

# **DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRIVACION DE LIBERTAD CONTROL DE LA EJECUCION DE LA PENA<sup>(\*)</sup>**

por

*ANA MOSQUERA RIAL*

## **SUMARIO:**

- I) El Sistema Penal dentro de las formas de Control Social.
- II) Los distintos trayectos ideológicos que conducen hacia la pena y la sustentan.  
Pena privativa de libertad. ¿Pena justa?, ¿Pena útil?. Prevención general y Prevención especial.
- III) Paradigmas nuevos y otra vez los "viejos muros". Autonomía en los hechos del régimen carcelario. El control de la Ejecución de la Pena.
- IV) Intervención en el sub-suelo de lo judicial y más. Creación del Juez de Vigilancia en el Derecho Comparado. Su "introducción" en la cárcel. Intromisiones permitidas.
- V) Proyectos en el Uruguay: Incursiones de humanidad con destino incierto. Las demandas de los internos. Los modelos autogestionarios de breve vida y el perfil del Juez de Vigilancia. ¿Una utopía?

## **I. EL SISTEMA PENAL DENTRO DEL CONTROL SOCIAL**

Si entendemos por "Control Social" toda actividad que tienda al gobierno de "lo social" con una clara tendencia hacia "lo garantista" en materia de Derechos Humanos, el Sistema Penal integra una parte institucionalizada de dicho control. Asistimos en este momento a una mayor extensión del llamado "control blando", que pese al adjetivo que lo califica implica un carácter más extendido aunque más difuso, y por ende más difícil de encauzar, dentro de las garantías de los Derechos Humanos. En efecto, el "control duro", se ha desarrollado dentro de la Institución Total, encerrando, clausurando la situación problemática junto con el "ser" problemático. Mientras que el "control social blando", se manifiesta a través de diversas instituciones, algunas de enseñanza, otras de salud, terapéuticas o asistenciales. Existe entre ambos tipos de control, una verdadera interacción. Las formas del "control social blando" coexisten con las del "control social duro" y a éste llegan en última instancia como al "cajón de la basura" todos aquellos casos no solucionados, difíciles, para el "control social blando".

En definitiva, lo distintos tipos de control tratan de dar una respuesta a la problemática de las "conductas desviadas", en suma, "del diferente".

---

<sup>(\*)</sup> Ponencia presentada al Primer Congreso Argentino de Ciencias Penales.

### **El segmento de la ejecución Penal**

En los Sistemas Penales podemos distinguir distintos segmentos de ejecución Penal: el segmento administrativo-policial, el segmento judicial y el segmento ejecutivo. No hay ninguno de ellos que tenga una actuación única y que no interfiera con los otros. Así el segmento policial que es el encargado de apresar al supuesto infractor, será después el encargado de sus traslados y también va a tener una importancia excesiva en el período de la ejecución. En general hay muy poca injerencia judicial en la ejecución y de esta realidad y su necesario cambio es de lo que se trata acá.

## **II. LOS DISTINTOS TRAYECTOS IDEOLÓGICOS QUE CONDUCEN HACIA LA PENA Y LA SUSTENTAN. PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD. ¿PENA JUSTA?, ¿PENA ÚTIL?. PREVENCIÓN GENERAL Y PREVENCIÓN ESPECIAL.**

La pena como “suplicio del cuerpo” es la parte visible de la venganza de la sociedad. Es la vieja ley del Talión que se aplica desde un escenario terrible donde el cuerpo del condenado es el receptáculo de la venganza-expiación. Espectáculo patético pero espectáculo al fin que queda en manos del verdugo “instrumento visible del terror” ya que la Justicia parece avergonzarse y se mantiene a distancia. Nada original entonces, que aún hoy y no sólo en nuestros países periféricos la ejecución de la pena quede fuera del ámbito judicial y cuanto más lejos mejor. Actualmente en nuestro país las cárceles de última generación permanecen alejadas de la ciudad y de “ojos indiscretos”. La pena es en su origen un espectáculo de expiación pública y escondido al mismo tiempo<sup>(1)</sup>.

Pero detrás de la represión de los delitos hay toda una “economía política del cuerpo. Siguiendo las reflexiones de Kirchheimer<sup>(2)</sup> vemos que no es la sola armazón jurídica de la sociedad la que puede dar explicación a la aplicación de las penas. Rusche y Kirchheimer han puesto en relación a los regímenes punitivos con la economía a la que sirven como sustento ideológico. En una economía servil los regímenes punitivos tenían el cometido de aportar una mano de obra suplementaria. Cuando se castiga o se encierra, del cuerpo de los condenados es que se trata. Del cuerpo y de sus fuerzas, de su utilidad y de su docilidad.

Después aparecerán las teorías contractualistas. A mediados del Siglo XVIII aparecen las múltiples protestas contra los suplicios y la indignación de los filósofos,

<sup>(1)</sup> ZAFFARONI, Eugenio, Tratado de Derecho Penal, Ediar, Buenos Aires, 1986, pág. 32 y ss.

<sup>(2)</sup> KIRCHHEIMER, Punishment and social structures, 1939. FOUCAULT, Michel, Vigilar y castigar, Siglo XXI, pág. 78.

los juristas, los curiales y los parlamentarios “hay que castigar de otro modo: deshacer ese enfrentamiento cuerpo a cuerpo. Pero esto supone un sustento ideológico: el contrato y el incumplimiento del mismo por una parte. Es el nacimiento de la *pena justa* y su aplicación no merece otra explicación que ésta que se considera consistente. Como dice Pavarini aparece el parámetro contractual-sinalagmático en la determinación legal y judicial de la pena. El esquema retributivo resulta efectivamente exaltado por un referente sancionatorio que es ontológicamente dúctil y fungible por excelencia el tiempo: de un segundo a la eternidad<sup>(3)</sup>.

Aquí asistimos al nacimiento de la pena de privación de libertad como la pena por excelencia. Se habla de su aparición en las codificaciones del Siglo XIX y aparece como una respuesta más “humanitaria”. Pero las apariencias de humanidad encierran como vimos ocultas razones económicas.

La cárcel era ya una vieja conocida. Tenía su espacio antes de los sistemas penales. Los detenidos políticos, los “eternos disensores del sistema” tuvieron en ella siempre un espacio reservado junto con los deudores morosos y otros “hombres infames”. Con el transcurso del tiempo se ha transformado en un tipo de sanción que aparece como “natural”, como expresa claramente Fernández<sup>(4)</sup>, una reacción de dimensiones “ontológicas”, ligada a la esencia misma del Derecho Penal.

Pero el concepto de la pena privativa de libertad está ligado a la noción de libertad como un bien que posee un valor económico porque se conecta con el valor económico del tiempo, elemento que puede ser medido y cuantificado. Esta medición admitiría el concepto de pena-justa.

A la *cárcel-justa* la sigue una justificación nueva: la *cárcel-útil*. La pena sería útil en la medida en que resocializaría, reeducaría al individuo. Es lo que Zaffaroni llama las ideologías “re”<sup>(5)</sup>. Supuestamente el individuo que sale de una cárcel debería estar adaptado para vivir en sociedad, pronto para ocupar su lugar de trabajo en ella o en la fábrica<sup>(6)</sup> -Pavarini-, un ser especialmente disciplinado. El parámetro retributivo termina demostrando su propia incapacidad para absorber la función que era otorgada, esto es, aquella idea del contrato. Pero la sociedad ha avanzado en cuanto a las relaciones sinalagmáticas y no camina por respuestas equivalentes. La idea de pena-retributiva y pena que surge de un contrato, es nada más que una forma de legitimación, un intento más bien, que todos sabemos inútil.

El problema es que evadiéndonos del límite formal de la retribución y de la “*pena justa*”, podríamos decir que el sistema de control se “derrama” de sus

<sup>(3)</sup> PAVARINI, MASSIMO, Los Confines de la Cárcel, Carlos Alvarez-Editor, 1995.

<sup>(4)</sup> FERNANDEZ, Gonzalo: “Crisis de la prisión y medidas alternativas”, L.J.U., Tomo CXI, pág. 137 y ss.

<sup>(5)</sup> ZAFFARONI, Eugenio: ob. cit.

<sup>(6)</sup> PAVARINI, Massimo, ob. cit. págs. 17 ss.

límites garantistas. El sistema tiende a expandirse, a invadir, se difunde bajo el principio de lograr el cambio del individuo y su adaptación a la sociedad. Es entonces la pena-correcional que se corresponde históricamente con la época del Estado de bienestar y decae con él. Hay pues, una explicación, un paradigma de la cárcel en cada momento histórico y dependiente de él. Algo así como que a cada época se le da la cárcel que pide o que necesita.

Sabemos que la cárcel no es justa sino selectiva, no educa sino que genera delincuencia y crea la reincidencia. Pero esto es un viejo saber. La gran paradoja, para utilizar esta palabra tan querida por Pavarini, es el porqué de su supervivencia y de su supervivencia estática. Quiero decir, se trata de un universo cerrado y petrificado, que se mantiene igual a sí mismo, sustentado, eso sí, por otro universo de carácter ideológico y que cumple importantes funciones simbólicas.

Este universo varía constantemente y tiene dimensiones proteicas. El ir y venir mientras los muros permanecen, es un problema que nos asombra y nos mueve a la reflexión. Como dice Fernández, en la obra cita supra<sup>(7)</sup> los juristas se encuentran virtualmente enredados en torno a la teoría de la sanción. Le hacen cumplir un rol legitimante, sirviéndole de soporte a todo el sistema, pero aún no saben a ciencia cierta cual es el porqué de la pena. Y nosotros nos preguntamos: ¿si este problema lo plantea el sustento legitimador de la pena, qué queda para sus formas de aplicación en la práctica?.

La imposición del modelo correccional se lleva a cabo más en las nuevas estrategias del control "en libertad" que en las de "privación de libertad". Pero como veremos, el rol del "control difuso" no reduce sino que potencia el uso cuantitativo de la cárcel.

¿Cuáles son entonces las razones de esa cárcel omnipresente?

El modelo correccional impuso medidas difusas de control mediante una práctica de políticas sociales que suponen como base una estructura que las fundamenta económicamente. Como ya vimos aparece con el Estado de Bienestar y con él va desapareciendo. Ante los recortes presupuestales crecientes a todo el entramado de sistemas de ayudas sociales, la cárcel va quedando desnuda de contenido pero siempre viva, ahora como forma de *prevención general y especial*. Se está nuevamente en la época del desencanto y porqué no, de la manifestación de la *postmodernidad* también en este ámbito.

El modelo correccional cae por inanición pero la cárcel sigue salva aunque no sana precisamente. Aparecen junto con las concepciones neo-liberales la cárcel

---

(7) FERNANDEZ, Gonzalo, Culpabilidad y teoría del delito, Montevideo, 1995.

como sistema de *prevención*<sup>(8)</sup>. Para los funcionalistas como Jakobs o Hirsch la pena se robustece cuando aparece como un instrumento para fundamentar la confianza en el Derecho. La pena proclama la vigencia de la expectativa desatendida poniendo el costo del conflicto a cargo de quién causó esa frustración general<sup>(9)</sup>. Estamos nuevamente en una época utilitaria en el sentido de que la pena vuelve a acrecer una “amarga necesidad”, dentro de una comunidad de “seres imperfectos”, como dice el Proyecto del Código Alternativo Alemán, mientras que también supone un ejercicio de autoconstatación del poder penal del Estado.

Como dijimos en el Sumario, son nuevos paradigmas que sólo siguen sustentando los viejos muros.

### III. PARADIGMAS NUEVOS Y OTRA VEZ LOS "VIEJOS MUROS". AUTONOMIA DEL REGIMEN PENITENCIARIO.

El Derecho Penitenciario es el que regula la vida de los reclusos dentro de la cárcel y fija el esquema normativo al que se debe ajustar a partir de la entrada del recluso en ella.

El Derecho Penitenciario puede considerarse integrando el Derecho Penal pero en este caso de una manera un poco vergonzante.

Todo el sistema uruguayo proviene de un principio de la Constitución de corte programático contenido en el 1er. Estatuto de 1830, ampliado en 1934 y reproducido en las posteriores. Contiene una prohibición: no mortificar y un procedimiento: asegurar, que se refiere tanto a asegurar al interno como a la sociedad. Plantea una clara ideología del tratamiento, propone la reeducación del procesado, penado y la profilaxis del delito. Todo el sistema se fundamenta y se orienta hacia la obtención de propósitos perfectamente definidos y filosóficamente coincidentes: la rehabilitación de los delincuentes y la defensa social.

En la práctica y a través de una vasta red disciplinaria se le imponen reglas estrictas que lo van disiciplinando, maniatando, hasta transformarlo en un ser que al decir de Fernández<sup>(10)</sup> no será nunca un buen ciudadano, sino un buen prisionero.

La Ley Penitenciaria N° 14.470 rige la ejecución de la pena y ha sido modificada en cuanto al régimen de Salidas Transitorias por la llamada “Ley de

---

(8) BARATTA, Alessandro: “Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal”, Poder y Control N° 0-1986, Barcelona, pág. 77 y ss.

(9) HIRSCH, Hans: “El desarrollo de la dogmática Penal después de Welzel”, en Estudios Jurídicos sobre Reforma del Derecho Penal (Compilado Miguel Polaino Navarrete), Córdoba, 1987, pág. 35.

(10) FERNANDEZ, Gonzalo: ob. cit.

Seguridad Ciudadana”. También el Código del Proceso Penal trata aunque muy de soslayo este tema. Como marco normativo tenemos las disposiciones y resoluciones de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos.

La Ley Penitenciaria establece un sistema progresivo y tiene como objetivo manifiesto corregir las diferencias entre la vida en libertad y la vida en prisión. Todos los objetivos, sustento ideológicos de la Ley están establecidos en el art. 1º. “lograr aptitud para el trabajo, readaptación social y prevención del delito”. Como vemos, nada nuevo.

El sujeto a quien se dirige está establecido en el art. 4º que nos habla del “recluso”, aclarando por tal el privado de libertad por ser penado o procesado por la justicia ordinaria<sup>(1)</sup>.

### ¿Quién vigila la ejecución de la pena?

Hasta hace muy poco tiempo la Ley Penitenciaria daba una intervención mínima al Juez de la causa que era el encargado “teóricamente” de vigilar el cumplimiento de la misma. En la Ley Penitenciaria están previstas sanciones disciplinarias muy duras y en ningún artículo se especifica la posibilidad de intervención de ningún tipo de autoridad jurisdiccional.

Parece tan clara aquí la expropiación no sólo del conflicto sino del propio ser humano que parece haber perdido junto con el goce del derecho a la libertad, el cúmulo de derechos que enaltece su condición de ser humano.

Lo mismo sucedía con las “salidas transitorias”. Eran una potestad administrativa de la cárcel que “a posteriori” de la resolución la hacía conocer al Juez de la causa quien recién entonces podría “suspender, prohibir o limitar la medida”.

Esta autonomía de la ejecución carcelaria instaaura una flexibilidad de la pena en función de valoraciones que atañen a la “persona” del condenado. Aquí vemos aparecer soluciones que tienen sus más diversos orígenes reales. Es lo que Grezzi<sup>(2)</sup> llama la “*cárcel real*”, cuyos muros son de ladrillo, en la cual conviven los que allí penan, trabajan o expresan sus teorías. Es una cárcel real que no se conoce. Que tiene un “adentro” y un “afuera”. Microcosmos que trata de ser ocultado por ladrillos, disimulado por teorías pero que palpita convulsivamente al ritmo de las “transas” para seguir viviendo.

---

<sup>(1)</sup> LANGON, Miguel: “Legislación Penitenciaria”, en Anales de las 3eras. Jornadas Uruguayas de Criminología, Instituto Nacional de Criminología, 1993.

<sup>(2)</sup> GREZZI, Ofelia: Prólogo a Pavarini, Los confines de la cárcel, pág. XII.

Esto implica que todo lo que sucede en los lugares físicos de la disciplina penal pueden también divergir profundamente no sólo de las ideas que tiene la gente sino los mismos operadores directamente involucrados en las instituciones de control<sup>(13)</sup>.

La prisión, lugar de ejecución de la pena, es, a la vez, lugar de observación de los individuos castigados. Es el lugar de vigilancia y observación y a los Magistrados, a los Equipos Técnicos se les otorga, por el poder administrativo, gran ojo vigilante, las parcelas que quiere dar, las que le sobran. Como vemos, las posteriores a los hechos, las imposibles por tardías o parciales.

En el Código del Proceso Penal, posterior a esta ley Penitenciaria, ya que empezó a regir en enero de 1981, se establecen pocas posibilidades de vigilancia para el Juez de la causa. El art. 316 del mencionado cuerpo normativo establece como cometidos de los Jueces de Ejecución: 1°) Vigilar los expedientes respectivos, hasta el término de la sujeción del penado. 2°) Concurrir por lo menos una vez al año al establecimiento donde aquel se halla recluso a los efectos establecidos en el artículo anterior, previa visita de los respectivos expedientes de todo lo cual se dejará constancia”. Se lo faculta a realizar inspecciones toda vez que lo considere oportuno. Partimos de una mínima intervención judicial en la etapa ejecutiva. Esta intervención es fundamentalmente en los expedientes, “en las causas”, más que de los condenados. Las inspecciones obligatorias y anuales carecen de total relevancia. Es evidente que una visita anual es una intervención mínima.

El Juez no ve la cárcel. Transita por ella un día especialmente esperado.

Sus “observaciones” son una crónica de una visita anunciada, demasiado esperada y, por ende, inoperante. La frustración queda del lado de los internos y también del lado de la Justicia que aparece claramente manipulada.

Las bases de la aplicación de los Derechos Humanos en la cárcel se encuentran en la disposición constitucional reiterada en el Código del Proceso Penal. En cumplimiento de lo dispuesto por los artículos precedentes, los Jueces procuraran que, en ningún caso las cárceles sirvan para mortificar, etc. De estos propósitos manifiestos ya hemos hablado.

La llamada “Ley de Seguridad ciudadana” en sus arts. 29, 30 y 31 que sustituyen las disposiciones correspondientes a los arts. 62, 63 y 64 de la Ley Penitenciaria, constituyen el logro de un objetivo al menos teórico, dándole al Juez el control de las salidas transitorias. Hasta la Ley 14.470 era en los hechos una potestad administrativa de la autoridad carcelaria.

---

(13) PAVARINI, Massimo, ob. cit., pág. 22.

La nueva Ley trató de dar al Juez de la causa, al que procesa, al que instruye, al que sentencia, también cierto control sobre la ejecución de la pena. Se estableció un sistema pautado por los plazos breves en el que se da intervención al recluso por sí mismo o a través de su Defensor, al equipo técnico y al Juez. La intervención judicial es aquí previa y no “a posteriori”, siendo evidente la voluntad de superar anteriores postergaciones. Podemos establecer así dos etapas :una de ellas previa al Juez que se complementaría con la etapa probatoria que comprende la presentación de la solicitud y 2°. el informe de la autoridad carcelaria previa consulta de los técnicos y un plazo máximo de 72 horas.

La segunda etapa es jurisdiccional y también tiene un breve plazo: cinco días en los cuales debe estar la devolución del Juez de la causa basada en los antecedentes, peritajes e informes que están en su poder. O también la posibilidad de una aprobación tácita.

Es apenas un pequeño paso que también debe ser mirado con especial atención si consideramos que muchas veces estos “aparentes” adelantos no hacen más que fortalecer la institución carcelaria. Nos llama a perplejidad esta característica del sistema carcelario: su permanencia a pesar de todos los procesos por humanizarlo. Es como si se nutriera de sus propias falencias y saliera cada vez más fortalecido del horror que causa y de las críticas e intentos para transformarlo<sup>(14)</sup>. Además, en los hechos este intento muy reciente (de principios de este mismo año), sólo ha mostrado dificultades para aplicarlo a la realidad. Se acrecientan las funciones del Juez pero el Poder Judicial sigue desabastecido técnica y económicamente. Los informes psicológicos y sociales no se pueden hacer en los plazos previstos y los jueces con esa actividad proteica, no llegan a conocer siquiera al ser humano de cuyo progreso e inserción en la sociedad se está tratando.

Lo que ha quedado claro con esta reforma es la necesidad de jurisdiccionalizar una actividad que la mala praxis y el escaso espacio legal hacía solo administrativo y por ende, carente de las mínimas garantías. Ahora las potestades del Juez llegan por lo menos a resolver “ex-ante” las salidas transitorias y, sobre todo, se ha visto la necesidad de dar a la actividad jurisdiccional poder decisorio. El otro paso será la creación del Juez de Vigilancia de la ejecución de la pena.

#### **IV. INTERVENCION EN EL SUB-SUELO DE LO JUDICIAL Y MAS**

A partir de la Ley 17.707 y en el art. 34 se crea una Comisión Honoraria de Notables con el cometido de asesorar al Poder Ejecutivo en todo lo relativo al

---

<sup>(14)</sup> MOSQUERA, Ana, “Modificaciones al régimen de salidas transitorias en la Ley de seguridad ciudadana”, en Rev. Fac. Derecho N° 9, enero-junio 1996, págs. 89 y ss.



mejoramiento del sistema carcelario. Esta Comisión tendrá entre otras finalidades las de “analizar la creación de los Jueces de Ejecución y Vigilancia en materia penal.

Esta Comisión que ya ha presentado su informe<sup>(15)</sup>, consideró esencial y urgente dotar a nuestra justicia de magistrados especializados, que se dediquen exclusivamente a la vigilancia del cumplimiento del régimen de reclusión, fiscalizando y supervisando que dentro de las cárceles se cumpla la Constitución, las leyes, las normas internacionales conformes no sólo a su letra, sino a su espíritu y a la realidad de su aplicación.

Se da también especial participación al Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados que debe ser fortalecido funcional y económicamente asignándole un papel de importancia en lo relacionado con el trabajo de los reclusos.

Estas recomendaciones programáticas van unidas al propósito de la mayoría de los operadores del sistema penal de que se apruebe un nuevo Código del Proceso penal donde se establezca un sistema acusatorio y con relación a las penas privativas de libertad, una limitación basada en el principio de oportunidad pasando a erradicar las penas cortas por delitos leves y ampliando el régimen de prevención sin prisión.

## **Antecedentes de Derecho Comparado**

### **Introducción del Juez de Vigilancia. Intromisiones permitidas.**

Desde John Locke en su “Tratado de Gobierno civil” (1690) y Montesquieu en su “Espíritu de las Leyes”, la teoría de la separación de poderes ha constituido el soporte fundamental en el que se basa el Estado de Derecho.

Junto a los Poderes Ejecutivo y Legislativo, el Judicial ordenaría las discusiones jurídicas entre particulares y constituiría un control efectivo de los gobernantes, para que actúen dentro de los límites del Derecho, aplicando el principio de legalidad. Radica en el Poder Judicial el poder jurisdiccional que abarca “definir el derecho, interpretarlo y ejecutarlo”. El poder de ejecutar lo juzgado es una función indisolublemente unida al de la jurisdicción y es un poder que reviste esencial importancia dentro del Derecho Penal. Es evidente que la sanción penal que el órgano jurisdiccional impone, no se ejecutará en modo alguno, ni se daría cabida a la propia función de juzgar, si no se aplicara por un Juez.

Nuestros proyectos se basan esencialmente en las disposiciones legales españolas. Pero éstas a su vez reconocen su origen en diversas disposiciones del Derecho Francés, Italiano y de la Unión Europea.

---

(15) Informe de la Comisión de Notables.

La Regla 56-2 del Consejo de Europa había abierto ya las puertas a la figura del Juez de Vigilancia señalando:

“El respeto de los derechos individuales de los reclusos en particular la legalidad de la ejecución de las penas debe estar asegurada por el control ejercido conforme a la reglamentación nacional, por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad legalmente habilitada para visitar a los reclusos y no perteneciente a la administración penitenciaria<sup>(16)</sup>.

Los arts. 68 y siguientes de la Ley Penitenciaria italiana y el art. 2 de la Ley 1097 del 22 de noviembre de 1978 del Código de Procedimiento Francés otorgan a la figura de este Magistrado facultades referentes al control del tratamiento de internos, medidas disciplinarias y sobre todo, control del principio de legalidad en la ejecución penitenciaria con facultades de limitación o reducción de penas, etc.

En el Derecho Español la figura del Juez de Vigilancia está prevista en el art. 76 a 78 de la Ley General Penitenciaria que establece “El Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento del los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse”. Del texto normativo se desprende que la voluntad del legislador es la atribución al Juez de Vigilancia de cuantas cuestiones puedan plantearse en la aplicación de las penas privativas de libertad, traspasando las funciones que antes corresponderían al Juez de la causa. Es considerado por la dogmática española como un punto decisivo y que está sometido a revisión constantemente y en crisis acentuada por infinidad de cambios y críticas. Son llamados “Jueces de Vigilancia Penitenciaria” y en realidad son jueces de Ejecución de penas ya que éste es su verdadero papel y función. Ya hemos visto que si a los jueces es a quien corresponde juzgar es evidente que también tienen la función de ejecutar lo juzgado. La Constitución Española ha querido que las dos facetas del enjuiciamiento juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sean competencia de los Juzgados y Tribunales (art. 117.3 de la Constitución Española), en garantía de los derechos de los reclusos.

La dogmática española considera al Juez de Vigilancia como una consecuencia directa de la verdadera independencia del Poder Judicial en un Estado de Derecho y del reconocimiento expreso de los derechos del interno y del establecimiento de garantías para su respeto y protección. Dentro de éstas es fundamental la de la posibilidad de ocurrir ante organismos jurisdiccionales.

---

<sup>(16)</sup> MARTINEZ ZATO, Juan José, *La intervención del Juez de Vigilancia Penitenciaria en el Ante-Proyecto de Código Penal*. Cursos del Centro de Estudios Judiciales, pág. 47.

### El Proyecto del Código del Proceso Penal

En el Libro III se prevé la etapa de Ejecución comprendiendo lo establecido por los arts. 291 a 295. Fue elaborado por un grupo de operadores de la Justicia Penal y Profesores de Derecho Procesal sobre la base de otros Proyectos, el Proyecto Piaggio y un Proyecto preparado por las penalistas Reta y Grezzi.

Otro Proyecto elaborado por cinco profesores nombrados por la Suprema Corte de Justicia que es conocido como el Proyecto Gelsi-Marabotto.

En este Proyecto se crea una judicatura de Ejecución y Vigilancia a la que se asignan amplios cometidos que tienen que ver con la forma y condiciones en que se cumplen las penas en los establecimientos carcelarios<sup>(17)</sup> con un relacionamiento más fluido y regular entre el penado o procesado y el sistema judicial. Se prevé la creación de dichos Juzgados a los que se les denomina Juzgados Letrados de Ejecución y hasta tanto no se sancione una Ley de Organización de los Tribunales Penales.

Este Proyecto sigue el modelo español cuya Ley Penitenciaria crea los Jueces de Vigilancia.

Estamos ante la necesidad de una estricta separación entre la actividad meramente administrativa que se cumple en las cárceles y la actividad jurisdiccional que debe penetrar en ellas. Por eso hablamos parafraseando a Dostoievsky de la introducción del Poder Judicial en el “sub-suelo”.

En este momento las cárceles uruguayas dependen del Ministerio del Interior lo que es un verdadero disparate. Antes dependían del Ministerio de Educación y Cultura y cabe concebir una hipótesis más creativa con una cárcel dependiendo del Poder Judicial y controlada por los operadores de éste.

El régimen progresivo establecido por nuestra Ley Penitenciaria no funciona en la práctica y las cárceles se han convertido en “verdaderos feudos”. Las recomendaciones de las Naciones Unidas, siendo “reglas mínimas” se han transformado en “aspiraciones máximas”.

Es evidente que la creación de los Jueces de Vigilancia exige antes que nada un cambio de mentalidad.

Muchas son las preguntas que nos podemos hacer con respecto a su función, y su naturaleza jurídica.

Con respecto a la *naturaleza jurídica*, tenemos que partir de la base de su origen y su esencia jurisdiccional. *El Juez de Vigilancia es un garante del principio*

---

<sup>(17)</sup> MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, La problemática actual del Juez de Vigilancia, pág. 252.

*de legalidad*. La tarea compleja, plural, y sin duda, difícil y complicada de los Jueces de Vigilancia y el hecho de compartir con la Administración algunas competencias (autorización de sanciones, otorgamiento de permisos), puede llevar a algunos a considerar una doble naturaleza: jurisdiccional y administrativa. Considero que son una rama especializada de la jurisdicción ordinaria siguiendo el principio de que la voluntad de los legisladores es judicializar una función que estando en vía administrativa se perdía de los fines garantistas.

Para Ruíz Vadillo<sup>(18)</sup> los Jueces de Vigilancia constituirían una prolongación de la jurisdicción penal y en cuanto protectores de los derechos de los internos, habrían venido a sustituir en este ámbito a la jurisdicción contencioso-administrativa. Esto que puede parecer teóricamente claro se complica cuando aparecen conflictos con la Administración carcelaria.

Un planteo importante es el de las competencias. Hasta ahora asistimos a una crisis del funcionamiento del sistema que no es responsabilidad del Juez sino del sistema.

El nuevo Juez de Vigilancia deberá suplir esas falencias. En primer lugar, deberá actuar dentro del ámbito carcelario pero no tener allí su oficina. Un Juez que "viva" en la cárcel será fácilmente mimetizado por los sistemas de control administrativos acostumbrados por otra parte a ser los "señores feudales" de ese tenebroso castillo. Pero tampoco puede alejarse mucho de ella porque los problemas se plantearán continuamente.

El tema de las competencias es objeto problemático incluso para el análisis de las legislaciones extranjeras. Hay todo un tema de sanciones disciplinarias que están establecidas por la Ley Penitenciaria y que evidentemente le conciernen como competencia. Pero también están las llamadas "sanciones de urgencia" o medidas previas a la averiguación de hechos de violencia o graves que se producen en la misma cárcel. Es evidente que hay medidas de super urgencia que serán tomadas por el Juez de vigilancia si en ese momento se encuentra presente y si no lo está van a tener que ser decididas en forma provisoria hasta que éste se presente. El Juez de Vigilancia tendrá una competencia de urgencia permanente por lo que se advierte la necesidad de que funcionen en un sistema de turnos. En los casos de sanciones disciplinarias serán los que entenderán en el Sumario que se instruirá.

Otro caso a plantear será el de la competencia de Alzada. Entendemos que podría ser en forma provisoria el Juez de la causa hasta tanto no se cree un Tribunal de Apelación de la Ejecución. Es evidente que la característica más necesaria a este

---

(18) RUIZ VADILLO, Enrique, Perfil del Juzgado de Vigilancia conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional.

Juez será la de poseer un "delicado equilibrio", equilibrio inestable pero equilibrio al fin entre los poderes que se moverán a su alrededor.

El equipo multidisciplinario deberá ser la base de apoyo de su actuación.

Otra figura fundamental será la actuación de un Abogado Defensor y un Fiscal también especializado.

Las disposiciones que concretamente se refieren al Juez de Vigilancia están establecidas en el Libro III del Proyecto con el acápite: "Etapa de Ejecución". Está prevista en los arts. 294 y siguientes del C. del Proceso Penal (Proyecto).

Es evidente que se tiene que tratar de un Juez especializado.

En el Derecho Comparado se habla no sólo de conocimientos legales sino también especializaciones en Criminología, Psicología. Se le exigirá una especial dedicación ya que su función implica requerimientos constantes y urgentes.

Hay competencias asignadas fundamentales como la de "salvaguardar los derechos de los internos que cumplan penas o medidas de seguridad y dar cuenta de los abusos y desviaciones".

Este aspecto lo presenta como garante nada menos que de los derechos fundamentales de los reclusos.

Cuando se habla de "desviaciones y abusos" debemos ubicarnos dentro de las prácticas administrativas de nuestras cárceles que están a cargo del Ministerio del Interior. La presencia de "lo judicial", es la presencia de un ente testigo y garantizador contra desmanes y excesos.

Esta disposición es el fundamento teórico del nuevo organismo, que se perfila como un nuevo paradigma de nuestra institución carcelaria.

Con respecto a las competencias puntuales, resultan establecidas en siete incisos.

Dentro de estas competencias es fundamental destacar un grupo que se refiere a la vida diaria del Establecimiento y están previstas en los incisos 2, 4, 5, 7, y 8. En ellos aparece el Juez de vigilancia resolviendo las sanciones, y recibiendo en forma simétrica las peticiones de los reclusos.

Una disposición que no creemos conveniente es la de asignar a la Administración de la cárcel las sanciones inferiores a 10 días. Toda sanción deberá ser resuelta por el Juez de Vigilancia. Sólo las urgentísimas podrán ser resueltas por el Director de cárceles y con la posibilidad de ser revisadas por el Juez.

Con respecto a las peticiones de los reclusos en cuanto afecten los Derechos Fundamentales sea con relación al régimen penitenciario en sí o al tratamiento que se les dispense, deberá ser resuelto por el Juez de Vigilancia.

También está prevista su intervención en cuanto a los traslados de cárceles y las internaciones hospitalarias.

El tema de los traslados comprometen toda la situación del recluso. En el Derecho comparado se han planteado muchas situaciones problemáticas a este respecto. Es necesario oír la opinión del propio recluso y la situación familiar deberá ser especialmente atendible.

Con respecto al sistema progresivo que actualmente no se cumple en forma deseable es necesario que todas las etapas sean resueltas por el Juez.

Con respecto a la competencia establecida en el inc. 5° ya nos referimos a ella y está especialmente prevista en consideración a la importancia de las salidas transitorias como forma o etapa primordial del régimen progresivo, como salida extramuros, con lo que significa y por ser la única potestad concreta de vigilancia establecida hasta ahora expresamente en nuestro Derecho Positivo. Al respecto es importante consignar la opinión del Ministro del Tribunal de Apelaciones en lo Penal Dr. Dardo Preza quien en una conferencia dictada en la Universidad Católica defiende la posibilidad de creación de Jueces de Vigilancia aún antes de la aprobación de un Código del Procedimiento Penal.

Por último hay sentencias españolas de los Tribunales Constitucionales que consideran que el Principio de Legalidad y la garantía de la interdicción de la arbitrariedad es el Juez de Vigilancia.

En dichas sentencias se considera a los Juzgados de Vigilancia como piezas claves del sistema penitenciario.

## **V. PROYECTOS EN EL URUGUAY: INCURSIONES DE HUMANIDAD CON DESTINO INCIERTO.**

### **Las demandas de los internos. Los modelos autogestionarios de breve vida y el perfil del Juez de Vigilancia. ¿Una utopía?**

Hubo y esperamos sigan existiendo movimientos de renovación de lo carcelario que surjan “intramuros”. Porque lo burocrático es una realidad gravitante y que puede arrastrar al Juez de Vigilancia.

A fines de 1985 con la caída del régimen de facto, en el Uruguay, se creó una Comisión Nacional de Presos Sociales que dirigió a las autoridades un documento que tituló “Introducción a una Reforma Penitenciaria”, bajo el lema “Humanización

de las cárceles” y donde afirman de manera directa: “no es lo mismo limpiar un corredor por el peculio que hacerlo porque se sabe que viene la familia de la calle”. Es un llamado a la realidad hecho desde el sub-suelo y que nos alerta del cansancio de los discursos re-legitimadores. Este es el tipo de reclamos que recibirá el Juez de Vigilancia. Necesitará mucha independencia interna para moverse entre el autoritarismo y la Justicia como medida de lo que hace digno al hombre.

También en la Cárcel de Mujeres de Montevideo conocida como “Cárcel de Cabildo” se elaboró un proyecto de régimen autogestionario que lamentablemente cayó ante una situación puntual que fue utilizada para frenar el impulso de un cambio que se estaba dando en la realidad. Las reclusas funcionaban por asambleas, con delegadas de sector y planteaban así sus necesidades. Como estas internas tienen a los hijos pequeños consigo el tema de la educación de los niños, el acompañamiento a la escuela y el trato con las maestras se hacía en forma directa. Así participaban en la vida de los hijos sin necesidad de intermediaciones.

En todos estos casos el paradigma de la autogestión en tanto intento por descubrir las potencialidades del hombre se abre como un posible camino hacia el crecimiento del interno.

Un crecimiento no hacia la dependencia y la disciplina sino hacia el reencuentro con sus semejantes y en la construcción de su propia historia.

Hablamos de la “utopía” refiriéndonos a las posibilidades que todos estos intentos lanzan a la realidad buscando cambios.

Los modelos cambian constantemente y encuentran en los fracasos un motor para volver al reencuentro con las necesidades de humanización.

Todas las instancias recorridas deberán ser aprovechadas. En el ejemplo de la Cárcel de Mujeres los objetivos de educación, mantención del trabajo, continuación de los estudios, son objetivos dignos. Ayer plantearon una posibilidad de futuro.

Aunque hoy aparezca una situación en crisis, la esperanza en el hombre y en sus potencialidad será la respuesta.

