

CONTROL JUDICIAL DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y DERECHOS HUMANOS*

Por Alberto BOVINO**

La prisión no es hija de las leyes ni de los códigos, ni del aparato judicial.

Michael FOUCAULT, *Vigilar y castigar*.

I. LA CÁRCEL COMO UN "ESPACIO SIN LEY"

Suele afirmarse que la cárcel es el espacio "sin ley" de la justicia penal. Si bien uno podría coincidir, en principio, con tal afirmación, resulta necesario realizar algunas consideraciones adicionales. En primer término, debemos definir el significado del término "sin ley". Éste puede significar, al menos, dos cosas diferentes: a) que se trata de un ámbito no regulado por la ley; o b) que se trata de un ámbito de inobservancia generalizada de la ley. En segundo lugar, también es necesario determinar si la "ilegalidad" que se predica de la cárcel no afecta, en realidad, a toda la justicia penal. Entendemos por ilegalidad, en este contexto, el apartamiento, por parte de los actores de cualquier ámbito de la justicia penal, de las normas fundamentales del ordenamiento jurídico.

En nuestra opinión, la ilegalidad que ha caracterizado a la cárcel deriva principalmente de la práctica jurídica antes que de la ausencia de reglas positivas que pongan límites a la injerencia estatal sobre los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. Si bien es cierto que desde la consolidación del Estado de derecho moderno ha tenido lugar un proceso de producción normativa muchísimo más elaborado en el campo del derecho penal sustantivo y del derecho procesal penal, la definición del carácter administrativo de la institución penitenciaria, y la ausencia de control judicial sobre la vida carcelaria no han sido determinadas, al menos de manera significativa, por principios de los ordenamientos jurídicos vigentes. En todo caso, no han sido los textos legales los que condicionaron la ilegalidad carcelaria.

* Conferencia Inaugural sobre "Control judicial de la privación de libertad en América Latina y derechos humanos", en el *Seminario sobre Judicialización de la Ejecución de la Pena. Evaluación a un año de vigencia*, organizado por la Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Justicia de Costa Rica y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en San José, el 25 de febrero de 1999. En este trabajo, preparado para una exposición oral, sólo se incluyó las citas bibliográficas consideradas más indispensables, partiendo del presupuesto de que muchas de las afirmaciones genéricas referidas al funcionamiento de la justicia penal cuentan con cierto grado de consenso entre los operadores de la justicia penal.

** Abogado, Universidad de Buenos Aires. *Master in Laws*, Columbia University (Nueva York). Profesor de Derecho penal y procesal penal, Universidad de Buenos Aires. Abogado del Centro de Estudios Legales y Sociales (Buenos Aires).

El reconocimiento normativo del principio de legalidad material y de los derechos fundamentales que se invocan actualmente para justificar la necesidad de dotar de legalidad a la institución carcelaria no es reciente, data, por lo menos, del siglo pasado. Lo único reciente es la variación del *sentido* y del *alcance* que la práctica jurídica reconoce a esos principios en relación a las personas privadas de libertad. El texto constitucional argentino, por ejemplo, estableció, ya en 1853, una especial protección para las personas en prisión. El art. 18 de la Constitución Nacional, en este sentido, establece en su última frase:

“Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

La cláusula citada impone desde el siglo pasado todo un programa sobre la institución carcelaria. No sólo establece límites insalvables para la injerencia estatal sobre las personas privadas de libertad sino que, además, dispone la obligación de que toda medida restrictiva de derechos sea resuelta judicialmente. A pesar de las posibilidades que el texto constitucional brindaba —y aún brinda—, ni los legisladores ni los tribunales argentinos extrajeron de él consecuencia alguna. La disparidad del tratamiento jurisprudencial entre la protección de derechos constitucionales de personas en libertad y de personas encarceladas ha sido tremenda. El desarrollo jurisprudencial de la protección de la propiedad privada y la creación pretoriana del instituto del amparo, en este sentido, demuestran esta inmensa disparidad¹.

Tampoco produjeron efectos significativos sobre el funcionamiento cotidiano de la prisión las legislaciones penitenciarias que pretendieron regularla, ni la positivización del derecho internacional de los derechos humanos. No parece posible, en consecuencia, afirmar que la cárcel sea un espacio “sin ley” por la ausencia de normas jurídicas. La legalidad no ha penetrado a la cárcel, principalmente, por las prácticas de los operadores de la justicia penal.

Ahora bien, también es necesario determinar si la ilegalidad de la cárcel no alcanza a la justicia penal en general. Ello es necesario pues al hablar de la cárcel como un espacio “sin ley” parece admitirse, implícitamente, que los demás espacios de la justicia penal están sometidos a la legalidad. Tal afirmación, aun en abstracto, resulta insostenible. La cárcel es un elemento central del sistema de justicia penal. No parece posible, en consecuencia, que su ilegalidad subsista a pesar de su oposición respecto de los demás elementos que integran la administración de justicia penal en su conjunto.

¹ Los fallos “Siri” (Fallos 239:459, 27/12/57) y “Kot” (Fallos 241:291, 5/9/58) de la Corte Suprema argentina crearon la acción de amparo contra actos del Estado y de particulares. Estas sentencias fueron calificadas como “un acontecimiento extraordinario en el mundo del derecho: la creación judicial de un nuevo procedimiento que permite una defensa oportuna de los derechos constitucionales en circunstancias que los remedios legales ordinarios resultan ineficaces” (MILLER, Jonathan M., GELLI, María A. y CAYUSO, Susana, *Constitución y poder político*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, t. 1, p. 526).

Por otra parte, resulta manifiesto que, a pesar del mayor desarrollo normativo del derecho penal y del derecho procesal penal, la ilegalidad también afecta al resto de la justicia penal. Debe reconocerse, sin embargo, que tal ilegalidad presenta significativas diferencias en cuanto a su magnitud. Desde que el Iluminismo plasmara el programa político-criminal del Estado de derecho moderno hasta nuestros días, los países de nuestra región, como regla, no han logrado cumplir con las pautas básicas de ese programa. En este sentido, los ámbitos de actuación de los legisladores, las fuerzas de seguridad, los integrantes del ministerio público y los jueces penales, en mayor o menor medida, también constituyen espacios “sin ley” que permiten la vulneración cotidiana de los derechos fundamentales de las personas.

Si atendemos al principio de legalidad material, a pesar de ser considerado uno de los pilares del derecho penal moderno, diversas circunstancias permiten afirmar que no ha logrado cumplir con la finalidad que se le atribuye. Así, por ejemplo, la hiperinflación en materia de legislación penal, la vaguedad y amplitud de ciertas figuras penales, la legislación de emergencia, la aplicación analógica de la ley penal, los tipos penales de peligro abstracto, la penalización de actos preparatorios, etc., han neutralizado su finalidad protectora. En cuanto al proceso penal, no es necesario reflexionar demasiado para admitir que el actual proceso de reforma en América Latina obedece a la imperiosa necesidad de reemplazar modelos de enjuiciamiento que deberían haber sido abandonados inmediatamente después de la emancipación política de nuestros países de la dominación colonial. El principio de inocencia, a través del abuso del encarcelamiento preventivo, jamás ha sido respetado —con la honrosa y reciente excepción de Costa Rica—. La garantía de imparcialidad recién comienza a ser comprendida y respetada en los últimos tiempos.

La justicia penal, en síntesis, siempre ha sido un espacio “sin ley”. La cárcel, como uno de sus elementos centrales, también lo es. Su ilegalidad, sin embargo, presenta una particular especificidad que explica su mayor magnitud y, también, su mayor dificultad para revertirla.

La ilegalidad en la criminalización primaria —esto es, en la formulación abstracta de las prohibiciones penales— o en las formas procesales, difícilmente provoquen reacciones significativas en la opinión pública o en los movimientos sociales. Sólo cuando se pone en marcha la criminalización secundaria —esto es, la persecución penal de un individuo determinado— es que las personas reaccionan frente a la ilegalidad. La capacidad de reacción, sin embargo, no es la misma para todos. Si bien se supone que todos somos iguales ante la ley, lo cierto es que algunos son más iguales que otros. Quienes son encarcelados, regularmente, carecen de posibilidades para instalar un debate público sobre las injusticias que sufren cotidianamente. Tal como señalan los criminólogos, la cárcel termina de marginar a quienes ya habían sido marginados fuera de ella. De allí que la protección de los derechos de estas personas no interese especialmente ni a los operadores de la justicia penal, ni al resto de los actores sociales. En este sentido, es notable cómo en América Latina ha habido una fuerte reacción de las organizaciones no

gubernamentales frente a las graves violaciones de derechos humanos cometidas en épocas de violencia política y, al mismo tiempo, estos organismos se han desentendido, por lo general —sea en dictadura o en democracia— de los derechos de los presos comunes.

El espacio carcelario, por lo demás, 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 convivencia permanente entre guardados y guardianes, junto con las facultades —legales o *de facto*— reconocidas a estos últimos para controlar a los primeros, por otra parte, convierte a la ilegalidad en una posibilidad siempre presente. El proceso penal es una serie discontinua de actos que afecta o puede afectar al imputado en determinados momentos. La prisión, en cambio, constituye una situación que trae aparejada una serie continua y permanente de actos que afectan cotidianamente a la persona encarcelada. La relación entre reclusos y guardias, a diferencia de las relaciones procesales, es constante, impredecible, inevitable, no reglada formal o materialmente, no impugnabile.

II. EL DESCONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL DETENIDO

La práctica jurídica, hasta hace poco tiempo, recurría a diversos argumentos para negar la protección de los derechos fundamentales de los presos. Hasta 1960, los tribunales estadounidenses se declaraban incompetentes para resolver peticiones interpuestas por personas privadas de libertad referidas a las condiciones de detención. Esta política de no intervención parece haberse originado en la antigua opinión, vigente en el siglo XIX, que consideraba que “el condenado no era más que un esclavo del Estado”, sin posibilidad de reclamar por el ejercicio de sus derechos². Otras razones alegadas por los tribunales federales de ese país para justificar su política de no intervención han sido, por ejemplo, la doctrina de la separación de poderes —se atribuía el control sobre las prisiones al poder legislativo—, lo que provocaba que los tribunales otorgaran una presunción de legalidad casi incuestionable a los actos de los órganos administrativos penitenciarios. También se alegaban cuestiones de federalismo, impericia judicial sobre los temas penitenciarios, temor de debilitar los sistemas disciplinarios de la prisión, y la distinción entre derechos y beneficios. Tal situación dejaba a los prisioneros completamente indefensos, sin acción judicial alguna para reclamar la protección de sus derechos constitucionales³.

En el ámbito del derecho continental, se recurría a dos mecanismos típicos para colocar en situación de absoluta desprotección a las personas privadas de libertad. O bien se justificaba “jurídicamente” el carácter administrativo de la etapa de ejecución de la pena, o bien se organizaba el control judicial de la ejecución de modo tal que, en la práctica, fuera imposible hacerlo efectivo. Esto

² Cf. ROSENBLATT, Pamela M., *The Dilemma of Overcrowding in the Nation's Prisons: What Are Constitutional Conditions and What Can Be Done?*, en “New York Law School Journal of Human Rights”, 1991, vol. 8, nota 39 y texto que la acompaña.

³ Cf. ROSENBLATT, *The Dilemma of Overcrowding in the Nation's Prisons: What Are Constitutional Conditions and What Can Be Done?*, cit., notas 40 a 45 y texto que las acompaña.

sucedía, por ejemplo, en las legislaciones que atribuían tal control al mismo tribunal que había impuesto la sentencia condenatoria —caso de la jurisdicción federal argentina antes de la entrada en vigencia del código oral “moderno”, modelo cordobés—. Si bien la situación jurídica mejoró sustancialmente antes de la adopción del código oral, a través de la ley 23.098, reguladora del instituto del habeas corpus, que incluyó entre los supuestos de procedencia de este mecanismo procesal el de “agravamiento ilegítimo de las condiciones de detención”, los jueces de la ciudad de Buenos Aires —con honrosas excepciones, como, por ejemplo, la de Luis NIÑO— no estuvieron a la altura de sus obligaciones, y desarrollaron una jurisprudencia extremadamente restrictiva, neutralizando la posibilidad de lograr transformaciones significativas en las prácticas de la administración penitenciaria.

En España —y en otros países europeos—, por su parte, se acudió a la doctrina de la “relación de sujeción especial” entre el interno y la administración penitenciaria para restringir los derechos fundamentales de los reclusos. Esta doctrina ha sido definida como 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 aquélla que puede ser, en algunos casos, voluntariamente asumida y que, a su vez, puede venir acompañada del reconocimiento de algunos derechos especiales en favor del ciudadano afectado por tal institución”⁴. Se ha señalado, por su parte, que las instituciones jurídicas más afectadas por estas categorías “son el principio de legalidad, los derechos fundamentales y la protección judicial de los mismos”⁵.

A partir de esta doctrina se definió a quien era abarcado por esta relación de sujeción especial a la administración —entre otras, las personas detenidas— como personas cuyo estatus jurídico quedaba reducido a una forma extremadamente sencilla, en la cual todo eran obligaciones y apenas se reconocía derechos. La evolución de esta doctrina en Alemania y en Italia, por lo demás, indicó el carácter propio de un Estado absolutista en las relaciones Estado-súbdito que ella establecía⁶.

III. EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL DETENIDO

En los últimos años, sin embargo, ha habido una tendencia creciente a reconocer los límites impuestos por el principio de legalidad a las restricciones de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. El art. 25.2 de la Constitución Española expresa sintéticamente la concepción actual, pues destaca que el condenado a una pena privativa de libertad conserva casi todos sus

⁴ RIVERA BEIRAS, Iñaki, *La construcción jurídica de unos derechos de segunda categoría*, en “Nueva Doctrina Penal”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1998/A, p. 123, citando a LAGASABASTER (se eliminó el destacado del original).

⁵ RIVERA BEIRAS, *La construcción jurídica de unos derechos de segunda categoría*, cit., p. 123.

⁶ Cf. RIVERA BEIRAS, *La construcción jurídica de unos derechos de segunda categoría*, cit., ps. 124 y siguiente.

derechos fundamentales, a excepción de los que se vean *expresamente* limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. Así, se afirma:

“La persona que se encuentra privada de libertad posee, en consecuencia, un status jurídico particular: es un sujeto titular de derechos fundamentales, aunque con ciertas limitaciones derivadas de su situación de reclusión. La *regla* ha de ser, pues, el pleno reconocimiento, ejercicio y tutela de sus derechos fundamentales y garantías. La *excepción*, tiene que ser, consecuentemente, la restricción de alguno de ellos”.

“Por el contrario, el abandono de la referida teoría hace que siga vigente toda la riqueza de derechos constitucionales de la persona —incluso sumando otros nuevos adquiridos en su condición de penado— como consecuencia lógica de una concepción de la pena entendida como proceso de comunicación y de aprendizaje social. La meta resocializadora se convierte en un motor de dinamización de las relaciones en el colectivo penitenciario decisivo en el plano normativo. Fruto de toda esta reformulación es la preocupación por incorporar al derecho positivo las garantías constitucionales y desarrollar posteriormente una serie de medidas encaminadas a potenciar la apertura al exterior o la democratización de las relaciones internas”⁸.

La nueva Ley Penitenciaria Nacional argentina consagra este principio, derivado del principio de legalidad, en su art. 2: “las personas privadas de libertad conservan todos los derechos no afectados por la sentencia de condena o por la ley o las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten”. Como indica SALT, a “estos derechos básicos que le corresponden a los internos de un centro carcelario se añaden un conjunto de derechos que surgen de la relación especial que se genera con el Estado como consecuencia de la privación de libertad”⁹.

Además de que esta nueva concepción ha sido recogida en las legislaciones internas, es importante señalar su actual reconocimiento en el derecho internacional de los derechos humanos. Existen ciertos principios generales, aplicables a todos los derechos humanos, sentados tanto por la Comisión como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, sin lugar a dudas, constituyen criterios de interpretación válidos a la hora de establecer el alcance reconocido especialmente a los derechos de las personas privadas de su libertad. Por otra parte, la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos —en adelante, CADH, o Convención Americana— establece determinadas reglas generales que fijan pautas más que claras, y que resultan aplicables también a estos derechos en particular¹⁰.

⁷ RIVERA BEIRAS, *La construcción jurídica de unos derechos de segunda categoría*, cit., p. 26.

⁸ MAPELLI CAFFARENA, Borja, *El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional*, en AA.VV., *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, p. 20.

⁹ SALT, Marcos, *Comentarios a la nueva Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad*, en “Nueva Doctrina Penal”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1996/B, p. 668.

¹⁰ En este punto hemos seguido esencialmente las pautas desarrolladas en el trabajo de POCHAK, Andrea, *El alcance que el sistema interamericano le reconoce a los derechos de los presos*, en AA.VV., *Justicia y derechos humanos*, Ed. Comisión Episcopal de Acción Social, Lima, 1998.

Como punto de partida, debemos asumir que las personas privadas de su libertad son sujetos de derecho. Sin embargo, así como se admite que son titulares de un catálogo de derechos, también se acepta que éstos no son absolutos y pueden ser limitados en su ejercicio (art. 27, CADH). Entonces, estos criterios de interpretación, facilitarán la comprensión de esta relación derecho-límite. En cuanto a los derechos, el principio de legalidad (art. 9, CADH) impone, como criterio hermenéutico, "... reconocer que las personas privadas de libertad conservan *todos* los derechos de las personas libres (ámbito de reserva) que no hayan sido restringidos o limitados por una resolución judicial que se base en el ordenamiento jurídico vigente antes de la comisión del hecho que motiva la sanción"¹¹.

En cuanto a la facultad que tiene el Estado de limitar los derechos en general, la propia Convención Americana establece los requisitos que debe cumplir toda reglamentación y restricción de ellos¹². Así, se exige que la reglamentación debe ser razonable y que no debe restringir derecho alguno, sino hacer posible su ejercicio. En cuanto a la restricción, el art. 30, CADH, establece que ésta, para ser legítima, debe estar prevista por ley¹³; en tanto que el art. 32 prevé que debe ser necesaria para una sociedad democrática y el bien común. Por otra parte, la Corte Interamericana ha establecido otro requisito al señalar que "entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido... Es decir, la restricción debe ser *proporcionada* al interés que la justifica y *ajustarse estrechamente* al logro de ese legítimo objetivo"¹⁴.

Específicamente, con respecto a la restricción de los derechos de los presos, la Comisión Interamericana tuvo oportunidad de sentar algunos principios que ponen cierto coto a la facultad del Estado de limitarlos, cuando ellos supuestamente se contraponen con otros intereses estatales, por ejemplo, la seguridad de la institución carcelaria. Así, además de los requisitos generales de toda restricción, ha establecido: a) que la medida sea absolutamente necesaria para lograr el objetivo de seguridad en un caso particular —esto es, que en el caso determinado existan motivos de sospecha de que existe un peligro—; b) que

¹¹ SALT, Marcos, *La opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre registros corporales a las visitas de establecimientos carcelarios*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1997/A, p. 447.

¹² Sobre este tema, ver PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, o PINTO, Mónica, *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, en AA.VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.

¹³ En este sentido, "sólo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común, puede restringir el uso y goce de los derechos y libertades de la persona humana" (Corte IDH, *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, párr. 37).

¹⁴ Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párr. 46 (destacado agregado).

no exista otra medida que permita lograr el objetivo de seguridad que sea menos restrictiva; y c) que exista una orden judicial¹⁵.

Por otra parte, al estar reconocidos los derechos humanos en fuentes muy diversas, el principio *pro homine* representa un principio interpretativo ordenador. Este criterio hermenéutico impone “acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”¹⁶. En el caso específico de los derechos de las personas privadas de su libertad, el principio *pro homine*, obliga a que, por ejemplo, una norma que enuncia estos derechos detalladamente, prevalezca sobre una norma con disposiciones genéricas; que las normas consuetudinarias desarrolladas en instrumentos no convencionales, en la medida en que su contenido enriquezca las disposiciones de un tratado, deben tener cabida en el orden jurídico interno; en el mismo sentido, nada obsta a que si en el ámbito interno determinado derecho está consagrado con un alcance mayor que el establecido por las normas internacionales, también prevalezca¹⁷.

Sin embargo, a pesar de que la Corte y la Comisión han desarrollado y aplicado estos límites establecidos convencionalmente en la Convención Americana de manera estricta respecto de algunos derechos fundamentales —v. gr., libertad de expresión—, no ha sucedido lo mismo respecto de casos que involucraban derechos fundamentales de personas detenidas. En este sentido, se señala, de manera ajustada a la realidad, que:

“El nivel de profundidad de la jurisprudencia interamericana es muy pobre en este tema. Aunque paradójicamente los derechos a la libertad personal y a la integridad física son los que generan más violaciones y denuncias, lo cierto es que el grado de brutalidad estatal —y la consecuente manifiesta violación a los derechos— hace que los informes de la Comisión y las sentencias de la Corte, no requieran mayor desarrollo jurídico.

Por otra parte, no podemos dejar de afirmar que los estándares reconocidos en algunos derechos son bastante limitados, no generando mucha diferencia entre lo establecido por nuestra propia legislación o por las ya caducas Reglas Mínimas —vale remarcar, en este

¹⁵ Si bien en este caso la Comisión Interamericana sentó principios para analizar la legitimidad de la revisión vaginal de la pareja de un detenido que intentaba visitarlo, es posible aplicar estos mismos criterios para toda medida restrictiva que adopte el Estado con el fin de la “seguridad de la institución carcelaria”. En el mismo sentido, con respecto a la posibilidad de censurar la correspondencia, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas —órgano de aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos— ha señalado que “si bien es normal que las autoridades carcelarias apliquen medidas de control y censura sobre la correspondencia de los reclusos, estas medidas quedan sujetas a salvaguardias jurídicas satisfactorias contra su aplicación arbitraria, debiendo respetarse el tratamiento humanitario que merecen las personas detenidas” (Comunicación n° 74/1980, Miguel Ángel Estrella c. Uruguay, párr. 9.2, en “Selección de Decisiones del Comité de Derechos Humanos, adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo”, Vol. 2, CCPR/C/OP/2, New York, 1992, p. 107, citada en *Protección de los Derechos Humanos. Definiciones Operativas*, Comisión Andina de Juristas, Perú, 1997, p. 96).

¹⁶ PINTO, *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, cit., p. 163.

¹⁷ Así, por ej., art. 29, CADH.

sentido, que la propia Comisión remite a ellas como complemento de la Convención Americana—¹⁸.

En conclusión, se puede afirmar que, tanto en el ámbito nacional como en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, a pesar de la nueva conceptualización del alcance de los derechos de las personas encarceladas reconocida en el derecho positivo, la práctica judicial, como regla y sin fundamento legítimo alguno, otorga un tratamiento diferenciado a los derechos fundamentales de los reclusos, aceptando restricciones en su perjuicio, que no aceptaría respecto de personas libres.

IV. LA NECESIDAD DEL CONTROL JUDICIAL DE LA DETENCIÓN

Como una de las expresiones de la tendencia al reconocimiento del nuevo estatus jurídico de las personas privadas de libertad es que aparece en nuestras legislaciones la figura del juez de ejecución penal. Se ha dicho, respecto de la ilegalidad carcelaria:

“... la verdadera utopía del mundo de las cárceles es que las leyes simplemente se lleguen a cumplir.

... que quede bien claro que todo lo que podamos avanzar en el campo del control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad hay que valorarlo desde el punto de vista político-criminal y político-penitenciario como muy positivo. Positivo porque permite prever, permite seleccionar la conducta, permite distanciar los protagonistas del conflicto penal, permite también trabajar con mesura sobre las alternativas a la pena privativa de libertad, positivo por todas esas razones. Otro aspecto que es importante también dejar claro es que... en el marco de un Estado de derecho la finalidad del sistema penal, sea cual sea tiene que estar siempre sometida a los propios principios que sirven de fundamento al Estado de derecho¹⁹.

La necesidad de control judicial de la privación de libertad, por otra parte, no es sino una manifestación específica del deber estatal de conceder acceso al control judicial de cualquier acto de la administración que afecte o pueda afectar derechos o libertades fundamentales de las personas. Si ese control judicial está garantizado para las personas libres en sus relaciones regulares con la administración, con mucha mayor razón debe estar garantizado a las personas privadas de su libertad, dada la especial situación en la que estas personas se encuentran. A diferencia de lo que establecía la doctrina de la “relación de sujeción especial”, la especial situación de sujeción entre el interno y la administración penitenciaria debe fundar la necesidad de un control más amplio y estricto de la actuación de los agentes penitenciarios, y de un nivel de protección mayor de las libertades y derechos fundamentales de los reclusos.

Esta necesidad de control judicial estricto de la privación de libertad, por otra parte, no debe comprenderse como la necesidad de controlar a la administración penitenciaria porque ésta esté integrada por personas predispuestas a violar la

¹⁸ POCHAK, *El alcance que el sistema interamericano le reconoce a los derechos de los presos*, cit., p. 133.

¹⁹ MAPPELLI CAFFARENA, Borja, *Ejecución y proceso penal*, en AA.VV., *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, ps. 57 y siguiente.

ley. No se trata de imaginar teorías conspirativas, ni de transformar al agente penitenciario en el estereotipo de la maldad del sistema de justicia penal. Se trata de controlar una esfera de la actuación estatal que debe ser sometida al control de la legalidad de sus actos como cualquier otro organismo estatal. La diferencia que justifica una necesidad de control judicial más atento, en todo caso, está dada por la especial situación que se pretende regular. Esta situación se caracteriza por: a) una estrecha y continua interrelación entre agente penitenciario y preso, en circunstancias que favorecen la generación de conflictos y un manejo violento de algunos de ellos; b) el peligro constante de afectación de derechos fundamentales; y c) la distancia entre el preso y el poder judicial, que es mucho mayor que la distancia geográfica existente entre la prisión y los tribunales.

Sin embargo, debemos tener en cuenta las particulares dificultades prácticas existentes para que los nuevos programas de control judicial de la ejecución penal consagrados legislativamente intervengan en el mundo carcelario con algún nivel de efectividad. En primer lugar, en varias legislaciones vigentes se notan problemas de regulación jurídica que, en sí mismos, han sido causa de ineffectividad del control judicial. El establecimiento confuso de los límites de la competencia entre la justicia de ejecución, la justicia penal ordinaria y la administración penitenciaria, por ejemplo, es una circunstancia que dificulta la efectividad del control judicial de la privación de libertad. Es importante señalar que la tensión entre la justicia de ejecución y la administración penitenciaria es constante, razón por la cual la falta de una delimitación clara de sus competencias contribuye a aumentar esta tensión y, en consecuencia, a dificultar la tarea de control asignada a estos tribunales.

V. LOS LÍMITES DEL CONTROL JUDICIAL

Un problema específico que ha dificultado el control judicial de la ejecución ha sido la inexistencia, o la deficiente regulación, de los mecanismos procesales necesarios para garantizar los derechos sustantivos de las personas privadas de libertad. De este problema se han quejado, por ejemplo, los jueces de vigilancia penitenciaria españoles por mucho tiempo. Esta falta de atención a los aspectos procesales de la justicia de ejecución deriva, probablemente, del carácter "secundario" que en ocasiones se le asigna al derecho procesal y, además, de la arcaica concepción del derecho procesal penal como rama del derecho que sólo abarca el procedimiento hasta la etapa de dictado de la sentencia condenatoria y el eventual agotamiento de las instancias recursivas contra esa sentencia de mérito.

Este fenómeno se percibe claramente en la regulación legal de la actuación de la justicia de ejecución en el ordenamiento federal argentino. Ni la legislación ni la jurisprudencia se han ocupado, por ejemplo, de delimitar hasta dónde llegan las facultades del juez competente para resolver los habeas corpus correctivos, y a partir de dónde comienzan las facultades de la justicia de ejecución. Se llega al absurdo, en la práctica, de que los jueces de ejecución rechacen un escrito si éste es encabezado bajo la denominación de "Interpone habeas corpus correctivo" y,

sin embargo, le den trámite a un escrito idéntico si el encabezamiento consiste en la expresión "Promueve incidente de ejecución". La misma situación de incerteza jurídica se da en el ordenamiento jurídico argentino nacional respecto de los medios de impugnación contra las resoluciones de los jueces de ejecución. La jurisprudencia del tribunal de casación, en este sentido, es tan restrictiva de los derechos del encarcelado como en casi todas las demás cuestiones del proceso penal, pero a ello se agrega, además, una caótica falta de coherencia en sus decisiones, que ha sido duramente criticada por la doctrina. Así, SALT ha sostenido:

"... la denominada 'judicialización' de la ejecución penal y la creación de la figura del juez de ejecución para hacerse cargo de esta función jurisdiccional, puso poca atención al momento de reglamentar el funcionamiento de la nueva institución. A la descuidada regulación normativa se ha sumado un desorientado tratamiento de la jurisprudencia que, hasta ahora, no ha logrado solucionar las lagunas legislativas y ha generado un desconcierto absoluto sobre el régimen de los recursos en esta etapa procesal"²⁰.

El mismo autor agrega, a modo de conclusión:

"En síntesis, a los problemas de regulación normativa se ha sumado la jurisprudencia de la Cámara de Casación sumiendo a la materia de los recursos en la etapa de ejecución en una absoluta confusión.

Para colmo de males, la intentona de casación de habilitar la vía de la apelación para evitar hacerse cargo de los problemas de la ejecución penal no ha dado resultado. Lo cierto es que, en la práctica, existe una '*negación del recurso*' frente a decisiones sumamente trascendentes para el desenvolvimiento de la ejecución (por ejemplo, todo lo relacionado con el régimen progresivo de ejecución). Muchas veces las personas privadas de libertad presentan, sin asesoramiento jurídico, un recurso denominado 'apelación'. El juez de ejecución, de oficio, le corre vista al defensor oficial que lo convierte en recurso de casación. Posteriormente el recurso es rechazado por improcedente"²¹.

Un problema adicional para lograr un control efectivo del encarcelamiento carcelario consiste en las limitaciones materiales de la justicia de ejecución, por un lado, y en la falta de independencia de algunos de sus integrantes. El primer aspecto resulta manifiesto en la legislación federal argentina, con tres juzgados de ejecución para toda la ciudad de Buenos Aires. Basta señalar que, en la actualidad, estos tres juzgados no sólo tienen competencia sobre el régimen de ejecución de la pena privativa de libertad sino, además, tienen a su cargo el control y la eventual revocación de la suspensión de la persecución penal a prueba de más de 8.000 personas sometidas a esta medida.

El fenómeno de falta de independencia —tanto interna como externa— del poder judicial también es un problema de significativas dimensiones en varios países de América Latina. En la medida en que los jueces penales no tomen conciencia de su deber de ejercer el poder jurisdiccional del que han sido investidos, la mera

²⁰ SALT, Marcos, *Los recursos en la etapa de ejecución penal*, en AA.VV., *Los recursos en el procedimiento penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 197.

²¹ SALT, *Los recursos en la etapa de ejecución penal*, cit., p. 208 (destacado en el original).

regulación normativa de la justicia de ejecución no cumplirá con las finalidades que la legislación le atribuye.

En este contexto, sólo una intervención decidida y respetuosa de los derechos fundamentales por parte de la justicia de ejecución penal podrá comenzar a revestir la constante resistencia de la administración penitenciaria frente a todo tipo de control judicial. En este sentido, resulta de vital importancia abandonar la concepción restringida de los derechos de los presos y adoptar las pautas más estrictas y protectoras de sus derechos fundamentales. Para ello, se torna más ineludible que nunca el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados, y la adopción de las pautas de interpretación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno.

Como ha señalado correctamente Juan MÉNDEZ, el Estado puede cumplir una obligación internacional de diversas maneras:

“Lo que importa es que el Estado cumpla, que lo haga de buena fe y en forma completa dentro de la medida de sus posibilidades...”

Sin embargo, ante un incumplimiento, ya sea total o parcial, es a *la justicia* a quien corresponderá arbitrar los medios para garantizar el goce del derecho, tanto porque en derecho interno el Poder Judicial es el garante final de los derechos de las personas, como porque es al estamento judicial al que compete la responsabilidad por la incorporación de las normas internacionales al derecho interno²².

Por lo demás, la inaplicación judicial de la norma contraria a los tratados internacionales de derechos humanos y a otros instrumentos internacionales de carácter vinculante ni siquiera exige solicitud de parte pues, tal como se señala respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el sentido de las obligaciones derivadas de sus arts. 1 y 2 “es el de subrayar que la norma internacional en materia de derechos humanos integra el orden jurídico vigente y goza de una presunción de ejecutividad. Por ello, su invocación por la parte en el proceso no es *conditio sine qua non* para su aplicación por el juez, que puede traerla al caso mediante la aplicación del principio *iuria curia novit*”²³. Es importante tener en cuenta, además, que “las posibilidades de aplicación del derecho consuetudinario de los derechos humanos se dan especialmente en cuanto a los principios hermenéuticos y a los contenidos de algunas declaraciones adoptadas por las Naciones Unidas...”, pues “las normas consuetudinarias que explicitan los contenidos de derechos protegidos en tratados deben tener cabida en el orden jurídico aplicable en un país”²⁴.

VI. LA TENDENCIA HACIA UNA MAYOR INDETERMINACIÓN DE LA PENA

La siguiente definición del nuevo concepto de ejecución de la pena pone de manifiesto uno de los aspectos más paradójicos de la tendencia actual, orientada

²² MÉNDEZ, Juan, *Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos*, en AA.VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, cit., p. 532 (destacado agregado).

²³ PINTO, *Temas de derechos humanos*, cit., ps. 51 y siguiente.

²⁴ PINTO, *Temas de derechos humanos*, cit., ps. 82 y siguiente.

hacia el control de la legalidad del proceso de ejecución penal, en especial de la pena privativa de libertad:

“Ejecutar la pena no significa tanto y solamente dar cumplimiento a una sentencia irrevocable de condena, cuanto sobre todo abrir una nueva fase del proceso que tiende a la búsqueda de medidas alternativas a la prisión más idóneas para la reinserción social del penado en la vida social de la comunidad, entendida esta ‘reinserción’ como vida futura sin infringir la ley penal”²⁵.

La paradoja consiste en que, al mismo tiempo en que se postula la necesidad de sujetar la ejecución de la pena privativa de libertad al principio de legalidad, los regímenes penitenciarios modernos tienden a establecer pautas de ejecución de la pena que, fundadas en la idea de individualización de la sanción penal, tornan al contenido concreto de la pena a cumplir en un concepto absolutamente indeterminado. Un ejemplo típico de esta tendencia es el de la nueva Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad argentina.

“El artículo 101 establece que los internos serán calificados por organismos de la administración de acuerdo con su ‘mayor o menor posibilidad de adecuada reinserción social’ (calificación de concepto). A su vez, el artículo 104 se ocupa de determinar que la calificación de concepto servirá para la aplicación de la progresividad del régimen, el otorgamiento de salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional, libertad asistida, conmutación de penas e indulto.

... están dadas las condiciones para que el problema de inseguridad jurídica y arbitrariedad de la administración penitenciaria... se agrave con la nueva ley. En efecto, la administración contará con un margen más amplio de indeterminación del contenido de la pena en el que sus decisiones pueden influir. La Ley de Ejecución opta por un sistema de indeterminación y flexibilidad del contenido de la pena durante la ejecución favoreciendo la individualización del régimen de acuerdo con las características y necesidades de cada condenado. Al mismo tiempo, prevé mayor cantidad de posibilidades de que los condenados puedan acceder, como modalidades alternativas de ejecución, a medidas sustitutivas del encierro carcelario clásico de menor intensidad de coerción”²⁶.

La misma tendencia se nota en varios países de la región, entre ellos, Ecuador, país respecto del cual se indica:

“En el Ecuador contamos con un Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Penitenciaria que consagra teórica y normativamente la individualización de la pena y el tratamiento, el régimen progresivo en la fase de ejecución, de la clasificación biotipológica delincinencial, el estudio interdisciplinario de la personalidad del recluso, la ubicación poblacional de los internos, la prelibertad controlada, y hasta se contempla un capítulo para la asistencia de los liberados”²⁷.

²⁵ DOÑATE MARTÍN, Antonio, *Jurisdicción de vigilancia penitenciaria: naturaleza, órgano y competencias*, en AA.VV., *Cuadernos de derecho judicial. Derecho penitenciario*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 17.

²⁶ SALT, Marcos, *Comentarios a la nueva Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad*, en AA.VV., *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*, cit., ps. 238 y siguiente.

²⁷ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Régimen penitenciario y política criminal*, en AA.VV., *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*, cit., p. 95.

Para apreciar en contexto esta nueva tendencia hacia las supuestas bondades de un régimen indeterminado de ejecución de la pena, es necesario recordar la experiencia histórica. Como señala BERGALLI, "... en su origen y a lo largo de más de dos centurias... a la cárcel se le han adjudicado unas misiones que discursivamente tenían que ver con las garantías y los derechos fundamentales de sus 'clientes'"²⁸. Agrega que toda la tradición correccionalista, en sus diferentes versiones, cuanto más humanitaria se ha querido manifestar, "más ha revelado la negativa a ser diferente que se le opone a quien ha sido definido como delincuente. Éste es precisamente el aspecto que permite poner de manifiesto hasta qué punto la ejecución de penas privativas de libertad contradice la forma-Estado democrática"²⁹.

En general, las nuevas definiciones propuestas para el concepto de resocialización, en la doctrina más progresista, coinciden en que debe mantenerse esa finalidad como esencial durante la etapa de ejecución, pues sólo ella permitiría reducir los niveles de desocialización propios de la prisión. En síntesis, se trata de considerar sujeto de derechos a todos los detenidos y definir el concepto de resocialización como obligación estatal de reducir al mínimo el deterioro producido por la privación de libertad. Sin embargo, casi todas estas redefiniciones no ha resultado suficientes, en sí mismas, para alterar las disfunciones propias de la institución carcelaria.

Las limitaciones propias del conservadurismo judicial han sido señaladas en el caso español. Mientras la realidad penitenciaria española chocaba con la materialidad objetiva de la institución total, frente "a todo esto, parece no haber reaccionado la doctrina ejecutivo-penal española que continúa procurando reelaborar un concepto desfasado de resocialización, lo que la ha hecho caer en un mero discurso autoalimentador de prácticas penitenciarias negativas"³⁰. Respecto de los jueces de ejecución, se sostiene que: "Desafortunadamente, en la larga década de vigencia de la LOGP, 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"³¹.

VII. LOS PROBLEMAS DEL RÉGIMEN PROGRESIVO NO OBJETIVO

Esta nueva tendencia hacia la humanización de la pena privativa de libertad a través de su indeterminación, sin embargo, presenta graves problemas. En primer lugar, se cuestiona su abierta contradicción con el principio de legalidad. FERRAJOLI señala, en este sentido, las posibles arbitrariedades propias de esta redeterminación judicial del contenido concreto de la pena, posterior a la sentencia condenatoria. El mismo autor propone, para suprimir este riesgo, diversas medidas: a) la reducción de la pena privativa de libertad sólo para

²⁸ BERGALLI, Roberto, *iÉsta es la cárcel que tenemos... (pero no queremos)!*, en AA.VV., *Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, p. 8.

²⁹ BERGALLI, *iÉsta es la cárcel que tenemos... (pero no queremos)!*, cit., p.10.

³⁰ BERGALLI, *iÉsta es la cárcel que tenemos... (pero no queremos)!*, cit., p. 11.

³¹ BERGALLI, *iÉsta es la cárcel que tenemos... (pero no queremos)!*, cit., p. 18.

determinados delitos, con miras a su supresión; b) la transformación en derechos de todos los beneficios concedidos hoy como premios; y c) especialmente, la aplicación de las medidas alternativas en la misma sentencia de condena³².

El problema principal, en este aspecto, que bien podría ser superado por vía jurisprudencial, es el de desvincular el avance en el régimen progresivo de los informes técnicos de la administración penitenciaria. Ello no significa que el juez no deba analizar el contenido de estos informes. Lo que significa es que, en principio, tales informes no pueden vincular al juez. Ello pues los informes técnicos sobre la conducta pasada y, mucho más, los pronósticos del comportamiento futuro de la persona encarcelada presentan, en sí mismos, varios aspectos más que problemáticos.

En primer lugar, un sistema de penas tan indeterminado, en nuestro medio jurídico, difícilmente pueda ser considerado compatible con el principio de legalidad. En segundo lugar, las carencias en recursos materiales y humanos de las prisiones, aun con la mejor buena voluntad, no permiten otorgar credibilidad alguna a tales informes, en general basados en aspectos de la personalidad del detenido y no en hechos objetivos controlables judicialmente. Por otra parte, alterar el contenido de la pena por hechos posteriores a la comisión del delito tampoco resulta compatible con el principio de legalidad sustantivo.

Ahora bien, aun cuando tales pronósticos técnicos sobre la personalidad o el comportamiento del penado se realizaran con todos los medios necesarios, tampoco podrían ser considerados confiables. En primer lugar, pues tales evaluaciones no tienden a evaluar las posibilidades de reinserción social sino, en la práctica, la adaptación del recluso al medio carcelario. El "buen preso" es el preso sumiso, no así, por ejemplo, el que reclama permanentemente por sus derechos —circunstancia que, en todo caso, debería ser considerada mucho más como un indicador de reinserción social que la mera sumisión a la disciplina carcelaria—. En el medio libre, jamás se nos ocurriría considerar "inadaptado" a quien legítimamente reclama por sus derechos fundamentales.

Por otra parte, desde las mismas disciplinas del comportamiento se cuestiona hoy la supuesta fiabilidad de tales evaluaciones. En este sentido, es interesante señalar que se sostiene que los parámetros de "conducta observable" que estas evaluaciones consideran son absurdos, no sólo pues no tienen en cuenta que el interno tiende a simular comportamientos que se suponen adecuados para el observador sino, además, porque en muchas ocasiones se toman en consideración parámetros arbitrarios, que no existen como exigencias para el hombre libre —v. gr., hacerse la cama, ir bien vestido, lavarse los dientes—³³. Luego de otras atinadas observaciones, que van mucho más allá de estos ejemplos, se sostiene:

³² Citado por DOÑATE MARTÍN, *Jurisdicción de vigilancia penitenciaria: naturaleza, órgano y competencias*, cit., ps. 22 y siguiente.

³³ Cf. GARCÍA BORÉS, Josep. M., *El pronóstico: la necesidad de un autoconvencimiento*, en AA.VV., *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, cit., ps. 104 y siguiente.

“Así pues, seguir, hoy por hoy, contando con la noción de predictibilidad denota la pervivencia de concepciones sustancialistas y deterministas del ser humano. Seguir contando con la posibilidad de pronosticar comportamientos individuales carece de base teórica y procedimental, y supone permanecer anclados en unas pretensiones que ya perdieron su soporte epistemológico”³⁴.

Al mismo tiempo, se reconoce la dificultad de que la intervención tratamental prescinda de los pronósticos, pues “supondría renunciar a un fundamental sistema de dominio de la población penitenciaria”³⁵. A pesar de ello, los jueces de ejecución no pueden dejar de lado las carencias de estos informes “técnicos” que determinan en significativa medida el contenido concreto de la pena que debe cumplir la persona condenada en cualquier resolución que se refiera a estas cuestiones. Por otra parte, la evidencia empírica hoy indica, sin duda alguna, la inmensa tasa de error de estos pronósticos, tanto cuando son formulados por los técnicos del comportamiento como también cuando son producto exclusivo de decisiones judiciales.

VIII. EL MARGEN DE ERROR Y LA LIBERTAD INDIVIDUAL

Como ya habíamos señalado, hasta 1960, los tribunales estadounidenses se declaraban incompetentes para resolver peticiones interpuestas por personas privadas de libertad referidas a las condiciones de detención. La política de no intervención fue deshechada a partir de 1960, y los tribunales federales comenzaron a aceptar los reclamos de las personas detenidas. Una de las medidas que los tribunales comenzaron a tomar cuando se alegaba la violación a la VIII Enmienda de la Constitución de los EE.UU. —que prohíbe la imposición de castigos crueles e inusuales— derivada de las condiciones de sobrepoblación carcelaria, fue la de ordenar a las autoridades penitenciarias la liberación de determinado número de personas, comenzando por las encarceladas preventivamente.

Uno de los primeros casos en los cuales un tribunal federal hizo lugar al planteo de los detenidos preventivamente fue “Duran v. Elrod”³⁶. A raíz de esa decisión, tomada por el juez federal de distrito y confirmada por el tribunal de alzada, desde agosto de 1983 a junio de 1985 fueron liberados, en promedio, unos 15.000 presos preventivos por año del Departamento Correccional del Condado de Cook (*Cook County Department of Correction*). Ésta fue la liberación más numerosa derivada de una resolución dictada por tribunales federales³⁷.

Si bien en un primer momento se afirmó que las personas liberadas por la orden judicial del caso “Duran v. Elrod” comparecían a juicio al menos tan a menudo como las personas liberadas bajo fianza, un estudio posterior realizado por las autoridades del condado, según se señala, reveló “alarmantes” tasas de

³⁴ GARCÍA BORÉS, *El pronóstico: la necesidad de un autoconvencimiento*, cit., p. 208.

³⁵ GARCÍA BORÉS, *El pronóstico: la necesidad de un autoconvencimiento*, cit., p. 208.

³⁶ *Duran v. Elrod*, 713 F. 2d 292 (7th Cir. 1983), cert. denegado, 465 US 1108 (1984).

³⁷ Cf. STEWART, Cynthia, *Releasing Inmates from State and County Correctional Institutions: The Propriety of Federal Courts Release Orders*, en “Texas Law Review”, 1986, vol. 64, notas 28 a 32 y texto que las acompaña.

incomparecencia respecto de las personas acusadas por delitos que habían sido liberadas por la orden del tribunal federal. La tasa calificada como "alarmante" fue del 17 %. La absurda calificación de la tasa de prófugos fue acompañada de una conclusión más absurda aún, pues a partir de esa cifra se afirmó que estos datos sugerían que las órdenes de los tribunales federales debían limitarse a las personas acusadas de contravenciones y no a quienes se les imputaba un delito³⁸.

Pocas experiencias concretas como ésta para demostrar la absoluta carencia de fundamentos de las predicciones acerca de comportamientos futuros que caracterizan a la justicia penal. Lo único alarmante de la tasa de prófugos es lo contrario de lo que se señala, esto es, la detención ilegítima de, por lo menos, el 83 % de las personas liberadas que habían sido encarceladas antes de que se demostrara su culpabilidad. Por lo demás, tampoco se puede afirmar que el 17 % de prófugos hayan sido detenidos legítimamente, y mucho menos que fueran efectivamente culpables. ¿Es exigible a tales personas que se sometan a juicio después de haber sido encarceladas, mientras eran inocentes, en condiciones que luego fueron declaradas inconstitucionales por los tribunales de justicia?

En cuanto al diagnóstico realizado por técnicos del comportamiento, valga como ejemplo, también, la experiencia estadounidense. Abandonada la finalidad resocializadora de la pena, los EE.UU. optaron por la finalidad preventivo-especial negativa, que ellos denominan incapacitación. La incapacitación es la idea de la simple limitación o restricción: tornando a la persona condenada incapaz, durante un período de tiempo, de cometer un nuevo delito. No se trata de transformar al sujeto, sino de impedir físicamente, que cometa nuevos delitos. Este fin de la sanción penal ha sido perseguido, usualmente, a través de predicciones sobre la probabilidad de reincidir del condenado. Aquellos a quienes se considera más probable que reincidan tienen que ser neutralizados, por ejemplo, mediante una pena de prisión, o por una pena de prisión más larga de la que de todos modos recibirían³⁹. La racionalidad se asemeja bastante a la del encarcelamiento preventivo. Se trata de encerrar a alguien, o de alargar su plazo de detención, con el objeto de prevenir que esa persona pueda cometer, hipotéticamente, actos futuros.

El condenado ha cometido un hecho punible y ha sido declarado culpable por ese hecho. En este contexto, es posible tener en cuenta, si bien sin otorgarle excesiva importancia, la probabilidad de reincidencia, al momento de graduar la pena. Esta circunstancia, en este contexto, podría ser considerada, por ej., para establecer las necesidades de resocialización. El problema surge cuando utilizamos ese criterio exclusivamente, como fundamento central del monto de la pena, pues en ese caso la pena será desproporcionada en relación de la responsabilidad personal por el hecho objeto del proceso.

³⁸ Cf. STEWART, *Releasing Inmates from State and County Correctional Institutions: The Propriety of Federal Courts Release Orders*, cit., notas 90 a 96 y texto que las acompaña.

³⁹ Cf. VON HIRSCH, Andrew, *Incapacitation*, en AA.VV., *Principled Sentencing*, Ed. Northeastern University Press, Boston, 1992, p. 101.

En el debate que se ha dado en Estados Unidos, con el resurgimiento del neoretribucionismo, se confunde el papel que desempeña la culpabilidad en la determinación judicial de la pena. En un Estado de derecho contemporáneo, una medida tan grave como una pena sólo puede ser impuesta cuando su aplicación busca realizar algún fin social útil. En este marco, sólo puede calificarse como fundamento legítimo de la sanción penal a las teorías relativas, orientadas al logro de fines preventivos. La teoría retributiva, en cambio, no puede ser usada como fundamento de la aplicación de una sanción represiva⁴⁰. Ello no significa que el criterio de retribución o de culpabilidad no desempeñe papel alguno. La culpabilidad sólo opera como un límite, no como fundamento del monto de la pena. Así, sólo sirve para evitar que, en casos excepcionales, las necesidades preventivas que justifican la pena excedan el marco impuesto por el grado de responsabilidad personal.

En este sentido, MORRIS, luego de destacar la importancia de la definición de la pena merecida según el grado de culpabilidad por el hecho, señaló que hay quienes establecen una relación necesaria entre la pena merecida en estos términos y la pena impuesta. A continuación, el autor marca su diferencia, pues, en su opinión, el concepto retributivo de pena merecida es un *principio limitador* que cumple la finalidad de establecer los límites máximos y mínimos de la pena que puede ser impuesta, pero que no nos da mayor precisión acerca de la pena apropiada⁴¹. MORRIS agrega que cuando decimos que una pena es merecida, en realidad, no estamos afirmando que se trata del castigo adecuado, sino, en todo caso, pretendemos expresar que no es una sanción inmerecida o desproporcionada en relación a la gravedad del hecho. No es parte de un cálculo utilitario. El concepto de pena merecida define una relación entre delitos y penas en un continuo entre lo indebidamente clemente y lo excesivamente punitivo, dentro del cual puede ser determinada la pena justa sobre la base de otros criterios⁴².

Sin embargo, MORRIS no termina de ser consecuente con su propuesta. Si la culpabilidad es un límite, ello significa que no es un permiso para agotarla completamente cuando no hay necesidad o razón preventiva legítima que justifique esa decisión. El propio MORRIS afirma que su propuesta representa una decisión justa en términos individuales, y una mayor protección a la comunidad. Ninguna de sus afirmaciones es cierta. Si dos personas cometen el mismo hecho, y sólo una de ellas obtiene un pronóstico de peligrosidad, recibirán un tratamiento diferente, a pesar de compartir el mismo grado de responsabilidad. Ello significa

⁴⁰ Cf., entre otros, sobre la crisis de la teoría retributiva como fundamento de la pena, JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, vol. I, p. 98; ROXIN, Claus, *Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*, en AA.VV., *Determinación judicial de la pena*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993, ps. 16 y ss.; BELOFF, Mary, *Teorías de la pena: la justificación imposible*, en AA.VV., *Determinación judicial de la pena*, cit., ps. 55 y siguientes.

⁴¹ Cf. MORRIS, Norval, *Incapacitation within Limits*, en AA.VV., *Principled Sentencing*, cit., p. 201.

⁴² Cf. MORRIS, Norval, *Desert as a Limiting Principle*, en AA.VV., *Principled Sentencing*, cit., p. 206.

que la imposición de la pena depende, exclusivamente, del juicio de peligrosidad. Si se trata de un “falso positivo” —esto es, de quien equivocadamente ha sido calificado como futuro reincidente— estará siendo castigado por circunstancias pasadas o presentes *distintas* al delito que cometiera, con criterios propios de un derecho penal de autor⁴³. La decisión, en términos individuales, no tiene nada de justa. Además, la condena tampoco significa nada respecto de la protección de la comunidad, en la medida en que se trate de un “falso positivo”.

Veamos un ejemplo. Supongamos que antes del pronóstico de peligrosidad el condenado podría haber obtenido una pena mínima y que, luego de presentado el informe que lo define como a una persona altamente peligrosa, el juez, para evitar la reincidencia, le impone tres años adicionales de prisión. Los tres años adicionales, claramente, no son sino una sanción penal injustificada. El criterio de proporcionalidad, si es que pudiera ser razonablemente establecido, sólo opera como límite, esto es, como marco dentro del cual debemos imponer la pena justificada estrictamente en finalidades preventivas. Por esta razón es que el sistema estadounidense de pena indeterminada, fundado sobre la racionalidad preventivo-especial, está estructurado sobre la base de figuras penales que prevén una pena máxima y ninguna pena mínima. Ello indica claramente que si se es consecuente con la finalidad preventiva de la pena, la proporcionalidad sólo opera como límite, jamás como fundamento de la pena.

Ahora bien, para que se pudiera aceptar la propuesta de MORRIS, se debería exigir que el pronóstico de peligrosidad tenga un alto grado de certeza acerca de la posibilidad efectiva de que el condenado reincidirá, y que dicho pronóstico se funde en elementos objetivos referidos personalmente al condenado. Sin embargo, ocurre todo lo contrario. Por un lado, el pronóstico se realiza por métodos estadísticos, lo que significa que la persona es penada porque comparte ciertos atributos con otras personas que, estadísticamente, es más probable que cometan delitos⁴⁴. Si la pena tiene como fundamento una finalidad preventiva, no resulta legítimo que sea impuesta sin demostrar que tal finalidad debe cumplirse en el caso concreto. El problema se agrava por el alto porcentaje de error que arroja el método estadístico que se utiliza, especialmente cuando se trata de delitos graves. En efecto, cuanto más grave es el delito, mayor es la tasa de “falsos positivos” que serán considerados peligrosos y que, si fueran liberados, no reincidirían.

⁴³ MORRIS pone un ejemplo que pone en evidencia esta afirmación. Justifica, aun si las posibilidades de reincidencia fueran de veinte en una, el encierro de un adolescente negro de dieciseis años que no estudia ni trabaja, hijo de madre soltera que vive en un barrio urbano deteriorado (*Incapacitation within Limits*, cit., p. 142).

⁴⁴ En realidad, MORRIS propone tener en cuenta tres criterios: a) una predicción “anamnéstica” (*anamnestic*) que considera la manera en que se comportó en el pasado bajo circunstancias similares; b) una predicción estadística que considera cómo se comportó en el pasado una persona como el condenado en una situación similar; y c) una predicción clínica, basada en la experiencia profesional de quien hace el pronóstico desde un enfoque psiquiátrico respecto de su eventual comportamiento futuro (*Incapacitation within Limits*, cit., p. 140).

El planteo de MORRIS, como veremos, presenta serios problemas. Entre ellos se menciona la cuestión de los "falsos positivos". Las investigaciones dirigidas a comprobar la capacidad preventiva de las predicciones de peligrosidad tienden a considerar un solo criterio para medir el éxito de la política de prevención especial negativa: la corrección en identificar un número relativamente alto de condenados que efectivamente reinciden. Sin embargo, se considera mucho menos la otra cara de la moneda: los "falsos positivos". Y se señala, en este sentido, que es mucho más grave predecir un "falso positivo" antes que liberar un "falso negativo", no sólo por la injusticia de privar de la libertad a quien no cometerá un nuevo delito sino, además, por la posibilidad de que el "falso positivo", al ser etiquetado como tal, termine convirtiéndose en un reincidente⁴⁵.

El problema parece difícil de solucionar pues los comportamientos más difíciles de predecir son, precisamente, aquellos que son peligrosos. Cuanto más peligroso es el comportamiento, más alto es el número de "falsos positivos". Y si se quisiera hacer un esfuerzo para reducir su número a proporciones menores, sólo se incluiría en el grupo considerado peligroso a un número mínimo de verdaderos reincidentes. Aun así, habrá muchos más "falsos positivos" que reincidentes⁴⁶. El propio MORRIS reconoce que aun con su método predictivo, que considera más confiable que el método simplemente estadístico, puede prevenir uno de cada tres delitos violentos dentro de un grupo de alto riesgo⁴⁷.

Ello significa que, por lo menos, predice dos "falsos positivos" por cada "verdadero positivo", sin aclarar cuántos "falsos positivos" deben cumplir una pena sin justificación alguna cuando, como sucede generalmente, se utilizan métodos menos confiables. MORRIS trata de evitar esta cuestión señalando que el pronóstico de peligrosidad es la afirmación de una *condición presente* en la persona condenada, no la predicción de un resultado determinado. Sin embargo, su justificación no resulta convincente, pues se supone que la finalidad de la pena es evitar la comisión de delitos. En este contexto, ella se justifica si produce efectos preventivos. La comprobación de las circunstancias que fundan el juicio de peligrosidad no alcanza para justificar la imposición de una pena privativa de libertad por un largo período de tiempo. Su verificación sólo tiene sentido si resulta confiable para formular un juicio que permita tomar una decisión que realmente produzca efectos preventivos. Si se verifica una condena anterior, por ejemplo, esa circunstancia, en sí misma, no puede fundar la imposición de una nueva pena, a menos que ella y otras circunstancias permitan, de manera confiable, predecir que el condenado cometerá un delito violento.

En conclusión, se puede afirmar que aun los propios defensores de la validez de los métodos predictivos reconocen el intolerable margen de error que tales métodos arrojan, aun en las mejores condiciones posible para formular los pronósticos de comportamientos futuros.

⁴⁵ Cf. VON HIRSCH, Andrew, *Prediction and False Positives*, en AA.VV., *Principled Sentencing*, cit., ps., 115 y siguiente.

⁴⁶ Cf. VON HIRSCH, *Prediction and False Positives*, cit., ps. 116 y siguiente.

⁴⁷ Cf. MORRIS, *Incapacitation within Limits*, cit., p. 140.

IX. LOS ASPECTOS INSTITUCIONALES DE LA PRISIÓN

Independientemente de lo afirmado hasta aquí, aun si el modelo propuesto fuera llevado a la práctica en las mejores condiciones posibles, subsistirían los graves problemas que, desde su origen histórico, ha provocado la racionalidad de la institución penitenciaria. Ello pues tanto las soluciones sustantivas como el régimen procesal del derecho de ejecución penal señalados presentan una característica común: el conflicto que debe resolver el juez de ejecución es definido como un conflicto individual entre el recluso y la administración penitenciaria.

Son los propios términos de la definición del conflicto los que impiden, como regla, tomar medidas que realmente afecten las características estructurales de la institución carcelaria que la transforman en un “espacio sin ley”, generador de prácticas sistemáticas de violación de derechos fundamentales. A diferencia de lo que sucede en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, la definición del conflicto en términos individuales —se afirma que se trata de los derechos de un preso— coloca frente a frente, y en pie de una igualdad absolutamente ficticia, en el procedimiento de control de la ejecución, a un individuo aislado y sometido al control casi absoluto de la administración penitenciaria, con la propia institución que lo tiene sometido a una sujeción muchas veces ilegítima. Ante una situación de disparidad material extraordinaria, el derecho penal beneficia, precisamente, y de forma paradójica, a la parte más fuerte. No interesa aquí si en el procedimiento de ejecución interviene sólo el ministerio público —como sucede en Costa Rica— o también la administración penitenciaria, lo cierto es que las partes son, en ambos casos, un individuo y el Estado, cuyo interés en el mantenimiento del modelo carcelario de control penal resulta indiscutible.

En situaciones análogas de disparidad entre las partes de un conflicto social, el ordenamiento jurídico prevé mecanismos sustantivos y formales que tienden a proteger a los sujetos más débiles de la relación conflictiva. Así, por ejemplo, el derecho laboral prevé la negociación colectiva, la representación colectiva y otros mecanismos que reconocen la situación material de disparidad y, en consecuencia, favorecen los intereses de quienes poseen menos poder. El *in dubio pro operario* funciona, en el derecho laboral, como un principio que informa todos los aspectos de esa rama del derecho, mientras que en el derecho penal vigente se ha restringido la aplicación del *in dubio pro reo*, casi exclusivamente, al momento en que la sentencia de mérito resuelve sobre la existencia de la situación de hecho que presupone la responsabilidad penal del imputado.

Los presos, en cambio, son definidos como un colectivo sólo cuando se justifican medidas dictadas en su perjuicio —v. gr., para justificar la necesidad de mantener la pena privativa de libertad, para restringir sus derechos por motivos de seguridad, etc.—. A la hora de verificar la afectación ilegítima de sus derechos, sin embargo, el preso se transforma, necesariamente, en un individuo. En este contexto, cualquier medida que se tome, en el mejor de los casos, sólo beneficiará la situación personal del recluso que ha reclamado por sus derechos, sin eliminar las causas estructurales de la institución penitenciaria que permiten,

toleran o fomentan las prácticas ilegítimas que cotidianamente perjudican a los demás detenidos. En consecuencia, sólo si existiera una acción colectiva podrían discutirse ante la justicia de ejecución las condiciones propias de la cárcel como institución, esto es, cuestionar las bases mismas de la racionalidad del encierro carcelario.

Un buen ejemplo de este tipo de acciones colectivas es el de la orden de liberación de personas detenidas dictada por los tribunales federales estadounidenses. Si se hubiera tratado de un caso individual, el tribunal habría ordenado, a lo sumo, que ese individuo fuera puesto en libertad. Al tratarse de una acción colectiva, en cambio, se produjeron dos efectos diferentes. En primer lugar, se consideraron las condiciones de detención desde una perspectiva general, abarcativa de toda la prisión. En segundo término, la solución no sólo benefició a un gran número de detenidos que recuperaron su libertad sino que, además, atacó uno de los problemas estructurales de la cárcel como institución: las condiciones de hacinamiento. En conclusión, la decisión judicial, al partir de las circunstancias generales de la prisión, también benefició al resto de los reclusos que permanecieron detenidos, pues respecto de ellos se hizo cesar la situación de hacinamiento. Se debe tener en cuenta, en este punto, la importancia del tema objeto de esa decisión, pues las condiciones de sobrepoblación carcelaria no son un problema coyuntural de una u otra prisión, sino una característica estructural de la gran mayoría de las instituciones carcelarias en todos los países y, además, una de las principales causas de agravamiento ilegítimo de las demás condiciones de detención, que impide al Estado satisfacer las necesidades básicas y respetar los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.

Una muestra de las dificultades que presenta la resolución de algunos problemas desde una perspectiva individual consiste en el ejemplo de las tasas de encarcelamiento preventivo. Es autoevidente que todo sistema de justicia penal que tenga las tasas promedio de los países de América Latina —excluyendo el atípico caso de Costa Rica— vulnera el principio de inocencia al recurrir como regla al encarcelamiento anticipado de inocentes. Este fenómeno, como lo demuestran las tasas de estos países, no puede ser corregido por el litigio de casos individuales, a pesar de la evidencia estadística indiscutible que demuestra el uso ilegítimo de la prisión cautelar. La misma dificultad ha planteado en EE.UU. el litigio de casos de pena de muerte aplicada a miembros de ciertas minorías, frente a la irrefutable demostración estadística de su aplicación desigual y discriminatoria. Sin embargo, cuando la Corte Suprema de ese país “personalizó” el problema, al establecer la exigencia de demostrar la discriminación en el caso concreto, no sólo desnaturalizó el fenómeno cuestionado, aislándolo completamente de su contexto, sino que neutralizó una poderosa estrategia de lucha contra la aplicación discriminatoria de la pena de muerte.

Frente al peligro real de este tipo de acciones es que el propio sistema penitenciario, para reafirmar sus poderes de disciplina y control, fomenta, a la hora de responder reclamos absolutamente legítimos, el tratamiento

personalizado del reclamo, esto es, la división de los reclusos. Todos los estudios empíricos sobre las cárceles en EE.UU. han demostrado, por ejemplo, cómo los guardias favorecen la creación de bandas por división racial, como también la tolerancia sobre el sometimiento sexual de los presos más fuertes sobre los presos más débiles. En este punto, un autor español agrega:

“Si a ello añadimos el diseño modular que dificulta físicamente las relaciones colectivas de los internos, el resultado es que éstos han dejado de interesarse por el colectivo y viven preocupados exclusivamente por la autoliquidación de su condena. Se potencia mediante estos sistemas un individualismo feroz, casi patológico, que favorece la actitud dócil del recluso y la reducción del personal de vigilancia en el contacto con el mismo”⁴⁸.

Ahora bien, ¿cómo podrían instrumentarse prácticas de litigio colectivas, que enfrenten a todos los presos —o a un conjunto de ellos— con la institución? ¿Sería posible tramitar este tipo de acciones en el marco del modelo vigente de justicia de ejecución penal? En nuestra opinión, las legislaciones vigentes no representarían impedimento alguno para el tratamiento de este tipo de reclamos colectivos. Los jueces, las personas detenidas, sus abogados, las organizaciones no gubernamentales, tienen mucho por hacer en este sentido, para evitar que el control judicial “personalizado”, del mismo modo que la sanción penal “individualizada”, no se convierta en otra injusticia más a las que nos tiene acostumbrados desde su origen la justicia penal estatal.

⁴⁸ MAPPELLI CAFFARENA, Borja, *Tendencias modernas en la legislación penitenciaria*, en AA.VV., *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*, cit., p. 127.