

Ejecución y proceso penal

Borja Mapelli Caffarena

Catedrático de la Universidad de Sevilla

Director del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología

El mundo del derecho penitenciario se caracteriza por ser un mundo completamente diferente ajeno a la realidad cotidiana de las prisiones, tanto es así que se ha dicho muchas veces que la verdadera utopía del mundo de las cárceles es que las leyes simplemente se lleguen a cumplir.

¿Cuáles son los problemas en términos generales con que se ha visto el control judicial de la pena privativa de la libertad y por dónde pienso que puede ir la solución o el encaje más adecuado de esta figura judicial en el marco en el espacio carcelario? El control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad es una vieja reivindicación político criminal que se pierde en la oscuridad de los tiempos, en realidad podríamos decir que desde que el Estado se hace tripartito, al Poder Judicial se le asigna la competencia no sólo de juzgar sino también de ejecutar lo juzgado, de manera que se puede decir que la judicialización, o sea el control judicial de la ejecución de la pena, se enmarca dentro de un programa más ambicioso de la juridización de todo lo que es la ejecución de la pena; como tal, la juridización de la ejecución de la pena es enormemente como positiva, no solamente para la ejecución de la pena, sino también para el conjunto del sistema penal. Que podamos conseguir un sistema previsible, controlado y un sistema penal que está vinculado con determinados criterios y determinados principios es en términos generales muy positivo, de manera que acentúo esto para 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 distintos protagonistas del conflicto penal, permite también trabajar con medida sobre las alternativas de la pena privativa de libertad, positivo por todas las razones. Otro aspecto que es importante también dejar claro es que cualquiera sea la orientación que tenga el sistema penal de las muchas orientaciones que han ido asignando a través de su historia, ya hablemos de un sistema penal orientado hacia la retribución, ya hablemos de un sistema penal orientado hacia la prevención general o especial, está claro 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 derecho.

El derecho penitenciario, o mejor dicho la ejecución de la pena privativa de libertad, se inserta dentro del sistema penal; sistema penal que, como se ha dicho tantas veces, no es más que una forma de sistema de control social que se encuentra formalizado y comparte con el resto de los sistemas de control social las normas, la sanción y el proceso. El sistema penal protege, formaliza y recubre de una serie de garantías esos tres elementos a los que otros sistemas de control social no le dan esos niveles de formalización, ergo, otra idea que está fuera de dudas es que la ejecución de la pena privativa de libertad está inserta a todos los efectos positivos y negativos dentro de la administración de justicia penal. Pero si analizamos las distintas fases de que se compone el sistema penal observamos con sorpresa que las garantías emanadas del Estado de derecho no gravitan con la misma presión en cada una de las fases; vemos que la actividad policial y la actividad penitenciaria se desarrollan con mucha más liberalidad, arbitrariedad,

discrecionalidad que la actividad propiamente judicial, de manera que se podría establecer mediante unas coordenadas un dibujo en forma de U, de manera que los momentos que pudiéramos llamar extremos o polares de todo lo que es el sistema penal, es decir la actividad policial y penitenciaria vendrían a coincidir con los momentos en donde menos garantías se establecen para el justiciable. Basta pensar por ejemplo, cómo la actividad policial y penitenciaria está impregnada de una serie de principios políticos con los que no juega o no actúa normalmente el poder judicial; principios de oportunidad, de adecuación, de seguridad, de idoneidad, de conveniencia, todos estos principios están constantemente presentes en el desarrollo de las actividades de policías y funcionarios de instituciones penitenciarias. Comparativamente con la actividad de los jueces, la actividad policial y penitenciaria presenta una opacidad y un hermetismo cualitativamente más importante, de manera que lo que se hace en las comisarías de policía, los criterios por los que se detiene o no, o por los que el atestado pasa o no al juzgado de guardia, como lo que se hace en la prisiones por los funcionarios de prisiones, está revestido de un cierto hermetismo y opacidad que sin embargo no se acompaña a la actividad de los jueces que es completamente transparente para el mundo del derecho positivo.

Por otra parte, las propias normas reguladoras de estas tres actividades juegan de manera muy distinta o se han desarrollado a lo largo de la historia de forma completamente diferente. Piensen ustedes los niveles alcanzados de diferenciación, sistematización y definición de conceptos que hay en las leyes procesales o en las leyes penales; compárelos en cambio con esos mismos niveles en el ámbito de la actividad policial o en la actividad de los trabajadores penitenciarios. Como consecuencia de todos estos presupuestos, el exponente máximo del control, que es la praxis judicial, necesariamente tiene que mostrar carencias y dificultades. Si tenemos una actividad opaca y hermética, si tenemos una legislación no suficientemente diferenciada y sistematizada, y si además se trabaja con criterios que son eminentemente de carácter político, la consecuencia es que el Poder Judicial encuentra constantemente obstáculos y obstruccionismo a realizar con la misma eficacia un control de estas actividades, eso no es lo más paradójico, lo más paradójico es que además esta carencia de control garantístico es estas dos actividades, la policial y la penitenciaria, no encuentra explicación desde el punto de vista de la importancia que en el conjunto del sistema penal tienen precisamente estas fases, no desde el punto de vista del jurista sino desde el punto de vista de las ciencias de la conducta; desde el punto de vista de las ciencias de la conducta lo verdaderamente definitorio del sistema penal no es tanto la actividad judicial como la actividad policial y la actividad penitenciaria. La actividad policial, en la medida en que si no hay actuación policial las normas penales carecen de eficacia intimidatoria; la capacidad selectiva que tienen las fuerzas policiales, sobre todo en relación con los delitos de bagatela de escasa entidad es enorme. La utilización de esos criterios a los que me he referido antes permite una enorme discrecionalidad a las fuerzas de policía de la que en absoluto disponen los jueces o el poder judicial. Otro tanto se puede decir en relación con el mundo penitenciario, la enorme cantidad, cada vez mayor, de medidas indulgentes que se están concentrando en torno a la fase de la ejecución de la pena privativa de libertad, tales como beneficios penitenciarios, permisos de salida a régimen abierto, libertad condicional, etc., de acuerdo con las legislaciones de cada país, está haciendo que los órganos administrativos penitenciarios sean realmente los que producen la configuración exacta de la pena privativa de libertad, de la pena de prisión; es verdad que los jueces deciden el tiempo de duración entre comillas claro, el tiempo de duración, entre comillas claro, de la pena privativa de libertad pero es completamente ajeno al poder los jueces decidir la

intensidad con que se debe de aplicar la privación de libertad y esa intensidad puede ser considerablemente mermada hoy día gracias a los institutos jurídicos penitenciarios. Y ¿qué explicación dar por lo tanto a esta diferencia cualitativa que hay en cuanto a los controles jurídicos del Estado de derecho en torno a las distintas fases del sistema penal? ¿Cómo explicar que si la curva que habíamos dibujado antes en forma de U señalando los dos extremos superiores, la actividad policial y penitenciaria como las menos formalizadas, no coincide sino a la inversa con la curva de la importancia que en el conjunto del sistema penal tienen estas dos actividades? Sin lugar a dudas la explicación de esa falta de interés en establecer las garantías del Estado de derecho sobre esos dos extremos del sistema penal tiene mucho que ver con la institucionalización de cada una de esas fases; la proximidad que hay entre el justiciable, el reo, el imputado, el condenado y la administración de justicia no es la misma en cada una de estas fases, o dicho en otros términos, el distanciamiento es mayor en el momento de la determinación judicial y es mucho más inmediato en el momento de la actividad policial y de la actividad penitenciaria. Cuando se eliminan todas las trabas garantísticas del Estado de derecho en esas dos fases se está queriendo transmitir un mensaje al justiciable diciéndole cual es la dimensión auténtica del sistema penal como sistema de control social, su arbitrariedad, su falta de garantías, su lesión al principio de igualdad, etc. Esto en el campo del derecho penitenciario o en el campo de la ejecución de la pena privativa de libertad resulta particularmente interesante de estudiar, que las garantías del Estado de derecho a estas alturas de finales del siglo XX no hayan llegado a ser virtuales en el ámbito de la ejecución de la pena privativa de libertad tiene mucho que ver con lo refractaria que resulta la cárcel a cualquier tipo de injerencia externa a ella misma. La prisión es ontológicamente resistente a someterse a cualquier tipo de control externo sea del tipo de control externo sea del tipo que sea, en el famoso libro de FOUCAULT, Vigilar y castigar, en su última página, dice este filósofo francés que la cárcel no permite que desde fuera personas ajenas a ella establezcan ningún tipo de fiscalización, la prisión no es hija de las leyes, ni de los códigos, ni de el aparato judicial; no está subordinada al tribunal como un instrumento dócil o torpe de las sentencias que da y de los esfuerzos que quisiera obtener, es el tribunal es que es por relación a ella exterior y subordinado.

Durante mucho tiempo la ciencia jurídica intentó dar una explicación a este obstáculo que existía de inserción de todo lo que es el espacio carcelario dentro de los controles de los principios de Estado de derecho, para ello se utilizó y usó fundamentalmente a lo largo del siglo XIX una tesis de origen administrativista que se conoce como la teoría de las relaciones especiales de sujeción, de manera que podemos decir que el Estado o la administración establece con determinados sectores sociales una relaciones especiales de sujeción, en función o justificado por la realización de ciertos servicios públicos; esto es lo que ocurriría con la población penitenciaria, el mandato judicial de ejecución de la pena privativa de libertad determina que entre la administración y el condenado exista una relación especial de sujeción, esta relación especial de sujeción significa que la administración en función de la prestación de ese servicio establece unas relaciones no jurídicas con la población penitenciaria, una especie de relaciones internas o domésticas que le permite regular todo lo que es la ejecución de la pena privativa de libertad en un campo completamente ajeno al control del derecho. Esta tesis de la relación especial de sujeción, que curiosamente ha sido reactualizada en España precisamente a partir de la incorporación del control judicial después de la ley penitenciaria de 1979 sobre las instituciones penitenciarias, ha sido reutilizada por la jurisprudencia constitucional española; en sentencias reiterativas en

aspectos muy problemáticos y muy delicados para los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional Español ha venido a decir que entre la población penitenciaria y la administración penitenciaria existe una relación especial de sujeción. Evidentemente que ya no le da el contenido originario que esta tesis tenía, en el sentido de decir que es un campo ajeno al derecho, pero sí que es importante destacar porque sin lugar a dudas este fenómeno se puede reproducir allá donde la legislación imponga un control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad, que con ella se debilita el propio principio de legalidad; el principio de legalidad que se reconoce en el ámbito de la ejecución no tiene la misma intensidad que tiene en el derecho penal sustantivo, y todavía más el Tribunal Constitucional Español ha llegado a decir que ciertos derechos fundamentales de la persona, como son por ejemplo el derecho a la vida o el derecho a la integridad física, pueden verse mitigados, reducidos con respecto a la sociedad libre en virtud de la relación especial de sujeción que existe entre la administración penitenciaria y la población reclusa. En casos tan delicados como les decía antes, como el de las huelgas de hambre de los reclusos, entiende el Tribunal Constitucional que si un ciudadano libre se pone en una huelga de hambre de carácter reivindicativo no existe obligación ninguna de imponerle una alimentación forzada, pero si esto sucede en el ámbito penitenciario las relaciones especiales de sujeción justifican poder imponer una alimentación forzada a los reclusos. Seguro que si JELLINEK, que fue quien diseñó la teoría de la relación especial de sujeción, levantara su cabeza se llevaría las manos a la misma viendo hasta qué extremos el Tribunal Constitucional Español ha llevado la tesis de la relación especial de sujeción. Pero por encima de la tesis que en definitiva no plantea más que un problema local, en nuestro país está claro que en el Estado moderno de derecho es inconcebible que existan espacios de intervención de la administración que no estén jurídicamente regulados; si añadimos además la complejidad que ha ido adquiriendo todo el problema de la ejecución de la pena privativa de libertad en la medida en que se ha ido alejando de los postulados retributivos y se ha ido aproximando a postulados más relativos como son las teorías preventivas y específicamente la teoría resocializadora, que concibe la ejecución de la pena privativa de libertad como un lugar o un espacio de tiempo en donde se ejercita un aprendizaje de integración social, es lógico pensar que se haya dado paso paulatinamente en los distintos países a la figura del juez de vigilancia penitenciaria y juez de ejecución de las penas. En la actualidad vemos como esa jurisdicción se conoce como jurisdicción penitenciaria o mejor sería competencia penitenciaria de Poder Judicial, se va asentando en las legislaciones de los distintos países, pero esta incorporación del juez de vigilancia penitenciaria ni es pacífica, ni a mi juicio es acabada; creo que nos encontramos en lo que podríamos llamar un momento de transición en cuanto al control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad; creo que estamos en un momento de transición entre una situación absolutamente hermética y ajena al control judicial a una situación en donde definitivamente el poder judicial se haga cargo de la ejecución de la pena privativa de libertad. La incorporación no ha sido en absoluto pacífica; voy a señalar en forma resumida los tres órdenes en los que yo creo que ha habido mayor dificultad de integración eficaz del control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad. En primer lugar, con respecto a la incorporación de los jueces de vigilancia penitenciaria se ha planteado un problema de falta de cualificación. Efectivamente el juez de vigilancia penitenciaria se ha encontrado con un quehacer que es completamente ajeno al quehacer natural del poder judicial; las cárceles son micro sociedades que funcionan con una enorme diversidad de problemas, en donde se confunden problemas sanitarios con problemas educacionales, problemas de tratamiento de las personas, problemas terapéuticos, problemas para los que normalmente el juez de vigilancia penitenciaria no está profesionalmente

cualificado; nuevamente en este terreno los brasileños han tenido el gusto de ser pioneros además en crear la propia figura del juez de vigilancia penitenciario, en ampliar sus competencias, quizá porque en su ordenamiento jurídico la idea del control judicial ya esté más asimilada. Lo cierto es que el ordenamiento jurídico brasileño permite a los jueces de vigilancia penitenciaria una serie de actividades que hoy por hoy no está conquistadas todavía en la mayoría de los países; actividades en relación con el control de los programas terapéuticos resocializadores en relación con los condenados. Yo no sé cómo está la situación en Argentina, pero me pregunto en relación a mi país cómo puede un juez de vigilancia penitenciaria controlar un programa terapéutico resocializador, qué sabe un juez de vigilancia penitenciaria sobre re-socializar, qué es un programa terapéutico, qué es una psicología; si apenas sabe derecho penitenciario, cómo va a saber lo que tiene que hacer un condenado o lo que tiene que hacer un equipo técnico para alcanzar la resocialización de los condenados; situación que por cierto es creada por la propia normativa, es decir, tampoco interesa mucho, por las razones que apunté antes, favorecer que el juez de vigilancia penitenciaria pueda tener conocimientos y tener cualificación suficiente como para controlar esos programas; pero no solamente en el aspecto de los programas terapéuticos, también en los aspectos que se refieren a los controles de los establecimientos penitenciarios. Como ya les he dicho se trata de micro sociedades en donde el juez tiene que saber algo de medicina para saber si los instrumentos de la enfermería son o no adecuados, lo mismo tiene que saber de educación, de los tratamientos que se hacen, los beneficios que se aplican, etc.; no cuenta con formación personal ni con un equipo de profesionales especializados suficientemente independientes como para que le garantice una información fidedigna para llevar a cabo el correspondiente expediente; problemas por lo tanto de cualificación, problemas de orden jurisdiccional; el juez de vigilancia penitenciaria en su praxis judicial es un juez que está inserto en un *totum revolutum*, de manera que no sabe exactamente a qué perfil ésta responde; un doble procedimiento a veces actúa en primera instancia otras actúa en segunda instancia, a veces existen órganos jurisdiccionales específicos, órganos penitenciarios específicos, jueces de vigilancia penitenciaria y tribunales penitenciarios, pero en otras ocasiones como por ejemplo sucede en España el juez de vigilancia penitenciaria es controlado de forma bifurcada, bien sea por el órgano judicial sentenciador, bien sea por la audiencia de la jurisdicción común, lo cual entraña un auténtico bosque procedimental de muy difícil solución en la práctica y que lógicamente perjudica la agilidad y eficacia del control judicial; doble procedimiento, doble competencia. El juez de vigilancia penitenciaria se encuentra abocado a controlar dos materias que son de naturaleza jurídica completamente distinta, por un aparte la ejecución de la pena privativa de libertad y por otra parte el cumplimiento de la pena privativa de libertad. La pena privativa de libertad por su naturaleza tiene en común con el resto del sistema punitivo que se cumple igual que la pena de multa, la pena de inhabilitación o cualquiera otra de las penas que forman el elenco del derecho penal se cumple, pero a diferencia del resto de las penas, la pena privativa de libertad además se ejecuta, de manera que podemos hablar en relación a ella de dos aspectos completamente distintos, el si y el cómo, por esa doble coordenada a la que antes hice referencia de la prolongación en el tiempo y de la intensidad en la limitación de la privación de la libertad, esa doble competencia provoca también una dificultad en la actuación del juez de vigilancia penitenciaria de ejecución de pena hasta tal extremos de que en algunos países, como en la República Federal Alemana existen dos órdenes jurídicos y dos órdenes jurisdiccionales completamente distintos; el orden jurisdiccional y el orden jurídico que tiene relación con el cumplimiento de la pena y el orden jurídico y jurisdiccional que tiene relación con la ejecución de la

pena. Nuevamente vemos una figura híbrida difícil de ubicar en un esquema preconstruido que facilite su actuación. Doble procedimiento, doble competencia, doble función. El juez de vigilancia penitenciaria del ordenamiento jurídico italiano cumple hasta cuatro funciones distintas, consejos, deliberaciones, controles y resoluciones; no creo que haya en todos los órganos judiciales un juez que tenga que actuar en tantos órdenes funcionales distintos como se le exige al juez de vigilancia penitenciaria, de manera que a la vez que está resolviendo está haciendo labores de consulta, labores de deliberación y labores de control, control en el sentido activo y pasivo, y por último es común a los distintos países en relación con el problema del control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad el conflicto entre administración penitenciaria y juez de vigilancia penitenciaria; se ha hablado mucho tiempo de que el juez de vigilancia penitenciaria ejerce una jurisdicción delegada del órgano judicial sentenciador y punto, incluso se ha dicho que ejerce una función delegada en el colmo de las contradicciones, de la propia administración penitenciaria; lo cierto es que la actividad del juez de vigilancia penitenciaria se ha calificado siempre críticamente como la administrativización de un órgano judicial, se entendía que estábamos convirtiendo al juez de vigilancia penitenciaria en un super director que lo único que venía era a solapar las funciones naturales que ejercían los directores de las prisiones; en un auténtico encaje de bolillos se trata de distinguir entre lo que es actividades de organización, gestión e inspección que corresponderían a los órganos administrativos penitenciarios, de lo que serían actividades de ejecución y control de la ejecución de la pena privativa de libertad. Sé que entre ustedes hay trabajadores penitenciarios y ustedes saben en la praxis lo difícil que resulta distinguir entre gestión, administración e inspección de una actividad penitenciaria y control de la misma. De hecho la legislación penitenciaria española puede ponerse como ejemplo de lo que no se ha podido nunca conseguir desde el año 79 en que existen los jueces de vigilancia penitenciaria. La institución judicial ha sido un permanente rosario de conflictos, que es además alimentado por una absoluta falta de normativa que ayude a resolverlos. En un alarde por avivar esta conflictividad entre jueces y administración penitenciaria el art. 77 de la ley penitenciaria indica que los jueces en relación con los temas de régimen, tratamiento, cuestiones económicas, cuestiones laborales, lo único que pueden hacer es dirigirse a la administración haciendo sugerencias; pero qué hay en la cárcel que no sea régimen, tratamiento, cuestiones económicas, cuestiones labores, qué quedaría entonces si nos atenemos a una interpretación literal del art. 77. Todo esto está a mi juicio fomentando una conflictividad que genera una situación de ineficacia en el control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad. Después de más de 10 años de vigencia de la jurisdicción penitenciaria en España se puede decir que salvo contados casos en donde lo que prima es el compromiso progresista y el voluntarismo o como el de Manuela Carmena quien se jugó a que le abran un expediente por intentar llevar a una virtualización eficaz la figura del juez de vigilancia penitenciaria en el ámbito de las cárceles, salvo esos contados casos en el resto lo que se ha producido es una desidia degenerativa de adaptación a una realidad que le viene ya pre ordenada e impuesta. Y termino mi intervención aventurándome a hacer algunas propuestas, unas más concretas otras más abstractas, en torno a lo que considero que es o que debe de ser, el punto final de encuentro de ese principio del Estado de derecho que es el control judicial eficaz y absoluto de todas las fases del sistema penal. Empezando por decir que entiendo que la ejecución de la pena privativa de libertad es una fase más de la administración de justicia penal y que nada justifica que si la determinación de la pena está absolutamente sometida a la jurisdicción no lo esté la ejecución de la pena; por lo tanto y buscando una figura análoga para simplificar las soluciones entiendo que debiera tratarse al funcionario de prisiones de forma

equivalente o análoga a como se trata a la policía judicial; el funcionario de prisiones está o debe estar *de lege ferenda* bajo la dirección del juez y tiene como misión auxiliar a la actividad del juez de vigilancia penitenciaria en cuanto que de él depende la organización, gestión e inspección de la ejecución de esta fase del sistema penal. pero claro está un juez va a seguir, por razones de tipo orgánico, un modelo jurisdiccional predeterminado que encaja mal con lo que el juez de vigilancia penitenciaria para ser verdaderamente eficaz tendría que desarrollar en el campo del derecho penitenciario; ¿qué duda cabe?, nosotros podemos darnos por satisfechos si lo único que queremos es reproducir la función jurisdiccional ordinaria en el campo penitenciario, eso no sería suficientemente eficaz. Hemos de partir de la especificidades que presenta la población penitenciaria, los presos son los parias del derecho, son personas que están acostumbradas a ser tratadas como objetos del derecho y no como sujetos del derecho; y por lo tanto solo un juez que tenga una intervención activa, que incite a la población penitenciaria a ejercer sus derechos podría llegar a obtener un resultado eficaz de su gestión. El principio de igualdad exige tratar de forma desigual lo que es desigual y es desigual la población penitenciaria con respecto a la población libre; en la población libre no tendría sentido un juez que buscara la conflictividad para resolverla, en la población penitenciaria a mi juicio esta completamente justificado, porque de lo contrario si los condenados no confiaron nunca en la administración de justicia penal que les condenó, difícil es que terminen confiando en el juez de vigilancia penitenciaria. Por lo que se refiere a las actividades hay algunas actividades *de lege ferenda* que me parece que tendrían que ser urgentemente incorporadas dentro de las actividades a desarrollar por los jueces de vigilancia penitenciaria; es importante a mi juicio que los mismos controlen toda la normativa no jurídica que se aplica en los centros penitenciarios, normativas, como son las normas de régimen interno, que para regular las cuestiones concretas de cada establecimiento está obligado a aprobarlas como una función preventiva; el juez de vigilancia penitenciaria deberá intervenir también en la distribución de los horarios, en la distribución de las actividades del centro, en la distribución de los presupuestos económicos. Todo esto son actividades que en el marco de la ejecución de la pena privativa de libertad pueden degenerar en lesiones a veces irreversibles de los derechos fundamentales de los condenados y por lo tanto la única objeción por la que uno podría entender que no debe de intervenir un juez en esas actividades porque no son funciones jurisdiccionales es una razón formal, lo importante no es en lo que interviene el juez. Finalmente debe garantizarse que el juez se sienta plenamente independiente en el ejercicio de su función jurisdiccional; eso es lo que tenemos que seguir salvando de la figura del juez de vigilancia penitenciaria para que pueda eficazmente completar el control de la administración de la justicia penal.