembre de 2002, pp. 619 y ss.

pena. El tema ha sido planteado agudamente, en un trabajo reciente, por Anabella María Pinto de Miranda Rodrigues: “la ley sólo puede restringir estos derechos cuando la limitación sea ‘inherente al sentido de la condena’”.²⁴

Empero, por ejemplo, ¿sería factible realizar limitaciones legales a otros derechos distintos a la libertad ambulatoria, sobre la base de razones de orden y seguridad del establecimiento?

El problema que encierra la pregunta no es ingenuo. Y decimos esto por cuanto, dentro de la administración penitenciaria, la literatura criminológica viene señalando la existencia, en la mentalidad de los funcionarios de prisiones, de lo que se ha dado en llamar una “ideología de seguridad y orden” que tan bien describiera, hace ya años, Hilde Kaufmann.²⁵

A nuestro ver —y esta es otra de las consecuencias derivadas de la garantía de legalidad— cualquier ley que pretenda restringir un derecho en función del orden y la seguridad del establecimiento, debe quedar subordinada a dos principios que se complementan: *proporcionalidad* (en el sentido que el sacrificio que supone la restricción del derecho debe estar justificado en atención al mayor valor del interés que se pretende resguardar a través de la limitación)²⁶ y el de *preservación del contenido esencial de los derechos constitucionales reconocidos* (definido sobre la base de que, aún cuando exista un interés razonable, éste no puede llegar a esterilizar, en forma absoluta, un derecho constitucionalmente amparado).²⁷

Veamos un ejemplo desarrollado a partir de un sistema legislativo *hipotético*: es evidente que, pese a la condena, el interno no puede ver afectado su derecho a comunicarse, libremente, en forma epistolar. Esta comunicación supone tanto el derecho a recibir como enviar correspondencia.

²⁴ Cfr. Pinto de Miranda Rodrigues, Anabella María, “Derechos de los reclusos y control jurisdiccional de la ejecución de la pena de prisión”, en varios autores, *op. cit.*, nota 9, p. 56.

²⁵ Cfr. Kaufmann, Hilde, *Ejecución penal y terapia social*, Buenos Aires, Depalma, 1979, p. 104.

²⁶ Sobre el principio de proporcionalidad, cfr. González-Cuéllar Serrano, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990, pp. 29 y ss.

²⁷ Cfr. Gavara de Cara, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 161 y ss.

Supongamos que recibe una carta. Es razonable que en estos casos, la misma sea revisada por la autoridad administrativa a través de sensores u otros medios eficaces para detectar la posible introducción de objetos o sustancias no autorizadas; e incluso que se exija su apertura, por el destinatario, en presencia de un funcionario.²⁸ Es posible que esta circunstancia pueda ser entendida como una restricción a la expectativa de intimidad del interno; empero, la limitación de tal derecho pareciera ser proporcionada frente al interés que se quiere salvaguardar (piénsese, por ejemplo, que a través de ese control pretenda evitarse la introducción de sustancias prohibidas [por ejemplo, estupefacientes]).

Sin embargo, imaginemos que, en esa carta recibida, efectivamente, se intentó introducir una sustancia prohibida. A partir de la constatación de esta circunstancia, el director del establecimiento suspende el ejercicio del derecho que tiene el interno a recibir comunicaciones escritas. Supongamos que el modelo legislativo en cuestión establezca una suspensión *sine die* del derecho.²⁹ No hay duda de que tal actitud sería legal. Pero ¿sería razonable?

Consideramos que no; ya que la autorización legal terminaría neutralizando un derecho constitucionalmente amparado. En otras palabras: si existe un mecanismo específico con la finalidad de evitar el ingreso de sustancias prohibidas (revisión de la correspondencia y apertura ante el funcionario) ¿cuál sería el sentido de tolerar una suspensión a un derecho tan elemental? Pareciera que aquí el contenido esencial de un derecho constitucional se vacía de toda sustancia, frente a una consecuencia poco flexible de la ley; la que, en este caso hipotético, contaría con instrumentos menos lesivos para resguardar los fines de seguridad que se persiguen.

²⁸ Como de hecho ocurre con el artículo 135 del decreto nacional 1136 de 1997.

²⁹ En el caso de la legislación argentina (ley 24.660) esto no es así, por cuanto la suspensión, aunque prevista, sólo puede ser con carácter transitorio (art. 161). Empero, no se crea que la disposición en cuestión no sea susceptible de objeciones. En efecto: ¿qué se entiende por “transitorio”?; ¿quién determina la duración de esa suspensión? La legalidad ejecutiva, tal como la entendemos, exigiría una mayor precisión en esta previsión limitativa.

III. EL CONTROL JURISDICCIONAL Y EL RESPETO DE LA GARANTÍA DE LA LEGALIDAD EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

1. *Introducción*

Para que la garantía de legalidad pueda concretarse no basta su correcta previsión normativa. Es necesario, además, que se diseñen mecanismos de garantía como reaseguro de su efectiva vigencia; y, entre estos mecanismos, se destaca principalmente la institucionalización de un control jurisdiccional de la ejecución de la pena de prisión.

Todos conocemos que históricamente, en los albores del penitenciarismo, la ejecución fue una actividad de carácter esencialmente administrativo. Por aquellas épocas, la actividad del tribunal sentenciador se agotaba en hacer ingresar al penado en prisión y, de este modo, se daba razón a aquella gráfica afirmación de que “la jurisdicción se despedía del reo en la puerta del penal”.

La evolución cultural condujo a que se iniciara un proceso tendente a revertir este puro carácter administrativo de la ejecución, cobrando relevancia el control jurisdiccional de las potestades de aquella. Esta evolución se explica por diversas razones; entre las cuales, destaca, principalmente, la idea de que el ingreso en prisión de cualquier persona no despoja a ésta de otros derechos que aquellos que se determinan en la sentencia condenatoria y los expresamente fijados en la ley. En suma, si se reconoce lo anterior, se concluye en la necesidad de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que, como persona, conservan los internos.

Esta tendencia, por cierto, encuentra su correlato en las legislaciones de los distintos Estados que, desde hace décadas, y con alcances distintos, vienen diseñando diversos mecanismos de control jurisdiccional de la ejecución. Bachs i Estany³⁰ ha distinguido en un estudio iuscomparativo tres modelos de control: los impropios o indirectos, caracterizados por cuanto la intervención del juez o tribunal (especializado o no) se diseña únicamente en vía de recurso con carácter me-

³⁰ Bachs i Estany, Joseph Ma., “El control judicial de la ejecución de penas en nuestro entorno cultural”, en varios autores, *Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1992, pp. 119 y ss.

ramente de justicia revisora de última instancia; los propios o directos, caracterizados por la intervención de un órgano específico de ejecución penal que se desprende del tribunal sentenciador, cumpliendo con su cometido de tutela inmediata a lo largo de toda la etapa de ejecución; y los mixtos, en donde el control de la actividad penitenciaria se efectúa a través de dos órganos: uno, de carácter administrativo, y el otro, jurisdiccional.

Si nos limitamos a los sistemas propios o directos, un panorama acotado a la legislación continental europea permite apreciar que muchos países vienen creando, desde hace ya tiempo, tribunales específicos destinados a garantizar la naturaleza jurisdiccional de esta etapa. Así, Italia fue pionera en esta materia, cuando en el Código Penal de 1930 introdujo la figura del *iudice di sorveglianza*; institución luego modificada y actualmente redefinida en sus competencias, a partir de la Ley de Ejecución de 1975 (con las modificaciones de la Ley núm. 663, del 10 de octubre de 1986 [conocida como *Legge Gozzini*]), con la distinción entre magistrado y tribunal de vigilancia. En Francia, desde 1958, se previó en el Código de Procedimiento Criminal, el instituto del juez de aplicación de penas. En Portugal se prevén los tribunales de ejecución; en Polonia, desde la década de los setenta, el juez penitenciario, y por fin, en España, el juez de vigilancia penitenciaria.

Nuestro país no está al margen de esa tendencia. En efecto, la Ley 24.660 dio un paso verdaderamente importante en este terreno si se coteja con su predecesora inmediata. El artículo 121 del viejo decreto-ley no instrumentaba una efectiva jurisdiccionalidad de la ejecución, sino un mero control formal. Los nuevos artículos 3 y 4, por el contrario, se orientan, decididamente, hacia la idea de un real control jurisdiccional permanente. Y, por otra parte, con agrado podemos ver como dentro de nuestro federalismo procesal³¹ se avanza decididamente hacia la conformación de órganos jurisdiccionales especializados con competencia exclusiva en la etapa ejecutiva.

³¹ La República Argentina adopta como forma de Estado (art. 1, C. N.) la estructura federal. Esto supone una división de competencias en materia legislativa entre los estados provinciales y el gobierno federal. Corresponde a los estados provinciales darse sus propias leyes de enjuiciamiento penal; en tanto que es atribución del Congreso de la Nación el dictado del Código Penal y su legislación complementaria.

2. *Pensando en un futuro. La creación de una magistratura especializada es un adelanto, pero...*

Destacada ya la importancia que encarna este control, en lo que sigue intentaremos desarrollar algunas ideas concretas tendentes al perfeccionamiento del mismo. Como tales, estas ideas deben interpretarse como modestísimos aportes para construcciones futuras, es decir, como una contribución de *lege ferenda*.

Las distintas ideas fuerza sobre las que giran estas propuestas pueden sistematizarse en tres grandes aspectos, a saber: *a)* En primer lugar, la instrumentación normativa de este control; *b)* En segundo término, que ésta no se quede en una mera proclamación legal sino que se realice no sólo merced a la previsión de los cargos sino diseñando en forma realista una infraestructura necesaria para su correcto funcionamiento; y, por fin, *c)* Una tercera cuestión vinculada con la construcción de una cultura en la judicatura de ejecución.

a) La primera cuestión que señalamos es, si se quiere, la menos problemática. En tal sentido, cualquier diseño del control jurisdiccional de la ejecución, para ser mínimamente eficaz, en nuestro concepto exige el aseguramiento de dos aspectos: por un lado, *la construcción de un sistema de control propio*; esto es, que se confiera la competencia para intervenir en toda cuestión suscitada entre el interno y la administración, durante la etapa ejecutiva, *a una jurisdicción especializada, desvinculada de los órganos jurisdiccionales de mérito*. En segundo lugar, y siempre en relación con esa magistratura especializada, que se diseñe legalmente un ámbito de jurisdiccionalización muy amplio, tan amplio que tienda al logro del modelo que propusieran Luis Fernández Arévalo y Borja Mapelli Caffarena: la administración penitenciaria “viene a aparecer como una muy importante e incluso esencial pieza auxiliar en la etapa ejecutiva; pero instrumento auxiliar al fin, y por ende institución colaboradora y subordinada a los tribunales de justicia en el desenvolvimiento de su potestad jurisdiccional”.³² Por lo demás, esta propuesta merece cada vez más número de adeptos, como

³² Cfr. Fernández Arévalo, Luis y Mapelli Caffarena, Borja, *Práctica forense penitenciaria*, Madrid, Civitas, 1995, p. 21.

expresamente ocurre, por ejemplo, en Italia con las ideas del profesor Vincenzo Ruggiero.³³

b) El segundo aspecto es mucho más delicado. Las más avanzadas previsiones normativas pueden verse totalmente esterilizadas si el poder del Estado encargado de su elaboración y aplicación no prevé los medios necesarios para tal fin.

Para reflexionar sobre este punto, nada mejor que partir de una realidad normativa concreta. Todos sabemos que en el ámbito nacional funcionan los Juzgados de Ejecución Penal. Sin embargo, durante mucho tiempo —y, en cierta forma, todavía hoy—, tal previsión normativa, aunque en sí misma represente un innegable adelanto, se vio obstaculizada por distintas carencias materiales y de instrumentación que, en muchos casos —y a pesar del meritísimo esfuerzo de los jueces, funcionarios y personal de los juzgados— ha ido en detrimento del real cumplimiento de sus fines.

No hace mucho, un grupo de inquietos y preocupados funcionarios de la justicia de ejecución de la nación (los doctores De la Fuente y Peluzzi), elevaron al Consejo de la Magistratura, y a instancia de uno de los consejeros, el doctor Beniuz Smukler, un muy fundado documento en donde describían el estado de estos organismos. La gentileza de uno de sus autores, el profesor Javier de la Fuente, que nos lo hiciera llegar, nos permite —a partir de datos fidedignos— que mostremos, aunque sea sintéticamente, esta realidad:

³³ Dice este autor: “Por otra parte, ¿no debería ser la jurisdicción la que se encargase del funcionamiento... [de] las instituciones penitenciarias, y no las agencias que presiden sobre las cuestiones de ley y orden?” (*cf.* Ruggiero, Vincenzo, “El país de Cesare Beccaria: el mito de la rehabilitación en Italia”, en Rivera Beiras, Iñaki y Dobón, Juan (coords.), *Secuestros institucionales y derechos humanos: la cárcel y el manicomio como laberintos de obediencias fingidas*, Barcelona, Editorial María Jesús-Bosch, 1997, p. 75). Tal pregunta, por lo demás, no deja de ser paradójica, toda vez que la legislación penitenciaria italiana, a diferencia de lo que ocurre con nuestro artículo 10 de la ley 24.660, expresamente estatuye que: el magistrado de vigilancia “Approva, con decreto, il programma di trattamento di cui al terzo comma dell’articolo 13, ovvero, se ravvisa in esso elementi che costituiscono violazione dei diritti del condannato o dell’internato, lo restituisce, con osservazioni, al fine di una nuova formulazione” (art. 69, inciso 5o. Para el texto de la ley, *cf.* el sitio *Web*: http://www.giustizia.it/cassazione/leggi/1354_75.htm#ART69). Sobre las interpretaciones desarrolladas respecto de este artículo, *cf.* el valioso trabajo de Manoelli, Benedetta, “La magistratura di sorveglianza”, publicado en el sitio *Web*: “L’altro diritto. Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità” (Dirección del sitio: <http://dex1.tsd.unifi.it/altrodir/misure/manoelli/fmintro.htm>).

- Al momento del informe en cuestión —y según lo datos que allí se consignan— los tres juzgados de ejecución poseen unos siete mil legajos, aproximadamente, en trámite. Tales legajos se forman a partir de los testimonios que envían los 132 tribunales de la jurisdicción que, al finalizar sus turnos respectivos, hacen la correspondiente remesa.
- A la fecha del informe, el personal que integraba cada Juzgado de Ejecución era el siguiente: el juez, un secretario titular y un secretario contratado, un prosecretario, un oficial mayor relator, un escribiente, un auxiliar administrativo y un ordenanza. No obstante esto, en febrero de 2003 se incorporaron cuatros empleados de planta y un ordenanza provenientes de los disueltos juzgados de sentencia. Como podrá verse, la dotación original de planta (al momento de la instrumentación) era la de ocho personas, incluidos juez, funcionarios y empleados de cada juzgado.
- Por otra parte, los equipos técnicos a los que alude el artículo 29 de la Ley 24.050, cuya concurrencia y colaboración resulta imprescindible para la evaluación y apreciación de informes realizados por la administración penitenciaria, por parte de los órganos jurisdiccionales especializados, aún no se han conformado. En tal sentido, refiere Adalberto Polti que:

A más de ocho años de la creación de estos juzgados, aún no ha sido puesto en funcionamiento el Equipo Interdisciplinario creado por [la ley]. Tal cuerpo debió haber sido integrado por especialistas en medicina, psiquiatría, psicología, sociología y asistencia social, cuya función habría de auxiliar al magistrado de ejecución en la resolución de casos concretos. En este aspecto, la inexistencia del referido Equipo Interdisciplinario deja prácticamente librada la solución de las problemáticas que puedan plantear los internos condenados... a la opinión de la autoridad carcelaria, especialmente el Consejo Correccional de cada uno de los establecimientos de detención, toda vez que el magistrado de ejecución no se encuentra en condiciones de merituar o ponderar desde lo técnico, los informes de evolución que se efectúan sobre cada uno de los condenados a su disposición.³⁴

³⁴ Cfr. Pólit, Adalberto, “La realidad penitenciaria y el juez de ejecución penal”, *Revista del Ministerio Público Fiscal*, Procuración General de la Nación, núm. 9, mayo de 2002, p. 107.

Hasta aquí algunas apreciaciones en relación con la experiencia que surge del ámbito nacional. Sin embargo, no ha de creerse que este es un problema que sólo a nosotros nos afecta.

Por el contrario, pareciera que se trata de algo muy difundido, que excede la geografía argentina; claro que mucho más acentuado en casos como el de nuestro país en donde las constantes dificultades económicas siempre suman un escollo más a la hora de diseñar un sistema eficaz.

Por tal motivo, no podemos dejar de señalar, por ejemplo, la reflexión de Francisco Bueno Arús, autor de larga y fructífera dedicación al estudio del mundo de las prisiones, quien desarrolla, como otro mecanismo que facilitaría a los jueces de vigilancia penitenciaria la comprensión de los informes técnicos: “la disponibilidad por [parte de dichos jueces] del suficiente número de peritos o de equipos enteros de especialistas en las cuestiones relativas a tratamiento, cuyos informes o dictámenes les permitieran contrastar los informes técnicos emitidos por los... Equipos de Observación y Tratamiento de los establecimientos penitenciarios”;³⁵ o la muy justificada preocupación de Marta Monclús Mansó quien refiere que en Cataluña —hacia 2000— existían cuatro juzgados de vigilancia para una población reclusa de unas seis mil personas.³⁶

De todo cuanto llevamos dicho, ya podrá tenerse una idea de la dirección hacia donde apunta nuestra propuesta. Esto es:

En primer término, la previsión de un número racional y adecuado de juzgados de ejecución. Tales juzgados deberán poseer una distribución geográfica realista que permita el control efectivo atento a la dispersión territorial de las unidades penitenciarias.

En segundo término, los juzgados deben estar dotados de una infraestructura necesaria para su correcto funcionamiento.

Por fin, es esencial que, en forma simultánea con el funcionamiento del juzgado, se pongan en marcha los equipos técnicos-criminoló-

³⁵ Cfr. Bueno Arús, Francisco, “El control judicial de la administración penitenciaria y la Constitución Española”, en varios autores, *Discrecionalidad administrativa y control judicial, I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Madrid, Civitas, 1996, p. 122.

³⁶ Cfr. Monclús Mansó, Marta, “La garantía jurisdiccional en la fase ejecutiva del proceso penal: una perspectiva histórica comparada”, en Hendler, Edmundo S. (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2001, p. 171.

gicos; organismos necesarios para el control de los informes emanados de la autoridad administrativa.

c) En último término, habíamos hablado de la necesaria construcción de una cultura penitenciaria por parte de los jueces de ejecución; cultura que, al encontrarse nuestro país en un verdadero proceso evolutivo en el sentido de la instrumentación creciente, en las legislaciones procesales de los distintos estados locales, de esta magistratura especializada, parece, de gran conveniencia enfatizar.³⁷ Ya hace algunos años Roberto Bergalli —en alusión a la judicatura catalana— había señalado esta necesidad con su habitual precisión:

La existencia de una jurisdicción específica... requiere de una legitimación a través de su propio ejercicio. Desafortunadamente, en la larga década de [su] vigencia... pocos ejemplos ha tenido la sociedad española de auténtica y verdadera sensibilidad de jueces y magistrados por la atención de los derechos de los reclusos. Algunos, es verdad, han sido modélicos y cabe destacarlos; otros, en cambio, también deben destacarse pero, precisamente por los motivos de insensibilidad o de sensibilidad al revés de la que se requiere para el ejercicio de esa particular jurisdicción.³⁸

Este balance debe ser tenido muy presente a la hora de elegir a los candidatos a cubrir estos cargos. Por cierto que siempre hemos defendido la necesidad de que a la judicatura o, en general, a la magistratura, sólo se acceda a través de mecanismos institucionales de concurso de antecedentes y oposición. Pero eso no basta: el perfil del juez de ejecución requiere no sólo de conocimientos profundos en el ámbito de distintas ramas del derecho (penal, procesal y administrativo)

³⁷ Sobre todo si se tiene en cuenta que, durante décadas, la ideología de ciertos sectores de nuestra justicia penal estuvo influenciada por las ideas del positivismo criminológico. En efecto, hemos demostrado, en otros trabajos, cómo, hasta la década de los cincuenta del siglo que se fue, al resolver cuestiones afines a la ejecución penal, la judicatura capitalina apelaba a conceptos propios de aquella ideología (aún cuando, en su propio país de origen, hacía mucho tiempo que se habían abandonado). Al respecto, *cf.* Cesano, José Daniel, “Notas para la comprensión de una hipótesis interpretativa sobre la libertad condicional (...cuando desde la historia de las ideas se analiza el discurso jurídico)”, en varios autores, *Pensamiento penal y criminológico*, Córdoba, Mediterránea, año III, núm. 5, 2002, pp. 121 y ss. Para una reconstrucción de las ideologías de la judicatura Argentina, es de lectura insoslayable el trabajo de Bergalli, Roberto, *Hacia una cultura de la jurisdicción: ideologías de jueces y fiscales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp. 206 y 211.

³⁸ *Cfr.* Bergalli, Roberto, “¡Esta es la cárcel que tenemos... (pero que no queremos)!”, en varios autores, *op. cit.*, nota 30, p. 18.

y de una auténtica formación interdisciplinaria en donde estén presentes otros saberes sociales no normativos;³⁹ sino, además, de un particular compromiso y sensibilidad frente al problema que representa el hombre en su encierro carcelario. Uno de los caminos para alcanzar esta última cualidad puede lograrse a partir de funcionarios que posean una clara conciencia del valor de las normas que integran el tejido tutelar del derecho internacional de los derechos humanos; normas que, por su profundo contenido garantista, permiten aspirar a una judicatura de ejecución imbuida de una auténtica cultura iushumanista.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

El trato humano en prisión al que debe aspirar el sistema penitenciario como algo insoslayable sólo se logra construyendo amplios espacios de garantía. Estos espacios deben diseñarse a partir del afianzamiento de los principios de legalidad y de jurisdiccionalidad de la ejecución. O dicho en otras palabras: de lo que se trata es de convertir la intervención jurisdiccional en garante de la ejecución, en la medida en que su instrumentación material pueda afectar directamente a los derechos de los reclusos. En tal sentido, todas estas pequeñas observaciones realizadas a título de esquema responden a esa finalidad.

³⁹ La necesaria conveniencia de que los jueces de ejecución posean conocimientos no sólo normativos, es algo a lo que, en ciertos sistemas jurídicos extranjeros, se presta mucha atención. Esto es tan cierto que, por ejemplo, en el modelo diseñado por la ley penitenciaria italiana, los tribunales de vigilancia ("Tribunale di sorveglianza") lo componen, además de los distintos magistrados de vigilancia que integran el respectivo distrito o circunscripción judicial, expertos escogidos de entre los profesionales en criminología que integran el Instituto de Prevención y de la Pena (*cf.* artículo 70, inciso 3o., en función del artículo 80 de la Ley Penitenciaria).