

LA FIGURA DEL JUEZ DE EJECUCIÓN PENAL EN LATINOAMÉRICA¹.

(La influencia de las ideas del Prof. Dr. Julio B.J. Maier en el marco del proceso de reforma del sistema de enjuiciamiento penal en Latinoamérica).

I. Introducción. Objetivo del trabajo.

Julio Maier no es sólo el titular de la cátedra de Derecho Penal y Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en la que trabajo. Apenas obtenido mi título de grado en la Universidad, tuve el privilegio de colaborar en el programa de reforma de la justicia penal argentina encarado por el primer gobierno constitucional luego de la dictadura militar culminada en el año 1983 y, con posterioridad, en los procesos de reforma de la justicia penal de diversos países latinoamericanos en los que él y el grupo de gente que formó, tuvo especial participación².

Además, tuve la suerte de ser su "socio" durante siete años mezclando, en largas jornadas, la actividad académica y el ejercicio de la profesión de abogado compartiendo éxitos y fracasos, ilusiones y decepciones de la difícil función de ejercer la abogacía en materia penal en la República Argentina. Sus enseñanzas y sus ejemplos en el ejercicio profesional están presentes como un modelo en mi actividad profesional como abogado.

Pero, fundamentalmente, Julio, con sus virtudes y defectos, con sus razones y sinrazones, con nuestras diferencias de opinión sobre muchos aspectos de la vida, es un "amigo" entrañable que, afortunadamente, la vida puso en mi camino. Con él he compartido alegrías y tristezas, momentos que quedarán para siempre en mi recuerdo. Muchas de sus ideas y consejos personales los comienzo a entender con el paso de los años

¹ Cabe aclarar, a los fines de delimitar correctamente el tema de esta contribución, que me limitaré a analizar la cuestión sólo en lo que respecta a la relación del juez de ejecución con el encierro carcelario dejando de lado el análisis del resto de las funciones que los textos normativos le asignan a estos jueces (control de penas alternativas, suspensión del proceso a prueba, ejecución de medidas de seguridad, etc.).

² La reforma del sistema penal fue uno de los problemas afrontados a nivel regional con el advenimiento de la democracia. Este proceso de reforma, que se centro en un comienzo principalmente en la reforma de los sistemas procesales con la pretensión de abandonar los sistemas inquisitivos imperantes en la región desde la época colonial, aún está inconcluso y, en algunos casos, se advierten retrocesos importantes. Sobre el proceso de reforma de la justicia penal en Latinoamérica, cf. especialmente, AAVV, *Reformas Procesales en América Latina*; Binder A y Obando J, *De Las Repúblicas Aéreas al Estado de Derecho*; AAVV, *Las reformas procesales penales en América Latina*; Salt, *La Reforma de la Justicia Penal en Latinoamérica. Balance y Perspectivas*, conferencia brindada en Londres en las Jornadas *Judicial reform in Latin America*, Institute of Latin American Studies, University of London, 1999

y espero que algún día, con mayor amplitud de criterio, el también pueda comprender algunas de mis decisiones personales.

La elección del tema de este trabajo no es casual. Antes bien, existen razones afectivas y académicas. Mi inclinación al estudio del derecho penitenciario y de las consecuencias jurídicas del delito se acentúa en las épocas del proyecto de reforma penal de la Argentina en el que se me encomienda, como una de mis funciones, el estudio de la cuestión.

La denominada "judicialización" de la ejecución penal como principio y la creación de órganos judiciales específicos para el control judicial del ámbito carcelario forman parte de los objetivos planteados por el movimiento de reforma procesal penal que se inicia con el advenimiento de la democracia en la región³.

Mi objetivo en este trabajo es analizar críticamente las ideas de Julio Maier sobre esta cuestión, plasmadas especialmente en los textos normativos por él proyectados, y analizar también cómo ha sido resuelta la cuestión en los textos normativos de los distintos países latinoamericanos originados en el proceso de reforma regional de los sistemas de enjuiciamiento penal al que hice referencia.

Muchas de las cuestiones que voy a plantear fueron objeto de reflexión y discusión con Julio durante los años en los que tenía la oportunidad de tratar diariamente con él. Reconozco que llevo en este trabajo "escrito" una ventaja sobre él, ya que tendré la oportunidad de exponer nuestros puntos de desacuerdo sin que me pueda contestar y contra argumentar, lo cual, en el caso de Julio Maier, no es sencillo de lograr.

Es importante explicar al lector de qué fuentes extraigo las ideas de Julio Maier a las que voy a hacer referencia en los puntos siguientes.

Maier no dedicó ningún trabajo académico especial a analizar el tema, sin perjuicio de los capítulos referidos a la cuestión en sus dos obras académicas principales, *La Ordenanza*

³ En realidad se trataba más de una preocupación general sobre la irracionalidad del uso de la cárcel como herramienta de política criminal que aún subsiste hoy en los teóricos del derecho penal a nivel mundial y, de manera especial, en la región en donde la crisis carcelaria se hace más evidente. La incorporación del principio de judicialización de la ejecución en los procesos de reforma se enmarcaba en esta preocupación general como una forma de paliar sus consecuencias. La importancia que se le daba al tema como eje de la reforma procesal queda de manifiesto en las distintas exposiciones de motivos de los proyectos normativos elaborados.

Procesal Penal Alemana. Su comentario con los sistemas de enjuiciamiento penal argentinos⁴ y el Tratado de Derecho Procesal Penal.

Para analizar sus ideas voy a tomar como base estos dos trabajos académicos pero, fundamentalmente, los textos normativos por él proyectados, aplicación práctica de sus ideas, que incidieron de manera determinante en la reforma procesal de Latinoamérica. Especialmente, el Código Procesal Modelo para Iberoamérica⁵, el Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación de 1986 junto al Proyecto de Ley Orgánica que lo complementaba y, más recientemente, el Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut⁶.

Los dos primeros textos normativos representan las ideas de Julio Maier en los inicios del proceso de reforma procesal, el tercer texto normativo, más reciente, presenta cambios de interés respecto a los proyectos anteriores, especialmente en lo que respecta a la organización de los órganos encargados de la ejecución penal.

II. La judicialización de la ejecución penal como derivación del principio de legalidad penal.

El principio de legalidad penal, en lo que se refiere a la definición de las consecuencias jurídicas del delito, exige que la sanción penal esté prevista en un texto legal antes de la comisión del hecho delictivo. Tal como he sostenido en trabajos anteriores⁷, entiendo que esta exigencia constitucional no se cumple con la

⁴ Se trata de la tesis doctoral presentada por el Dr. Julio Maier en la Universidad Nacional de Córdoba. Cf. Maier J, *La Ordenanza Procesal Penal Alemana*, volumen II.

⁵ El Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica fue presentado el 25 de mayo de 1988 por los Profesores Jaime Bernal Cuellar, Fernando De la Rúa, Ada Pellegrini Grinover y Julio B. J. Maier, luego de un largo proceso de trabajo y discusión que se inicia con la idea lanzada por Don Niceto Alcalá Zamora y Castillo como presidente del Instituto iberoamericano de Derecho Procesal de plasmar en un "código tipo" las ideas centrales de los juristas que se dedicaban al Derecho procesal Penal que permitieran a los países legislar adaptando el modelo propuesto a las necesidades de cada país. Importantes procesalistas de la talla de Alfredo Velez Mariconde, Jorge A. Clariá Olmedo y Victor Fairen Guillen, entre otros, participaron de esta empresa en diversas Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Julio Maier y Ada Pellegrini Grinover tomaron la responsabilidad de su finalización con la colaboración de Alberto Binder quien, posteriormente, se convirtió en uno de los actores más importantes del proceso de reforma procesal penal en la región. Maier, fue el principal artífice de esta última versión. Cf. *Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica*, publicación del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Penal, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989. En esta publicación, junto al texto normativo, se reseña la historia y los antecedentes de su redacción. Sobre la influencia del Modelo en la reforma procesal penal de los países latinoamericanos, cf. Pellegrini Grinover, *O Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América 10 anos depois*, Publicado en Nueva Doctrina Penal, pág. 707.

⁶ Ley de la Provincia de Chubut nro. 4566.

⁷ Cf. especialmente, SALT, *los Derechos Fundamentales de los reclusos. España y Argentina*, págs. 199 y 223.

determinación legal del "tipo de pena" que corresponde a cada conducta tipificada como ilícita (en el caso de la República Argentina, reclusión o prisión, medidas privativas de la libertad previstas en el Código Penal – CP, arts. 5 y 6^o) y su quantum, requisitos cubiertos generalmente por las normas de los códigos penales (por ejemplo, prisión de dos a seis años), sino que, antes bien, deben estar reguladas "legalmente" (y no a través de reglamentos del Poder ejecutivo) las características "cualitativas" de la pena y sus posibles modificaciones⁸. Esto significa que la ejecución de las penas debe cumplirse de acuerdo a lo previsto normativamente antes de la comisión del hecho ilícito (garantía de legalidad ejecutiva). Conforme a ello, una norma legal debe definir, concretamente, el alcance de la coerción que implica cada pena (por ejemplo, qué significa, en cuanto a limitación de derechos, la pena de "prisión"), las condiciones cualitativas de su cumplimiento y las posibilidades de "modificación" de ellas durante la ejecución¹⁰. En la mayoría de los países este requisito se cumple a través de leyes especiales denominadas de ejecución o penitenciarias conforme a la autonomía científica y normativa alcanzada por esta rama del derecho¹¹.

⁸ Dejo de la do aquí la discusión sobre la vigencia de la diferenciación entre prisión y reclusión en el sistema actual, cf. sobre el particular, Zaffaroni, E, *tratado de Derecho Pena*, pág. 895

⁹ En el mismo sentido, aunque no comparto todas sus conclusiones, Cf. los siguientes párrafos del trabajo de Borja Mapelli Caffarena: "...La irretroactividad es una garantía asociada en primer lugar al principio de legalidad y a la seguridad jurídica, pero también a la función motivadora de las normas..." "...De las exigencias de garantía nace el derecho de los ciudadanos a saber cual es la pena que le corresponde a la acción tipificada en la norma penal como delito o falta, el derecho del ciudadano a conocer con certeza cuál es la forma en que se van a aplicar las penas, a saber, en definitiva, en qué se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuesta..." "...La amenaza penal, que aspira a la motivación de las conductas de las personas en una sociedad, no es sólo de una pena en abstracto, sino también cuentan las circunstancias de su cumplimiento. La ley informa a las personas que la comisión de un determinado delito está castigado con una pena de prisión que por su gravedad podrá ejecutarse en uno u otro establecimiento y con posibilidades de acceder a unos u otros beneficios penitenciarios. La forma de cumplimiento contiene en no pocas ocasiones más carga aflictiva que la duración temporal, no tendría sentido que redujéramos, pues, el concepto de sustantividad a la duración, sin abarcar la forma de ejecución". Mapelli Caffarena, Broja, *Nuovi Sviluppi giurisprudenziali sui diritti delle persone private della libertà in ambiyo europeo*.

¹⁰ Recientemente (9 de marzo del año 2004), la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó un fallo con importantes consideraciones en relación al principio de legalidad durante la ejecución y del que es posible extraer importantes consecuencias sobre el significado del principio de judicialización como derivación del principio de legalidad: "16) Que uno de los principios que adquiere especial hábito dentro de las prisiones es el de legalidad, ello por cuanto la manera en que las autoridades penitenciarias le dan contenido concreto al cumplimiento de la pena dispuesta por la autoridad judicial y sus sucesivas alteraciones, pueden implicar una modificación sustancial de la condena, y por lo tanto queda a resguardo de aquella garantía..." Considerando 16 del fallo R 230, XXXIV "Romero Cachirane, Hugo Alberto s/ejecución penal – CSJN-. Cf. para el análisis del fallo y su relación con los principios de legalidad y judicialización, Alderete Lobos, Rubén, *La Judicialización y el principio de legalidad en la etapa de ejecución penal*

¹¹ De allí que he afirmado que los países de Latinoamérica que no cumplen con este requisito y dejan librado a la regulación de reglamentos de la administración la determinación de las condiciones cualitativas del

“penas relativamente indeterminadas”, con sistemas de ejecución que prevén la posibilidad de importantes variaciones cualitativas en la forma de cumplimiento que se deciden durante la etapa procesal de ejecución. Estas posibilidades previstas en la ley material de modificar la pena ha tornado mucho más importante aún la atención sobre esta etapa del proceso penal¹⁶. Según entiendo, es posible afirmar que desde una perspectiva de política criminal ha habido un traslado importante del proceso de determinación de la pena de la etapa de conocimiento a la etapa procesal de ejecución.

Julio Maier es sin duda “pionero” en la introducción del tema en los modernos códigos latinoamericanos, tanto de la figura del juez de ejecución como órgano específico que se haga cargo de este tipo de decisiones como de la regulación de normas procesales que desarrollen el principio de judicialización en los códigos procesales. Sin embargo, entiendo que no llegó a comprender toda la importancia del tema, fundamentalmente por perder de vista, al momento de redactar las normas procesales referidas a la etapa de ejecución, la relación del tema procesal con la tendencia de la moderna legislación penitenciaria (regulación de fondo) que significó un traslado de cuestiones trascendentales del proceso de determinación de la pena a la etapa de ejecución¹⁷. Ello le lleva a afirmar, según entiendo erradamente, que: *“El procedimiento de ejecución de penas y medidas de seguridad y corrección no tiene demasiada importancia desde el punto de vista del Derecho Procesal Penal, como si lo tiene, comparativamente, desde el punto de vista criminológico o desde el ángulo de visión de la ejecución pena...”*, agregando posteriormente que: *“...No obstante, desde el punto de vista procesal, el procedimiento de ejecución de penas, que hoy prevé cierto carácter contradictorio y judicial, nunca alcanzará el desarrollo del proceso de conocimiento”*.

En este aspecto me permito disentir con Julio Maier. El señala acertadamente la función del Derecho Procesal Penal como derecho de realización del Derecho Penal,

¹⁶ “...según fueron consolidándose las expectativas preventivo especiales comenzaron a surgir modelos de ejecución alternativos que significaron un cambio sustancial en el contenido de la pena. Esta poliedricidad exige un incremento de un control imparcial e independiente”. Cf. Mapelli Caffarena, Borja, *La judicialización penitenciaria, un proceso inconcluso*, pág. 280.

¹⁷ La relación entre la regulación procesal que Maier proponía en el Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación argentina en 1986 con la legislación penal de fondo y los problemas propios de su falta de coordinación eran ya advertidos por Máximo Pavarini cuando es invitado a analizar esta parte del proyecto. Cf. Pavarini M, *Giuridizionalizzazione dell'Esecuzione Penale E Galantismo (Alcune Osservazioni Critiche sul Progetto Procesal Penal de la Nación)*.

como procedimiento mediante el cual se verifica, determina y realiza la pretensión penal estatal definida por el Derecho Penal¹⁸. Al mismo tiempo, en su obra describe acertadamente la vinculación entre el Derecho Procesal Penal y el Derecho Penal y advierte sobre la ampliación del contenido del proceso penal más allá de los límites del proceso de conocimiento: “...en tanto la ley penal requiere decisiones jurisdiccionales para fijar, suspender, transformar o hacer cesar la ejecución penal..., el Derecho Procesal Penal debe prever el tribunal competente para ello, el procedimiento para lograr la decisión, la clase y forma de la decisión y la posibilidad eventual de su impugnación...”¹⁹. Sin embargo, no advierte la importancia de la idea que él mismo insinúa y, por ello, su análisis teórico y su desarrollo en la práctica normativa, si bien constituye un avance en la normativa procesal de la región, queda a mitad de camino.

Esta es, según creo, también una de las falencias del proceso de reforma procesal en los países de la región en lo que respecta a la recepción de la idea del principio de “judicialización” de la ejecución penal, objetivo pretendido, por lo menos desde el discurso de las exposiciones de motivos. La cuestión de la etapa procesal de la ejecución fue tratada con escasa preocupación, quedó “perdida” entre otros temas que fueron considerados los ejes fundamentales de la reforma procesal (fundamentalmente, la investigación a cargo del Ministerio Público, el juicio oral y público –en algunos casos el debate por la participación de los ciudadanos en las decisiones judiciales, jurados clásicos o escabinados-, la aplicación de criterios de oportunidad abandonando la rigidez del principio de legalidad procesal) en la búsqueda de superar los vicios del sistema inquisitivo arraigados en nuestros sistemas procesales totalmente anacrónicos²⁰.

En un sentido contrario al expresado por Maier en su tratado, entiendo que la extensión del proceso penal a la etapa de ejecución con todos sus principios y garantías es un requisito necesario para la adecuación del proceso a las características de un

¹⁸ Cf. Maier, J.B.J., *Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos*, Pág. 85.

¹⁹ Cf. Maier, J.B.J., *Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos*, Pág. 81.

²⁰ Lo cierto es que la discusión sobre los temas propios de la definición de estas cuestiones fundamentales del sistema procesal dejaron relegada la discusión de la etapa procesal de ejecución. Como veremos en los puntos siguientes, la mayoría de los códigos procesales fruto del movimiento de reforma en Latinoamérica, siguiendo los lineamientos propuestos por el Código Modelo, introdujeron la figura del juez de ejecución o juez de vigilancia pero no se logró la concreción del objetivo de “judicializar” la ejecución en el sentido de asegurar la vigencia de las garantías del proceso penal en la etapa de ejecución. Se produjo un incremento de las funciones judiciales en detrimento de las facultades de la administración en un proceso que podemos caracterizar como inconcluso, aunque se advierte una tendencia positiva en este camino.

*debido proceso*²¹ y, lejos de ser un aspecto secundario, requiere de urgente desarrollo normativo, doctrinario y jurisprudencial²². Más aún, de mantenerse la tendencia en la ley de fondo de profundizar las posibilidades de modificar las condiciones de cumplimiento de la pena privativa de la libertad durante la etapa de ejecución conforme a criterios fácticos y jurídicos cada vez más complejos, considero que esta etapa procesal adquirirá mayor trascendencia²³. A la misma conclusión conduce la tendencia a buscar mecanismos de solución del conflicto penal distintos al encierro carcelario con consecuencias también en la etapa de ejecución penal.

La prueba más evidente de ello es la tendencia a acentuar el proceso contradictorio en la etapa procesal de ejecución y las modificaciones que en ese sentido se advierten en algunos de los códigos más modernos de la región, cuestión a la que haré referencia en el punto que sigue²⁴.

III. Los incidentes de la etapa de ejecución. Principales cuestiones procesales y su resolución en los códigos latinoamericanos:

A. Trámite de los incidentes de la etapa procesal de ejecución

El Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, de gran influencia en la legislación procesal de los países de la región, introduce de manera precursora la idea de la creación de un juez especial para hacerse cargo de los incidentes de ejecución y, de manera general, del control judicial del ámbito carcelario²⁵. Es claro que el modelo pone, aún sin

²¹ En el sentido que Maier le da al concepto de debido proceso, como juicio justo, aquello que cultural y jurídicamente constituye hoy un juicio justo. Cf. Maier, J., *Derecho Procesal Penal, Tomo II. Parte General*, pág. 10.

²² De interés en este sentido resulta el fallo reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Romero Cacharane, Hugo alberto s/ejecución penal" antes citado.

²³ En este sentido, cf. Pavarini Máximo: "...*Da questa nuova concezione della pena deve discendere una diversa fisionomia processuale della fase ejecutiva: lo Scambio penitenciaro che, a partire della metà degli anni 70, caratterizzerà la fase ejecutiva della pena nel nostro ordinamento, deve trovare proprio nel momento processuale della giudiziabilità dei termini su cui si costruisce la flessibilità della stessa in fase ejecutiva...*", Pavarini, Máximo, *Lo Scambio Penitenciaro. Manifesto e latente nella flessibilità della pena in fase ejecutiva*, pág. 292. sobre las recientes resoluciones de la Corte Constitucional italiana, Cf. Ruotoio, Marco, *Derecho de los detenidos y constitución*, pag. 267 y ss. Sobre los cambios en el sistema alemán, cf. Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, pág. 502 y ss.

²⁴ Cf. sobre el particular, Pavarini Máximo *Lo Scambio Penitenciaro. Manifesto e latente nella flessibilità della pena in fase ejecutiva*, pág. 296; Salo de Carvalho, *Da Necessidade de Efetivacao do sistema Acusatorio no Processo de Execucao Penal*, pág. 487 *Critica a Execucao Pena.I*

²⁵ Así surge claramente de diversos párrafos de la exposición de motivos: "... la innovación más importante consiste en el control judicial efectivo sobre la ejecución de penas privativas de libertad y en la creación de un tribunal específico para ello..." "...Procesalmente hablando, este tribunal comenzará su labor al quedar

señalarlo de manera expresa, en cabeza de este nuevo órgano judicial un ámbito funcional doble. Por un lado las decisiones judiciales propias de la determinación de la pena durante la ejecución y, por el otro, el control judicial general del sistema carcelario con una gran preocupación por la protección del cumplimiento de las garantías individuales y la evitación de las torturas y los tratos inhumanos o degradantes. De allí, que el modelo prevea de manera poco clara la competencia de este nuevo tribunal para entender en las cuestiones propias de la relación del preso preventivo con el sistema carcelario, aunque, paradójicamente, lo haga en las normas referidas a la ejecución de la pena.

En lo que respecta al trámite procesal de los incidentes, el Código Modelo, prevé un trámite sencillo. De acuerdo al art. 391 el condenado o su defensor y el ministerio público pueden plantear el incidente referido a la ejecución o extinción de la pena que serán resueltos por el tribunal de ejecución inmediatamente, previa vista a los demás intervinientes. El artículo prevé también la posibilidad de una investigación sumaria previa a la decisión en los casos en que sea necesario incorporar prueba y la realización de una audiencia oral en los casos de libertad anticipada y rehabilitación y cuando por la importancia del tema el tribunal lo considere necesario²⁶. De acuerdo a esta propuesta normativa, contra la resolución dictada en estos incidentes sólo procede el recurso de casación, cuestión criticable que analizaremos en el punto siguiente.

La norma citada fue tomada de manera textual en el Proyecto de Código Procesal de 1986 redactado por Maier para la Argentina (art. 391) e influyó en la redacción de la mayoría de los códigos procesales sancionados con posterioridad en la región, incluso en el Código Procesal Penal de la Nación sancionado en la República Argentina en el año 1991

ejecutoriada la sentencia y se ocupará de todos los incidentes jurídicos que suscita la ejecución de la pena, en especial la pena privativa de la libertad..." "...Pero, además, es importante destacar que el Tribunal de Ejecución tendrá también a su cargo, sin perjuicio de la función administrativa que supone la ejecución de esta pena, el control general sobre su realización práctica..." "...incluso en el ámbito de las medidas de coerción procesal...". Es claro de la lectura de la exposición de motivos que se está pensando más en la creación de una nueva figura judicial con múltiples funciones de características diferentes – están mezcladas las funciones de decisión jurisdiccional sobre las modificaciones de la pena con el control de la vigencia de las garantías, incluso en lo que se refiere a los procedidos) más que en el principio de judicialización en sí como extensión de las garantías procesales a la etapa de ejecución. Cf. *Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica*, pags. 32 y 33.

²⁶ Es clara la influencia en la redacción de esta norma del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba del año 1939, instrumentada en realidad para un sistema en el que el control judicial de la ejecución estaba a cargo del tribunal oral que dictó la sentencia, lo que llevó a errores, especialmente en lo que respecta al recurso previsto frente a las decisiones de los incidentes, cuestión a la que haré referencia en el punto siguiente.

del que Maier no participó y, antes bien, se opuso, por constituir un modelo procesal "atrasado", en relación al estado de la ciencia procesal en el momento en que fue sancionado²⁷. Sin embargo, en las normas de los Códigos procesales penales latinoamericanos inspiradas en la propuesta del Código Modelo, que mantienen en lo básico su estructura, se advierten modificaciones de importancia especialmente en relación a la participación de la víctima y la regulación de los recursos contra las decisiones de la etapa de ejecución²⁸.

Uno de los principales aciertos del Código Modelo sobre esta materia es regular con claridad la extensión del derecho de defensa a la etapa de ejecución penal con todas sus implicancias. El art. 388 prevé:

"Defensa. El condenado podrá ejercer, durante la ejecución de la pena, todos los derechos y las facultades que las leyes penales, penitenciarias y los reglamentos le

²⁷ Se trata del denominado código Levene, fruto de mezquindades políticas que dejaron de lado una propuesta superior técnicamente, cuestión que hoy todavía sufrimos y que fue superada por los Códigos procesales penales sancionadas en algunas provincias argentinas y que hoy nos enfrenta a la necesidad urgente de modificar el Código Procesal Penal de la Nación. Cf. Pastor, D, *Código Levene: ¿nacerá viejo y caduco? Y AA.VV, El nuevo Código Procesal penal de la Nación. Análisis crítico.*

²⁸ La norma es tomada de manera casi textual por el Código Procesal Penal de la República de Guatemala sancionado el 7 de diciembre de 1992 (art. 495); el Código Procesal Penal de El Salvador sancionado el 4 de diciembre de 1996 prevé un incidente similar aunque no regula la posibilidad de audiencia oral ni de recurso contra la decisión del juez de ejecución, cuestiones que si fueron previstas en la Ley Penitenciaria, Decreto 1027, (art. 46) – sancionada sobre la base de un anteproyecto elaborado por Daniel González y Marcos Salt en el año 1993- ; Una redacción parecida se observa en el Código Procesal Penal de Costa Rica sancionado el 4 de junio de 1996, aunque prevé la participación del querellante en el incidente de ejecución, cuestión que abordaré de manera especial posteriormente; En el caso del Código Procesal Penal de Chile, sin perjuicio de que de trata de un Código moderno inspirado en el movimiento reformista, se advierte un notable atraso sobre la cuestión ya que no se prevé la figura del juez de ejecución ni normas que regulen de manera adecuada la tramitación de los incidentes de la etapa de ejecución dejando al descubierto el atraso de este país sobre la materia; En el caso del Código Procesal Penal de Paraguay sancionado el 8 de julio de 1998 el art. 495 regula un incidente similar al del Código Modelo aunque introduce también la participación de la víctima como sujeto procesal del incidente; El Código de Procedimiento Penal de Bolivia sancionado el 25 de marzo de 1999 prevé también la creación del juez de ejecución y un incidente de ejecución con la particularidad de que establece la necesidad de la realización de una audiencia oral en todos los incidentes; el Código Procesal de Honduras sancionado el 30 de diciembre de 1999 prevé también la figura del juez de ejecución y un trámite incidental similar al propuesto en el Código Modelo previendo siempre la realización de una audiencia oral y la participación facultativa de la víctima en el incidente de ejecución; el Código Procesal de Nicaragua sancionado el 18 de diciembre del año 2001 también prevé la creación de la figura del juez de ejecución y un incidente (art. 404) similar al propuesto por Maier en el Código Modelo aunque a diferencia de este modelo también prevé la participación del querellante en el incidente. A mi entender resulta defectuosa la regulación normativa del proyecto de CPP de la Nación preparado por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Proyecto que ha tomado estado parlamentario con la presentación de las diputadas Margarita Stolbizer, Marcela Rodríguez y María del Carmen Falbo – 2589-D-04). Llamativamente, los objetivos planteados en la exposición de motivos no se ven plasmados adecuadamente en el articulado del proyecto por errores de técnica legislativa. Así no queda claro el trámite de los incidentes, las facultades derivadas del derecho de defensa y la vía recursiva frente a las decisiones del juez de ejecución.

otorgan, planteando ante el tribunal de ejecución todas las observaciones que, con fundamento en aquellas reglas, estime convenientes.

Tendrá derecho a la defensa técnica y continuará ejerciéndola el defensor nombrado con anterioridad. Sin embargo, el defensor de confianza designado con anterioridad podrá renunciar al cargo y, en tal sentido no regirán las sanciones previstas en el art. 65²⁹, sino hasta el momento de su reemplazo. En este caso, el presidente del tribunal de ejecución instruirá al condenado sobre su derecho a elegir otro defensor de confianza...

"...No recae sobre el defensor el deber de vigilar la ejecución de la pena; tan sólo deberá asesorar al condenado cuando el lo requiera e intervenir en los incidentes que se planteen durante la ejecución de la pena".

La norma propuesta por el Código Modelo es una manifestación clara de la extensión de una de las garantías del proceso penal a la etapa de ejecución y fue acogida, con variaciones mínimas por los códigos procesales latinoamericanos³⁰, aunque, lamentablemente, no se verificó su cumplimiento en la práctica de la mayoría de los países latinoamericanos, por un lado, por la falta de comprensión del significado de la garantía y sus implicancias en la etapa de ejecución³¹ y, por el otro, por las deficiencias de los sistemas de defensa oficial que no han sido aún superadas³².

B. Especial referencia al problema de los recursos en los incidentes de ejecución penal.

El sistema de recursos frente a las decisiones de los jueces de ejecución penal también ha generado inconvenientes y soluciones diversas en los ordenamientos procesales de la región.

El CPP modelo para Iberoamérica preveía como único recurso frente a las decisiones de la etapa de ejecución, el recurso de casación. Así el artículo 391 establece: *"El tribunal decidirá por auto fundado y contra él procede el recurso de casación, cuya interposición no suspenderá la ejecución de la pena, a menos que así lo disponga el*

²⁹ Se refiere a las sanciones previstas para el caso de abandono de la defensa.

³⁰ El Proyecto elaborado por Maier para la Argentina de 1986 la tomó textualmente (art. 388). De manera similar en lo sustancial el CPP Guatemala, art. 492; el CPP Costa Rica (art. 456); CPP Paraguay (art. 491) y CPP República de Nicaragua (art. 406).

³¹ Cf. extensamente sobre este tema, SALT, *Los derechos fundamentales de los reclusos*, pág. 208 y Gabriel Bombin, *Poder judicial y cárceles en la Argentina*, pág. 179.

³² Sobre el particular, cf. especialmente López Puleio, María Fernanda, *Justicia penal y Defensa Pública, la deuda pendiente*, pág. 26 y, más recientemente y especialmente referido al problema en el ámbito carcelario, *accesso dei detenuti alla giustizia e funzione della pubblica difesa in Latinoamérica*.

tribunal de casación". De la misma manera reguló la cuestión Maier en el proyecto de CPP para la argentina de 1986³³.

Según entiendo, Maier yerra en el sistema de recursos que prevé por seguir el modelo del CPP de Córdoba de 1939 sin advertir que, en aquel sistema procesal, las decisiones de la etapa de ejecución son adoptadas por el tribunal que dicta la sentencia (órgano colegiado) a diferencia del sistema de jueces de ejecución unipersonales que propone en ambos proyectos legislativos³⁴. Al mismo tiempo, entiendo que no advierte la necesidad de garantizar un sistema de recursos adecuado a la índole de las cuestiones que se deciden durante la etapa de ejecución penal que requieren, en la mayoría de los casos, un análisis de cuestiones de hecho ajenas al recurso de casación típico y la necesidad de garantizar el "doble conforme" frente a aquellas decisiones de la etapa de ejecución que permiten la modificación de las condiciones cualitativas de cumplimiento de la pena privativa de la libertad. En este sentido, entiendo que su propuesta normativa no cumple adecuadamente en este aspecto con la extensión de las garantías procesales a la etapa de ejecución como exigencia del principio de judicialización.

El CPP vigente en la República argentina (denominado código Levene) incurre en el mismo error, limitando también la posibilidad del recurso de las decisiones de los jueces de ejecución al recurso de casación lo que ha generado innumerables inconvenientes prácticos para el ejercicio de los derechos de las personas privadas de libertad que vieron cercenado su derecho al recurso³⁵.

Distinta fue la solución adoptada por la legislación procesal de la provincia de Buenos Aires que prevé el recurso de apelación³⁶.

³³ Cf. art. 391 del proyecto de CPP.

³⁴ Sobre la regulación del sistema de recursos en el CPP de Córdoba, Cf. Clariá Olmedo, *Tratado de Derecho Procesal penal*, tomo VII. Y, más modernamente, Ayan, Manuel (actualización de Fabián Balcarce), *Ejecución penal de la sentencia*, pág. 40.

³⁵ Ver art. 491. Para un análisis de las consecuencias de la mala regulación del CPP argentino y los desatinos de las resoluciones del Tribunal de Casación que agravaron la cuestión, cf. SALT Marcos, *Los derechos fundamentales de los reclusos*, pág. 269 Y García Yohma, Diego, *El problema de la vía recursiva en el marco de la ley 24.660 (un acercamiento a la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal y de Apelación en lo Criminal y correccional)*. La Corte Suprema de justicia de la Nación ha modificado la jurisprudencia restrictiva de la CNCP admitiendo de manera sumamente amplia el derecho al recurso frente a las decisiones de los jueces de ejecución penal como una derivación necesaria del principio de legalidad durante la ejecución. Cf. R. 230 "Romero Cacharane, Hugo alberto, s/ejecución penal, CSJN 9/03/2004, ya antes citado.

³⁶ Art. 498: "...Contra la resolución procederá recurso de apelación ante la Cámara de Garantías competente...".

En los demás países de la región también se advierten regulaciones diferentes.

En el caso de El Salvador, no sólo se prevé un recurso de apelación amplio para determinados incidentes importantes que en general coinciden con los incidentes en los que se decide modificaciones de las condiciones cualitativas de las penas, sino que además se crea una cámara de apelaciones especial para temas de ejecución³⁷.

También prevé el recurso de apelación el CPP de Costa Rica, del año 1996. El artículo 454 establece: "...*El tribunal decidirá por auto fundado y, contra lo resuelto, procede recurso de apelación...*"³⁸.

Según entiendo, el sistema de recursos de las decisiones que se adoptan en la etapa de ejecución, debe diferenciar los incidentes que tienen la característica de significar una modificación sustancial de las condiciones cualitativas de cumplimiento de la pena privativa de libertad (claramente, todos aquellos incidentes en los que se resuelve la posibilidad del reemplazo del encierro carcelario por formas de cumplimiento en libertad – libertad condicional o libertad asistida- y las posibilidades de atenuación del encierro que significa el avance en el régimen de progresión y la obtención de salidas transitorias o regímenes de semilibertad) de las demás decisiones que pueden tomar los jueces a cargo de la etapa de ejecución que se relacionan con el control general de la administración penitenciaria.

En los primeros supuestos, el principio de judicialización exige un recurso que permita la revisión amplia de la decisión. Este tipo de decisiones, según entiendo, está alcanzada por el derecho a la doble instancia judicial reconocido por los pactos internacionales de Derechos Humanos, cuestión a la que Maier dedicó especial atención académica³⁹.

³⁷ Cf. Art. 47 de la Ley penitenciaria de el Salvador: "*Las resoluciones del juez de vigilancia penitenciaria y de ejecución de la pena, que no concedan un beneficio penitenciario declaren o denieguen la extinción de la pena, las referencias a la conversión de la pena de multa, a la fijación, modificación o suspensión de las medidas de seguridad, la revocación de la suspensión condicional del procedimiento penal, la suspensión de la ejecución de la pena, y la libertad condicional, serán apelables para ante la Cámara de vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la pena.*

No son apelables las resoluciones pronunciadas en los demás incidentes que se susciten dentro de la ejecución de la pena, salvo que exista una grave violación al régimen de privación de la libertad" García Yolma, Diego, *El problema de la vía recursiva en el marco de la ley 24.660 (un acercamiento a la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal y de Apelación en lo Criminal y correccional)*.

³⁸ En forma similar el CPP de honduras de 1999, art. 387; de Nicaragua del año 2001. Cf. art. 404; el CPP Paraguay de 1998, art. 495.

³⁹ Maier Julia, *El recurso del condenado contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal?*.

Es de esperar que en la Argentina se modifique en el CPP nacional el sistema de recursos, permitiendo un recurso amplio que permita revisar no sólo las cuestiones jurídicas sino también las cuestiones de prueba que están en la base de este tipo de decisiones, ligadas, en muchas ocasiones, a informes de la administración emitidos sin ningún tipo de participación de la persona condenada y mucho menos de su defensa profesional.

C. Especial referencia al papel de la víctima en los incidentes en los que se deciden modificaciones sustanciales al modo de cumplimiento de la pena.

Un tema de interés y actualidad que entiendo adquirirá cada vez más trascendencia poniendo en crisis la posición tradicional sobre la materia adoptada por los ordenamientos procesales, es la decisión sobre el papel que le cabe a la víctima del delito en los incidentes de ejecución y, especialmente, en el proceso de toma de decisión de aquellas resoluciones de la etapa de ejecución que puedan significar una modificación sustancial en la forma de ejecución de la pena privativa de la libertad como son las salidas transitorias y la posibilidad de cumplir parte de la "pena" en libertad (libertad condicional, libertad asistida).

Julio Maier es, sin duda, uno de los exponentes más importante de habla hispana de la corriente del Derecho Procesal Penal moderno que revaloriza el papel de la víctima en el proceso penal. No sólo ha sido pionero en el tratamiento de la cuestión sino que, además, ha hecho un desarrollo profundo del problema a nivel académico⁴⁰ que se ha traducido en sus propuestas normativas⁴¹.

La protección de los derechos e intereses de las víctimas de los delitos es, sin duda, uno de los temas de política criminal más debatidos en los últimos años y, como bien

⁴⁰ Cf., en lo que respecta a su producción académica, *la víctima y el sistema penal* y el extenso capítulo de su tratado dedicado al tema, Maier, *Derecho Procesal penal II. Parte General. Sujetos procesales*, pág. 582 yss.

⁴¹ El punto más acabado de su propuesta normativa, en la que plasma los desarrollos teóricos y sus propuestas de política criminal sobre el particular, es el Código Procesal Penal de la provincia de Chubut en el que dedica catorce artículos para definir la intervención del ofendido en el procedimiento penal (arts. 185 a 199) recepcionando muchas de las ideas más modernas del derecho comparado tanto sobre la definición de "ofendido" (incorporando un concepto más amplio y reconociendo este carácter a las asociaciones civiles que tengan por objeto la protección de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales o la protección de los derechos humanos en relación a los hechos punibles reconocidos internacionalmente como delitos contra la humanidad - art. 185, inc. D-), los derechos de información y protección de las víctimas, participación en el proceso y la reparación del daño. En este proyecto plasma muchas de las conclusiones a las que arriba en su tratado.

señala Maier, una cuestión aún no agotada⁴². No llama la atención que Maier le dedique especial atención al tema. La “expropiación” de las facultades de la víctima, convirtiéndola en un “convidado de piedra” en el proceso penal sin ningún tipo de ingerencia en la resolución del conflicto es una manifestación propia del sistema inquisitivo que Maier pretende reformar y de la persecución penal pública llevada a sus máximas expresiones que se despreocupa de los intereses de la víctima colocando, como objetivo primordial, al sistema penal como mecanismo de control social⁴³. De allí el compromiso de Maier con la idea de recuperar un papel importante para la víctima en el sistema penal y, especialmente, con la idea de buscar mecanismos de solución de conflictos alternativos al de la pena que prioricen soluciones conciliatorias entre autor y víctima.

En el plano teórico, esta idea general se extiende también en la obra científica de Maier a las decisiones referidas a la determinación de la pena y las decisiones de la etapa de ejecución penal que significan una modificación de la intensidad de la coerción⁴⁴. Sin embargo, en el plano de su actividad como codificador, en las normas procesales de su autoría a las que venimos haciendo referencia en este trabajo, según entiendo, no se ve plasmada adecuadamente esta intención ni en la regulación de los incidentes de ejecución ni en las normas previstas para la regulación de los derechos generales de la víctima en el proceso. Antes bien, Maier no prevé ningún tipo de participación de la víctima en los incidentes de la etapa de ejecución ya sea que ella haya optado por ser sujeto procesal como acusador o que decida no participar de la persecución dejándola en manos del Ministerio Público en los delitos de persecución penal oficial.

⁴² Maier, *Derecho Procesal penal II. Parte general*, pág. 582. Sobre el estado de la normativa vigente en Latinoamérica, Cf. Bertolino Pedro, coordinador, *La víctima del delito en el proceso penal latinoamericano*.

⁴³ En Palabras de Maier: “Por mucho tiempo la víctima pasó a ser el convidado de piedra del sistema penal. La reparación desapareció de ese sistema y quedó sólo como objeto de la disputa entre intereses privados, el Derecho Penal no incluyó a la víctima ni a la restitución al statu quo ante- o la reparación del daño- entre sus fines y tareas, y el Derecho Procesal Penal sólo le reservó al ofendido, en la materia, un papel secundario y penoso, el de informar para conocimiento de la verdad. Se habla por ello, de una expropiación de los derechos del ofendido...”. Cf. Maier, *Derecho Procesal penal. II Parte General*, pág. 583.

⁴⁴ “...La solución conciliatoria o y la reparatoria, su compensación por otras prestaciones y el esfuerzo del agente por componer el conflicto con la víctima, en la medida de sus posibilidades, debería ser condición del perfeccionamiento de toda remisión, total o parcial, de la pena o de la misma condena (condena condicional, suspensión a prueba de la pena, remisión del resto de la pena o libertad condicional)...”. Cf. Maier, *Derecho Procesal penal. II Parte General*, pág. 635.

El Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica excluye expresamente a la víctima de los incidentes de ejecución⁴⁵ y, por tal motivo, no menciona al querellante adhesivo –ni le da participación alguna a la víctima– entre los sujetos legitimados para actuar en los incidentes de ejecución en general (art. 391⁴⁶) ni en los incidentes de la etapa de ejecución que por su importancia merecieron un tratamiento especial (por ejemplo, el incidente para la obtención de la libertad anticipada, art. 392). De manera similar reguló la cuestión Maier en el Proyecto del CPP de la Nación de 1986⁴⁷, excluyendo expresamente al querellante del trámite de los incidentes de ejecución.

El Código Procesal Penal de la Nación argentina excluye también la participación del querellante en los incidentes de ejecución de manera expresa⁴⁸ y no prevé posibilidad alguna de participación de la víctima en la toma de decisión ni derecho a la información sobre las decisiones que se adopten en esta etapa procesal.

En el Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut (Ley 4566) es donde Maier desarrolla de manera más acabada sus ideas sobre la intervención del ofendido en el procedimiento penal con normas novedosas que reflejan un avance significativo en la materia. Sin embargo, tal como hemos señalado antes, estas ideas innovadoras no se reflejan en la etapa de ejecución⁴⁹.

⁴⁵ El CPP Modelo no prevé ningún tipo de participación de la víctima aún en los casos en los que ella se hubiera constituido como querellante por adhesión (figura por la que opta el modelo para permitir la participación en el proceso de los afectados por el delito (arts. 78 y ss.). El art. 83 señala: “*Limite de su intervención. El querellante por adhesión no intervendrá más que en el juicio de conocimiento e imposición de la pena; Estará excluido del procedimiento para la ejecución penal...” En el mismo sentido el CPP de Guatemala (ver arts. 495 y ss.); CPP de Chile (art. art. 466);*

⁴⁶ “*Incidentes. El Ministerio Público, el condenado y su defensor podrán plantear incidentes relativos a la ejecución o extinción de la pena...*”

⁴⁷ Cf. arts. 83 y 391. En realidad, creo que Maier se apega en esta cuestión a la línea trazada por el CPP de Córdoba del año 1939 y la doctrina desarrollada sobre él.

⁴⁸ Cf. art. 491... “*La parte querellante no tendrá intervención.*” Señala escuetamente Dalbora: “La exclusión del querellante se explica porque dicho sujeto concluye su intervención al terminar el proceso”. Cf. Francisco Dalbora, *Código Procesal Penal de la Nación*, pág. 1064. En un sentido similar Maier señala: “*El querellante no interviene en los procedimientos para la ejecución de la pena y, por tanto, tampoco posee recurso alguno contra las decisiones judiciales durante ese período (procedimiento de ejecución.*” Cf. Maier, *Derecho Procesal Penal. II Parte general*, pág. 689.

⁴⁹ Estimo que en este aspecto, Maier quedó muy atado a la regulación propuesta por la escuela de Córdoba, especialmente de su maestro Alfredo Velez Mariconde, opositor a la participación del ofendido en el proceso penal al momento de redactar el CPP de Córdoba del año 1939. si bien Maier superó estas ideas en el resto del ordenamiento procesal no advirtió la importancia de la modificación también de las normas procesales referidas a la ejecución y no tuvo en cuenta las modificaciones importantes que se produjeron en la ley de fondo y en los códigos procesales de la región que, paradójicamente, habían partido de su iniciativa y sus ideas sobre el particular.

El Código prevé que los incidentes de ejecución pueden ser planteados por el Ministerio Público, el imputado o su defensor sin fijar ningún tipo de participación en ellos al acusador particular ni de la víctima que no asumió este papel (cf. arts. 231 y ss.). Expresamente el art. 192 establece: “...*Salvo en los casos previstos expresamente por la ley penal o por la ley de ejecución penal, en el procedimiento de ejecución de la pena cesará toda intervención del acusador privado*”. Como se puede advertir, la norma es diferente a las propuestas por Maier en textos normativos anteriores. Si bien mantiene la idea general de exclusión del acusador de los incidentes de ejecución, deja abierta la posibilidad de normas especiales reguladas en el Código Penal y la ley de Ejecución, seguramente con la idea de que la normativa de fondo prevea en el futuro posibilidades de soluciones conciliatorias entre condenado y víctima que tengan incidencia en la etapa de ejecución, cuestión que considero acertada.

Por otra parte, toda la dedicación puesta por Maier para reflejar un amplio catálogo de derechos del ofendido no alcanza a las decisiones de la etapa de ejecución. El art. 186 regula los derechos genéricos del ofendido aunque no haya asumido el papel de acusador. Así, el inc. 1 regula el derecho de información sobre las decisiones más importantes del proceso⁵⁰ sin incluir a aquellas que se adoptan durante la ejecución que, como hemos visto en el punto II tienen una gran trascendencia para la determinación del contenido cualitativo de la pena. El inc. 2 prevé la posibilidad de hablar durante el debate después de los informes finales antes de las palabras finales del acusado (posibilidad que no está prevista en ninguno de los incidentes de la etapa de ejecución aunque, en muchos de ellos, se deciden cuestiones que pueden ser de interés para la víctima). El inc. 5 prevé la posibilidad de impugnar por vía jerárquica el sobreseimiento del acusador público, facultad que no está prevista en relación a ninguna de las decisiones de la etapa de ejecución, ni siquiera aquellas que significan una reducción de la duración del encierro carcelario.

No siguieron en esta cuestión al Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, algunos de los códigos procesales más modernos dictados en la región que constituyen un avance hacia la consolidación del sistema acusatorio en la etapa de ejecución penal y la ampliación de la preocupación por las víctimas en el proceso penal.

⁵⁰ La norma prevé el derecho a ser informado del sobreseimiento, la clausura del procedimiento archivo, la acusación y el auto de apertura al debate y la sentencia.

Así el CPP de Costa Rica del año 1996 prevé la participación de la víctima en los incidentes de ejecución sólo cuando se haya constituido en sujeto procesal como querellante, excluyendo a la "simple" víctima⁵¹.

El CPP de Paraguay parece darle una intervención a la víctima en los incidentes de ejecución de manera más amplia. Así el art. 495 establece: "...*El ministerio Público, el condenado, o la víctima según el caso, podrán plantear incidentes relativos a la ejecución y extinción de la pena...*".

El CPP de Nicaragua del año 2001 establece: "...*El Ministerio Público, el acusador particular, el querellante, el condenado o su defensor, podrán plantear ante el competente juez de ejecución de la pena incidentes relativos a la ejecución, sustitución, modificación o extinción de la pena o de las medidas de seguridad...*".

De manera clara, el CPP de Honduras del año 1999 establece un artículo especial bajo el título "Derechos de la víctima relacionados con la ejecución" en el que se establece: "*La víctima tendrá derecho a intervenir en el procedimiento de ejecución de la pena o de las medidas de seguridad, en lo relativo a la libertad del condenado, ya se haya constituido o no, como acusadora privada*".

Del texto de la ley surge clara la intención del legislador de que la víctima pueda participar de los incidentes de ejecución más trascendentes, los que puedan significar la libertad del condenado, sin importar que haya asumido el papel de acusador particular.

Estos textos normativos reseñados demuestran que en la definición de la cuestión planteada en este punto, se advierte una modificación sustancial en relación a la propuesta original del CPP Modelo con una tendencia a aceptar también en la etapa de ejecución penal las modernas concepciones sobre el papel de la víctima en el proceso penal que Maier no recepta en el CPP de Chubut.

La cuestión, como todo lo atinente a la adecuación del proceso penal al nuevo papel que se pretende para la víctima de los delitos no está aún cerrada. Está aún muy arraigada la idea de que la víctima en el proceso penal sólo puede perseguir un fin de venganza. En lo que respecta a la etapa de ejecución la discusión será aún mayor. La prueba más evidente

⁵¹ Así el art. 454 establece: "...*El Ministerio Público, el querellante, el condenado y su defensor podrán plantear ante el tribunal de ejecución de la pena incidentes relativos a la ejecución, sustitución, modificación o extinción de las penas o de las medidas de seguridad...*". Sobre el particular, Cf. el interesante trabajo de Roy Murillo Rodríguez, *Ejecución de la pena*, pág. 119 y ss.

de ello es la posición de quienes ven en el tema del auge de la "víctima" en el proceso penal una contraposición con la euforia de las ideas resocializadoras de épocas anteriores⁵².

Según creo, en la medida en que se reconoce la necesidad de orientar el proceso penal a la satisfacción de los intereses de la víctima⁵³ sin perjudicar, por supuesto, las garantías de la persona sometida a proceso y tomando especialmente en consideración la modificación de las leyes de fondos que prevén importantes modificaciones de la pena durante la ejecución, es necesario prever algún tipo de participación de la víctima, ya sea como sujeto procesal con facultades amplias o como sujeto que debe ser escuchado y atendido por los jueces al momento de definir este tipo de decisiones⁵⁴.

El papel de la víctima en este tipo de incidentes permite pensar también en la posibilidad de dotar a la etapa de ejecución de mayor cantidad de mecanismos de solución del conflicto penal alternativas al encierro carcelario sobre la base propuestas conciliatorias de los actores del conflicto⁵⁵.

A modo de ejemplo, en un caso de una persona condenada por agresión sexual sería posible imaginar que la víctima solicite al juez de ejecución que la medida que disponga la posibilidad de que el condenado pueda obtener salidas controladas al medio libre (salidas transitorias o régimen de semilibertad o el más amplio sistema de libertad condicional) incluya, entre sus condiciones, por ejemplo, la prohibición de acercarse al domicilio de la víctima o hasta mecanismos de reparación del daño. Una intervención de este tipo no

⁵² Cf. Hirsch Hans, *Acerca de la posición de la víctima en el Derecho Penal y Procesal Pena*.

⁵³ Sumamente interesante resulta el análisis de José I. Cafferata Nores sobre la influencia en el proceso penal de la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos: "... Pero el avance de este pensamiento es todavía más profundo, pues los organismos regionales de protección de los Derechos humanos han producido además un conjunto de opiniones y decisiones que proporcionan un amplio margen para rediscutir el papel de la administración de la justicia penal y hasta el fundamento del propio Derecho Penal, pues permiten inferir que consideran al derecho de la tutela judicial efectiva de la víctima del delito "como la base insustituible de legitimación del ejercicio del poder punitivo".". Cafferata Nores, José, *Proceso Penal y Derechos Humanos*, pág. 52 y ss. También puede consultarse el trabajo de Pedro Bertolino, *Situación de la víctima del delito en el proceso penal de la Argentina*, especialmente pág. 43 y ss.

Entiendo que sobre esta base, no es descabellado pensar que las cláusulas de los ordenamientos procesales que excluyen a la víctima de la participación en los incidentes de ejecución, han devenido inconstitucionales.

⁵⁴ En un sentido contrario, cf. Dunkel, Frieder, *Judicial control and supervision*, pág. 113.

⁵⁵ Resultan interesantes los argumentos de Santiago Martínez en relación al procedimiento previsto en el CPP argentino para el juicio abreviado (mecanismo de simplificación del proceso que permite evitar el juicio sobre la base de un acuerdo entre el fiscal y el acusado: "... el legislador se ha olvidado de incluir en este mecanismo de solución de conflictos con un rol activo a uno de los actores principales en él: la víctima. Es así que, podría afirmarse que, limitar la participación del ofendido en este tipo de procedimientos afecta el principio constitucional de debida defensa en juicio". Martínez, Santiago, *La víctima y el juicio abreviado*, pág. 18.

alteraría en nada los fines de la ejecución de la pena ni debería significar, de por sí, la introducción de la venganza en la etapa de ejecución.

III. La organización de la justicia de ejecución penal.

Una vez aceptada la idea de la necesidad de asegurar el principio de judicialización de la ejecución penal y de establecer un control judicial efectivo sobre el ámbito carcelario, el sistema de organización judicial que se adopte para su concreción es un tema trascendental. De hecho, entiendo que muchas de las dificultades para lograr los objetivos planteados por la reforma procesal provienen de errores en el diseño organizacional de los órganos judiciales y del Ministerio Público encargados de llevar adelante las funciones previstas en los códigos procesales y de la delimitación adecuada de las de funciones entre las autoridades judiciales y del ministerio público y la autoridad administrativa, cuestión que se hace evidente en el tema específico de la ejecución de las penas de encierro. Esta es sí una decisión de política judicial tendiente a lograr eficiencia en el cumplimiento por parte del Estado de los principios a los que hicimos referencia en los puntos anteriores⁵⁶.

En este aspecto Julio Maier propuso soluciones originales de gran importancia que, lamentablemente, aún no ha sido receptada en ningún texto normativo vigente⁵⁷.

Dos posturas han sido clásicas sobre la cuestión del diseño de la justicia de ejecución. Una primera posición sostiene que las funciones judiciales de la etapa de ejecución queden a cargo de los mismos jueces que dictaron la sentencia. Una segunda postura, adoptada por la mayoría de los códigos modernos, sostiene la conveniencia de crear tribunales específicos con competencia exclusiva sobre esta etapa procesal.

En realidad ambas opciones presentan ventajas y desventajas.

Tradicionalmente, los sistemas procesales de nuestro país (y de la región) preveían que las decisiones jurisdiccionales de la etapa de ejecución penal y el control general de la situación de las personas privadas de libertad quedaban a cargo del tribunal que había

⁵⁶ Maier advierte con claridad la importancia del problema del Derecho de la organización judicial y el escaso desarrollo de la materia. Cf. Maier, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, pág. 80 y en el mismo sentido Tomo II, pág. 481.

⁵⁷ Antecedentes, aunque no similares, de su idea de organización judicial para la etapa de ejecución penal pueden verse en Francia y Alemania. Cf. Jose M Bachs i Estany, *El control judicial de la ejecución de penas en nuestro entorno cultural*, 119.

dictado la medida privativa de libertad, así lo resuelven todavía hoy muchos códigos procesales, incluso de los códigos provinciales modernos.

El problema práctico que presenta esta opción es que la experiencia ha demostrado que, salvo excepciones, los jueces por un problema de tiempo y la necesidad de atender la tramitación de las causas se despreocupan de los problemas jurídicos propios de la ejecución (por ejemplo, sanciones disciplinarias o avances y retroceso en el régimen progresivo) y, mucho más aún, del control general del sistema carcelario en lo que se refiere a las condiciones de detención. De esta manera, los jueces se ven obligados a delegar en la administración decisiones jurisdiccionales y se genera un ámbito propicio para la arbitrariedad. Por otra parte, carecen de especialización en materia de derecho penitenciario que presenta actualmente problemas jurídicos de mayor complejidad.

La segunda opción, surgida para solucionar este inconveniente y favorecer la cercanía del juez con los problemas del ámbito carcelario⁵⁸, introduce también la idea de la necesidad de una “especialización” en la materia para atender a la función jurisdiccional durante la etapa de ejecución y propone, por lo tanto, la conformación de un tribunal especial con conocimientos diferentes⁵⁹ a los del resto de los magistrados penales.

Esta segunda opción soluciona los problemas que marcábamos en relación a la primera postura. Sin embargo, tampoco está ausente de inconvenientes. La experiencia en muchos países ha demostrado que la dedicación exclusiva de los jueces a las tareas propias de la ejecución con contacto permanente con el ámbito carcelario por períodos largos de tiempo ha generado en muchas ocasiones una burocratización de la función y una relación con las autoridades de la administración que genera desconfianza en los internos que perciben una asimilación del juez con las autoridades de la administración penitenciaria y no alcanzan a comprender la diferenciación de roles (temor de

⁵⁸ Cf. Dunkel, Frieder, *Judicial control and supervision*, pág. 109

⁵⁹ En las primeras propuestas doctrinarias no está presente la necesidad de especialización entendida como especialización jurídica. Antes bien, está presente la idea de un juez con conocimientos especiales en ciencias de la conducta. La ilusión de la función resocializadora de la cárcel entendida en su acepción antigua y la influencia de los supuestos cambios de la personalidad de la persona privada de libertad a través de la pena privativa de la libertad está presente en algunos autores que sostienen la necesidad de que los jueces de ejecución tengan especiales conocimientos de criminología y ciencias de la conducta. Cf. a modo de ejemplo la tesis doctoral de Alonso de Escamilla, *El juez de vigilancia penitenciaria*, pág. 23. Sobre la necesidad de redefinir el concepto de resocialización, cf. SALT, M., *Los derechos fundamentales de los reclusos*, pág. 177 y Mir Puig, S., *El Derecho penal en el Estado social y democrático*, pág. 143.

parcialidad). Por otra parte, por motivos que no han sido estudiados adecuadamente, tanto en la justicia europea continental como en la experiencia latinoamericana, existe una tendencia a la pérdida de jerarquía de los integrantes de la justicia de ejecución frente a sus pares del colectivo judicial. El juez de ejecución es percibido y a veces tratado como un "juez de segunda categoría".

Existe sin embargo una cuestión jurídica no discutida adecuadamente que, a mi criterio, condiciona el sistema de organización judicial. En trabajos anteriores he planteado que existe una razón de dogmática jurídica constitucional para sostener la necesidad de que no sean los mismos jueces que dictaron sentencia condenatoria quienes adopten las decisiones judiciales propias de la etapa de ejecución⁶⁰. Se trata de una derivación de la garantía de imparcialidad del juzgador. En efecto, en la medida en que las decisiones de la etapa de ejecución deben estar por imperio constitucional orientadas normativamente por el principio de resocialización, la imparcialidad del juzgador se puede ver afectada por el conocimiento adquirido durante la etapa de conocimiento. El conocimiento de los miembros del tribunal oral sobre las circunstancias del delito, la víctima, etc. fundamentales para la determinación de la pena en esa etapa del proceso y el compromiso con la sentencia dictada puede afectar las decisiones típicas de la etapas de ejecución (modificación de las condiciones cualitativas de cumplimiento de la pena – por ejemplo, salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional-) regidas por el principio de resocialización. El sólo temor de parcialidad que esta cuestión plantea, es determinante al momento de decidir un sistema de organización judicial de la etapa de ejecución⁶¹.

⁶⁰ Cf. SALT, M, *Tribunal de ejecución: ¿algo nuevo en la ejecución de las penas?*, pág. 280 y SALT, M, *Los derechos fundamentales de los reclusos*, nota 227, pág. 263.

⁶¹ Maier desarrolla con claridad meridiana la relación entre la organización judicial y el principio de imparcialidad destacando las consecuencias normativas que debería tener una adecuada interpretación del principio ("Frente a un tribunal que decidirá un serio problema de mi vida ¡Cuánto más serio si se trata de la aplicación de una pena! El primer reclamo relativo a un trato justo se dirige a asegurar la imparcialidad de los jueces que lo integran, o, si se prefiere, su neutralidad frente al caso y a sus protagonistas..." cf. Maier, *Derecho Procesal Penal. Tomo II*, pág. 483). De manera clara separa las cuestiones particulares que pueden generar temor o sospecha de parcialidad de aquellas cuestiones generales propias de la organización judicial que pueden resolverse ex ante (así por ejemplo, la necesidad de que la organización judicial determine que los jueces que integran el cuerpo de decisión que juzga no hayan conocido con anterioridad el caso que se les presentará en el debate) Cf. págs. 483 y ss. El desarrollo de sus ideas sobre la materia se aprecia también en las estrictas regulaciones del CPP Chubut en el que avanza sobre la legislación moderna separando a los jueces del debate de los actos preparatorios del juicio. Si bien Maier no trata expresamente el tema que propongo en este punto – la relación del principio de imparcialidad con las reglas de organización judicial de

La propuesta de Maier plasmada en el proyecto de Ley de Organización Judicial del año soluciona, según entiendo, adecuadamente todas las cuestiones planteadas permitiendo al mismo tiempo, dedicación exclusiva del juez de ejecución, garantizando la imparcialidad del juez de ejecución respecto a la sentencia condenatoria y los criterios de determinación de la pena valorados a la hora del dictado de la sentencia condenatoria, pero sin caer en los riesgos de la burocratización de la función, la asimilación con la administración penitenciaria y la pérdida de valorización del resto de los jueces penales.

El Proyecto de Ley de Organización judicial antes citado, preveía que el Tribunal de Ejecución se integrara con jueces penales de los demás tribunales penales que serían designados por el tribunal de Casación anualmente poniendo como límite para cumplir la función de juez de ejecución dos periodos⁶².

En el Código Procesal Penal de Chubut (Ley nro. 4566) Maier introduce también modificaciones importantes en lo que se refiere a la organización de los órganos encargados de la ejecución penal. Maier decide cambiar el sistema de organización previsto en los códigos procesales más modernos de la región encargando la ejecución al Ministerio Público Fiscal⁶³. En realidad, en lo que respecta a las decisiones referidas

la justicia d ejecución- , entiendo que, por el desarrollo del principio que realiza, coincidiría con mi proposición. El tema es advertido en el CPP Chubut. Así señala Maier en el Mensaje dirigido a la Legislatura de la Provincia de Chubut en oportunidad del tratamiento del Proyecto de Nuevo código Procesal Penal: "*La ejecución penal es el libro que termina el Código de Procedimientos. También aquí hemos tratado de conservar la imparcialidad de los tribunales, o sea de los jueces, aún durante la ejecución penal; que el órgano ejecutor sea el ministerio Público*". Sin perjuicio de que las normas no aclaran expresamente que el juez que participó de alguna etapa anterior del procedimiento no puede decidir los incidentes de la etapa de ejecución, entiendo que esta interpretación es posible atendiendo a lo manifestado en la exposición de motivos y a las normas de organización propuestas. En un sentido similar al propuesto por mí en el texto aunque sin derivarlo expresamente del principio de imparcialidad del juzgador, cf. Jose I Cafferata Nores y Aida Tarditti *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba comentado*: "...A la relevancia de la ejecución penitenciaria en el marco normativo señalado se suma a favor de una justicia especializada en la ejecución, la conveniencia de diferenciar el tribunal que ha juzgado al imputado y, por lo tanto, puede tener visión sesgada hacia el pasado, del tribunal que visualice el presente y futuro del condenado en el proceso de readaptación...", pág. 182.

⁶² "Composición...El Tribunal de Casación, en el mes de diciembre de cada año, nominará a los jueces de los distintos tribunales penales que desempeñarán esta función durante el año siguiente; los jueces no podrán durar más de dos periodos consecutivos en estas funciones..."

⁶³ Así se expresa en la exposición de motivos: "*A contrario de aquello que sucede en los códigos argentinos, sobre todo en aquellos que introdujeron una autoridad de ejecución judicial - un juez especial para la ejecución- el proyecto postula al ministerio público como órgano ejecutor inmediato de las penas y medidas de seguridad ordenadas por sentencia firme. Es así que él, por ejemplo, practica el cómputo definitivo de las penas divisibles y controla directamente el cumplimiento de las condiciones relativas a la condena condicional, efectúa el control general sobre la pena privativa de la libertad...*".

al cumplimiento del principio de "judicialización"⁶⁴ (por ejemplo, régimen progresivo, salidas transitorias, libertad condicional, etc.) sobre el que he hecho referencia más arriba, el cambio propuesto por Maier no significa un traslado de funciones de decisión judicial al ámbito del Ministerio Público ya que las normas del CPP prevén que cuando no exista acuerdo con las decisiones que adopta el Ministerio público debe tramitarse un incidente ante la autoridad judicial⁶⁵ y, por otra parte, se prevé expresamente que la decisión de libertad anticipada (CPP, 235), la revocación de la libertad condicional (CPP, 236) y la decisión de los incidentes (CPP, 238), siguen siendo funciones judiciales⁶⁶. Antes bien, entiendo que la propuesta de encargar la ejecución al ministerio Público de la manera que fue resuelta en el CPP Chubut significa un traslado de funciones y decisiones administrativas (servicio penitenciario) al ámbito del Ministerio Público. Con excepción del cómputo, el resto de las decisiones que significan una modificación de la pena siguen siendo decisiones judiciales y aún en este caso, frente a la discordancia con la decisión del ministerio Público se prevé un incidente de resolución judicial.

En lo que respecta al órgano judicial competente, Maier, coherente con la idea general de organización judicial que ya había propuesto para el ordenamiento nacional en el año , promueve la idea de que la decisión quede a cargo de un juez de la organización judicial sin especificar ningún tipo de designación especial como juez especializado de ejecución. Conforme a la idea general de organización judicial

⁶⁴ No en lo que respecta al control general de las condiciones en que se cumple la ejecución en la que si advierto un traslado de funciones judiciales al Ministerio Público.

⁶⁵ Cf. CPP. Art. 231: "...Los incidentes que durante la ejecución plantee ese funcionario como el imputado o su defensor serán resueltos por el tribunal competente, integrado por un juez permanente de la organización judicial...". La excepción, respecto a la regulación de los códigos nacionales, está dada por la norma referida a la modificación del cómputo (ver art. 234).

⁶⁶ En realidad, en su producción académica Maier ya había advertido mucho tiempo antes que la decisión de encargar la ejecución al Ministerio Público de la manera en que lo regula en el CPP Chubut no significa un cambio trascendente. Así lo hace haciendo referencia al modelo de la OPP alemana y el CPP de Italia: "...En el Derecho Alemán como en el derecho italiano..., la autoridad de ejecución es el ministerio Público y, por excepción el juez municipal (pretor en el derecho italiano). Esto, que parece marcar una diferencia abismal con el régimen argentino, donde el mismo tribunal que dictó la sentencia de mérito se ocupa de su ejecución..., no influye mayormente en la comparación; mucho más debe tenerse en cuenta el art. 462, que manda decidir al tribunal de primera instancia por vía incidental cualquier cuestión que se suscite durante la ejecución penal...". Cf. Maier, J, *La ordenanza Procesal Penal Alemana*, pág. 375. Agregando de manera contundente en este sentido, cuando comenta el parágrafo 458 que: "...De aquí y de los parágrafos que siguen se demuestra que pese a que se declama que la ejecución penal está en manos o es tarea del ministerio Público..., la decisión en cualquier incidencia que se presente es poder que se atribuye, como corresponde, a órganos jurisdiccionales", Cf. pág. 386.

propuesta en el proyecto, cualquier juez penal podría quedar a cargo de la decisión de un incidente de ejecución sin que exista una asignación de función de juez de ejecución como figura especial⁶⁷.

IV. Conclusiones.

- Julio Maier, como en tantos otros aspectos del Derecho Procesal Penal latinoamericano, ha sido pionero, tanto desde su trabajo académico como en la elaboración de normas procesales, en el tratamiento del principio de judicialización de la ejecución y, especialmente, en la incorporación a la legislación procesal de la figura del juez de ejecución, como magistratura especial para la decisión de las cuestiones que requieren decisiones jurisdiccionales durante la etapa de ejecución penal. De esta manera, ha realizado un aporte fundamental sobre la materia que es objeto de este trabajo.
- Sin embargo, según mi opinión, tanto sus desarrollos teóricos como su aplicación práctica en la elaboración de códigos procesales no han alcanzado a plasmar de manera totalmente adecuada la idea del principio de judicialización como derivación del principio de legalidad ejecutiva, previendo un sistema procesal que permita la realización de las garantías del proceso penal en las decisiones de la etapa de ejecución.
- Según creo, es necesario trabajar en la profundización de su propuesta inicial de judicializar la ejecución penal a fin de garantizar la vigencia de las garantías del proceso penal en los procesos de toma de decisión cada vez más complejos que permiten modificar las condiciones cualitativas de cumplimiento de las penas privativas de libertad conforme a la legislación de fondo.
- En este sentido, entiendo, en disidencia con lo manifestado por Maier en la última versión de su tratado, que el Derecho Procesal penal durante la etapa de ejecución requiere un urgente desarrollo para hacer frente a los nuevos desafíos planteados por las normas penales de fondo y que, es de esperar, que su estudio y reforma normativa, alcance la importancia dada a la etapa de conocimiento.

⁶⁷ La propuesta de Julio Maier, coherente con el sistema que propone para la organización judicial, supera la idea de tribunales rígidos previendo que los jueces penales organizados en un sistema "horizontal" puedan cumplir las diferentes funciones que prevé el CPP.

- El derecho de organización judicial de la justicia de ejecución requiere también de urgentes estudios atendiendo a las fallas demostradas en el funcionamiento de la institución en todos los países latinoamericanos que crearon la figura del juez de ejecución o juez de vigilancia. En este aspecto entiendo que la idea de Maier plasmada en el proyecto de Ley de Organización judicial para el proyecto argentino de CPP del año 1986, resulta un instrumento de sumo interés que deberá ser tomado en consideración.
- El éxito del objetivo de extender las garantías del proceso penal a la etapa de ejecución penal en los países de la región, cuya población carcelaria se compone fundamentalmente de personas de escasos recursos que no acceden a defensores privados requiere, sin duda, de urgentes reformas en los sistemas de defensa oficial y de la participación de organizaciones no gubernamentales en la defensa de los derechos de las personas privadas de libertad⁶⁸.

⁶⁸ El problema de las carencias de un buen sistema de defensa oficial en el ámbito carcelario se manifiesta también en Europa, cuestión que se ha agravado con el alto índice de presos extranjeros en estado de desprotección que en muchos países alcanza al 30 % de la población carcelaria.

